

A DESISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS IMOBILIÁRIOS E A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº 13.786/2018 SOB A ÓTICA CONSUMERISTA

Marcos César Botelho ¹.

Juan Roque Abilio ².

Paulo Roberto Braga Junior ³.

Resumo: Esse artigo apresenta uma discussão acerca da possibilidade de desistência do consumidor diante de negócios jurídicos imobiliários. Com base em princípios da legislação consumerista, essa pesquisa bibliográfica e documental, dá relevo à recente Lei do Distrato Imobiliário, para investigar como a flexibilização da irretratabilidade da promessa de compra e venda e a Teoria da Onerosidade Excessiva podem dar suporte ao consumidor em tal situação. O assunto é complexo e sua análise apontou que de acordo com as fontes legais pesquisadas entende-se que é possível ao consumidor resilir por completo o contrato imobiliário.

Palavras-Chave: Distrato Imobiliário. Resilição Contratual. Onerosidade Excessiva. Possibilidade.

¹ Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE), Mestre em Direito e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

² Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

³ Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Abstract: This article presents a discussion about the possibility of the consumer giving up in the face of real estate legal deals. Based on principles of consumerist legislation, this bibliographic and documentary research emphasizes the recent Law of Distracting Real Estate, to investigate how the flexibility of the irreversibility of the promise of purchase and sale and the Theory of Excessive Onerosity can support the consumer in such a situation. The subject is complex and his analysis pointed out that according to the legal sources surveyed, it is understood that it is possible for the consumer to completely terminate the real estate contract.

Keywords: Real Estate Cancelation. Contractual Termination. Excessive burden. Possibility

INTRODUÇÃO



ntrinsecamente ligado ao direito à propriedade e moradia, os negócios jurídicos imobiliários, aqui o termo é usado para representar tanto o parcelamento do solo urbano (loteamento e desmembramento) quanto a incorporação, são negócios de extrema complexidade. Tais negócios possuem uma rede normativa (direito civil, ambiental, urbanístico, imobiliário penal, administrativo, tributário, consumidor etc.) que circunda as tratativas.

Nesses negócios jurídicos, protegem-se os interesses do fornecedor na busca de lucro, da coletividade de consumidores para a finalização do empreendimento e do próprio consumidor considerado individualmente em seu direito à propriedade e à moradia.

Na hipótese em que o consumidor possui o capital financeiro necessário para adimplir a compra, o empreendedor

consegue, sem muitos problemas, entregar o imóvel prometido. Contudo, quando surgem problemas como: eventuais ausências de recursos por parte do consumidor, aumento excessivo das parcelas por conta de variação dos índices inflacionários, motivo de força maior ou caso fortuito, desvalorização do empreendimento, entre outros, poderá ficar sem o imóvel prometido e suportar as perdas financeiras.

Assim, diante de situações que ocorrem diuturnamente, a questão que este artigo procura responder é se ao consumidor caberia o direito de resilir o contrato de promessa de compra e venda.

Não obstante a questão parecer ter sido sedimentada, diante da promulgação da Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato Imobiliário), o tema ainda repercute questões, devendo a mencionada legislação sofrer uma análise orientada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Utilizando-se da metodologia de abordagem dedutiva, buscou-se uma análise que considerasse a doutrina consumerista sobre a questão problema. Para essa investigação, utilizou-se a pesquisa bibliográfica (fonte secundária) em artigos científicos, livros e obras monográficas (teses e dissertações), bem como análise documental (fonte primária) quanto à legislação relacionada ao tema.

Dessa forma, o primeiro capítulo buscou investigar se haveria relação de consumo entre promitente-comprador e promitente-vendedor, em negócios jurídicos imobiliários. Por meio da doutrina consumerista, investigou-se os elementos constitutivos da relação jurídica de consumo a fim de analisar se tais premissas estariam presentes nas relações jurídicas imobiliárias.

No capítulo seguinte, buscou-se a fundamentação teórica da base negocial, para tanto, houve a necessidade de se estudar a Teoria da Onerosidade Excessiva, na visão consumerista, e como seria sua aplicabilidade nos negócios imobiliários.

No terceiro capítulo, analisou-se a Lei do Distrato

Imobiliário e sua efetividade como inovação jurídica, diante da ideia de irretratabilidade da promessa de compra e venda e a Teoria da Onerosidade Excessiva do Consumidor.

Por fim, no quarto capítulo, pode-se com firmeza traçar críticas à Lei do Distrato Imobiliário especialmente quanto à sua aparente proteção à coletividade de consumidores que ao final se mostrou como uma forma de proteger a lucratividade do negócio imobiliário.

1. A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O PROMITENTE-COMPRADOR: UMA POSSÍVEL RELAÇÃO DE CONSUMO

Quando se analisa o Código de Defesa do Consumidor, no tocante a questões imobiliárias, percebe-se que não há menção expressa ao negócio realizado entre incorporadoras imobiliárias ou loteadoras e eventuais promitentes-compradores.

Aliás, o CDC não regula de forma expressa nenhum contrato, mas possibilita diversos parâmetros interpretativos. Por esta razão, a doutrina o considera como uma lei principiológica, capaz de abarcar variadas relações de consumo.

Desse modo, a primeira questão posta neste trabalho é saber se haverá a possibilidade de aplicação do CDC nas relações entre incorporadoras ou loteadoras e promitentes-compradores.

Essa dúvida se mostra importante, ao passo que, caso haja a aplicação do CDC, todo e qualquer argumento lógico-jurídico deve passar pelo crivo dessa legislação sob pena de incorrer em grave equívoco. Primeiro deve-se questionar se estão presentes a figura do fornecedor e do consumidor na relação jurídica, pois caso haja, o Código de Defesa do Consumidor deverá incidir⁴.

⁴ O CDC incide em toda relação que puder ser caracterizada como de consumo. (...) (NUNES, 2018, p. 118).

Nos termos do art. 2º do CDC será consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, podendo se equiparar a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (art. 2º, parágrafo único, do CDC), bem como “as vítimas do evento [danoso]” (art. 17 do CDC) e as pessoas “expostas às práticas [abusivas]” (art. 29 do CDC). (BRASIL, 1990).

Também extraível do CDC, art. 3º, o conceito de fornecedor que conforme conceituação legal seria:

qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

Cuida o CDC também de conceituar produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (art. 3º, §1º, do CDC) e serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 3º, §2º, do CDC). (BRASIL, 1990)

A lei, não obstante trazer conceitos completos, aplicáveis na maioria dos casos, não está imune à contribuição doutrinária, especialmente quanto à noção de “destinatário final” e “adquirir”.

Quando o CDC diz em “adquirir” a doutrina afirma que tal conceito deve ser entendido no sentido mais extensivo possível, podendo ser tanto aquisição por título oneroso ou gratuito, ou até mesmo o mero uso.

Já quanto à noção de destinatário final deve ser entendida como o ato da pessoa em por a termo à relação de produção. Nas palavras de Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 89) a noção refere-se a “retirar o bem de mercado”.

Ainda assim, mesmo tendo uma larga hipótese de incidência, há situações nas quais poderá o indivíduo adquirir um produto com fim econômico para sua atividade profissional, como o taxista que adquire um carro, o advogado que compra um *notebook*, o barbeiro que adquire espelhos etc.

Neste caso a doutrina se divide em três teorias: a finalista⁵, a maximalista⁶ e a finalista mitigada ou aprofundada⁷, sendo esta última aplicada pela jurisprudência e adotada pela maioria da doutrina.

Ainda nas balizas conceituais, interessante a pontuação de Rizzato Nunes (2018) quanto à aquisição de determinados produtos por pessoas que, não obstante os tenham como destinatário final, dão-lhes uso como bens típicos de produção. Para o autor, tal hipótese afastaria a aplicabilidade do CDC, ao passo que não poderia tal produto servir-se para o mercado de consumo⁸.

Quanto à noção de fornecedor, essa busca ser a mais ampla possível, contudo, deve-se atentar à necessária habitualidade e a finalidade econômica no desenvolvimento de suas

⁵ (...) a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado (...) Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2.º de maneira restrita (...) Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço (...) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 89).

⁶ Já os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípio para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. (...) [devem as normas do Código de Defesa do Consumidor] ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. (...) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 91).

⁷ (...) Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. (...) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2012, p. 92).

⁸ NUNES, 2018, p. 124.

atividades.

Por esta razão Sérgio Cavalieri Filho afirma que a ideia de fornecedor traz a noção de “(...) atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas (...) atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente” (2014, p. 81).

Portanto, diante dos conceitos aventados, verifica-se que há a possibilidade de, em tese, se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos negócios de incorporação imobiliária.

Desse modo, considerando que as incorporadoras colocam no mercado de consumo, de forma habitual, profissional e com finalidade econômica, produtos como terrenos, imóveis na planta e demais construções, que podem ser adquiridos por consumidores como destinatário final, para uso profissional ou não, conclui-se que há um negócio imobiliário abrangido pelo CDC e sua lógica protetiva deverá incidir⁹. Portanto, é essa lógica que irá nortear as deduções que prosseguem os próximos tópicos.

2. A TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FUNDAMENTO DA RESILIÇÃO OU RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR PARTE DO CONSUMIDOR

Ciente de que a relação entre incorporadora imobiliária e promitente-comprador poderá ser uma relação de consumo, a consequência será a aplicabilidade do CDC como norte de releitura de toda normatividade regente.

Logo, deve a incorporadora ser clara sobre o

⁹ Quanto ao contrato de incorporação imobiliária, em que o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como consumidor dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC. Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre eles. (MARQUES, 2005, p. 437).

empreendimento trazendo informações adequadas; especificando todas as características do negócio e seus riscos econômicos (art. 6º, III, do CDC); ser fiel em sua publicidade, mostrando com fidelidade os projetos em seus detalhes (art. 6º, IV, do CDC); não trazer cláusulas abusivas, como as que atenuem a responsabilidade do empreendimento, subtraia do consumidor todo o valor já pago, ou transfira a responsabilidade para terceiros (art. 6, IV, c/c art. 51, todos do CDC); entre outras.

Desse modo, não obstante haja uma rede legislativa, composta do Código Civil, da Lei nº 4.591/1964 (Lei dos Condomínios) e da Lei nº 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano), toda leitura normativa deve ter como parâmetro e filtro a ótica do CDC, deste que se esteja em uma relação consumerista.

Dentre as diversas formas de se manifestar a ótica consumerista, tem-se a ideia de onerosidade excessiva, quando se compara o CDC e o Código Civil.

Sabe-se que todo contrato parte da ideia de obrigatoriedade e intangibilidade, ao passo que, todo pacto nasce para ser cumprido e seu descumprimento, revisão e desfazimento é exceção, ou seja, a irretroatividade e intangibilidade são a regra, mas que comportam exceções.

Em outro prisma, o contrato, por regra, possui uma base negocial e econômica na qual se realizam as tratativas. Essa base é o equilíbrio entre ganhos e perdas. Neste exato ponto que o Direito Civil e o Direito do Consumidor acabam tratando da onerosidade excessiva.

Pensar o contrato ainda na ideia engessada do *pacta sunt servanda*, imodificável eternamente, é ignorar a finalidade social do contrato, da qual faz parte o equilíbrio econômico (e no caso do presente estudo, soma-se o direito à moradia e à propriedade).

No Direito Civil são duas as teorias que tratam sobre a onerosidade excessiva. A primeira, chamada de Teoria da

Imprevisão, é consubstanciada na ocorrência de fato superveniente, extraordinário e imprevisível, que ocasione sacrifício exagerado para uma parte e lucro exponencial para outra¹⁰. A segunda, denominada de Teoria da Base do Negócio Jurídico – que em uma análise ampla, considera o contexto em que se realizou o contrato, aduz que havendo modificação, sem culpa das partes, poderá haver a ocorrência da onerosidade excessiva¹¹.

Quando se analisam essas teorias perante o CDC, nota-se da leitura dos artigos 6º, V e 51, §2º, que o código adotou a Teoria da Base do Negócio Jurídico com algumas modificações. Primeiro, não precisa de fato superveniente, mas mesmo se houver não precisa ser imprevisível; por fim é necessário o simples fato de haver ônus excessivo em desfavor do consumidor.

Em resumo, onerosidade excessiva no CDC é uma “dificuldade extrema e desproporcionada para o cumprimento do contrato” (AGUIAR JÚNIOR, 2012, p. 452), nada mais é que a aplicação do princípio da equivalência material¹².

Luciana de Oliveira Leal (2003) esquematiza os efeitos contratuais quando se tem a onerosidade excessiva, que segundo ela pode ocasionar a modificação ou nulidade da cláusula, bem como a revisão do contrato.

¹⁰ (...) ocorrência de fato superveniente à formação do contrato, extraordinário e imprevisível para os contratantes e que torne a prestação extremamente sacrificante para um deles e desproporcionalmente vantajosa para o outro. (...) (LEAL, 2003, p. 157).

¹¹ (...) o contrato é celebrado dentro de um contexto fático específico, ao qual se refere e para o qual é adequado, segundo a vontade manifestada pelas partes. Se este contexto se altera, para os contratantes, objetiva e involuntariamente, sem que haja culpa *lato sensu* de qualquer deles, está alterada a base do negócio jurídico, o que vem a justificar, conforme o caso, sua alteração ou resolução. (LEAL, 2003, p. 160).

¹² O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais, que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levam à onerosidade excessiva para uma das partes. (LÓBO, 200p. 18)

Nota-se que pela dicção do próprio CDC, e da leitura de algumas doutrinas especializadas, aparentemente não há previsão de resolução contratual no caso de onerosidade excessiva, mas somente revisão, modificação ou declaração de nulidade de uma cláusula.

Todavia, caso se dê a máxima aplicabilidade ao CDC, visando sua característica essencial de norma principiológica¹³, a impossibilidade de resolução será somente aparente.

Primeiro, quando o CDC diz nulidade da cláusula, sendo essa essencial no negócio jurídico (como o valor pago, as quantidades de parcelas, etc.) contaminará todo o contrato, levando à declaração de nulidade total, com efeito prático equivalente ao da resolução ou resilição.

Por outro lado, a própria noção de “onerosidade excessiva” encontra-se no interior do CDC podendo nortear o art. 478 e seguintes do Código Civil, em uma concepção que privilegia o diálogo das fontes.

A possibilidade de se aplicar o Código Civil, mesmo que de forma subsidiária, é compartilhada por parte da doutrina¹⁴.

¹³ Em estudo de artigo nosso publicado anteriormente, Rogério Gomes de Lauro, Shirlena Campos de Souza Amaral, Nathani Siqueira Lima e Carlos Henrique Medeiros de Souza, afirmam: “O CDC é considerado pela doutrina como uma norma de caráter principiológico, em face da previsão constitucional do mesmo, em seu já citado artigo 5º, XXXII. Atribui-se a ele, inclusive, uma ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, de forma que, no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece em detrimento das demais normas especiais anteriores em eventuais conflitos. Exemplo disso é a prevalência do CDC sobre as chamadas leis especiais setorializadas, que tratam do transporte, automóveis, alimentos, dentre outros. Assim, diz-se que o Código Consumerista tem eficácia supralegal, o que é equivalente a dizer que, em um prisma hierárquico, encontra-se entre a Constituição Federal e as leis ordinárias. É a representação da pirâmide concebida por Hans Kelsen. É o que afirma Abílio e Silva (2013): ‘existe atualmente no direito brasileiro uma nova espécie normativa, qual seja a norma supralegal, que ocupa lugar incomum situado entre o texto constitucional e as normas infraconstitucionais’” (2015, p. 95)

¹⁴ Inicialmente, cabe também chamar a atenção para o fato de que o citado dispositivo (artigo 6º, inciso V) não se referir à hipótese de resolução, mas apenas à de modificação ou revisão. Porém, com a aplicação subsidiária do CCB, nada impede que o consumidor, em vez de pleitear a modificação, peça de imediato a resolução. Até porque podem ocorrer hipóteses em que não haja nenhum interesse do consumidor na

O que se defende, no entanto, é que a noção de onerosidade excessiva deve se extrair do CDC, aplicando-se, em diálogo com outras normas, os efeitos jurídicos resultantes.

Observa-se, ademais, que a onerosidade excessiva no Direito do Consumidor poderá nascer juntamente com o contrato e por se tratar de matéria de ordem pública não se convalida, tornando-se nulidade absoluta apta a desfazer a relação contratual tornando às partes no *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior.

Dessa forma, nota-se que desde 1990, ao menos, por força do Código de Defesa do Consumidor, basta que o consumidor comprove que há uma dificuldade extrema para o cumprimento do contrato que será apto a resolvê-lo, voltando as partes ao estado anterior, com a devolução do bem da vida (no caso deste trabalho, o imóvel) e a restituição integral do preço pago.

3. A LEI DO “DISTRATO” IMOBILIÁRIO (LEI Nº 13.786/2018) E A POSSÍVEL INOVAÇÃO JURÍDICA DE HIPÓTESE DE RESILIÇÃO CONTRATUAL POR PARTE DO CONSUMIDOR

Diante de uma grande discussão acerca da possibilidade ou não do consumidor em desistir do negócio entabulado quando a ele não lhe interessava mais manter a compra anteriormente efetuada, por dificuldades financeiras ou não, diversos consumidores acabavam por pedir a rescisão/resolução do contrato. Nesse caso, viam a totalidade das parcelas pagas retidas em favor do fornecedor, sendo que algumas vezes essa desistência resultava em dívida em seu desfavor. Por este motivo, consumidores sentiam-se lesados e buscavam o judiciário para pugnar a restituição de parte do valor pago.

A construção jurisprudencial, tanto do Superior Tribunal

continuidade do vínculo contratual, como na situação de frustração do fim negocial, a qual, conforme se defende aqui, encontra-se compreendida no conceito de onerosidade excessiva. (KHOURI, 2006, p. 38).

de Justiça - STJ, quanto dos tribunais estaduais, firmou-se no sentido da legalidade da retenção de 10% a 25% do valor efetivamente pago, quando quem deu causa ao rompimento é o próprio consumidor.

A matéria chegou até mesmo ser sumulada pelo STJ, que assim entendia:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao CDC, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (STJ, Súmula nº 543).

Parte da doutrina vinha criticando de sobremaneira o posicionamento jurisprudencial, alegando uma atecnia do uso do termo de resolução em algumas jurisprudências e que a jurisprudência não levava em consideração a irretratabilidade como característica do contrato de promessa de compra e venda, atuando em um verdadeiro ativismo judicial¹⁵.

Quando da promulgação da chamada Lei dos Distrato, as críticas se repetiram, com a alegação de que houve a criação de uma hipótese legal de rescisão contratual que excepcionava a própria característica do contrato de promessa de compra e venda.

O contrato de promessa de compra e venda era caracterizado pela doutrina civilista especializada pela sua irretratabilidade, ou seja, para ser contrato de promessa de compra e venda

¹⁵ Para alguns doutrinadores, como Rodrigo da Guia Silva, era impossível se retirar um direito de resolver, ou resilir, o contrato, afirmando que: A menção à “resolução do contrato por inadimplemento do adquirente”, almeja guardar coerência com a compreensão (que parece estar subjacente ao diploma legal) de que o adquirente não tem propriamente direito à desistência do contrato em meio à sua execução. Sob essa perspectiva, eventual postura conducente à extinção do pacto configuraria inadimplemento contratual por parte do adquirente. Justificar-se-ia, assim, o emprego da resolução (nos termos dos arts. 474 e 475 do Código Civil), que consiste na “extinção do contrato motivada pelo inadimplemento absoluto da outra parte”. Cumulativamente com a resolução, verificar-se-ia a condenação do devedor inadimplente à indenização de perdas e danos causados ao credor. (2020, p. 261).

deveria possuir essa característica como cláusula expressa ou implícita.

Alguns doutrinadores, como Alexandre Junqueira Gornide¹⁶, afirmavam que a cláusula de irretratabilidade existia desde 2001, outros como Roberta Mauro Medina Maia afirmavam a existência dessa característica desde 1937¹⁷.

O fundamento, segundo alguns autores, da irretratabilidade é que “a incorporação imobiliária somente pode prosperar, evidentemente, caso a coletividade dos adquirentes cumpra suas obrigações” (GORNIDE, 2019, p. 9), fundamento este, com visão puramente econômica, que não existia antes de 2014¹⁸, pois como afirmado por Roberta Mauro Medina Maia “no cenário

¹⁶ (...) desde o ano de 2001, quando editada a Medida Provisória 2.221/2001, convertida na Lei 10.931/2004, que alterou o art. 32 § 2º da Lei 4.591/64, foi determinada a irretratabilidade de tal instrumento. Nesses termos, pode-se dizer que, desde 2001 até a aprovação da Lei 13.786/2018, qualquer pessoa que se dirigisse ao estande de vendas e assinasse um contrato de promessa de compra e venda de unidade alienada sob o regime da incorporação imobiliária não poderia pura e simplesmente se arrepende do contrato, pleiteando a extinção da relação contratual. (2019, p. 8).

¹⁷ (...) a codificação brasileira em vigor, no art. 1.417, elegera a irretratabilidade como a característica comum a ser observada nos contratos de promessa de compra e venda sobre bens imóveis em geral, independentemente das especificidades destes. (...) a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79) também mencionava a irretratabilidade como característica dos contratos de promessa de compra e venda, em seu art. 25: (...) De igual modo, no âmbito das incorporações imobiliárias, a Lei nº 4.591/64 dispõe, no art. 32, §2º: (...) Resta claro, portanto, seja no art. 22 do Dec.-Lei nº 58/37, nos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, no art. 32, §2º da Lei nº 4.591/64 ou no art. 25 da Lei nº 6.766/79, que a intenção legislativa (...) caráter irrevogável, sendo este o traço típico capaz de qualificar o pacto como promessa de compra e venda e assegurar-lhe o regime jurídico próprio desta figura contratual. (2019, p. 79/80).

¹⁸ Uma vez resolvido o contrato –, estando em ascensão o valor do metro quadrado no contexto anterior à crise iniciada em 2014, o incorporador depositava em juízo o valor das parcelas pagas pelo adquirente, se necessário fosse, após delas deduzir o montante a ser retido em virtude da cláusula penal, e, na sequência, alienava a unidade a terceiro. No entanto, a partir de 2014, com o início da crise econômica no país, de modo generalizado, o mercado imobiliário desaqueceu, e o valor do metro quadrado desvalorizou-se. Com isso, diversos adquirentes de unidades autônomas, mesmo adimplentes, optaram por desistir do negócio, por não mais considerá-lo economicamente vantajoso, impondo aos incorporadores que com eles celebrassem o distrato de tais unidades – ou seja, novo pacto, destinado ao desfazimento do anterior. (MAIA, 2019, p. 83).

pré-crise, os incorporadores conseguiam repassar a terceiros as unidades objeto de inadimplemento com relativa facilidade” (2019, p. 82).

A doutrina especializada, extremamente contaminada por uma força subversiva do poder econômico, com argumentos protetivos ao lucro do empreendimento, chegou a afirmar que o judiciário tratava com “paternalismo” o consumidor, ou buscava justificar a desigualdade econômica e negocial do fornecedor, o qual deveria ficar à sua mera vontade¹⁹.

Neste sentido que alguns afirmavam que inexistia embasamento legal para afastar a irretratabilidade das promessas de compra e venda²⁰.

Essa doutrina, mesmo que respeitável, não se atinha (e se até) à teoria da onerosidade excessiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, a qual é apta a desfazer essa relação negocial.

Mesmo que em um primeiro momento a Lei dos Distrato Imobiliários busque beneficiar o consumidor ao prever uma hipótese expressa de resilição contratual, na realidade, o intuito do

¹⁹ Uma grande dificuldade enfrentada por uma tal formulação teórica haverá de ser a justificativa da legitimidade atribuída ao devedor inadimplente para promover a resolução do contrato. Tratar-se-ia, com efeito, de solução consideravelmente ortodoxa, por retirar do credor inocente o direito a recorrer ao remédio resolutivo. Como se sabe, tradicionalmente, confere-se ao credor essa prerrogativa, justamente por se entender que seria o credor a parte legitimada a demonstrar a insubsistência do interesse útil na operação. Justamente por a presente hipótese de resolução pressupor o inadimplemento culposo do devedor, não parece singela a explicação do porquê de se atribuir ao contratante inadimplente (e não ao credor inocente) a prerrogativa de promover a resolução do contrato. (SILVA, 2020, p. 261).

²⁰ Inexiste embasamento legal para que o intérprete afaste a irretratabilidade das promessas de compra e venda em casos que não envolvam resolução ou distrato (...) a resilição bilateral, não pode, de modo algum, ser imposta pelos Tribunais. Distrato envolve o consenso entre as partes, é o desfazimento do negócio por meio da celebração de outro, voltado justamente para este fim. (...) não há que se falar na possibilidade de o promitente comprador resilir o contrato unilateralmente, sem a anuência da parte contrária. (...) A irretratabilidade é imposta por lei a ambas as partes, e qualquer entendimento diverso feriria a isonomia contratual. (MAIA, 2019, p. 92).

legislador foi beneficiar os empreendimentos²¹ afrontando a jurisprudência dominante ao estipular o mínimo em 25% (vinte e cinco por cento) e o máximo em 50% (cinquenta por cento) de retenção de valores pagos, neste último caso quando há patrimônio de afetação.

4. A LEI DO “DISTRATO” IMOBILIÁRIO (LEI Nº 13.786/2018) E SUAS CRÍTICAS, UMA NORMA PROTE-TIVA QUE SE SUBMETEU AOS ÍMPETOS DO PODER ECONÔMICO

A Lei nº 13.786/2018 é resultado do Projeto de Lei nº 1.220/2015, de autoria do deputado federal Celso Russomanno. Em sua redação original previa-se uma retenção de valores pagos por parte do fornecedor de até 10% (dez por cento), tendo a nítida intenção de proteger o consumidor.

Ademais, a sua redação possuía uma técnica bem mais elaborada do que o texto aprovado, chamando ao invés de “distrato” de “desistência do contrato de incorporação imobiliária”²².

A análise da justificativa inicial do projeto de lei, mostra que ele era voltado à proteção do consumidor, evitando a necessidade de judicialização, pois, não obstante terem os Tribunais sedimentado a orientação de que seria lícito a retenção de 10% “algumas empresas ofertam a devolução de quantias menores aos consumidores, obrigando-os a procurarem o judiciário”

²¹ A reação do mercado imobiliário foi justamente pleitear uma alteração legislativa que pudesse readequar a jurisprudência brasileira que permitia que qualquer adquirente pudesse extinguir o contrato de forma unilateral e sem motivação, ou seja, como se fosse admitida a rescisão unilateral para extinção do contrato de promessa de venda regulado pela Lei 4.591/1964. (GORNIDE, 2019, p. 11).

²² Neste especial ponto, sabe-se que o termo “distrato” relaciona a um acordo bilateral de desfazimento do negócio jurídico, nas palavras de Luiz Guilherme Loureiro é “um verdadeiro contrato cujo conteúdo é precisamente o contrário da constituição do vínculo obrigatório” (2002, p. 248), contudo, o termo “desistência” poderá abordar tanto o distrato quanto a resolução ou até mesmo a rescisão unilateral contratual.

(BRASIL, 2015).

Todavia, na tramitação, aos poucos a orientação que era voltada ao consumidor foi se transformando em uma norma protetiva da lucratividade do empreendimento imobiliário.

Já na primeira apresentação do projeto de lei, em 22 de abril de 2015, se propôs uma nova ementa, que mudou o nome de desistência para chamar de resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária de parcelamento de solo urbano.

Em 12 de dezembro de 2017, em parecer, o relator da Comissão de Defesa do Consumidor, o deputado Jose Stédile (PSB-RS), sob o argumento de proteger a coletividade de compradores, afirmou que a resolução de diversos contratos por partes dos consumidores poderia impactar “(...) severamente o fluxo de caixa do empreendimento, podendo comprometer o andamento das obras e até mesmo a obtenção de financiamento bancário.” (BRASIL, 2015). Se não bastasse, reavivou em seu parecer a equivocada noção de irrevogabilidade dos contratos de promessa de compra e venda.

Com isso, nota-se que se delineavam cada vez mais os argumentos em prol da lucratividade do empreendimento, mesmo que se afirmasse que se deveria buscava a proteção “(...) do bem jurídico maior que deve ser a proteção dos consumidores que se mantêm no empreendimento (...)” (BRASIL, 2015).

Dentre as modificações apresentadas, adicionou-se um prazo de até 180 (cento e oitenta) dias corridos para a entrega do imóvel da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento. Esse prazo afastaria o atraso da entrega como causa de resolução ou de “qualquer penalidade pelo incorporador” (BRASIL, 2015).

No texto substitutivo, somente após o prazo estabelecido, somados os 180 (cento e oitenta) dias corridos, o contrato seria resolvido por culpa do fornecedor, com a restituição dos valores pagos em até 60 dias (observa-se que na tramitação se discutiu

até mesmo a possibilidade da restituição ocorrer somente ao final do empreendimento), e no caso em que não houvesse a resolução seria pago ao consumidor 1% do valor efetivamente pago por mês de atraso.

Ainda no texto substitutivo, em caso de distrato ou resolução por inadimplemento total da obrigação pelo adquirente (leia-se, consumidor), seria devida a restituição, deduzida a integralidade da comissão de corretagem e a pena convencional de até 25% (vinte e cinco por cento) das quantias pagas. Nos casos em que o consumidor estivesse em fruição do bem, seria devido ainda o imposto real incidente sobre o imóvel, cotas de condomínio e demais contribuições, e uma espécie de aluguel-multa e demais encargos incidentes sobre o imóvel.

Caso houvesse restituição, o pagamento somente se daria no prazo máximo de 30 dias após o auto de conclusão da obra ou documento equivalente, expedido pelo órgão público municipal competente.

Em novo parecer, agora em 06/06/2018, o deputado Jose Stédile (PSB-RS) acrescenta a retenção de 50% (cinquenta por cento) caso haja patrimônio de afetação.

Sendo assim, enviada em seu texto final para o Senado, o qual apresentou 09 (nove) emendas, sendo todas aprovadas, tornando ainda mais prejudicial para o consumidor, com o aumento substancial das multas contra ele. A lei foi sancionada em 27 de dezembro de 2018.

A lei pode ser entendida como um claro exemplo da força persuasiva do capital no que Konrad Hesse afirmaria como a “normatividade submete-se à realidade fática” (1991, p. 10) e que Antonio Carlos Wolkmer demonstraria que a “legalidade lógica-formal, que tem servido para regulamentar e legitimar, desde o século XVIII, os interesses de uma tradição burgês-capitalista” (2009, p. 186).

Ao final, uma legislação que deveria ser vocacionada à proteção do consumidor, desmantelou ainda mais os seus

direitos, não possibilitando uma rescisão ou resolução, mas regulamentando-a diversamente do que já havia feito o judiciário.

CONCLUSÃO

Mesmo diante do fato do Código de Defesa do Consumidor não tratar de maneira expressa acerca dos negócios jurídicos imobiliários, isso não impede sua aplicabilidade. Havendo a figura do consumidor de um lado (promitente-adquirente) e fornecedor de outro (promitente-vendedor) haverá a incidência da normatização consumerista.

Essa aplicação resulta do fato de que toda e qualquer tratativa comercial e sua rede normativa deve ser interpretada seguindo os ditames do CDC, que, por se tratar de uma norma principiológica, orienta a aplicação do direito e a interpretação de institutos, sempre de forma vocacionada à proteção do consumidor.

Logo, características de certos institutos, como a irretroatividade dos contratos de promessa de compra e venda, devem ser interpretados conforme o norte consumerista, sob pena de se interpretar de forma equivocada o instituto e a legislação.

Dentre as inúmeras influências que o CDC exerce sobre os contratos, uma delas é a noção do que vem a ser a Teoria da Onerosidade Excessiva, que ao se tornar uma cláusula automática e de ordem pública para todo e qualquer contrato de consumo, fragiliza a noção do *pacta sunt servanda*.

Diferentemente do Direito Civil, no CDC a noção de Onerosidade Excessiva liga-se muito mais à base do negócio jurídico, sem depender de fato superveniente, imprevisibilidade, ou lucro excessivo para uma das partes. Basta para o Código de Defesa do Consumidor, segundo o princípio da equivalência material, que determinada prestação ou obrigação se mostre desproporcional ou cause extrema dificuldade que estará caracterizada a Onerosidade Excessiva. Seus resultados vão desde a

modificação até a resolução, passando pela revisão do contrato.

Sob este aspecto é que se pode pontuar que não obstante o Código de Defesa do Consumidor não prever resolução do contrato por Onerosidade Excessiva, esta pode ocorrer através de um diálogo das fontes com o Código Civil, tendo a noção de “Onerosidade Excessiva” extraível do CDC, ou até mesmo através do entendimento que a nulidade contamine toda a relação contratual, tornando apta a resolução por completo do contrato.

Como resultado de uma resolução contratual, a rigor, devem as partes voltar ao *status quo ante*, com a devolução do bem da vida para o fornecedor e dos valores pagos para o consumidor. Sendo o único motivo plausível para que o fornecedor retenha algum valor é caso o consumidor usufrua ou desgaste o bem da vida, caso contrário, para evitar o enriquecimento ilícito deve-se devolver na íntegra o valor pago, com as devidas correções e sem juros, por não haver mora.

Contudo, a prática demonstrou nos contratos jurídicos imobiliários a construção de um entendimento jurisprudencial de que seria lícito ao fornecedor reter de 10% a 25% do valor pago.

Neste sentido, mesmo diante de um entendimento consolidado, os fornecedores não cumpriam com a orientação jurisprudencial, levando o Deputado Celso Russomano a propor o Projeto de Lei nº 1.220/2015, com o foco na proteção do consumidor frente ao fornecedor.

Nota-se que a Lei dos Distrato Imobiliários (Lei nº 13.786/2018) não inovou o ordenamento jurídico ao possibilitar a rescisão contratual, mas buscou a proteção da lucratividade dos empreendimentos imobiliários, prevendo bonanças, altos prazos, e elevando a multa por retenção.

No estudo elaborado, demonstrou que uma legislação que em tese nasceu como forma de proteger o consumidor se tornar uma lei, sob o argumento da proteção do consumidor coletivo, de proteção do fornecedor, enfraquecendo, de

sobremaneira, o Código de Defesa do Consumidor.

A conclusão chegada é que se comparada com o Código de Defesa do Consumidor e a própria jurisprudência dominante, a Lei do Distrato Imobiliário, mesmo que se aflora como protetiva do promitente-adquirente é deveras menos protetiva, sendo esta a principal crítica sobre a lei, ser incompatível com uma norma protetiva do consumidor.



REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: Wanderley Fernandes. (Org.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 415-458.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.220/2015*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em 17 de fev. de 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei nº 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006.
- LAURO, Rogério Gomes de; AMARAL, Shirlena Campos de

- Souza; LIMA, Nathani Siqueira; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. O Código de Defesa do Consumidor no contexto do ordenamento jurídico brasileiro e a Teoria do Diálogo das Fontes. *InterSciencePlace – Revista Científica Internacional*, v. 10, n. 2, 2015, p. 88-207. Disponível em <http://interscienceplace.org/isp/index.php/isp/article/view/346/320>. Acesso em 09 de fev. de 2021.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no Novo Código Civil. In: SILVEIRA, Alair Suzeti da. *et al. Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá: UNIRONDON, 2001.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.
- MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 73-97, out./dez. 2019. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/503/329>. Acesso em 25 de jan. de 2021.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LEAL, Luciana de Oliveira. A Onerosidade Excessiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaeemerj_online/edicoes/revista21/revista21_155.pdf. Acesso em 08 de fev. de 2021.
- GORNIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária.

Revista IBRADIM de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 2, p. 7-28, julho 2019. Disponível em <https://ibradim.org.br/revista-ibradim-de-direito-imobiliario-artigos-selecionados/>. Acesso em 25 de jan. de 2021.

SILVA, Rodrigo da Guia. Lei nº 13.786/2018 e a nova disciplina das incorporações imobiliárias. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 259-269, jul./set. 2020. Disponível em <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/354/397>. Acesso em 25 de jan. de 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.