

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

Carlos E. Elias de Oliveira¹ e Bruno Mattos e Silva²

Data: 6 de janeiro de 2018

RESUMO

O impacto da Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018) no cenário jurídico dos contratos de alienação de imóveis “na planta” (incorporação) e em loteamento pode ser assim resumido:

1. **Alcance da nova Lei:** *embora o objeto da lei seja a alienação de imóveis “na planta”, ela também deve ser aplicada, por analogia, para vendas de imóveis já construídos quando o adquirente puder ser considerado consumidor (capítulo 3). Igualmente, malgrado a lei só trate de contratos de compra e venda e de seus desdobramentos (promessas e cessões), ela também deve ser estendida, por analogia, mutatis mutandi, a outras espécies contratuais envolvendo transferência de imóvel, como o contrato de permuta (capítulo 3).*
2. **Diretrizes interpretativas da nova Lei:** *(a) a nova Lei se destina a proteger a parte mais vulnerável no contrato, o adquirente (capítulo 4); e (b) se a nova Lei não afastou explicitamente alguns desses entendimentos jurisprudenciais e se estes eram favoráveis ao adquirente, o intérprete deve considerá-los como subsistentes (capítulo 4).*
3. **Aplicabilidade do CDC:** *o CDC deve ser aplicado em harmonia com a nova Lei nos contratos de aquisição de imóvel “na planta” firmados por consumidores (capítulo 5).*
4. **Irretroatividade da nova Lei:** *a nova Lei só se aplica a contratos firmados posteriormente à sua vigência. Para contratos anteriores, é lícito que a jurisprudência – com astúcia – mude seu entendimento com base nas regras e princípios anteriores à nova Lei, de modo a obter o mesmo resultado prático da nova Lei. Todavia, nesse caso, os tribunais deverão modular os efeitos do novo entendimento para recair apenas para ações judiciais propostas após a mutação jurisprudencial (capítulo 6).*
5. **Quadro-resumo e anuência específica:** *embora os efeitos jurídicos da falta de informações no quadro-resumo sejam cosméticos, a ausência de anuência específica junto à cláusula relativa ao desfazimento contratual acarreta nulidade dessa cláusula (capítulo 7).*
6. **Resilição unilateral:** *a resilição unilateral – que é imotivada – continua plenamente admissível; a nova Lei não promoveu alteração alguma a esse respeito (capítulo 8).*
7. **Direito de arrependimento:** *(a) pode ser aplicado por analogia aos casos de loteamento, (b) admite manifestação por qualquer meio de comunicação que garanta ciência do incorporador e que tenha sido disponibilizado por este aos clientes, independentemente de*

¹ Doutorando, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Professor de Direito Civil e de Direito Notarial e de Registro, Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário (único aprovado no concurso de 2012), Advogado, ex-membro da Advocacia-Geral da União (Advogado da União) e ex-assessor de ministro Superior Tribunal de Justiça.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP e Mestre em Direito e Finanças pela Universidade de Frankfurt, Alemanha. Consultor Legislativo do Senado Federal e advogado. Foi advogado de empresas em São Paulo, Procurador Federal da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Procurador chefe do INSS nos tribunais superiores e Assessor Especial do Ministro do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Professor de Direito Comercial. Autor da obra “Compra de Imóveis - Aspectos Jurídicos, Cautelas Devidas e Análise de Riscos”, atualmente na 12ª edição.

pacto expresso; (c) é devido mesmo para casos de alienações feitas dentro da sede do incorporador, desde que o adquirente seja consumidor (capítulo 9).

8. **Valor de fruição do imóvel e do valor pago à alienante:** assim como o adquirente tem de pagar o valor de fruição do imóvel, também o alienante precisa pagar o valor de fruição do dinheiro já pago, pois o fundamento jurídico em ambos os casos é a vedação ao enriquecimento sem causa (capítulo 11).
9. **Risco máximo do adquirente:** excluindo os valores de fruição do imóvel, inexistente o risco de o consumidor que, por um motivo qualquer, não tenha conseguido honrar as prestações ficar endividado além do valor total que desembolsou (capítulo 12).
10. **Direito de cessão do contrato para evitar a multa compensatória:** o adquirente tem direito a ceder sua posição contratual a terceiro com idoneidade financeira a fim de evitar a multa compensatória, e o alienante só poderá se recusar a tanto se comprovar inidoneidade financeira do terceiro (capítulo 13). Esse direito aplica-se tanto para casos de incorporação quanto para de loteamento (capítulo 13).
11. **Multa moratória pelo atraso no pagamento das prestações pelo adquirente:** a nova Lei nada mudou. Segue a multa moratória no patamar pactuado pelas partes, limitado, porém, a 2% caso o adquirente seja consumidor (capítulo 14).
12. **Cumulação da multa moratória pelo atraso da incorporadora com outras indenizações:** no caso de atraso na entrega do imóvel, o incorporador tem de pagar multa moratória de 1% do valor pago pelo adquirente, sem prejuízo do direito de este cobrar integralmente indenização por lucros cessantes (pela indisponibilidade do imóvel), por outros danos materiais comprovados e por danos morais eventualmente existente (capítulo 15).
13. **Multa moratória no caso de caso de atraso do loteador em terminar as obras de infraestrutura:** a nova Lei é silente sobre o tema. Temos que a multa moratória e outros encargos moratórios são devidos, mas a base de cálculo deles deve ser proporcional à expressão econômica que as obras de infraestrutura possuem no preço do lote (capítulo 16).
14. **Exigência de situação de adimplência do adquirente para recebimento da multa moratória:** o adquirente inadimplente só não terá direito à multa moratória pelo atraso na entrega do imóvel se o incorporador já tiver concluído a construção e estiver retendo a entrega das chaves do imóvel como exercício legítimo da *exceptio non adimpleti contractus*. Todavia, se o incorporador tiver atrasado a própria conclusão da construção, ele terá de pagar a multa moratória ainda que o adquirente esteja inadimplente, pois a inadimplência deste último passa a ser justificada como exercício da *exceptio non adimpleti contractus* (capítulo 17).
15. **Inversão de multa compensatória e moratória:** é cabível a inversão da multa compensatória contra o incorporador, se o adquirente for consumidor. Não é devida, porém, a inversão da multa moratória, pois há norma expressa estipulando o percentual dela em desfavor do incorporador (capítulo 18).
16. **Excludente de responsabilidade da incorporadora por atraso na obra:** a melhor interpretação do § 1º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 é no sentido de que o pagamento, em mora, de prestações pelo adquirente não impede que este, havendo atraso na conclusão das obras, promova a resolução do contrato, pois o causador da extinção do contrato é exclusivamente o incorporador. O adquirente, todavia, poderá ser considerado como causador do atraso da construção se tiver praticado algum ato doloso tendente a obstruir o andamento da obra (ex.: um ataque terrorista) ou se, não sendo consumidor, houver cláusula contratual que transfira ao adquirente que paga, com mora, as prestações a responsabilidade pelo atraso da construção (capítulo 19).
17. **Inviabilidade de cumulação de multa moratória com multa compensatória:** o § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64, ao vedar a cumulação da multa compensatória com a moratória, é inconstitucional por ofensa ao direito adquirido. Essa proibição de cumulação poderia ser pactuada no contrato apenas se o adquirente não fosse consumidor, pois, em o sendo, a cláusula seria nula por ser abusiva à luz do art. 51 do CDC. De qualquer sorte, supondo-se, por epítrope, inexistir ofensa ao direito adquirido, para evitar uma inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia, o § 3º do art. 43-A deve ser interpretado em conjunto com o art. 67-A da Lei nº 4.591/64, de modo que a vedação de cumulação de multa moratória com multa compensatória deve ser aplicada tanto contra o adquirente quanto contra o incorporador (capítulo 20).
18. **Atecnia do termo “distrato”:** O termo “distrato” é utilizado de modo atécnico ao longo do texto da nova Lei (capítulo 21).
19. **Limites de negociabilidade no contrato de confissão e renegociação de dívida (“distrato”):** à luz do § 13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, o termo “distrato” empregado nesse dispositivo

refere-se, na verdade, a um contrato de confissão e de renegociação de dívida e, por se destinar a prevenir judicializações, deve assegurar a mais plena liberdade negocial entre as partes, com possibilidade de redução de direitos tanto do adquirente quanto do alienante (capítulo 23).

20. **Prazo para devolução do valor devido ao adquirente na resolução contratual por culpa deste:** o valor residual a ser restituído adquirente deverá ser pago no prazo estabelecido nos §§ 5º e 6º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e no art. 32-A, § 1º, da Lei nº 6.766/76, mas, durante esse período, esse valor deverá ser acrescido com: (1) correção monetária para mera preservação do valor real da moeda por ordem expressa do § 8º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 (que tem de se aplicar por analogia para o regime de loteamento); e (2) um valor de fruição do dinheiro para evitar o enriquecimento sem causa, valor esse que deverá corresponder a uma taxa razoável de juros remuneratórios, a qual, ao nosso sentir, deve ser o teto estabelecido no art. 591 do CC. Após o vencimento, somente incidirão sobre o valor residual os encargos moratórios do arts. 389 e 395 do CC, como correção monetária, juros moratórios etc. (capítulo 23).
21. **Prazo para devolução do valor devido ao adquirente no caso de resolução por culpa deste quando houver patrimônio de afetação:** o § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 deve ser entendido no sentido de que o prazo de 30 dias para a devolução do valor residual ao adquirente no caso de resolução contratual por culpa deste quando houver patrimônio de afetação é a data do habite-se ou a data contratual final para a entrega do imóvel (com inclusão do prazo de suspiro do art. 43-A), o que ocorrer em primeiro lugar (capítulo 24).
22. **Prazo para devolução do valor devido ao adquirente no caso de resolução por culpa do incorporador:** a devolução deverá ocorrer no prazo de 60 dias da data da resolução, mas, durante esse período, o incorporador deverá pagar um valor de fruição correspondente à taxa de juros remuneratórios máxima do art. 591 do CC. Se adquirente for consumidor, é nula cláusula que afaste esse dever por força do art. 51 do CDC (capítulo 25).
23. **Financiamento direto com o incorporador para pagamento do saldo devedor no momento da entrega das chaves:** no caso de “financiamento direto” com o incorporador para pagamento do saldo devedor devido no momento da entrega das chaves, o § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 somente se aplica para regras procedimentais e para o prazo de vencimento do valor residual a ser restituído ao adquirente, de modo que o cálculo da dívida a ser cobrada pelo alienante deverá ser o somatório das rubricas previstas nos incisos I e II do caput do art. 67-A e nos incisos I a IV do § 2º do art. 67-A, deduzido o que já foi amortizado. Ademais, nesse caso de financiamento direto com o incorporador, se o adquirente for consumidor, é nula cláusula contratual que estipule o cálculo da dívida a ser cobrada pelo alienante de modo diverso (capítulo 26).
24. **Venda de lotes por compra e venda com alienação fiduciária em garantia:** a Lei nº 9.514/97 aplica-se apenas em questões procedimentais e na definição do prazo de devolução, e não para o cálculo da dívida a ser cobrada pelo loteador. É nula cláusula contrato em contrário se o adquirente for consumidor (capítulo 27).
25. **Retenção do valor de contribuição a associação de moradores:** o alienante só poderá reter o valor das contribuições devidas a associações de moradores se o adquirente era voluntariamente associado (capítulo 28).

1. APRESENTAÇÃO

Quando o ano de 2018 apagava suas luzes, descortinou-se a “Lei do Distrato”, Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, com o objetivo de, no ano de 2019, servir como um marco legal para os contratos de alienação de imóveis “na planta” (incorporação) e em loteamento. Em suma, a Lei insere artigos na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei de Loteamentos (Lei nº 6.766/76), estabelecendo regras para o inadimplemento desses contratos.

É importante compreender o momento histórico.

Especialmente a partir de 2014, inúmeros consumidores, após assinarem contratos de aquisição de imóveis “na planta” para pagamento parcelado, caíram em inadimplência ou resiliram unilateralmente o contrato. Há vários motivos que levam o consumidor a esse estado, como desemprego, custeio de doenças, descontrole financeiro, mudança de cidade ou desinteresse posterior pelo bem em decorrência da queda do valor de mercado dos imóveis.

O ambiente de crise imobiliária agravou o quadro. O valor contratado no momento da venda do imóvel na “planta” se tornava muito maior do que o valor de mercado do imóvel no momento da entrega das chaves. Houve vários casos em que o saldo devedor a ser pago pelo consumidor no momento da entrega das chaves excedia vertiginosamente o valor de mercado do bem, o que conduzia o consumidor a desfazer o contrato unilateralmente (resilição unilateral) e a reclamar judicialmente a devolução dos valores pagos com deduções não abusivas.

A quantidade de ações judiciais discutindo os direitos do consumidor nesses casos foi colossal. A jurisprudência passou a delinear esses direitos com base em princípios e cláusulas abertas, diante da falta de texto legal fechado para várias dessas questões.

O STJ, apesar de já ter fixado várias teses jurídicas nesse tema, ainda está para julgar recursos repetitivos para corroborar ou não várias dessas orientações. A propósito, o STJ, em audiências públicas, ouviu notáveis juristas que guiam o direito civil contemporâneo, como o Professor Flávio Tartuce, que “apontou o risco de cláusulas contratuais estabelecidas sem pactuação, como a multa unilateral, no estilo “pegar ou largar”³.

2. NOÇÕES PRELIMINARES: CONCEITOS BÁSICOS DE DIREITO CIVIL E ATECNIA REDACIONAIS

Resilição é o desfazimento do contrato apenas por vontade das partes. Se for de ambas, tem-se uma resilição bilateral, também batizada de distrato. Se for apenas de uma das partes, há uma resilição unilateral, também chamada de denúncia.

Resolução é o desfazimento do contrato por justo motivo diverso da mera vontade de uma das partes. Esse justo motivo tem de ter suporte legal, como o desequilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente nas condições legais (arts. 317 e 478 do CC e art. 6 do CDC), o implemento de uma condição resolutiva expressa (art. 474, CC) ou o próprio inadimplemento (que é uma condição resolutiva tácita a atrair os arts. 474 e 475 do CC).

Incorporação imobiliária é o ato jurídico por meio do qual o titular de um terreno aliena unidades de um futuro condomínio que será instituído após o término das obras. Em jargão popular, é a famosa “venda na planta”. É disciplinada na Lei nº 4.591/64.

Loteamento é o parcelamento do solo para a criação de lotes servidos de infraestrutura e com acesso a novas vias de circulação. Também pode ser considerada uma espécie de “venda na planta”, pois, embora o terreno do lote já exista, o loteador ainda terá de realizar as obras de infraestrutura do loteamento nos moldes do que se comprometeu no momento do registro do loteamento.

³ Disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Especialistas-discutem-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis

Inadimplemento pode ser absoluto ou relativo.

É absoluto, quando a prestação se torna inútil com o descumprimento da prestação. Nesse caso, o contrato deve ser resolvido, mas o devedor terá de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor. Essa indenização pode ser prefixada por meio de uma cláusula penal compensatória (ou multa compensatória).

O inadimplemento é relativo quando a prestação atrasada (em mora) ainda é útil. Nesse caso, o contrato se mantém, mas caberá ao devedor pagar a prestação atrasada acrescida de encargos moratórios. Entre esses encargos moratórios, pode ser estipulada uma cláusula penal moratória (ou multa moratória).

Portanto, multa moratória só se aplica para casos de inadimplemento relativo, ao passo que multa compensatória só recai no caso de inadimplemento absoluto. No caso de contratos de aquisição de imóvel “na planta”, se qualquer das partes atrasa (comprador atrasa pagamento de prestação ou vendedor atrasa entrega das obras), será cabível a cobrança de multa moratória se o credor não pedir a resolução do contrato e preferir receber a prestação em mora (inadimplemento relativo). Por outro lado, será devida multa compensatória se o credor pedir a resolução do contrato (inadimplemento absoluto). Em princípio, cabe ao credor decidir se a prestação inadimplida é ou não útil, conforme parágrafo único do art. 395 do CC.

Cláusula penal também pode ser chamada de pena ou multa.

Nesse sentido, temos que a nova Lei tropeçou em algumas atecias redacionais, como, por exemplo: (1) empregar, no § 3º do 32-A da Lei nº 6.766/79, o termo “escritura” como se fosse categoria congênere de contrato, quando a escritura é uma mera forma de um contrato; (2) valer-se do verbete “distrato” no lugar de “resilição unilateral” no inciso V do art. 26 da Lei nº 4.591/64; (3) referir-se a um “contrato de incorporação imobiliária” quando, na verdade, estava a se reportar ao contrato de aquisição de imóvel em regime de incorporação. Sobre esse último aspecto, alerte-se que incorporação imobiliária não é um contrato, e sim um ato jurídico unilateral a ser praticado pelo incorporador com o objetivo de, se quiser, poder alienar unidades autônomas antes do término da construção. A propósito da atecnia no manuseio do termo “distrato”, aprofundaremos o tema posteriormente neste texto.

As críticas aos tropeços técnicos da lei já estão sendo disparadas por grandes juristas. Por exemplo, o civilista Otávio Luiz Rodrigues Junior fez várias denúncias, afirmando que: (1) ao tratar de resolução e resilição como se fossem iguais, a nova Lei ignorou que se tratavam de “hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica”; (2) “em mais outro assassínio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo”; (3) “a nova Lei peca ao usar terminologia ultrapassada ou pouco técnica”; (4) “essa lei é um exemplo de quão degradadas as relações de consumo terminaram no país em 2018 e da fragilidade das associações de defesa do consumidor em pressionar o Congresso para resguardar os interesses desse imenso grupo”. E completa o livre docente pela Universidade de São Paulo: “haverá choro e ranger de dentes para se explicar o assunto em sala de aula”⁴.

3. ALCANCE DA LEI

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>.

De um lado, é atécnico chamar o novo diploma de “Lei do Distrato”, pois, além do distrato, o seu foco é disciplinar o desfazimento do contrato causado por culpa de uma das partes (resilição unilateral ou resolução por inadimplemento).

De outro, é equivocadamente entender que a lei trata de todos os contratos de aquisição de imóvel. Ela, na verdade, só cuida dos que envolvem venda de imóveis “na planta”, seja em regime de incorporação, seja em regime de loteamento. Portanto, contratos de venda de imóveis já construídos entre particulares não são tratados pela nova Lei.

Apesar disso, em se tratando de venda de imóveis construídos, deve ser admitida, por analogia, a aplicação da nova Lei quando o comprador puder ser considerado consumidor, pois, onde há o mesmo fundamento, deve haver a mesma regra (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris*). O art. 4 da LINDB autoriza essa analogia.

Em vendas entre particulares sem relação de consumo, não há razão para a incidência analógica da nova Lei: o regime da liberdade contratual deve seguir as regras gerais do direito civil.

Por fim, embora a lei só trate de contratos de compra e venda e de seus desdobramentos (promessas e cessões), ela também deve ser estendida, por analogia, *mutatis mutandi*, a outras espécies contratuais envolvendo transferência de imóvel, como o contrato de permuta. Assim, se um consumidor trocar um terreno próprio por um apartamento “na planta”, devem-se observar analogicamente as regras da nova Lei, como as de limites de valores de multas compensatórias.

4. DIRETRIZES INTERPRETATIVAS: a publicização do direito civil e o cotejo com o cenário atual

Um dileto amigo de um dos coautores deste texto pediu-lhe a gentileza de analisar se o contrato que ele estava para assinar com uma incorporadora estava ou não juridicamente correto. Tratava-se de um amigo com formação intelectual formidável, mas, como não era jurista, pediu ajuda. A gentileza foi feita e foram denunciadas várias cláusulas absolutamente ilegais, algumas por contrariar expresso texto legal, outras por contrastar com a jurisprudência dominante. Esse amigo, de posse das denúncias, foi até a incorporadora para solicitar a alteração das cláusulas ilegais, mas a empresa se recusou afirmando que se tratava de um contrato-modelo. Esse amigo acabou se rendendo às cláusulas unilateralmente redigidas pelo incorporador, pois não tinha poder de barganha para, em pé de igualdade, negociar o conteúdo do contrato. Ele tinha vulnerabilidade econômica. Ele era consumidor e acabou tendo de curvar-se ao contrato de adesão. Se não o fizesse, ele jamais iria conseguir comprar imóvel “na planta”, pois todas as incorporadoras (com raríssimas exceções) comportam-se assim perante consumidores, que não possuem poder de barganha. Se, porém, a incorporadora estivesse a vender inúmeros imóveis “na planta” para, por exemplo, um grande fundo de investimento imobiliário, o poder de barganha deste seria igual ao da incorporadora e certamente o conteúdo do contrato não seria imposto pela incorporadora. Contamos essa história pessoal apenas para enfatizar que realmente os consumidores são vulneráveis, mesmo aqueles com as maiores sofisticadas intelectuais e, por isso, merecem proteção jurídica.

O nosso ordenamento preocupa-se com esses contratos firmados por partes com força negocial desigual, editando leis de ordem pública. Trata-se do

fenômeno conhecido como publicização⁵, que é a utilização de normas de ordem pública para o direito civil. Isso ocorre quando há um desnível de forças entre as partes na negociação a flexibilizar a livre iniciativa, que é um valor constitucional e que respalda o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade. A própria Lei nº 4.591/64 nasceu sob esse espírito, objetivando impor limites ao incorporador e proteger o adquirente. Em relações envolvendo compra de imóveis “na planta”, a parte mais fraca é o adquirente, especialmente se ele for consumidor. O CDC igualmente carrega essa lógica: atenua o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade em proteção ao consumidor, que é parte mais vulnerável e que não dispõe do mesmo poder de barganha.

Logo, a nova Lei tem de ser interpretada no sentido de proteger o adquirente do bem, colocando limites a cláusulas exageradas contra ele. Seria inconstitucional seguir outra diretriz interpretativa, porque a livre iniciativa prevista no art. 170 da CF só pode ser flexibilizada quando houver algum valor social relevante protegido pela CF, como o da proteção do consumidor.

Ademais, não se pode ignorar que a nova Lei nasceu num contexto em que a jurisprudência já tinha consolidado alguns entendimentos, como a inversão de cláusulas contra as incorporadoras, a limitação da multa compensatória em percentual de 10 a 15% etc. A maior parte desses entendimentos se baseia no uso de princípios protetivos ao consumidor, razão por que a nova Lei tem de ser interpretada como um retoque jurídico a esse cenário jurisprudencial atual. Assim, se a nova Lei não afastou explicitamente alguns desses entendimentos jurisprudenciais e se estes eram favoráveis ao adquirente, o intérprete deve considerá-los como subsistentes. Por exemplo, a inversão da multa compensatória em desfavor do incorporador ou do loteador não foi textualmente afastada; logo, ela precisa ser entendida como subsistente.

5. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: nova Lei vs CDC

A nova Lei modificou apenas a Lei nº 4.591/64 e a Lei nº 6.766/76, e não o CDC. Daí surge a questão: as novas regras serão aplicadas também para relações de consumo?

Há casos em que o adquirente de imóvel “na planta” não é consumidor, a exemplo de fundos de investimentos imobiliários. Não há dúvidas de que esses casos são alcançados pela nova Lei.

O problema é saber se consumidores também são atingidos.

Entendemos que a nova Lei será aplicável quando houver consumidor, pois, além de os debates no Congresso Nacional terem sido focados em calibrar as regras perante os consumidores, a nova Lei faz referência esparsa ao CDC em alguns dispositivos, a exemplo do novo art. 35-A da Lei 4.591/64. De fato, o CDC será aplicável concomitantemente à nova Lei, de modo a limitar práticas abusivas para proteção da parte mais vulnerável.

Diante do aparente conflito entre a nova Lei e o CDC, somos pela utilização da técnica do “Diálogo das Fontes”, que entrega ao jurista a missão de coordenar as duas normas em conflito para, no caso concreto, obter a solução mais justa.

⁵ Não se confunde com a constitucionalização do direito civil, que é a vinculação desse ramo do direito à Constituição Federal.

Portanto, o CDC deve ser aplicado em harmonia com a nova Lei nos contratos de aquisição de imóvel “na planta” firmados por consumidores.

6. IRRETROATIVIDADE DA NOVA LEI: só para contratos posteriores

A nova Lei só poderá atingir contratos celebrados posteriormente à entrada em vigor. Não poderá, jamais, atingir contratos anteriores, nem mesmo os efeitos futuros desse contrato, porque a retroatividade – ainda que mínima – é vedada no direito brasileiro para normas que não sejam constitucionais originárias. A propósito, reportamos o leitor a excelente artigo da Ministra Fátima Nancy Andrighi⁶ e também ao texto “Caso dos planos de saúde a retroatividade das leis”⁷.

Assim, se, após a entrada em vigor da nova Lei, um consumidor incorrer em inadimplência em relação a um contrato antigo, o caso deverá ser disciplinado pela legislação anterior. Não pode a nova Lei incidir, sob pena de se cancelar uma retroatividade inconstitucional para a nova Lei.

De qualquer forma, por uma manobra astuciosa, há a possibilidade de os tribunais, à luz da legislação anterior, mudarem seus entendimentos para chegarem a um resultado igual ao da nova Lei, especialmente quando a questão tiver sido tratada com base na volatilidade de princípios e de cláusulas abertas. Assim, por exemplo, os tribunais costumavam considerar abusivas as multas compensatórias acima de 15% do valor pago contra o consumidor e, para tanto, valia-se do conceito aberto de abuso de direito previsto nos arts. 413 do CC e 51 do CDC. Os tribunais poderiam, baseando-se nesse mesmo conceito aberto, passar a entender que a multa compensatória poderia chegar a 25% ou a 50% conforme haja ou não patrimônio de afetação, tudo de modo a chegar ao mesmo resultado prático da nova Lei.

Entendemos, porém, que essa manobra seria indevida e jamais deveria ser admitida pelos tribunais para o caso em específico, pois, além de os referidos percentuais serem alarmantes à luz do ordenamento jurídico anterior à nova Lei, a orientação consolidada dos tribunais gera legítima expectativa nos indivíduos, que, confiando nela, celebram contratos e propõem ações judiciais. Mudar jurisprudência consolidada gera insegurança jurídica.

Seja como for, caso os tribunais venham a mudar o seu entendimento, eles devem, no mínimo, modular os efeitos por dois motivos.

O primeiro motivo é que o próprio CPC protege essa boa-fé e essa segurança jurídica, recomendando a modulação de efeitos da mudança de jurisprudência consolidada a fim de que o novo entendimento só se aplique para ações judiciais posteriores (art. 927, § 3º, CPC).

O segundo é que, ao nosso sentir, essa modulação dos efeitos é exigência do princípio constitucional da segurança jurídica e da legalidade. É que a norma jurídica tem de ser prévia. E, por norma jurídica, há de entender-se não apenas o texto legal, mas também a sua interpretação, pois, como é consabido, lei é texto e contexto. Portanto, seria inconstitucional mudança de jurisprudência consolidada para atingir ações judiciais anteriores.

⁶ Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9057-9056-1-PB.pdf>.

⁷ Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2018/02/o-caso-dos-planos-de-saude-e.html>.

Desse modo, temos que, na hipótese de os tribunais vierem a mudar sua jurisprudência consolidada para chegar a um resultado similar ao da nova Lei, é dever deles aplicar essa nova orientação apenas para ações judiciais propostas posteriormente à nova Lei, sob pena de ferir os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade bem como o art. 927, § 3º, CPC.

7. QUADRO-RESUMO NOS CONTRATOS e ANUÊNCIA ESPECÍFICA

Em prestígio ao direito de informação, os contratos de alienação de imóveis “na planta” deverão conter um quadro-resumo com as principais informações do contrato, nos moldes do art. 35-A da Lei nº 4.591/64 e do art. 26-A da Lei nº 6.766/76.

A falta de qualquer das informações, todavia, não gera repercussões jurídicas severas, à luz do texto legal. Somente poderá o adquirente, nesse caso, pedir o aditamento do contrato em até 30 dias para, num ato meramente estético, o quadro-resumo ser complementado com informações que estão no corpo do texto do contrato. Na remotíssima hipótese de o incorporador não sanar esse retoque cosmético, poderá o adquirente pedir a resolução do contrato por culpa do incorporador. Esse é o texto do § 1º do art. 35-A da Lei nº 4.591/64 e do § 1º do art. 26-A da Lei nº 6.766/76.

Questão relevante é saber se a falta de uma das informações obrigatórias no quadro-resumo também poderia gerar a nulidade ou ineficácia de cláusulas contratuais. Entendemos que não. O texto legal é expresso em só estabelecer uma consequência jurídica: o direito do adquirente em exigir o ajuste decorativo acima. A nova Lei pecou em não ter avançado na punição pela falta de informações no quadro-resumo, e não há espaço para a doutrina ou a jurisprudência obterem esse avanço pela via da hermenêutica.

Ademais, para a informação relativa às consequências do desfazimento do contrato, há necessidade de uma assinatura específica do consumidor ao lado da cláusula contratual. A lei não indica a sanção para o caso de violação dessa cláusula (art. 26-A, § 2º, do CDC). Ora, considerando que essa regra é de ordem pública, que a nova Lei não indicou a sanção jurídica para o seu descumprimento e que a cláusula sobre o desfazimento contratual é prejudicial ao adquirente, entendemos que a consequência da falta de assinatura específica do adquirente é a nulidade dessa cláusula: trata-se de uma espécie de nulidade virtual, nos moldes dos incisos VI e VII do art. 166 do CC.

8. CABIMENTO DA RESILIÇÃO UNILATERAL (imotivada)

A questão é: sob o regime da nova Lei, o consumidor pode ou não imotivada e unilateralmente resilir o contrato enquanto houver parcelas pendentes de pagamento? A questão, até o advento da nova Lei, vinha sido respondida positivamente pela jurisprudência (Súmula nº 543 do STJ). Quais devem ser as sanções no caso de resilição unilateral por vontade do comprador?

A letra fria da redação do *caput* do art. 67-A da Lei 4.591/64 não trata da resilição unilateral, como vimos acima. E, como veremos adiante, o direito de arrependimento (sem ônus para o adquirente) está nos §§ 10 e 11 do art. 67-A.

O art. 473 do CC permite a resilição unilateral quando a lei implícita ou expressamente o admita e estabelece que ela se concretiza com a mera notificação extrajudicial (denúncia) da outra parte.

O tema precisa ser analisado sob a ótica da vedação ao abuso de direito e da tutela do consumidor.

Havendo relação de consumo, a vulnerabilidade jurídica, informacional, técnica e econômica do consumidor precisa ser protegida e, nesse sentido, a rescisão unilateral imotivada deve ser admitida se o saldo devedor ainda não tiver sido integralmente pago. Se o contrato for textualmente contrário, ele é nulo nessa parte por ofensa aos arts. 473 do CC e 51 do CDC. E há vários motivos.

Em primeiro lugar, há o problema da “vontade presumível do consumidor”. É de presumir-se que ele deseja uma cláusula contratual que autorizasse essa sua liberação do pacto enquanto houvesse pendência de pagamento. É que, ao se comprometer a pagar prestações futuras de elevado valor (como sói acontecer com aquisições de imóveis), o consumidor precisa ter uma garantia de, em sobrevindo qualquer problema pessoal (doença, desemprego, bloqueio judicial de sua conta bancária etc.), poder desvencilhar-se honrosamente do contrato ainda pendente de pagamento, resiliando-o unilateralmente por meio de mera notificação extrajudicial, ainda que se sujeitando às punições contratuais devidas.

Em segundo lugar, temos o problema “da existência de encargos indenizatórios e punitivos”. No caso de rompimento do contrato por culpa do adquirente, a lei explicitamente assegura ao empreendedor imobiliário o direito a uma expressiva multa compensatória, de 25% a 50% do valor pago, e à retenção da comissão de corretagem, conforme os novos art. 67-A da Lei 4.591/64 e art. 32-A da Lei 6.766/76. Essas punições contratuais foram previstas exatamente para indenizar o incorporador ou loteador. Aliás, a multa compensatória até foi majorada pela nova Lei em relação ao patamar que era admitido pela jurisprudência anterior, que, nesse ponto, oscilava em admitir cláusula penal compensatória com percentual entre 10 a 25%⁸.

Em terceiro lugar, há o problema do “pacto perpétuo” e do “puro arbítrio do alienante”. E, sob essa ótica, é irrelevante que o *caput* do art. 67-A da Lei 4.591/64 e o art. 33-A da Lei 6.766/76 não tenham feito referência expressa à rescisão unilateral (imotivada), mas apenas tenham se reportado à resolução por inadimplemento do consumidor e ao distrato. É que, além de o termo “distrato” ter sido empregado aí como sendo uma verdadeira “rescisão unilateral”, essa é a interpretação adequada desses preceitos à luz da vedação ao abuso de direito, tutela do consumidor (CDC incide em diálogo das fontes) e do espírito da nova Lei.

Explica-se. Se não fosse admitida a rescisão unilateral, estaríamos a entregar o rompimento do contrato ao puro arbítrio do fornecedor, que, diante do inadimplemento do consumidor, teria a faculdade de escolher entre, de um lado, resolver o contrato no momento em que lhe aprouver (caso em que cobrará a multa compensatória pactuada) ou, de outro lado, simplesmente cobrar as prestações vencidas e as que vierem se vencer, hipótese em que o consumidor ficará eternamente escravizado ao contrato, vendo impotentemente a dívida se engordurar com encargos moratórios e com novas prestações vencidas. Em tese, o consumidor ficaria com o “nome sujo” e sob o chicote da cobrança eternamente, sem possibilidade de “cortar” a vínculo contratual mediante o pagamento das punições contratuais previstas nesta lei. De fato, pelo texto legal, o fornecedor não é obrigado a promover rapidamente a resolução do contrato. Não há sequer prazo legal para ele obrigatoriamente promovê-la. Em outras palavras, se não admitirmos a rescisão unilateral, o consumidor estará

⁸ Na prática, os precedentes raramente passavam multa compensatória acima de 15% (quinze por cento).

exposto a um abuso de direito por parte do fornecedor, que só romperá o contrato quando quiser, o que configura uma condição puramente potestativa, que é vedada pelo ordenamento jurídico (arts. 122 e 187 do CC, e art. 51 do CDC).

A vulnerabilidade do consumidor precisa ser observada, pois a presunção é a de que um consumidor, se não fosse vulnerável, não iria concordar com essa situação no contrato, de modo que é nula qualquer cláusula obstativa da rescisão unilateral.

Em quarto lugar, há a questão do “direito à saída honrosa do contrato”. O consumidor que se comprometeu a pagar prestações futuras precisa ter o direito de poder, honrosamente, sair do contrato. Se ele, por um motivo qualquer (desemprego, doença etc.), verificar que não terá condições de honrar as prestações vincendas, ele precisa ter condições de, antes mesmo do vencimento dessas prestações, poder romper o contrato e pagar os encargos punitivos e indenizatórios devidos. Não faz sentido afirmar que o consumidor, nesse caso, teria de necessariamente deixar os boletos bancários vencerem, aguentar os vexames da inadimplência (negativação do nome etc.) e esperar o dia em que o alienante – quando quiser – venha a pedir judicialmente a resolução do contrato. O consumidor, portanto, pode, pela via da rescisão unilateral, romper o contrato antes do vencimento das prestações vincendas, mas terá de pagar as punições devidas.

Em quinto lugar, o espírito da nova Lei é o de presumir a possibilidade de rescisão unilateral, pois, ao prever multas compensatórias contra o consumidor inadimplente no caso de rompimento do contrato, deixou clara a sua opção pela admissibilidade de o consumidor desligar-se unilateralmente do contrato mediante o pagamento dessa punição.

Em sexto lugar, a nova Lei, em momento algum, proíbe expressamente a rescisão unilateral por parte do consumidor. De fato, ao estabelecer que o contrato é irretratável (art. 67-A, § 12, da Lei nº 4.591/64), a nova Lei apenas está a estabelecer que o consumidor não tem direito a, por vontade própria e imotivada, romper o contrato impunemente, ou seja, sem o pagamento das devidas punições compensatórias e indenizatórias (multa compensatória etc.). O direito de arrependimento previsto na nova Lei nada tem a ver com a rescisão unilateral, pois ele é apenas uma condição resolutiva expressa que autoriza o consumidor a, sem punição alguma (isto é, sem ter de pagar qualquer multa), desfazer o contrato dentro do prazo de 7 dias. Como se trata do implemento de uma condição resolutiva expressa consistente na vontade do consumidor dentro do prazo de 7 dias, a extinção do contrato por esse motivo não é uma rescisão contratual, porque não configura uma espécie de inadimplemento.

Reitere-se: rescisão unilateral é, ao contrário do direito de arrependimento, uma hipótese de descumprimento total do contrato. Direito de arrependimento não é descumprimento do contrato, e sim apenas o exercício de um direito nele estabelecido. Portanto, o § 12 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, em momento algum, está a proibir a rescisão unilateral, mas apenas a prever a limitar temporalmente o legítimo direito de arrependimento.

Em sexto lugar, o § 12 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, ao tratar da irretratabilidade, apenas faz remissão ao antigo § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591/64, que anuncia a irretratabilidade dos contratos de aquisição de imóvel. Como se vê, não há nada de novo debaixo do sol. A irretratabilidade desse contrato continua sendo prevista em um antigo dispositivo legal. Ora, esse dispositivo legal jamais impediu a rescisão unilateral por parte do adquirente na hipótese de o saldo devedor ainda não ter sido quitado. Aliás, esse antigo dispositivo se equipara ao também antigo art. 26 da

Lei nº 6.766/76, que também propala a irretratabilidade do contrato de alienação de lotes e que também jamais impediu a rescisão unilateral por parte do adquirente que ainda esteja pagando as prestações do preço.

Em sétimo lugar, se o legislador efetivamente quisesse impedir a rescisão unilateral que, desde há muitos anos, é admitida pela jurisprudência, ele teria explicitamente proibido. Ele não teria se limitado a fazer uma remissão ao velho § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591/64 para os casos de incorporação imobiliária nem teria deixado intacto o vetusto art. 26 da Lei nº 6.766/76 para as hipóteses de loteamento.

Em oitavo lugar, não se pode invocar a teoria da imprevisão (art. 478, CC) para permitir que o consumidor rompa o contrato no caso de desemprego ou de doença superveniente, pois esses eventos são fatos absolutamente previsíveis e incapazes de assegurar o rompimento de um contrato feito pelo consumidor. Entendemos que, mesmo o consumidor sujeitando-se à teoria do rompimento da base objetiva (art. 6º do CDC) – a qual dispensa a imprevisibilidade como fato superveniente –, não se poderia admitir a resolução do contrato com base nesses eventos corriqueiros e previsíveis, pois o rompimento da base objetiva exige, ao nosso aviso, fato superveniente que não pressuponha negligência, ainda que indireta, do consumidor. Em tese, um consumidor diligente poderia fazer poupança ou seguros prévios para enfrentar transtornos absolutamente previsíveis, como o desemprego ou a doença. De qualquer forma, embora o consumidor que sofra esses problemas pessoais não possa servir-se da teoria da imprevisão nem da teoria do rompimento das bases objetivas, entendemos que ele poderá servir-se do seu direito de rescisão unilateral, mas terá de suportar as punições compensatórias previstas no contrato e na lei (ex.: multa compensatória que pode chegar a 25 ou 50% conforme haja ou não patrimônio de afetação, desde que a jurisprudência venha a admitir esses percentuais como adequados). Se, para a superveniência de eventos absolutamente previsíveis, fosse admitida a teoria da imprevisão ou a do rompimento das bases objetivas, o consumidor romperia o contrato impunemente, sem ter de pagar encargos compensatórios, o que não nos parece correto.

Em nono lugar, há dois regimes para a inadimplência: o regime da multa compensatória e o regime do leilão.

De um lado, o regime da multa compensatória é o presente Lei do Distrato e pressupõe o cabimento da rescisão unilateral por parte do consumidor que ainda não tenha quitado integralmente as prestações. Nesse regime, não há perda integral dos valores pagos para o adquirente inadimplente que deu causa à extinção do contrato. A sua perda está limitada aos encargos compensatórios.

De outro lado, o regime do leilão é aquele que autoriza a realização de um leilão como forma de obter o pagamento do saldo devedor no caso de inadimplência do adquirente. Esse regime afasta a possibilidade de rescisão unilateral pelo adquirente por presumir que o pagamento do preço deverá ser feito a qualquer custo, ainda que às custas do leilão do imóvel adquirido. Esse regime é previsto no art. 63 da Lei nº 4.591/64 em favor da Comissão de Representantes e no inciso VII da Lei nº 4.864/1965 para os incorporadores, os quais preveem um procedimento extrajudicial de leilão do imóvel do adquirente inadimplente para quitação do saldo devedor. Por esse regime, o adquirente poderá perder integralmente os valores pagos.

Entendemos que o segundo regime não pode ser aplicado contra o adquirente que seja consumidor quando o credor for um fornecedor, pois o art. 53 do CDC veda a perda integral das prestações pagas. O CDC prevalece sobre o inciso VII da Lei nº 4.864/1965.

Desse modo, esse segundo regime só poderia ser aplicado em dois casos: (1) contratos de aquisição de imóveis feitos por quem não seja consumidor, a exemplo de fundos de investimento imobiliário que venham a adquirir imóveis “na planta”; e (2) cobrança feita por uma Comissão de Representantes contra o condômino. A propósito desse último caso, é de recordar que essa comissão nada mais é do que a reunião dos próprios adquirentes de imóveis “na planta” que se reúnem para promover a construção da obra. Portanto, quando a Comissão de Representantes cobra do condômino o pagamento das prestações, não há falar em relação de consumo, pois a relação jurídica entre essas partes se assemelha a de um condomínio.

Em décimo lugar, não prospera o argumento de que haveria consumidores “espertos” que iriam desfazer o contrato em razão da desvalorização futura do imóvel. É que quem tem maior poder de previsibilidade futura dos preços dos imóveis é o próprio empresário, e não o consumidor. São os empresários que desempenham papel importante na definição do preço da mercadoria. O consumidor não possui esse poder de informação. A legislação tem essa presunção, a exemplo do que sucede nos contratos de empreitada, em que a oscilação superveniente do preço da mão de obra só credencia o dono da obra, e não o empreiteiro, a pedir a readequação do preço (arts. 619 e 620 do CC). O tratamento da matéria deve guardar coerência com essa lógica de justiça do ordenamento jurídico. Por isso, não há razão de justiça alguma para impedir o consumidor de desfazer o contrato imotivadamente, especialmente porque ele já será punido por esse ato, pagando uma multa compensatória e outros encargos punitivos e indenizatórios pertinentes.

Em conclusão, a rescisão unilateral continua sendo plenamente admissível de modo imotivado por parte do consumidor mediante mera notificação extrajudicial na forma do art. 473 do CC, mas terá de suportar os encargos punitivos e indenizatórios decorrentes desse ato. A rescisão unilateral nada tem a ver com o direito de arrependimento, pois este nada mais é do que uma condição resolutiva expressa que permite a resolução do contrato pelo arrependimento do adquirente sem necessidade de suportar qualquer encargo punitivo. Rescisão unilateral é um descumprimento contratual; direito de arrependimento é o exercício de um direito contratual. Ademais, a irretratabilidade do contrato de aquisição de imóvel “na planta” nos moldes do previsto no antigo § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591/64 e no art. 26 da Lei nº 6.766/76 foi preservada intacta pela nova Lei, e essa irretratabilidade nunca impediu (e continua não impedindo) a rescisão unilateral. A propósito, o jurista Rodrigo Toscano, em belo artigo, defendeu que a irretratabilidade do contrato de aquisição de imóvel “na planta” continua em vigor com a nova Lei, conforme já expusemos⁹. Todavia, como afirmamos, essa irretratabilidade não afasta a rescisão unilateral pelo adquirente se ainda houver prestações vincendas do preço.

9. DIREITO DE ARREPENDIMENTO: questões polêmicas e caso do loteamento

⁹ Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/661822605/o-contrato-de-incorporacao-imobiliaria-deixou-de-ser-irretratavel-com-a-entrada-em-vigor-da-lei-13786-2018>.

De acordo com o texto expresso da nova Lei, no caso de alienação de imóvel “na planta” em regime de incorporação imobiliária, o adquirente poderá desistir do contrato imotivadamente no prazo de 7 dias mediante envio de carta registrada com aviso de recebimento, desde que o contrato tenha sido celebrado em estandes de venda ou fora da sede do incorporador (arts. 67-A, §§ 10 e 11, Lei nº 4.591/64). Nessa hipótese, a restituição dos valores pagos será total.

Não há previsão similar para as alienações de lotes, mas entendemos que, por analogia, esse direito de arrependimento deve ser estendido para esses casos, pois, à semelhança do que sucede na incorporação imobiliária, o loteamento envolve o dever do loteador de realizar obras futuras, e as punições jurídicas pelo inadimplemento são bem severas.

Esse prazo de 7 dias é um verdadeiro prazo de reflexão que a lei garante ao adquirente para livrar-se de eventual precipitação. Trata-se de uma condição resolutiva explícita, que depende apenas da vontade imotivada do adquirente.

Se a alienação do imóvel ocorrer dentro da sede do incorporador, não há esse direito de arrependimento, pois a presunção do legislador foi a de que, na sede, o adquirente não estaria vulnerável a técnicas de *marketing* capazes de conduzi-lo a precipitações. Ao nosso sentir, pecou a nova Lei aí, pois, diante da grande expressão econômica do contrato e das pesadas punições a que o adquirente está exposto, o direito de arrependimento deverá ser exercido ainda que a venda ocorresse dentro da sede do incorporador. Seja como for, a lei é expressa e deve ser respeitada. Todavia, 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.

Apesar de o § 11 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 estabelecer a carta registrada com aviso de recebimento como canal de comunicação para o adquirente expressar o direito de arrependimento, uma interpretação teológica do dispositivo permite que qualquer outro meio que garanta a ciência do alienante possa ser admitido, como uma ligação telefônica à central de atendimento ao cliente ou um e-mail ao endereço eletrônico disponibilizado pelo incorporador. Entendemos que sequer há necessidade de pacto expresso no contrato para tanto, pois o que importa é a ciência, pelo incorporador, da vontade inequívoca do adquirente em exercer o direito de arrependimento. A propósito, o sempre brilhante Professor de Direito Civil da UFPB Rodrigo Toscano Brito defendeu que as partes podem pactuar outro meio, mas, em nenhum momento, esse genial civilista considera, como indispensável, um pacto expresso para adotar outro meio de comunicação¹⁰.

Uma última questão: é possível aplicar o direito de arrependimento para caso de alienação de lotes? Embora inexista texto expresso na nova Lei para o direito de arrependimento em casos de loteamento, é imperioso admiti-lo por analogia em razão de o *modus operandi* da venda de lotes ser similar ao de venda de imóveis em regime de incorporação.

Portanto, o direito de arrependimento de que trata os §§ 10 e 11 da Lei nº 4.591/64: (1) pode ser aplicado por analogia aos casos de loteamento, (2) admite

¹⁰ Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/661822605/o-contrato-de-incorporacao-imobiliaria-deixou-de-ser-irretratavel-com-a-entrada-em-vigor-da-lei-13786-2018>.

manifestação por qualquer meio de comunicação que garanta ciência do incorporador e que tenha sido disponibilizado por este aos clientes, independentemente de pacto expreso; (3) é devido mesmo para casos de alienações feitas dentro da sede do incorporador, desde que o adquirente seja consumidor.

10. VALOR DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL E DO VALOR PAGO NO CASO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Se o contrato vier a ser desfeito após a entrega das chaves para o adquirente, este terá pagar ao alienante um valor referente à fruição do imóvel correspondente ao percentual de 0,5% do valor atualizado do imóvel (art. 67-A, § 2º, III, Lei nº 4.591/64). Esse valor aproxima-se da média do valor do aluguel do imóvel. De fato, sem isso, o adquirente iria se enriquecer sem justa causa colhendo os frutos do imóvel gratuitamente. O fundamento jurídico dessa fruição é a vedação do enriquecimento sem causa, e não o inadimplemento, razão pela qual esse valor é devido independentemente de o desfazimento do contrato ter ocorrido ou não por culpa do próprio alienante. Ademais, esse valor de fruição do imóvel nem precisava de previsão legal expressa, pois a vedação ao enriquecimento sem causa já pertence ao ordenamento jurídico e tem hospedagem, entre outros, no art. 884 do CC. A própria jurisprudência já admitia essa cobrança.

Todavia, apesar do silêncio da nova Lei, no caso de ruptura do contrato, a vedação ao enriquecimento sem causa também impede que o alienante se enriqueça sem justa causa com a fruição do dinheiro até então pago pelo adquirente. Assim como o adquirente tem de pagar um valor pela fruição da prestação que recebeu (o imóvel), também o alienante tem de pagar um valor de fruição da contraprestação recebida (o dinheiro até então pago). Por essa razão, havendo ruptura do contrato, independentemente de quem tenha sido o causador dessa extinção, o adquirente tem direito a cobrar do alienante um valor de fruição sobre o dinheiro pago e, nesse caso, entendemos que deve ser aplicado também o percentual de 0,5% a.m. do valor pago por analogia ao § 2º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64. Esse percentual recairá sobre cada prestação financeira paga a partir da data do desembolso.

Podemos exemplificar. Se o consumidor já pagou R\$ 900.000,00 até a data da ruptura do contrato e se o valor do imóvel era de 1 milhão de reais, o consumidor terá de pagar, para o incorporador, em razão da fruição do imóvel, a quantia de 5.000,00 por mês a partir da data da entrega das chaves. Todavia, por outro lado, o incorporador, em razão da fruição do dinheiro desembolsado pelo consumidor, terá de pagar ao consumidor um percentual de 0,5% a.m. sobre cada prestação paga pelo consumidor a partir da data do respectivo desembolso. Se, no exemplo, para facilitar o cálculo, supormos que o consumidor pagou os R\$ 900.000,00 em parcela única na data da entrega das chaves do imóvel e parcelou o restante, temos que a incorporador teria de pagar R\$ 4.500,00 por mês ao consumidor pela fruição do dinheiro pago pelo consumidor. Nesse exemplo, pode-se dizer que, em nome da compensação – que é o encontro de obrigações contrapostas entre as mesmas partes (art. 368, CC) –, ao final, caberá ao consumidor pagar apenas R\$ 500,00 por mês para o incorporador, pois a sua dívida já terá sido parcialmente extinta com a compensação. Metaforicamente os R\$ 500,00 é o valor da “fruição líquida” do adquirente: este fruiu do imóvel, mas deixou de fruir do dinheiro já pago.

Em síntese, não apenas o consumidor tem de pagar um valor de fruição do imóvel cuja posse já foi recebida, mas também caberá ao alienante pagar um valor de fruição do dinheiro recebido pelo consumidor.

11. VALOR DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL E DO VALOR PAGO NO CASO DE LOTEAMENTO

No caso de loteamento, o valor de fruição é de 0,75% sobre o valor atualizado do contrato, o que é injustificadamente superior ao 0,5% que vigora para o caso de incorporação (art. 32-A, I, Lei nº 6.766/76).

Para esse caso, aplica-se tudo quanto escrevemos acerca de fruição no caso de incorporação imobiliária e, portanto, também o loteador terá de pagar valor de fruição dos valores pagos pelo adquirente, sob pena de enriquecimento sem causa. Todavia, há uma diferença: em razão da necessária simetria, o valor de fruição do dinheiro a ser paga pelo loteador deverá ser de 0,75% por incidência analógica do inciso I do art. 32-A da Lei nº 6.766/76.

12. RISCO MÁXIMO DO ADQUIRENTE: perda integral do valor pago e taxa de fruição adicional

No caso de ruptura do contrato por culpa do consumidor, o incorporador tem de restituir-lhe o valor pago após a retenção de diversos valores previstos no art. 67-A da Lei nº 4.591/64, como a multa compensatória, o valor de fruição do imóvel, as cotas condominiais não pagas etc. Todavia, o § 4º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 limita a retenção a 100% do valor pago pelo consumidor, mas, para esse efeito, os valores de fruição do imóvel não serão computados por não estarem sujeitos a esse teto. Daí decorre que os valores de fruição do imóvel deverão ser integralmente suportados pelo consumidor, ainda que eles excedam o montante pago pelo consumidor. É que esses valores não entram no limite do teto do § 4º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64.

Isso significa que, ao assinar um contrato de aquisição de imóvel “na planta”, na pior das hipóteses, o adquirente perderá tudo quanto pagou e, ainda, ficará devendo os valores relativos à fruição que teve do imóvel. Desse modo, o adquirente tem a garantia de não ficar com saldo devedor remanescente após o fim do contrato por culpa sua, salvo em relação aos valores de fruição.

Enfim, excluindo os valores de fruição do imóvel, inexistente o risco de o consumidor que, por um motivo qualquer, não tenha conseguido honrar as prestações ficar endividado além do valor total que desembolsou.

13. DIREITO DE CESSÃO DE CONTRATO PARA EVITAR A MULTA COMPENSATÓRIA

O § 9º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 livra o adquirente inadimplente de pagar a multa compensatória pela ruptura do contrato se ele encontrar um sucessor com capacidade financeira e econômica suficiente para assumir o polo contratual. Trata-se, na verdade, de uma verdadeira cessão de contrato admitida por esse dispositivo. Foi atécnico o texto legal quando se referiu ao termo “sub-rogue”, pois essa sucessão no polo contratual não configura uma sub-rogação – que é fruto do pagamento de uma dívida por um terceiro (art. 346, CC) e que é uma hipótese de extinção da obrigação –, e sim uma cessão de contrato. A cessão de contrato envolve uma assunção de dívida (art. 299, CC) e uma cessão de crédito (art. 296, CC) pelo terceiro que assumirá o polo contratual.

Como requisito, o § 9º do art. 67-A exige o consentimento do incorporador e a idoneidade financeira do terceiro.

Quanto ao primeiro requisito, entendemos que o incorporador só pode negar o consentimento mediante justo motivo fundado na inidoneidade financeira do sucessor. É que, se o legislador tivesse deixado esse consentimento ao puro arbítrio do incorporador, o dispositivo seria absolutamente inútil e não teria inovado, em nada, a ordem jurídica, pois a cessão de contrato já é admitida pela legislação atual mediante consentimento da outra parte. O dispositivo em pauta precisa ser interpretado sob a presunção de que ele inova o ordenamento jurídico e de que criou um efetivo “direito subjetivo”, ou seja, uma faculdade de agir (*facultas agendi*) ao adquirente no sentido de constranger o alienante a aceitar a cessão contratual em favor de um terceiro financeiramente idôneo.

Quanto ao segundo requisito (a idoneidade financeira), o sucessor precisa ser aprovado em pesquisas de cadastros e demonstrar sua capacidade financeira. A lei não detalha como isso será feito; caberá ao incorporador valer-se de meios razoáveis para essas pesquisas de cadastros e para a comprovação da saúde financeira do sucessor, usando a mesma régua que utilizara anteriormente com o adquirente para celebrar o contrato.

Por fim, destaque-se que esse direito de cessão do contrato para evitar a multa compensatória só é prevista para casos de incorporação imobiliária, e não para casos de loteamento. A nova Lei não inseriu dispositivo similar na Lei nº 6.766/76. Todavia, entendemos que a omissão legislativa para o loteamento deve ser suprida por aplicação analógica do § 9º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 aos casos de aquisição de lotes.

14. MULTA MORATÓRIA PELO ATRASO NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES PELO ADQUIRENTE

No caso de inadimplemento relativo pelo adquirente (atraso no pagamento das prestações), ele terá de suportar uma multa moratória pactuada, a qual não poderá exceder a 2% do valor da prestação por força do art. 52, § 1º, do CDC. A nova Lei nada mudou nesse aspecto.

15. MULTA MORATÓRIA PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL EM REGIME DE INCORPORAÇÃO: cumulação com outras indenizações?

No caso de inadimplemento relativo pelo incorporador (atraso na entrega do imóvel), este terá de pagar indenização de 1% a.m. sobre o valor pago pelo adquirente, conforme § 2º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64. Alerta-se que a base de cálculo não é o valor do imóvel, e sim o valor pago.

O referido dispositivo não afirmou que esse 1% a.m. sobre o valor pago era uma multa. O texto legal afirma que, no caso de atraso na entrega do imóvel, o incorporador terá de pagar “indenização” de 1%.

Daí surgem duas questões: essa indenização prefixada é uma multa moratória? O adquirente poderá cobrar, além dessa indenização prefixada, o valor por lucros cessantes correspondentes ao atraso na entrega do imóvel e outras indenizações por danos materiais e morais sofridos?

A nova Lei pecou na técnica ao ter sido omissa no tratamento direto da matéria, embora tenha, no § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64, dado uma singela pista ao insinuar que essa indenização é uma multa. Até o advento dessa nova Lei, a jurisprudência predominante era no sentido de que, no caso de atraso na entrega do imóvel, o incorporador tinha de pagar multa moratória cumulada com indenização integral pelos lucros cessantes, os quais correspondem ao valor mensal do aluguel do imóvel. Cabia ao legislador, que tinha ciência desse entendimento jurisprudencial dominante, ter expressamente disciplinado a matéria.

Em nenhum momento, o § 2º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 especifica a qual tipo de dano essa indenização se destina a reparar. Será que essa indenização está a reparar os lucros cessantes correspondentes à indisponibilidade do imóvel atrasado? Ou será que está a reparar danos morais eventualmente sofridos? Ou será que a indenização é por outros danos materiais que possam ter sido suportados pelo adquirente? Tampouco esse dispositivo legal vale-se de um advérbio de exclusão para assentar que o adquirente “somente” poderá cobrar essa indenização.

Nesse ambiente, a nova Lei deve ser interpretada sob a presunção de que o legislador conhecia o entendimento jurisprudencial preponderante, firmado no sentido de que o consumidor poderia cobrar da incorporadora uma multa moratória (fruto da inversão da multa moratória cobrada contra o consumidor) em cumulação com uma indenização por lucros cessantes correspondente ao valor do aluguel do imóvel, sem prejuízo de outras indenizações devidas. Se o legislador quisesse afastar essa cumulação, ele teria sido expresso, pois sabia do quadro jurisprudencial predominante. O novel diploma, todavia, não foi expresso em vedar a cumulação. E, considerando que a cláusula penal é uma indenização prefixada que pode ser cobrada independentemente de prejuízo e que também tem função punitiva, entendemos que a indenização de 1% de que trata o § 2º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 tem natureza jurídica de uma multa moratória. Isso é confirmado pelo fato de o § 3º desse art. 43-A aludir à referida indenização como “a multa prevista no § 2º”.

Desse modo, temos que a nova Lei, em relação ao quadro jurisprudencial anterior, somente reduziu a multa moratória de 2% do valor do imóvel para 1% do valor pago. A nova Lei não impede, portanto, que, além dessa multa moratória, o adquirente possa cumulativamente cobrar indenização por lucros cessantes (pela indisponibilidade do imóvel), por dano moral (se o caso admitir) ou por outros danos materiais, tudo mediante prova do prejuízo. A discussão relativa à cumulação de multa moratória com outras indenizações não foi atingida pela nova Lei; ela continua girando em torno da correta interpretação do art. 416, parágrafo único, do CC. Ao nosso aviso, a jurisprudência anterior à nova Lei já se equivocava em admitir a cumulação, porque isso era um desdém ao art. 416, parágrafo único, do CC. Para nós, o mais adequado era admitir que a multa moratória era um início de indenização, de maneira que o credor só poderia cobrar indenização SUPLEMENTAR, e não integral, mediante prova de que o prejuízo excedia ao valor da multa moratória. A jurisprudência, todavia, preferia focar a natureza punitiva da multa moratória do que a sua natureza indenizatória.

Em síntese, no caso de atraso na entrega do imóvel, o incorporador tem de pagar multa moratória de 1% do valor pago pelo adquirente, sem prejuízo do direito de este cobrar integralmente indenização por lucros cessantes (pela indisponibilidade do imóvel), por outros danos materiais comprovados e por danos morais eventualmente existente. Acrescemos que o mero atraso na entrega do imóvel não gera dano moral, mas, a depender do caso concreto, poderá haver alguma excepcionalidade a caracterizar esse tipo de dano.

16. MULTA MORATÓRIA PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL EM REGIME DE LOTEAMENTO

A nova Lei não trata da multa moratória para o caso de atraso na entrega do lote, ao contrário do que fez em relação a imóveis em regime de incorporação imobiliária. É verdade que o terreno que compõe o lote é um bem já existente; todavia, a infraestrutura que serve ao lote é um bem futuro. Se o loteador atrasar a entrega dessas obras de infraestrutura, indaga-se: poderia o adquirente do lote cobrar multa moratória e outros encargos moratórios?

Ao nosso aviso, a resposta é positiva, mas a base de cálculo da multa moratória e dos outros encargos moratórios deve ser proporcional à expressão econômica que as obras de infraestrutura possuem no preço do lote. Assim, do preço pago pelo lote, deve-se estimar quantos por cento correspondem ao valor da infraestrutura do terreno. É que a obrigação do loteador perante o adquirente não é a de simplesmente entregar um terreno desnudado, mas também o de prover-lhe da correspondente infraestrutura. Afinal de contas, sua obrigação é a de entregar um lote, assim entendido “*o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe*” (art. 2º, § 4º, Lei nº 6.766/79).

17. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE ADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE PARA O RECEBIMENTO DA MULTA MORATÓRIA DO INCORPORADOR

O novo art. 43-A, § 2º, da Lei nº 4.591/64 estabelece que, no caso de atraso na entrega do imóvel alienado em regime de incorporação imobiliária, o adquirente só terá direito à indenização (multa moratória, para nós) de 1% a.m. sobre o valor efetivamente pago se ele estiver adimplente. Não há preceito similar para loteamento.

Esse preceito precisa ser interpretado conforme à Constituição Federal para evitar a mancha da inconstitucionalidade. É que, se, de um lado, o preceito acima condiciona o recebimento da multa moratória pelo consumidor à sua adimplência, por outro lado, a nova Lei não faz qualquer exigência de o incorporador estar adimplente para receber a multa moratória do consumidor que atrasou o pagamento de prestações. Nesse sentido, a lei incorreria em “dois pesos e duas medidas” a atrair a pecha da inconstitucionalidade por ofensa ao princípio constitucional da isonomia.

Para evitar isso, entendemos que o dispositivo acima precisa ser interpretado conforme à Constituição para restabelecer a igualdade (material, e não formal) entre as partes. E, para tanto, precisamos tomar um cuidado. É que o ordenamento permite, como mecanismo de autotutela, a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido), prevista no art. 476 do CC. Por essa medida, a parte de um contrato bilateral legítimas e independentemente de ordem judicial pode reter a prestação enquanto a outra não cumprir a contraprestação.

Sob essa ótica, indaga-se: o adquirente tem de pagar a multa moratória sobre as suas prestações no caso de atraso do incorporador?

Para responder, precisamos separar as prestações anteriores ao início do atraso do incorporador das prestações posteriores.

Em relação às prestações posteriores ao início do atraso, temos o seguinte. Se o adquirente, após o atraso do incorporador, abstém-se de pagar as prestações vencidas durante esse período de atraso, ele não poderá ser obrigado a pagar a multa moratória sobre esses valores, pois está valendo-se legitimamente da *exceptio non adimpleti contractus*. Não há atraso injustificado do adquirente em honrar seu débito e, portanto, não há mora. Nesse caso, só o incorporador está em mora. Temos ser desnecessário que o adquirente consigne em juízo o valor das parcelas, pois isso só iria desproporcionalmente onerar a sua situação com o dispêndio de tempo e de recursos financeiros para a propositura de uma ação judicial de consignação em pagamento. Para nós, basta que o adquirente retenha as prestações e disponha-se a pagá-las, no momento em que o incorporador purgar a mora oferecendo as chaves do imóvel. De qualquer sorte, os contratos não costumam prever prestações após o prazo final de entrega dos imóveis, de sorte que a hipótese ora ventilada dificilmente ocorrerá na prática.

Todavia, quanto às prestações vencidas anteriormente ao período de atraso, é certo que, até a data do início do atraso na entrega do imóvel, o adquirente está em mora e, portanto, terá de pagar a multa moratória e os demais encargos moratórios incidentes sobre essas prestações até esse momento. O problema é definir se, após esse momento (o do início do atraso na entrega do imóvel pelo incorporador), o adquirente deverá ou não continuar pagando os encargos moratórios. Entendemos que o adquirente só terá de pagar os encargos moratórios se o incorporador já tiver concluído a construção e estiver retendo propositalmente a entrega das chaves enquanto o adquirente regularizar a própria situação. É que, nesse caso, o incorporador não estará em mora, mas sim no exercício da *exceptio non adimpleti contractus*. Todavia, se o incorporador não tiver concluído a construção, isso significa que ele não tem condições materiais de entregar as chaves se o adquirente pagar as prestações antigas, de maneira que o adquirente não poderá ser mais constrangido a pagar as prestações vencidas. Nesse caso, o adquirente deixa de estar em mora a partir do momento em que se configurou o atraso no término da construção (ou seja, no momento em que o *habite-se* não foi obtido no prazo estipulado) e, portanto, não terá mais de suportar multa moratória nem outros encargos moratórios sobre as suas prestações antigas. O adquirente, a partir daí, estará a exercer a *exceptio non adimpleti contractus*.

Ainda sob essa perspectiva, indaga-se: o incorporador tem de pagar multa moratória e outros encargos moratórios em razão do atraso na entrega do imóvel mesmo se o adquirente estiver inadimplente?

Não há dúvidas de que, se o adquirente está com prestações atrasadas, o incorporador também pode valer-se da *exceptio non adimpleti contractus* e negar entregar-lhe as chaves do imóvel enquanto ele não pagar essas prestações acrescidas de multa moratória e outros encargos moratórios. Nesse caso, o incorporador não terá de pagar multa moratória, porque não está em mora, e sim no exercício legítima da *exceptio*.

Alerte-se, porém, que isso só ocorrerá se a obra já estiver construída com o devido “*habite-se*” e se o incorporador já estiver com as chaves em mãos para entregar ao adquirente logo após este quitar as prestações pendentes. É que, se o caso se tratar de um atraso no andamento da própria construção, isso significa que o incorporador não tem condição alguma de entregar as chaves para o adquirente caso este quite as prestações vencidas. Daí decorre que, nessa hipótese, é descabido afirmar que o incorporador estaria exercendo a *exceptio non adimpleti contractus*, pois ele não está retendo propositalmente a contraprestação no aguardo da quitação das

prestações pelo adquirente. A *exceptio non adimpleti contractus* pressupõe a disponibilidade potencial da prestação retida ou, nas palavras do Professor lusitano António Menezes Cordeiro, “pressupõe uma faculdade de recusar a prestação”¹¹. O incorporador que atrasou a construção não tem a faculdade de recusar a prestação, porque esta sequer existe materialmente diante do atraso na própria construção. Em situação como essa, entendemos que o adquirente tem direito à multa moratória de 1% a.m. pelo atraso da incorporadora mesmo se estiver inadimplente com algumas prestações.

Em síntese, havendo atraso na entrega do imóvel pelo incorporador em razão de o *habite-se* não ter sido obtido até a data final estipulada, isso significa que o incorporador não tem a disponibilidade potencial do imóvel para quitar sua dívida. Daí decorre que o incorporador está em mora e terá de pagar multa moratória ao adquirente ainda que este esteja inadimplente. Daí também decorre que o adquirente deixa de estar em mora a partir do início do atraso no término da obra, pois ele não pode mais ser obrigado a pagar nada em razão da indisponibilidade material do contraprestação, razão por que: (1) o adquirente não terá de pagar multa moratória nem outro encargo moratório sobre as prestações que se vencerem após o início do atraso na entrega do imóvel; e (2) as prestações vencidas antes da caracterização no atraso na entrega do imóvel só poderão ser engorduradas com multa moratória e demais encargos moratórios até esse momento.

Se, todavia, o *habite-se* já tiver sido obtido e se o atraso na entrega do imóvel decorrer de uma proposital retenção das chaves do incorporador enquanto o adquirente não quitar as prestações atrasadas, o incorporador estará a exercer a *exceptio non adimpleti contractus* e, portanto, não terá de pagar multa moratória alguma. Só o adquirente é que terá de suportar os encargos moratórios sobre suas prestações atrasadas.

Portanto, o art. 43-A, § 2º, da Lei nº 4.591/64 precisa ser interpretado da seguinte maneira: o adquirente inadimplente só não terá direito à multa moratória pelo atraso na entrega do imóvel se o incorporador já tiver concluído a construção e estiver retendo a entrega das chaves do imóvel como exercício legítimo da *exceptio non adimpleti contractus*. Todavia, se o incorporador tiver atrasado a própria conclusão da construção, ele terá de pagar a multa moratória ainda que o adquirente esteja inadimplente, pois a inadimplência deste último passa a ser justificada como exercício da *exceptio non adimpleti contractus*.

18. INVERSÃO DE MULTA COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA

A nova Lei não censurou expressamente o entendimento jurisprudencial predominante no sentido de que, se o adquirente é consumidor, a multa compensatória pactuada contra ele deverá ser, no mesmo percentual, revertida contra o incorporador, pois seria abusivo, à luz do art. 51 do CDC, pactuar punições mais severas contra o consumidor inadimplente do que as punições firmadas contra o incorporador.

Todavia, para a multa moratória, a nova Lei censura o até então vigente entendimento de inversão dessa multa contra a incorporadora. É que, no caso da multa moratória, conforme já exposto anteriormente, a nova Lei só tratou do caso de atraso

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil IX: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento, transmissão, modificação e extinção.** Coimbra/Portugal: Editora Almedina, 2017, p. 289.

do incorporador e estabeleceu que este deverá pagar indenização (cujas natureza jurídica, para nós, é de multa moratória) de 1% do valor pago para cada mês de atraso. Não cabe pacto em contrário, salvo se for para majorar essa multa em proveito da parte mais vulnerável, que é o adquirente e em favor de quem foi editada a nova Lei. De fato, para o caso de inadimplemento relativo do adquirente, a nova Lei nada diz, razão por que segue em vigor o entendimento de que o adquirente pagará a multa moratória pactuada, a qual não poderá exceder a 2% da prestação se o adquirente for consumidor, conforme art. 52, § 1º, do CDC.

Em relação à multa compensatória, o caso é diferente. A nova Lei estabelece que, havendo o inadimplemento absoluto do adquirente – da qual decorre a resolução do contrato por culpa deste –, cabe-lhe pagar multa compensatória “que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga” (art. 67-A, II, Lei nº 4.591/64). Como se vê, o contrato não é obrigado a estabelecer o percentual de 25% a título de multa compensatória contra o adquirente; as partes podem pactuar qualquer percentual, desde que inferior a esses 25%.

Se, porém, o inadimplemento absoluto for do incorporador – de que deriva a resolução contratual por culpa deste –, a nova Lei não estabelece nenhum teto para a multa compensatória a ser suportado pelo incorporador, mas apenas se limita a estabelecer que este terá de pagar a “multa estabelecida”.

Como se vê, a nova Lei não proibiu que, em havendo relação de consumo, haja a inversão da cláusula penal compensatória em proveito do consumidor. E realmente a inversão da cláusula penal é medida absolutamente necessária para o caso de o adquirente ser consumidor, pois: (1) é inegável que o consumidor é vulnerável e não possui poder de barganha para alterar as cláusulas contratuais; (2) a vontade presumível do consumidor, se este tivesse efetivo poder de barganha, seria a de igualar os percentuais das multas compensatórias; (3) é irrelevante o fato de as obrigações serem diversas, pois a proporcionalidade é obtida pela diversidade de base de cálculo sobre o qual incidirá o percentual da multa; (4) assim como o incorporador tem prejuízo com o rompimento do contrato por culpa do consumidor, também este tem incalculáveis danos com a frustração contratual por culpa do incorporador; (5) como a multa compensatória é uma prefixação de indenização e independe de prova de prejuízo, deve-se considerar que o dano presumido do consumidor é proporcionalmente igual ao do incorporador, proporção essa que é obtida por meio da incidência de um mesmo percentual sobre uma base de cálculo correspondente à prestação de cada parte; (6) essa isonomia faria o valor da multa chegar a um “ponto ótimo” no momento da contratação, conciliando os interesses contrapostos.

Entendimento diverso nos levaria ao absurdo de considerar, como lícito, que, num contrato, o incorporador estabeleça uma cavalari multa compensatória de 25% do valor pago contra o consumidor e uma suave multa compensatória de 1% do valor pago contra si mesmo. Se a relação é de consumo, tal desnível deve ser censurado por se caracterizar abusivo.

Portanto, à luz da nova Lei, é cabível a inversão da multa compensatória contra o incorporador, se o adquirente for consumidor. Não é devida, porém, a inversão da multa moratória, pois há norma expressa estipulando o percentual dela em desfavor do incorporador (art. 43-A, § 2º, Lei nº 4.591/64).

19. ADQUIRENTE COMO CAUSADOR DO ATRASO: excludente da responsabilidade da incorporadora pelo atraso na obra

O § 1º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 estatui que, havendo atraso do na entrega do imóvel, o adquirente poderá pedir a resolução do contrato com direito à restituição da integralidade do valor acrescida de multa compensatória, desde que ele “não tenha dado causado ao atraso”. Trata-se de condicionante extremamente perigoso e que precisa ser manuseado com cuidado pela jurisprudência.

Quando o adquirente dará causa ao atraso de uma obra?

É difícil imaginar alguma hipótese factível. Talvez isso ocorreria se o adquirente cercar, com um exército, o terreno e obstruir o trabalho dos construtores.

O perigo do preceito acima é que ele daria ensanchas ao entendimento de que, se o adquirente tiver atrasado o pagamento de prestações, ele seria o causador do atraso na entrega da construção, pois teria prejudicado a saúde financeira do incorporador. Essa interpretação, contudo, parece-nos manifestamente contrária ao espírito da Lei nº 4.591/64, que, ao exigir idoneidade financeira do incorporador como requisito de habilitação (art. 32, “o”) e ao permitir a desistência da incorporação apenas dentro do prazo de carência (art. 34), deixa claro que o incorporador não pode condicionar o sucesso da construção à adimplência dos adquirentes, especialmente se os adquirentes forem consumidores. O risco financeiro pelo custeio da construção é exclusivamente do incorporador. Por essa razão, o atraso na construção não poderá ser juridicamente atribuído ao fato de o adquirente ter incorrido em mora quanto às prestações. Incorporador de que trata a nova Lei não é consórcio imobiliário, nem um condomínio, tampouco sua gestão interna está sujeita à fiscalização ou ao controle dos adquirentes de imóveis “na planta. Incorporador é um empresário que assumiu o risco de entregar os imóveis alienados “na planta” dentro do prazo pactuado.

Evidente que, se o adquirente não for consumidor, é válida cláusula contratual que condicione o cumprimento do prazo ao pagamento pontual das prestações pelo adquirente. Assim, se um fundo de investimento imobiliário – que não é consumidor – adquire os imóveis “na planta” de um incorporador, é lícito que as partes pactuem que, havendo atraso no pagamento das prestações, o atraso na entrega do imóvel é justificável. Todavia, se o adquirente for consumidor, essa cláusula seria nula por ser abusiva à luz do art. 51 do CDC, na medida em que está a transferir para o consumidor um risco desproporcional que deve ser suportado apenas pelo incorporador e na medida em que desconsidera que, ao pagar em mora, o consumidor já indeniza o incorporador mediante o pagamento de multa moratória e de outros encargos moratórios.

Portanto, entendemos que a adequada interpretação do § 1º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 é no sentido de que o pagamento, em mora, de prestações pelo adquirente não impede que este, havendo atraso na conclusão das obras, promova a resolução do contrato, pois o causador da extinção do contrato é exclusivamente o incorporador. O adquirente, todavia, poderá ser considerado como causador do atraso da construção se tiver praticado algum ato doloso tendente a obstruir o andamento da obra (ex.: um ataque terrorista) ou se, não sendo consumidor, houver cláusula contratual que transfira ao adquirente que paga, com mora, as prestações a responsabilidade pelo atraso da construção.

20. INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO MULTA MORATÓRIA COM MULTA COMPENSATÓRIA: questão do direito adquirido e dos “dois pesos e duas medidas” (riscos de inconstitucionalidade)

O § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que a multa moratória devida contra o incorporador por atraso na entrega do imóvel não poderá, em hipótese

alguma, ser cumulada com a multa compensatória devida contra o incorporador no caso de resolução contratual por culpa deste. Isso significa que, se o incorporador atrasar a entrega do imóvel ao longo de 4 anos, o adquirente poderá pedir a resolução do contrato para receber a integralidade do valor pago de volta acrescido de uma multa compensatória, mas não poderá cobrar também as multas moratórias que incidiriam para cada mês de atraso ao longo desses 4 anos. A propósito, se o incorporador tiver pago voluntariamente essas multas moratórias, elas têm de ser devolvidas pelo adquirente que veio a pedir a resolução do contrato, devolução essa que poderá ser realizada mediante dedução do valor final a ser restituído ao consumidor.

Estranhamente, se o atraso tiver sido de apenas 6 meses, o adquirente que vier pedir a resolução do contrato também não poderá ficar com a multa moratória devida por cada mês de atraso, mas somente poderá exigir a multa compensatória.

Em outras palavras, se o adquirente aguarda 6 meses ou 4 anos para receber o imóvel para pedir a resolução do contrato, isso é irrelevante: o valor final a que ele terá direito será o mesmo, pois ele só cobrará a multa compensatória (correção monetária pode distinguir um pouco).

Temos por inconstitucional o dispositivo em pauta ao vedar a cumulação das duas espécies de multa por lesão ao direito adquirido. É que os fatos geradores de cada multa são totalmente diferentes: o da multa moratória é cada mês de atraso; o da multa compensatória é a resolução contratual pela perda de utilidade da prestação ao adquirente. No momento em que se completa um mês de atraso sem que o adquirente tenha pleiteado a resolução contratual, passa a integrar o patrimônio dele a respectiva multa moratória: nasce um direito adquirido a essa verba. Não pode, posteriormente, esse direito adquirido ser derretido se o adquirente vier a pleitear a resolução contratual e pleitear a multa compensatória. A nova Lei precisa respeitar o direito adquirido do adquirente, sob pena de inconstitucionalidade. O § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 é, pois, inconstitucional: o adquirente tem direito adquirido à multa moratória pelos meses de atraso até a data da resolução contratual, assim entendida a data em que ele expressou sua vontade resolutive seja extrajudicialmente, seja por meio da citação.

Seja como for, como o direito adquirido aí envolve bem particular, indaga-se: poderiam as partes pactuar a vedação da cumulação dos tipos de multa ou – o que dá na mesma – fixar que o valor da multa compensatória seria calculado mediante um valor de que se deduziriam as multas compensatórias? A resposta é positiva apenas se o adquirente não for consumidor. É que, se o adquirente for consumidor, tal cláusula será abusiva à luz do art. 51 do CDC, especialmente porque: (1) o tempo de espera do consumidor para pedir a resolução contratual não seria indenizado, de modo que um consumidor que tenha aguardado 6 meses e outro que tenha esperado 4 anos serão tratados da mesma forma sem serem indenizados por esse tempo; (2) a nova Lei não vedou a cumulação das duas multas por parte do incorporador no caso de resolução contratual por culpa do adquirente, o que representa um desequilíbrio de direitos inadmissível contra o consumidor.

De forma subsidiária, caso não se repute inconstitucional o dispositivo, ao menos, há necessidade de ser realizada uma interpretação conforme à Constituição para evitar inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia. O raciocínio do § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 precisa ser estendido também para o caso de resolução contratual por culpa do adquirente, o que guiará a interpretação do art. 67-A da Lei nº 4.591/64. Nessa hipótese de resolução por culpa do adquirente, o

incorporador deverá calcular, como montante dos valores pagos pelo adquirente, todas as parcelas pagas por este com inclusão da multa moratória e com outros encargos moratórios. Não poderá o incorporador considerar apenas o valor atualizado das prestações, e sim o valor efetivamente pago de cada prestação com inclusão dos conexos encargos moratórios. É desse montante total que o incorporador poderá deduzir as parcelas previstas no art. 67-A da Lei nº 4.591/64. E isso deve ser feito assim, porque não pode o incorporador ficar com a multa moratória de nenhuma das prestações e, ainda por cima, cobrar a multa compensatória de até 25% prevista no inciso II do art. 67-A da Lei nº 4.591/64. A vedação de cumulação da multa compensatória com a multa moratória também se estende contra o incorporador.

Portanto, o § 3º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64, ao vedar a cumulação da multa compensatória com a moratória, é inconstitucional por ofensa ao direito adquirido. Essa proibição de cumulação poderia ser pactuada no contrato apenas se o adquirente não fosse consumidor, pois, em o sendo, a cláusula seria nula por ser abusiva à luz do art. 51 do CDC. De qualquer sorte, supondo-se, por epítrope, inexistir ofensa ao direito adquirido, para evitar uma inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia, o § 3º do art. 43-A deve ser interpretado em conjunto com o art. 67-A da Lei nº 4.591/64, de modo que a vedação de cumulação de multa moratória com multa compensatória deve ser aplicada tanto contra o adquirente quanto contra o incorporador.

21. ATECNIA DO TERMO “DISTRATO” EM VÁRIOS DISPOSITIVOS

O § 13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que “poderão as partes, em comum acordo, por meio de instrumento específico de distrato, definir condições diferenciadas das previstas nesta Lei”. Esse dispositivo é o único que – talvez – possa ser considerado como referente ao distrato propriamente dito, assim entendido o acordo de vontades destinado a extinguir um contrato (resilição bilateral). Sobre esse dispositivo, discorreremos no próximo capítulo. Os demais dispositivos da nova Lei, ao se referirem ao termo “distrato”, estão, na verdade, se referindo ou à resilição unilateral, por pressuporem um “distrato” que independe de um acordo de vontades e que só depende da vontade unilateral de uma das partes, ou a um mero contrato de confissão ou de renegociação da dívida oriunda de uma resolução contratual.

Nesse sentido, o inciso VI do art. 35-A da Lei nº 4.591/64 e o inciso V do art. 26, V, da Lei nº 6.766/76 exigem que, no quadro-resumo a ser aposto nos contratos de venda de imóveis “na planta” e de lotes, constem “as consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de distrato, seja por meio de resolução contratual ...”. O termo “distrato” aí alude, na verdade, à resilição unilateral, pois, como a resilição bilateral pressupõe um acordo de vontade futuro, é absolutamente impossível que, no momento da celebração do contrato principal, as partes já antevêjam as cláusulas de um futuro acordo de resilição. Não existe, por impossibilidade jurídica, distrato com cláusulas já definidas no momento da celebração de um contrato, pois o distrato pressupõe que o acordo seja necessariamente posterior ao contrato. Além do mais, quando o § 13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que as partes podem, em instrumento específico de distrato, afastar as regras da nova Lei, ele está a confirmar que a definição das cláusulas do distrato é fruto de um acordo futuro das partes, embora, conforme

exponemos no próximo capítulo, a figura aí seja mais bem classificada como um mero contrato de confissão ou de renegociação da dívida oriunda de uma resolução contratual.

Igualmente, o *caput* do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 pontifica: “Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus ...”. O termo “distrato” aí também se refere, na verdade, à rescisão unilateral, e não à rescisão bilateral. É que, no momento em que esse dispositivo estabelece que o adquirente “fará jus” a algo, ele está estabelecendo um direito subjetivo, assim entendida a faculdade de agir (*facultas agendi*) em favor do adquirente. Ora, se o adquirente tem um direito subjetivo a receber um determinado valor, esse seu direito não pode ser condicionado ao consentimento prévio do incorporador. Entendimento contrário nos conduziria ao absurdo de entender que, se o incorporador não consentir em assinar um instrumento de distrato, o adquirente não terá os direitos assegurados no *caput* do art. 67-A.

Idêntico raciocínio vale para o § 2º do art. 67-A, que, ao mencionar o termo “distrato”, está reportando-se, na verdade, à rescisão unilateral por imperativo lógico, pois esse preceito também estabelece um direito subjetivo ao adquirente.

Por outro lado, o § 2º do art. 32-A da Lei nº 6.766/76 estabelece que, no caso de resolução do contrato por culpa do adquirente, o loteador somente poderá revender o lote após comprovar que já começou a restituir ao adquirente os valores que lhe são devidos, tudo “na forma e condições pactuadas no distrato”. O termo “distrato” aí não se refere ao distrato propriamente dito, e sim um mero contrato de confissão ou de renegociação da dívida oriunda de uma resolução contratual. É que o distrato propriamente dito é uma rescisão bilateral e, portanto, não decorre de uma extinção do contrato por culpa de quem quer que seja. Distrato é incompatível com resolução contratual por culpa de uma das partes. Ora, como o referido dispositivo cuida de uma resolução contratual por culpa do adquirente e estabelece como será calculado o valor final a ser pago ao adquirente após as deduções de multas e outros encargos, não se pode falar em distrato propriamente dito. Enfim, o termo “distrato” no § 2º do art. 32-A da Lei nº 6.766/76 trata, na realidade, de um mero contrato de negociação da dívida final que o loteador terá perante o adquirente que deu causa à resolução contratual.

O mesmo raciocínio vale para o *caput* e o § 3º do art. 35 da Lei nº 6.766/76, os quais tratam também de uma hipótese de resolução contratual por culpa de uma das partes (no caso, culpa do loteador).

22. DISTRATO: limites da negociabilidade

O § 13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que “poderão as partes, em comum acordo, por meio de instrumento específico de distrato, definir condições diferenciadas das previstas nesta Lei”. O texto nos parece ter empregado o termo “distrato” de modo atécnico, pois, pelo que se depreende dele, a sua intenção foi, na verdade, estabelecer um contrato de confissão ou de renegociação de dívida decorrente de uma resolução contratual motivada por culpa de qualquer das partes. Ora, se a extinção do contrato decorresse de uma resolução contratual por culpa de qualquer das partes, o acordo das partes quanto ao pagamento das dívidas devidas não seria um distrato, e sim simples contrato de confissão ou de renegociação da dívida

oriunda de uma resolução. O distrato propriamente dito é uma extinção do contrato por mera vontade imotivada das partes e distingue-se necessariamente da resolução.

Daí decorre que, se o dispositivo acima for interpretado como a se referir ao distrato propriamente dito, ele ficaria sem sentido, pois a nova Lei destina-se a regular os casos de extinção do contrato por culpa de qualquer das partes (resolução ou, conforme já explicamos, resilição unilateral).

O dispositivo está, na verdade, a tratar de uma resolução contratual por culpa de qualquer das partes, de modo que o termo “distrato” não se refere ao distrato propriamente dito.

Sob essa ótica, surge o problema de definir se essas condições diferenciadas a que se refere o § 13 do art. 67-A poderão ou não reduzir os direitos previstos na lei para o adquirente.

Há duas interpretações possíveis.

A primeira é a de que, se o adquirente for consumidor, seria abusiva qualquer cláusula que suprimisse seus direitos. Não poderia, portanto, esse acordo reduzir a multa compensatória que o incorporador teria de pagar.

A segunda é a de que, mesmo na hipótese de o adquirente ser consumidor, é possível essa supressão de direitos.

A segunda interpretação é tecnicamente melhor, admitindo que sejam reduzidos os direitos do adquirente, ainda que ele seja consumidor. O motivo é o de que o acordo em pauta nos parece ter a natureza jurídica de uma transação, por meio da qual as partes, para evitar uma judicialização (para prevenir litígios), fazem concessões recíprocas a fim de resolver rapidamente o entrevero. Aliás, o próprio Poder Judiciário estimula que as partes façam conciliação em demandas judiciais envolvendo consumidores, de maneira que não vemos ilicitude alguma em que essa conciliação seja feita extrajudicialmente por meio do acordo em pauta.

Portanto, à luz do § 13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, o termo “distrato” empregado nesse dispositivo refere-se, na verdade, a um contrato de confissão e de renegociação de dívida proveniente de uma resolução contratual e, por se destinar a prevenir judicializações, deve assegurar a mais plena liberdade negocial entre as partes, com possibilidade de redução de direitos tanto do adquirente quanto do alienante.

23. PRAZO PARA A DEVOLUÇÃO DO VALOR DEVIDO AO ADQUIRENTE NO CASO DE RESOLUÇÃO POR CULPA DESTA: necessidade de pagamento de juros remuneratórios para evitar enriquecimento sem causa

No caso de resolução contratual por inadimplemento do adquirente, o alienante, após deduzir multas e outros encargos, terá de restituir um valor residual final na forma do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e do art. 32-A da Lei nº 6.766/76.

Quando se tratar de incorporação imobiliária, o prazo para essa devolução será de 180 dias da data do desfazimento do contrato ou, se a incorporação estiver em regime de patrimônio de afetação, será apenas no prazo de 30 dias após a averbação do “habite-se” (art. 67-A, §§ 5º e 6º, Lei nº 4.591/64). Se, porém, a unidade for revendida antes do transcurso desse prazo, o restituição do valor residual para o adquirente deverá ocorrer em 30 dias da revenda (art. 67-A, § 6º, da Lei nº 4.591/64). Seja como for, somente após esse longo prazo é que se poderá falar que o

incorporador estará em mora e, portanto, somente a partir daí será devido cobrar os encargos moratórios, como os juros moratórios.

Quando se cuidar de loteamento, a devolução deverá acontecer em 12 parcelas mensais devidas a partir de 180 dias do prazo fixado para o término das obras ou, se a obra já estiver finda, de 12 meses após a formalização da resolução contratual (art. 32-A, § 1º, da Lei nº 6.766/76).

Como se vê, trata-se de prazos longuíssimos. Para receber o dinheiro residual de volta, mesmo já tendo pagado multas e outros encargos, o adquirente terá de aguardar, em muitas situações, mais de um ano.

A opção legislativa merece críticas. Com efeito, a nova Lei aí desvirtuou o instituto do patrimônio de afetação, que nada mais é do que uma segregação patrimonial apenas para efeito de proteger os credores do empreendimento perante outros credores pessoais do incorporador. Patrimônio de afetação nada mais é do que uma exceção ao princípio da patrimonialidade previsto no art. 789 do CPC: apenas é uma blindagem de um patrimônio perante penhoras de credores alheios ao fim da afetação. A nova Lei tratou o patrimônio de afetação como se transformasse o empreendimento em um consórcio imobiliário, em uma sociedade ou em um grupo de amigos que teriam se comprometido a construir um prédio para si. Do ponto de vista técnico, não há justificativa alguma para distinguir valor de multa ou prazo de pagamento entre um empreendimento com patrimônio afetação e outro sem. Ademais, é um despropósito obrigar o dinheiro do consumidor continuar nas mãos do incorporador até o final da obra, especialmente porque o consumidor não possui qualquer ingerência sobre a gestão financeira do empreendimento. O consumidor sequer pode impedir que o incorporador dilapide o seu caixa com uma ruínosa administração. Se se tratasse de um consórcio imobiliário, a situação seria diferente, pois os consorciados possuiriam poder de interferência na gestão do consórcio por meio de participação em assembleias, além de o Banco Central ser um fiscal (arts. 6º e 18 da Lei nº 11.795/2008), o que justificaria que a devolução do dinheiro só ocorresse ao final do grupo de consórcio. Todavia, apesar da crítica técnica, essa foi a opção legislativa e, portanto, cabe à doutrina busca a interpretação mais adequada do preceito.

Há, porém, um fato relevantíssimo a ser levado em conta. É que, embora o incorporador ou o loteador só passem a estar em mora após os longevos prazos estabelecido nos §§ 5º e 6º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e no art. 32-A, § 1º, da Lei nº 6.766/76, o fato é que o valor residual remanescente pertence ao adquirente desde o momento da resolução do contrato e, portanto, acarretaria enriquecimento sem causa se o incorporador ou o loteador nada pagasse ao adquirente pela fruição desse dinheiro durante o período. Violaria a vedação ao enriquecimento sem causa que o incorporador ou o loteador pudesse gratuitamente fazer do dinheiro do adquirente um capital de giro, colhendo os frutos desse dinheiro sem pagar nada ao adquirente. Por essa razão, em nome da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC), o incorporador ou o loteador deverá, entre a data da resolução e a data do vencimento, pagar ao adquirente um valor de fruição do dinheiro, o que pode ser estimado no patamar de uma taxa razoável de juros remuneratórios (e não moratórios, porque não há mora). Lembre-se de que juros remuneratórios são os frutos do dinheiro e, portanto, são devidos antes do vencimento, ao passo que os juros moratórios são punição e indenização presumida a serem cobrados só após o vencimento. Para nós, essa taxa razoável de juros remuneratórios deve ser a do teto previsto no art. 591 do CC, que atualmente corresponde à taxa Selic, pois se aproxima dos rendimentos obtidos pelos particulares em aplicações financeiras.

Esse valor a ser pago a título de fruição do dinheiro deverá ser cumulado com a correção monetária do valor residual, pois se trata de fatos categorias diferentes. O valor de fruição é um valor decorrente da vedação do enriquecimento sem causa, ao passo que a correção monetária é mera manutenção do valor real da moeda e está determinada expressamente no § 8º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64.

Portanto, havendo a resolução do contrato por culpa do adquirente, o valor residual a ser-lhe restituído deverá ser pago no prazo estabelecido nos §§ 5º e 6º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e no art. 32-A, § 1º, da Lei nº 6.766/76, mas, durante esse período, esse valor deverá ser acrescido com: (1) correção monetária para mera preservação do valor real da moeda por ordem expressa do § 8º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 (que tem de se aplicar por analogia para o regime de loteamento); e (2) um valor de fruição do dinheiro para evitar o enriquecimento sem causa, valor esse que deverá corresponder a uma taxa razoável de juros remuneratórios, a qual, ao nosso sentir, deve ser o teto estabelecido no art. 591 do CC. Após o vencimento, somente incidirão sobre o valor residual os encargos moratórios do arts. 389 e 395 do CC, como correção monetária, juros moratórios etc.

24. PRAZO PARA A DEVOLUÇÃO DO VALOR DEVIDO AO ADQUIRENTE NO CASO DE RESOLUÇÃO POR CULPA DESTE QUANDO HOVER PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO: situação de habite-se ultrapassar prazo contratual

O § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que, se houver patrimônio de afetação, a devolução do valor residual ao adquirente no caso de resolução contratual por culpa deste quando houver patrimônio de afetação é o de 30 dias “após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente”.

O texto legal, porém, foi omissivo para a hipótese de haver atraso na entrega das obras. Ora, nesse caso, entendemos que, se o habite-se não for obtido até a data final de entrega do imóvel na forma estabelecida no contrato (com inclusão do prazo de suspiro de 180 dias prevista no art. 43-A da Lei nº 4.591/64), ocorrerá o vencimento da obrigação de devolver o valor residual, sob pena de o vencimento da dívida se arrastar no tempo *ad aeternum* e o atraso do incorporador ser injustamente relevado.

Portanto, o § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 deve ser entendido no sentido de que o prazo de 30 dias para a devolução do valor residual ao adquirente no caso de resolução contratual por culpa deste quando houver patrimônio de afetação é a data do habite-se ou a data contratual final para a entrega do imóvel (com inclusão do prazo de suspiro do art. 43-A), o que ocorrer em primeiro lugar.

25. PRAZO PARA DEVOLUÇÃO DO VALOR DEVIDO AO ADQUIRENTE NO CASO DE RESOLUÇÃO POR CULPA DO INCORPORADOR

O § 1º do art. 43-A da Lei nº 4.591/64 estabelece que, no caso de resolução do contrato por culpa do incorporador, a devolução do dinheiro deverá ocorrer no prazo de 60 dias da data da resolução.

Merece crítica esse longo prazo, ainda mais para um caso de inadimplemento do incorporador. Esse prazo poderá reduzir as chances de o adquirente conseguir receber efetivamente o seu dinheiro não apenas pela potencial ocultação de bens pelo incorporador como também pelo agravamento de sua situação de insolvência. Todavia, essa foi a opção legislativa e, numa primeira leitura, temos que deve ser aplicada mesmo quando o adquirente for consumidor.

De qualquer forma, durante esse período, para evitar enriquecimento sem causa do incorporador, este deverá pagar um valor de fruição do dinheiro do adquirente perante esse período, valor esse que poderá corresponder a uma taxa razoável de juros remuneratórios. Temos que essa taxa razoável é o teto do art. 591 do CC. Se adquirente for consumidor, é nula cláusula que afaste esse dever por força do art. 51 do CDC.

26. QUITAÇÃO DO SALDO DEVEDOR DEVIDO NO MOMENTO DA ENTREGA DAS CHAVES: financiamento bancário vs financiamento com incorporação e questões polêmicas

No momento da entrega das chaves, é comum o adquirente ter de pagar um saldo devedor remanescente, que geralmente é de valor elevado.

Para tanto, o adquirente tem três opções usuais: (1) pagar tudo com dinheiro pessoal; (2) contrair financiamento com uma instituição financeira e oferecer-lhe, como garantia do pagamento do empréstimo, uma garantia real sobre o imóvel; e (3) parcelar a dívida diretamente com o incorporador.

No primeiro caso – pagamento com recursos próprios –, nada há a comentar. O adquirente já não possui relação jurídica com ninguém em relação ao seu imóvel.

Na segunda hipótese – a de financiamento bancário –, nada da nova Lei será aplicado, pois o adquirente não possui mais nenhuma relação jurídica com o incorporador. O contrato de aquisição do imóvel já foi extinto pelo pagamento feito com o dinheiro obtido com o empréstimo bancário. A nova Lei não trata de relações jurídicas envolvendo o banco. O próprio *caput* do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 tomou o cuidado de usar o advérbio “exclusivamente” para deixar claro que só estava a regulamentar relações jurídicas com o incorporador. O adquirente só mantém relação jurídica com a instituição bancária, envolvendo, geralmente, um contrato de mútuo e um contrato de alienação fiduciária em garantia. Nesse caso, a instituição financeira poderá executar a garantia real nos moldes da lei específica para quitação do empréstimo. Isso decorreu de uma emenda de redação proposta e aprovada no Plenário do Senado Federal por ocasião da votação do projeto que deu origem à nova Lei, exatamente para deixar claro a não aplicabilidade das disposições às relações com instituições financeiras.

Na terceira hipótese – financiamento direto com o incorporador –, a nova Lei textualmente determina que “a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva lei especial ou com as normas aplicáveis à execução em geral” (§ 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64). O texto não ficou com a devida clareza e, para buscar entendê-lo, convém previamente lançar os olhos para a prática negocial atual.

Deveras, no caso de financiamento direto com o incorporador, é comum que este celebre um contrato de compra e venda a preço parcelado acrescido de juros remuneratórios correspondente ao teto do art. 591 do CC com um contrato coligado de alienação fiduciária em garantia. Nessa hipótese, o adquirente figurará

como comprador no primeiro contrato e assumirá o dever de pagar as parcelas do preço do imóvel (na prática, é o valor do saldo devedor remanescente) e, como garantia do pagamento dessa dívida pecuniária, o adquirente aliena fiduciariamente o imóvel. Trata-se de uma criatividade negocial interessante de que se valem os incorporadores para cobrarem os seus créditos com a força violenta do rito executivo extrajudicial da Lei da Alienação Fiduciária em Garantia (Lei nº 9.514/97). Nesse rito executivo, o imóvel é leilado para quitação integral da dívida remanescente, de modo que o adquirente só terá direito a receber algum valor residual se o leilão for exitoso e conseguir um valor superior ao montante total da dívida. A bem da verdade, na prática, com esse rito executivo, o adquirente acaba perdendo integralmente tudo quanto pagou, além de ficar sem o imóvel, que foi leilado para quitação da dívida. Há ainda hipóteses em que o valor obtido com o leilão sequer quita a dívida integralmente, caso em que sobrar um saldo devedor remanescente. Por esse saldo devedor remanescente, o devedor não irá responder por força da extinção dessa dívida residual à luz do § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/97. Alerta-se que, se o credor fosse uma instituição financeira, não haveria a extinção de saldo devedor remanescente: o devedor continuaria obrigado por ele, conforme art. 9º da Lei nº 13.476/2017.

Daí surge a seguinte questão: havendo financiamento direto com o incorporador, o adquirente poderá ou não valer-se das regras da nova Lei para o cálculo da sua dívida, como a relativa aos valores que poderiam ser deduzidos do valor a se restituído?

A resposta é positiva.

À luz da recente § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, tem-se o seguinte: (1) o cálculo do valor total do crédito do alienante deverá ser disciplinado pela nova Lei nos moldes do previsto no art. 67-A da Lei nº 4.591/64; e (2) o modo de expropriação e o prazo de pagamento seguirá o disposto na lei especial, a exemplo da Lei nº 9.514/97, se houver alienação fiduciária em garantia.

Afinal de contas, o § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 apenas estabeleceu que “a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva lei especial ou com as normas aplicáveis à execução em geral”. Ora, esse dispositivo apenas está remetendo para lei especial as regras de procedimento (regras processuais) e prazo de pagamento, mas não as regras de direito material relacionadas ao cálculo do valor da dívida (regras de direito material). Destaque que o referido dispositivo foi no sentido de que a restituição “far-se-á de acordo” (procedimento é prazo de pagamento), e não no sentido de que o valor restituído será calculado pela lei especial, até porque a lei especial sequer trata de cálculo da dívida principal a ser executada. Em nenhum momento, o referido dispositivo tratou do cálculo do valor a ser restituído, mas apenas do modo como a restituição desse valor devido será feito.

E há uma evidência robusta de que esse é o espírito da legislação: o inciso III do § 2º do art. 67-A textualmente prevê a possibilidade de o incorporador reter um valor de fruição pelo tempo de posse do adquirente sobre o imóvel. Ora, o adquirente somente imite-se na posse do bem no momento da entrega das chaves, quando também lhe incumbe quitar o saldo devedor ou contrair o financiamento bancário ou o financiamento direto com o incorporador. A razão de ser de o art. 67-A prevê essa retenção do valor de fruição é exatamente porque as regras de direito material para a definição do montante total da dívida a ser cobrada são dadas pela nova Lei em qualquer hipótese, ao passo que as regras procedimentais de cobrança (de natureza processual) e as de prazo de pagamento serão o da lei especial. Como se vê, o § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 guarda sintonia com o inciso III do § 2º do art. 67-A da mesma lei.

Assim, se um consumidor financiou o saldo devedor diretamente com o incorporador por meio de um contrato de compra e venda a preço parcelado com juros remuneratórios em coligação com um contrato de alienação fiduciária em garantia e se esse consumidor incorreu em inadimplência ou pleiteou a rescisão unilateral do contrato de compra e venda, o valor total da dívida a ser executada deve ser calculada na forma do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e, portanto, será correspondente ao somatório das rubricas previstas nos incisos I e II do *caput* do referido artigo com as rubricas dos incisos I a IV do § 2º do mesmo artigo, deduzido evidentemente o que já foi amortizado pelo adquirente ao longo da relação contratual. Esse valor é o crédito devido ao incorporador. Esse crédito poderá ser executado por meio do procedimento previsto na Lei nº 9.514/97 (leilão extrajudicial) e eventual devolução do saldo devedor será restituído ao adquirente na forma dessa lei, ou seja, não serão aplicados os largos prazos de devolução previstos nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64.

Essa nossa interpretação parece ser mais adequada com o texto da nova Lei e que guarda sintonia com a intenção das partes.

Se eventualmente o contrato estipular que o cálculo da dívida a ser garantida com a alienação fiduciária será o preço pactuado no contrato de compra e venda com os pertinentes acréscimos de juros remuneratórios, entendemos que esse pacto contratual será nulo se o adquirente for consumidor, pois, além de o art. 53 do CDC vedar a perda integral dos valores pagos (o que fatalmente ocorreria se o pacto contratual prevalecesse), essa cláusula afigura-se abusiva ao consumidor por lhe impor uma obrigação manifestamente excessiva e incompatível com a sua vontade presumível caso tivesse poder de barganha (art. 51 do CDC).

Portanto, entendemos que, no caso de “financiamento direto” com o incorporador para pagamento do saldo devedor devido no momento da entrega das chaves, o § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 somente se aplica para regras procedimentais e para o prazo de vencimento do valor residual a ser restituído ao adquirente, de modo que o cálculo da dívida a ser cobrada pelo alienante deverá ser o somatório das rubricas previstas nos incisos I e II do *caput* do art. 67-A e nos incisos I a IV do § 2º do art. 67-A, deduzido o que já foi amortizado. Ademais, nesse caso de financiamento direto com o incorporador, se o adquirente for consumidor, é nula cláusula contratual que estipule o cálculo da dívida a ser cobrada pelo alienante de modo diverso.

27. VENDA DE LOTES POR COMPRA E VENDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O § 3º do art. 32-A da Lei nº 6.766/76 estabelece que “o procedimento previsto neste artigo não se aplica aos contratos e escrituras de compra e venda sob a modalidade de alienação fiduciária nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997”.

Esse dispositivo deve ser interpretado da mesma forma que o seu irmão gêmeo, o § 14 do art. 67-A da Lei nº 4.591/64, de maneira que a incidência da Lei nº 9.514/97 nos contratos de compra e venda de lotes coligados a contratos de alienação fiduciária em garantia só ocorrerá quanto às regras procedimentais (direito processual) e ao prazo de pagamento, mas não quanto ao cálculo da dívida que o loteador poderá executar. E, se o adquirente for consumidor, é nula cláusula que disponha em sentido contrário.

28. RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO A ASSOCIAÇÃO DE MORADORES

O inciso II do § 2º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e o inciso IV do art. 32-A da Lei nº 6.766/76 estabelecem que, no caso de resolução do contrato por culpa do adquirente, o alienante deverá reter, entre outras dívidas vinculadas ao imóvel, as contribuições devidas a associações de moradores.

É preciso tomar cuidado na interpretação desse dispositivo. Embora ainda haja decisões de instâncias inferiores contrárias, o STJ já pacificou que não há obrigatoriedade de os titulares de lotes pagarem contribuição a associação de moradores, salvo se eles voluntariamente forem associados. De fato, por meio de recurso repetitivo (que tem efeitos vinculantes), o STJ assentou: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram" (STJ, REsp 1280871/SP, 2ª Seção, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, DJe 22/05/2015).

Disso decorre que os dispositivos acima devem ser interpretados no sentido de que o alienante só poderá reter o valor das contribuições devidas a associações de moradores se o adquirente era voluntariamente associado, pois só nessa hipótese haverá a obrigatoriedade de pagamento.

Não se confunda o exposto acima com os casos em que há um condomínio de lotes, formalmente instituído na forma do art. 1.358-A do CC. Nesse caso, os condôminos são obrigados a pagar contribuições ao condomínio. Não se trata aí de contribuição a associação de moradores, e sim de pagamento de quota condominial, a qual é obrigatória por lei. Nesse caso, havendo a resolução do contrato, essas contribuições condominiais poderão ser retidas pelo alienante na forma do exposto no inciso II do § 2º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 e o inciso IV do art. 32-A da Lei nº 6.766/76.

29. CONCLUSÃO: a lógica das leis de ordem pública

Outros argumentos deverão ser lançados e debatidos pela doutrina, mas enfatizamos que nunca poderão ser ignoradas as diretrizes interpretativas expostas neste texto, que nos recordam que a razão de ser de leis de ordem pública que limitam a liberdade contratual é proteger a parte mais fraca. Afinal, na lição do pensador francês do século XIX Henri Dominique Lacordaire, “entre o forte e o fraco (...), a Liberdade oprime, e o Direito liberta”¹².

¹² “*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.*”