

**Inspere**  
**LL.c. Direito Empresarial**

**Icaro Aparecido dos Santos de Souza**

**PENALIDADE CONVENCIONAL NOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS**

**São Paulo**  
**2021**

**Icaro Aparecido dos Santos de Souza**

**PENALIDADE CONVENCIONAL NOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa LL.C. Direito Empresarial como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado em direito empresarial.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

**São Paulo**

**2021**

SOUZA, Icaro Aparecido dos Santos de.

Penalidade Convencional nos Distratos Imobiliários. /

Icaro Aparecido Dos Santos De Souza. – São Paulo, 2021.

20 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (LL.C.) - Insper, 2021.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

1. Distrato Contratual. 2. Penalidade convencional. 3. Multa compensatória. 4. Lei nº 13.786/18. 5. Incorporação Imobiliária. I. Souza, Icaro Aparecido dos Santos de. II. Penalidade Convencional nos Distratos Imobiliários.

Icaro Aparecido dos Santos de Souza

## PENALIDADE CONVENCIONAL NOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa LL.C. Direito Empresarial como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado em direito empresarial.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

### **Banca Examinadora**

---

**Nome:**  
**Instituição:**

---

**Nome:**  
**Instituição:**

---

**Nome:**  
**Instituição:**

## RESUMO

O presente trabalho busca abordar um tema de grande repercussão nos últimos anos no mercado imobiliário, especificamente na incorporação imobiliária: o distrato contratual e a penalidade aplicada em desfavor do adquirente. A problemática envolvendo os distratos (que no direito é conceituado como a dissolução do contrato por consenso entre os envolvidos, mas popularmente também é utilizado para a resolução e rescisão unilateral) atingiu altas proporções durante a crise econômica que assolou o país, levando os envolvidos a recorrerem-se ao judiciário para solução do impasse: se por um lado o comprador desejava desfazer o negócio e reaver 100% (cem por cento) dos valores desembolsados, até mesmo porque as incorporadoras poderiam revender o imóvel, as vendedoras buscavam reter o máximo possível para cobrir seus custos e despesas, além de coibir a prática indiscriminada pelos adquirentes. Já no judiciário, os casos começaram a ser analisados caso a caso, prevalecendo o entendimento de que a pena convencional deveria se dar entre 10% (dez) a 25% (vinte e cinco por cento) do montante pago, como forma de não onerar excessivamente o consumidor. Por lógico, todo este cenário de insegurança jurídica desestabilizou o mercado e, após forte pressão do setor, em 27 de dezembro de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.786, que estabelecia regras específicas e delimitava os parâmetros para o desfazimento do contrato. Diante disso, este estudo objetiva compreender e analisar a aplicação da multa compensatória nos distratos imobiliários ao longo do tempo, tanto com base na doutrina, mas sobretudo com vista ao entendimento jurisprudencial, que ditou as regras por um tempo, e nas leis específicas, em especial à nova Lei de Distratos (como é chamada a lei promulgada em 2018), avaliando a efetividade desta recente legislação e sua importância o desenvolvimento do mercado imobiliário.

**Palavras-chave:** Distrato contratual. Penalidade convencional. Multa compensatória. Lei nº 13.786/18. Incorporação Imobiliária.

## ABSTRACT

The present work seeks to approach a theme of great repercussion in recent years in the real estate market, specifically in real estate development: the contractual cancellation and the penalty applied in disfavor of the acquirer. The issue involving Cancellation (which in law is conceptualized as the dissolution of the contract by consensus between those involved, but popularly is also used for unilateral resolution and cancellation) reached high proportions during the economic crisis that hit the country, leading those involved to resorting to the judiciary to solve the impasse: if on the one hand the buyer wanted to undo the deal and recover 100% (one hundred percent) of the amounts disbursed, even because the developers could resell the property, the sellers pursuit to retain as much as possible to cover their costs and expenses, in addition to restrain the indiscriminate practice by purchasers. In the judiciary, cases began to be analyzed case by case, prevailing the understanding that the conventional penalty should be between 10% (ten) to 25% (twenty-five percent) of the amount paid, as a way of not excessively encumber the consumer. Logically, this entire scenario of legal uncertainty destabilized the market and, after a strong pressure from the construction sector, on December 27, 2018, Law No. 13,786 was promulgated, which established specific rules and defined the parameters for the cancellation of the contract. Therefore, this study seeks to understand and analyze the application of the compensatory fine in contractual cancellations over time. This study is based on doctrine, but especially with a view of jurisprudential understanding, which dictated the rules during a certain time, and in specific laws, in special to the new Cancellation Law (as the law published in 2018 is called), evaluating the effectiveness of this recent legislation and its importance for the development of the real estate market.

**Keywords:** Contractual Cancellation. Conventional penalty. Compensatory fine. Law 13,786/18. Real Estate Development.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>07</b>
<b>2</b>	<b>CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIO E A POSSIBILIDADE DE DESFAZIMENTO UNILATERAL</b>	<b>09</b>
<b>3</b>	<b>RETENÇÕES PELA INCORPORADORA EM CASO DE DISTRATO</b>	<b>11</b>
<b>4</b>	<b>ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA RECENTE LEI DE DISTRATOS</b>	<b>14</b>
<b>5</b>	<b>VISÃO DO JUDICIÁRIO SOBRE A NOVA LEI DE DISTRATOS</b>	<b>17</b>
5.1	Irretroatividade da Lei	17
5.2	Aplicabilidade da pena convencional prevista na nova Lei de Distratos	21
<b>6</b>	<b>COMENTÁRIOS DE DOUTRINADORES ACERCA DA NOVA LEI</b>	<b>23</b>
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>24</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>27</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Se tem um tema que há anos é objeto de preocupação para o mercado da construção civil/incorporação imobiliária e ainda é muito debatido entre juristas, doutrinadores, legisladores e aplicadores do direito é a questão do “distrato imobiliário”, termo popularmente utilizado para denominar qualquer modalidade de desfazimento contratual por parte do promitente comprador de unidade imobiliária, seja por pedido de distrato, em si, mas também por inadimplência (resolução) ou desistência (resilição unilateral). A grande questão se volta à penalidade a ser praticada nestes casos, sanção esta que é descontada dos valores, desembolsados pela aquisição, a serem restituídos ao adquirente.

A relação incorporadora-cliente se inicia normalmente com o “compromisso de compra e venda de unidade futura”, por meio do qual há a aquisição de um apartamento ainda na planta mais a fração ideal de áreas comuns de condomínio, com a promessa de entrega futura do imóvel pela empresa, mediante o pagamento do preço do bem, comumente pago em prestações durante a fase de obra (cerca de 03 anos), devendo a quitação ser realizada até a entrega das chaves.

Ocorre que, por vezes, no decorrer do contrato, o adquirente não consegue suportar as parcelas e/ou quitar o preço do imóvel, seja por fato imprevisível, por dificuldades financeiras e/ou não aprovação de crédito junto à uma instituição financiadora, motivo pelo qual é levado a buscar o desfazimento do negócio. É justamente neste momento que surge a grande divergência entre vendedora e comprador, não por conta do “distrato” em si, mas acerca dos valores a serem restituídos e retidos pela incorporadora, cujo regramento não era positivado, fazendo com que o adquirente tivesse que recorrer ao judiciário para reaver grande parte do que pagou.

Hodiernamente, em momentos de crise econômica, como as que assolaram o país nos últimos anos, o número de pedidos de rescisão judicial de contratos imobiliários aumentava imensamente, justamente ante a ausência de uma regulação legal que propiciasse diretrizes às partes para realizarem o desfazimento consensualmente. Por lógico, este cenário litigioso traz muitos prejuízos a todos os envolvidos, inclusive à sociedade com a superlotação da máquina judiciária.

Toda esta insegurança jurídica trouxe grande instabilidade para o mercado da construção civil, refletindo em diversos setores da economia e, por consequência,



gerando grande pressão para que houvesse uma lei que tratasse da matéria. Assim, em 27 de dezembro de 2018, entrou em vigor a Lei nº 13.786, denominada como “Lei do Distrato Imobiliário”, que inseriu artigos na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei de Loteamentos (Lei nº 6.766/76).

Conhecida por ser um “divisor de águas” no imbróglio existente, objetivando afastar as incertezas do mercado ao definir as diretrizes para o distrato imobiliário, muito ainda se discute sobre a aplicação das normas ali contidas, sobretudo à margem da Lei nº 8.078/90 (CDC), que defende o consumidor.

Sendo assim, essa pesquisa justifica-se na profunda relevância em tratar sobre o tema, uma vez que é evidente a necessidade de entender a questão dos distratos contratuais e a importância e aplicabilidade da nova Lei para o mercado imobiliário.

No primeiro capítulo é discorrido sobre o compromisso de compra e venda e o mercado imobiliário, como a doutrina e a jurisprudência tratam o instrumento e a possibilidade aberta ao promitente comprador para desfazimento do negócio, seja por inadimplência, distrato ou desistência baseado em motivo imprevisível ou extraordinário.

No segundo capítulo é tratado sobre a possibilidade de retenção de valores pela incorporadora no caso de distrato, à título de indenização por custos, despesas e danos, dissertando sobre as penalidades convencionais e o tratamento dado pelo judiciário.

No capítulo seguinte é descrito como a nova Lei de Distratos tratou da matéria, dos limites estipulados para a multa compensatória e demais regramentos estabelecidos.

Por fim, ao final, no quarto capítulo, é feita uma análise sobre a aplicabilidade da nova Lei, baseando-se em algumas decisões judiciais e comentários doutrinários. Muito embora seja recente a promulgação deste novo dispositivo, alguns pontos de fragilidade já são identificados e outros entendimentos já foram estabelecidos, como a irretroatividade da Lei sobre contratos firmados antes de sua vigência.

Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica e jurisprudencial exploratória qualitativa, bem como comentários e textos críticos de doutrinadores. A fonte de busca literária principal foi a plataforma “Minha biblioteca”, além de doutrinas que abordam a temática, bem como plataformas digitais de busca de julgados e decisões judiciais.

## 2 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIO E A POSSIBILIDADE DE DESFAZIMENTO UNILATERAL

No direito imobiliário, mais especificamente na incorporação imobiliária, tão comum quanto o contrato de compra e venda, é o contrato de promessa de compra e venda, positivado pelo artigo 462 do Código Civil (CC)<sup>1</sup>, instrumento por meio do qual o promitente comprador se obriga a pagar o preço do imóvel, muitas vezes de forma parcelada, e o promitente vendedor se compromete a entregar a unidade imobiliária, ainda na planta, pronta e acabada no futuro, bem como a outorgar a escritura de transferência da propriedade, quando quitado o valor.

Dentre as formas de extinção de contrato podemos mencionar a resolução, meio de dissolução em caso de inadimplemento de uma das partes, como também a rescisão, que pode ocorrer por simples manifestação de vontade de um dos contratantes (rescisão unilateral), por meio da denúncia autorizada pela lei ou pelo próprio contrato, conforme artigo 473 do CC<sup>2</sup>, ou, ainda, pela vontade de ambos os contratantes, o que se faz por intermédio do distrato (rescisão bilateral).

Nesta toada, considerando que Lei nº 4.591/64 – Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias – determina em seu texto a irretratabilidade dos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas<sup>3</sup>, restaria impossibilitada a extinção dos instrumentos por meio de desistência ou arrependimento de uma das partes, de forma que a sua dissolução somente poderia ocorrer de forma consensual, ou seja, por meio do distrato.

Ocorre que, tendo em vista que atualmente muitas das negociações imobiliárias são realizadas entre as empresas da construção civil e consumidores, tais relações também são interpretadas à luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo que o promitente comprador é visto como parte vulnerável, notadamente por sua ignorância comercial, técnica e jurídica quanto ao negócio, motivo pelo qual o entendimento é positivo para a possibilidade de revisão contratual, com afastamento

---

<sup>1</sup> Art. 462. CC. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

<sup>2</sup> Art. 473. CC. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

<sup>3</sup> A MP 2.221/2001, transformada na Lei 10.931/2004, modificou o art. 32 § 2º da Lei 4.591/64, determinando a irretratabilidade de tais instrumentos.

de cláusula abusiva, onerosa, ambígua ou confusa (artigo 51<sup>4</sup> e 46<sup>5</sup> do CDC) e a interpretação do contrato sempre em benefício do consumidor (artigo 47 do CDC<sup>6</sup>).

Partindo dessa premissa, a jurisprudência passou a garantir a rescisão da promessa de compra e venda por iniciativa exclusiva do promitente comprador, caso este não tenha mais condições de manter as prestações acordadas com a incorporadora, pautando-se na tese da circunstância extraordinária ou imprevisível que acarrete a onerosidade excessiva ao consumidor (artigo 478 do CC<sup>7</sup>), resguardando, ainda, neste caso, o direito do devedor reaver as importâncias desembolsadas pelo preço do imóvel, descontando uma multa compensatória em favor da vendedora.

Foi neste sentido que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou uma súmula consolidando o entendimento:

Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Tenha-se presente que, na prática, o que se observa é a aprovação indiscriminada pelo judiciário de todo e qualquer pedido de rescisão unilateral pelo adquirente, mesmo de forma imotivada, sem comprovação de ocorrência de fato imprevisível, o que estaria em desacordo com o que prevê a lei. Contudo, este tema não será aqui tratado, uma vez que merece debate próprio, buscando aqui ater-se à discussão sobre o percentual de restituição em caso de desfazimento do contrato.

---

<sup>4</sup> Art. 51. CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...).

<sup>5</sup> Art. 46. CDC. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

<sup>6</sup> Art. 47. CDC. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

<sup>7</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

### 3 RETENÇÕES PELA INCORPORADORA EM CASO DE DISTRATO

Com a possibilidade de desfazimento do contrato unilateralmente pelo promitente comprador, consolidou-se também que a promessa de compra e venda celebrada, interpretada à luz do Código de Defesa do Consumidor, deverá prever cláusula penal para referida hipótese, a qual seria retida do montante a ser restituído ao promitente comprador, ou seja, uma multa compensatória em favor da promitente vendedora para indenizá-la pelos custos e despesas com a dissolução contratual.

A partir de então, as incorporadoras, visando se resguardarem das excessivas e imotivadas quebras contratuais pleiteadas pelos adquirentes, passaram a prever em seus contratos padrões cláusulas com elevado percentual de retenção dos valores pagos em caso de rescisão unilateral e/ou resolução, a título de multa compensatória, podendo se encontrar exemplos nos quais a vendedora impunha até 80% (oitenta por cento) de retenção<sup>8</sup>, com devolução do saldo residual apurado.

Segundo as empresas, o maior objetivo da aplicação da multa em patamares elevados seria desencorajar a desistência imotivada pelo promitente comprador, não abrindo margem para pedidos indiscriminados, bem como reembolsar os altos custos despendidos com o contrato rescindido, desde a divulgação do projeto, taxas, impostos e o tempo em que a unidade imobiliária ficou fora do mercado à disposição do consumidor desistente. Além disso, em uma incorporação com o patrimônio de afetação, a construção do edifício é conciliada com a entrada de recursos financeiros advindos das unidades vendidas do próprio empreendimento. Portanto, o desfazimento do negócio prejudicaria o caixa da obra e a evolução da construção.

Com a crise financeira e o crescente número de distratos, a discussão acerca da multa aplicável se acalorou entre empresas e os promitentes compradores que não possuíam mais condições de prosseguir com o negócio, sendo novamente levada ao

---

<sup>8</sup> APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR PELA RESOLUÇÃO. CLÁUSULA PENAL ABUSIVA. PERCENTUAL DE RETENÇÃO DE 80% SOBRE OS VALORES PAGOS. REDUÇÃO PARA 20%. ART. 413 DO CC. PRECEDENTES DO STJ E DA CORTE. I. I. Revisão do percentual da multa penal contratual. Percentual de retenção. Nos termos da jurisprudência e da legislação pertinente à matéria é abusiva a cláusula contratual penal que estabelece percentuais de retenção maiores do que 25% incidente sobre os valores adimplidos em caso de resolução por responsabilidade dos compradores. (...) 1.2. Afigura-se razoável a fixação de retenção no patamar de 20% incidentes sobre os valores efetivamente adimplidos em favor da vendedora. Doutrina e jurisprudência a respeito. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (TJ-RS - AC: 70079139366 RS, Relator: Glênio José Wasserstein Hekman, Data de Julgamento: 12/06/2019, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2019).

judiciário para solução do impasse. A cargo dos juízes, estes passaram a declarar os percentuais de retenção praticados pelas incorporadoras abusivos, alegando que haveria enriquecimento injustificado em face do consumidor, visto que a empresa seria duplamente compensada, pois ficaria com o dinheiro retido à título de multa compensatória mais o imóvel para revenda. Nesta premissa, com base no artigo 53 do CDC<sup>9</sup>, o qual expressamente veda a retenção do valor integral em benefício do credor, a jurisprudência passou a declarar nulas as penas convencionais acima do montante entendido como pertinente pelos tribunais.

Ou seja, não obstante os contratos imobiliários fossem regidos pelo princípio do “Pacta Sunt Servanda” e, no caso de instrumento próprio da incorporação imobiliária, também seguir aos ditames da Lei nº 4.591/64, os Tribunais adotaram a postura de interpretar o compromisso de compra e venda de unidade imobiliária quase exclusivamente pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, onde prevalece o entendimento de que o promitente comprador é parte vulnerável na relação.

Por outro lado, a jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça), também aprimorou suas decisões para resguardar minimamente as incorporadoras, sendo que, em relatório do Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso Especial nº 1.132.943/PE<sup>10</sup>, reconheceu-se que a retenção de parte do valor pago é justa em decorrência dos gastos tidos pela incorporadora.

Foi nesta toada que os tribunais estaduais passaram a consolidar o entendimento de que seria justa a retenção – cláusula penal compensatória - entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) das quantias pagas a título de

---

<sup>9</sup> Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

<sup>10</sup> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DISTRATO. DEVOLUÇÃO ÍNFIMA DO VALOR ADIMPLIDO. ABUSIVIDADE. RETENÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR PAGO. SÚMULA 7 DO STJ. (...) 2. A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. 3. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador(...) Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1132943 PE 2009/0063448-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013)

arras e do reembolso das despesas de comercialização e taxa de fruição, se for o caso, conforme o artigo 418 do CC<sup>11</sup>.

Neste sentido podemos relevar algumas análises jurisprudenciais de grande relevância, a começar pelo Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que autoriza a incorporadora a realizar a retenção de apenas 10% (dez por cento) do valor pago pelo promitente comprador, entendendo que seria um percentual suficiente para cobrir os gastos da empresa com a administração do negócio e as demais despesas do contrato:

A jurisprudência deste Tribunal tem consagrado entendimento segundo o qual nula é a cláusula que prevê a perda total dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda celebrado na vigência do CDC, autorizando a retenção de apenas 10% do valor pago, em razão do descumprimento do contrato.<sup>12</sup>

No tocante a rescisão contratual, outra questão relevante, que não será tratada neste trabalho ante a extensão do tema, mas é necessário se pontuar, é a forma e o prazo que é estabelecido para a promitente vendedora restituir os valores pagos, após deduzida a retenção, ao promitente comprador. Na prática, algumas incorporadoras previam a restituição de forma parcelada após a emissão do termo de “habite-se” do empreendimento ou vinculavam a devolução dos valores somente após a revenda do imóvel distratado. Em atuação judicial, a questão foi sanada pela Súmula 543 do STJ, publicada em 31 de agosto de 2015, a qual dispôs que a restituição devida ao comprador deveria ser imediata, após a rescisão do contrato, sendo manifestamente abusivo qualquer outro modo diverso deste.

Contudo, sobre todos estes entendimentos jurisprudenciais (quanto ao percentual de retenção e forma de restituição dos valores pagos), por não serem normas positivadas, muitas das incorporadoras não adotaram tais posturas e mantiveram em seus contratos padrões cláusula com multa penal compensatória em patamares elevados, reforçando que o objetivo era coibir a desistência imotivada pelos promitentes compradores, bem como indenizar a empresa por todos os custos e despesas decorrentes do contrato.

---

<sup>11</sup> Art. 418. CC. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

<sup>12</sup> Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 244.625/SP. Relator: Ministro Castro Filho. 3ª Turma. Brasília, 09 out. 2001.

#### 4 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA RECENTE LEI DE DISTRATOS

Como se verifica pelo histórico até então relatado, por anos a relação contratual entre incorporadoras/promitente vendedora e consumidor/promitente comprador foi regulada apenas por jurisprudências, ante à falta de dispositivos legais específicos para os negócios entabulados.

Entretanto, como dito, tais posicionamentos não foram suficientes a sanar os imbróglios decorrentes da resilição do compromisso de compra e venda da unidade imobiliária futura, notoriamente por não atender as necessidades das partes e sempre manter um contratante insatisfeito, motivo pelo qual o judiciário foi acionado na maioria dos casos de distrato, principalmente em momento de crise econômica, culminando no superlotação da máquina pública.

Segundo alguns dados estatísticos, em 2016, por exemplo, mais de quarenta mil apartamentos tiveram as vendas desfeitas até novembro, cerca de 44% (quarenta e quatro por cento) do total de vendas naquele ano<sup>13</sup>. Ou seja, a elaboração de uma lei específica para tratar destas questões se fazia medida urgente e passou a ser pauta primordial do mercado imobiliário.

Diante deste cenário, em 27 de dezembro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.786/2018, popularmente denominada “Lei do Distrato Imobiliário”, a qual basicamente inseriu artigos da Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei de Loteamentos (Lei nº 6.766/76) objetivando trazer maior segurança jurídica ao setor, ao estabelecer regras claras quanto ao desfazimento do contrato (tanto por distrato em si, mas também pela resolução) e a questão da devolução dos valores pagos por promitentes compradores.

Em certo aspecto, no que se refere ao valor a ser restituído ao promitente comprador, a referida Lei não trouxe grande inovação quanto ao entendimento praticado pelas decisões judiciais prolatadas até então, uma vez que, conforme o artigo 67-A da nova Lei<sup>14</sup>, a pena convencional a ser retida pela incorporadora não

---

<sup>13</sup> BONATELLI, Circe. Brasil destoa de outros países ao permitir distrato de imóveis, mostra estudo. Estadão, 03 fev. 2017.

<sup>14</sup> Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

(...) II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.

pode ser maior que 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga pelo promitente comprador devidamente atualizada pelo mesmo índice do contrato.

Entretanto, o legislador inovou ao diferenciar as regras para as incorporações regidas pelo patrimônio de afetação (regime previsto no artigo 32-A da Lei de Incorporação<sup>15</sup>), já que, conforme expressa o parágrafo 5º, do artigo 67-A da Lei nº 4.591/64<sup>16</sup>, a multa compensatória poderá ser estipulada em até 50% (cinquenta por cento) dos valores desembolsados pelo promitente comprador.

Outrossim, nos casos em que o adquirente da unidade imobiliária já tenha recebido a posse do bem, além da dedução da comissão de corretagem e da pena convencional, o promitente comprador ainda deverá arcar com os impostos reais e encargos incidentes sobre o imóvel até o momento da restituição (por exemplo, taxa condominial), bem como por uma taxa em decorrência da fruição do imóvel, atribuído em 0,5% (meio por cento) ao mês sobre o valor atualizado do contrato, conforme reza o parágrafo 2º, do artigo 67-A da Lei 4.591/64.

Ponto importante a ser relevado é que todas estas retenções estão limitadas aos valores pagos pelo promitente comprador, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 67-A da Lei de Incorporação Imobiliária<sup>17</sup>, ou seja, o adquirente não teria que desembolsar valores adicionais para pagar à incorporadora pelo distrato, com exceção, é lógico, da taxa de fruição, que o comprador poderá ser devedor do montante correspondente ao tempo que permaneceu na posse do bem, podendo ficar sujeito à execução se o saldo não for suficiente para cobrir os valores apurados.

Quanto ao prazo para a restituição, a nova Lei determina que, após apuração do valor corrigido pelo mesmo índice dos desembolsos pelo adquirente, deverá ocorrer em: (a) até 30 (trinta) dias após a expedição do termo de “habite-se” do

---

<sup>15</sup> Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

<sup>16</sup> Art. 67-A. § 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

<sup>17</sup> Art. 67-A. § 4º Os descontos e as retenções de que trata este artigo, após o desfazimento do contrato, estão limitados aos valores efetivamente pagos pelo adquirente, salvo em relação às quantias relativas à fruição do imóvel.



empreendimento ou de documento equivalente, quando a incorporação estiver sob o regime de afetação; (b) em até 180 (cento e oitenta) dias, contados do desfazimento do contrato, na hipótese de não haver patrimônio de afetação; ou, (c) caso a revenda da unidade imobiliária ocorra antes de qualquer um dos prazos, o valor deverá ser restituído em até 30 (trinta) dias da revenda. Tais regras trouxeram prática diferenciada da que vinha sendo aplicada pela jurisprudência, segundo a qual a devolução teria que ser imediata e integral, logo no momento de firmado o distrato.

## 5 VISÃO DO JUDICIÁRIO SOBRE A NOVA LEI DE DISTRATOS

Considerando que trata-se de uma lei que foi promulgada há cerca de 03 (três) anos, temos que ainda é muito recente para se averiguar todos os desdobramentos que ela terá nas relações de compra e venda de unidades imobiliárias futuras, sobretudo tendo em vista que a maioria dos distratos ocorre no momento da entrega das chaves (cerca de 03 (três) anos após o lançamento do empreendimento e quando é vendida a maioria dos apartamentos na planta), quando o promitente comprador tem que efetuar a quitação do saldo devedor, seja por meio de recursos próprios ou financiamento bancário, o que acarreta grande desembolso financeiro onde muitos não suportam e pedem o desfazimento do negócio.

Em outras palavras, os contratos firmados após a vigência da Lei de Distratos ainda não chegaram a ponto de discussão acerca do desfazimento contratual no judiciário e, portanto, ainda não há decisões, principalmente dos Tribunais Estaduais, fazendo uma leitura crítica sobre a aplicabilidade do novo regramento.

### 5.1 Irretroatividade da Lei

O que já podemos encontrar é amplo material na esfera judicial tratando sobre a aplicação das novas regras aos contratos firmados antes da promulgação da Lei de Distratos.

Isto porque, tendo em vista que o entendimento anterior à nova Lei era de aplicação de multa compensatória de apenas até 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos, muitas incorporadoras, com empreendimento sob o regime do patrimônio de afetação, aproveitaram o novo regramento para buscar a aplicação da retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores desembolsados pelo adquirente, mesmo tendo firmado o contrato antes de entrar em vigor a Lei nº 13.786/2018.

A primeira decisão que se tem notícia adveio da 7ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, publicada em 10 de janeiro de 2019, na qual o Exmo. Dr. Juiz de Direito Senivaldo dos Reis Junior assim pontuou:

Ressalto que não vislumbro, de momento, qualquer inconstitucionalidade-formal ou material para a não aplicação imediata da lei. Inclusive por estar-se diante, no entendimento deste magistrado, de norma de retroatividade média,

qual seja, **se opera quando a nova lei, sem alcançar os atos ou fatos anteriores, atinge os seus efeitos ainda não ocorridos (efeitos pendentes).**<sup>18</sup>

Ou seja, na visão do julgador, a nova Lei poderia ser aplicada às resoluções contratuais e distratos firmados a partir de então, uma vez que, embora os contratos lavrados anteriormente fossem negócio jurídico perfeito e consolidado, o desfazimento estaria ocorrendo sob a égide da nova Lei, sendo aplicável, portanto, o novo regramento.

Ocorre que esta tese não prosperou e nas semanas seguintes já se tornou unanimidade nos tribunais do país o entendimento de que a Lei de Distrato não possui eficácia sobre os contratos firmados antes de sua vigência. Tais decisões se embasaram no princípio da irretroatividade da lei, constante no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, sendo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; bem como no artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) que reza que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Vejamos a ementa de algumas decisões proferidas neste sentido pelos Tribunais Estaduais:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESILIÇÃO. NOVA LEI DO DISTRATO (LEI 13.786/2018). IRRETROATIVIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. 1. A novel Lei do Distrato (Lei 13.786/2018) não poderá atingir os contratos anteriores à sua vigência, pois a retroatividade, ainda que mínima, em regra, é vedada pela legislação pátria, salvo no caso das normas constitucionais originárias. 2. O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. De igual forma, o art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) disciplina que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Aplicação do Princípio *tempus regit actum*. 2.1. Por ato jurídico perfeito entende-se o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, da LINDB). 3. Apelação desprovida.<sup>19</sup>

COMPROMISSO COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA COMPRADOR. IRRETROATIVIDADE DA LEI 13.786/2018. APLICAÇÃO DO TEMA 1 DO TJSP E SÚMULA 543 STJ. RETENÇÃO RAZOÁVEL DE 20% DOS VALORES PAGOS. Art. 67-A e seu § 5º da Lei 4.591/64, introduzido pela Lei 13.786/2018, em face do seu caráter material, somente poderá atingir contratos celebrados a partir da sua entrada em vigor (28/12/2018). Cláusula contratual, prevendo retenção de 50% dos valores pagos pelo comprador,

<sup>18</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1070803-55.2018.8.26.0100. 36ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. São Paulo, 10 jan. 2019.

<sup>19</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 0726612-32.2018.8.07.0001. 6ª Turma Cível. Distrito Federal, 15 mai. 2019.

para hipótese de resolução por culpa do comprador, declarada abusiva, visando o equilíbrio contratual. Retenção razoável fixada pela jurisprudência de 20% para o reembolso pelo Empreendimento das despesas atinentes a esse tipo de negócio, não apresentando a recorrente qualquer justificativa para retenção superior. Recurso que se nega provimento.<sup>20</sup>

APELAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA DOS COMPRADORES. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. RETENÇÃO DE PERCENTUAL REDUZIDA PARA 15% (QUINZE POR CENTO). LEI Nº 13.786/2018. IRRETROATIVIDADE-. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA MANTIDA. DESPROVIMENTO. 1. A resolução do contrato motivada por impossibilidade financeira do consumidor gera o direito de retenção pelo fornecedor, de parte do valor pago, com a finalidade de recompor as perdas e custos do empreendimento, porém, constatada abusividade na cláusula que prevê a retenção desproporcional dos valores, correta a redução para o percentual de 15% (quinze por cento) do total adimplido. 2. A Lei n. 13.7686, em vigor a partir de 27.12.2018, tem incidência apenas nos contratos celebrados após sua vigência, já que sua aplicação imediata esbarra no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que adota o princípio da irretroatividade da eficácia da lei no tempo. 3. Se cada litigante é, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas, nos moldes do art. 86, caput, Código de Processo Civil. 4. Apelo desprovido. 5. Sucumbência recíproca mantida, com majoração dos honorários a serem pagos ao procurador dos apelados.<sup>21</sup>

Consolidando o entendimento, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato) é inaplicável aos contratos firmados antes de sua vigência:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. NOVEL LEI N. 13.786/2018. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. OMISSÃO DE MULTA EM BENEFÍCIO DO ADERENTE. INADIMPLEMENTO DA INCORPORADORA. ARBITRAMENTO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO, TOMANDO-SE COMO PARÂMETRO OBJETIVO A MULTA ESTIPULADA EM PROVEITO DE APENAS UMA DAS PARTES, PARA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. 1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial. 2. No caso concreto, recurso especial parcialmente provido.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1041801-86.2018.8.26.0602. 1ª Turma Cível. Relator: Carlos Alberto Maluf. São Paulo, 29 out. 2020.

<sup>21</sup> Tribunal de Justiça de Goiás. AC 0101912-77.2017.8.09.0051. 4ª Câmara Cível. Relator: Des(a). BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO. Goiás, 20 jul. 2020.

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1631485 DF 2016/0266913-0. 2ª Seção. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 mai. 2019.

Ou seja, fato certo e já estabelecido é que os dispositivos legais que regem o distrato imobiliário só valerão para os contratos firmados a partir de 27 de dezembro de 2018, à luz do princípio da irretroatividade de uma lei. Qualquer compromisso de compra e venda firmado antes da promulgação da referida Lei, ficam à mercê das interpretações judiciais que regiam as relações até aquele momento (as quais, relembre-se, permitiam a aplicação de multa compensatória entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento)).

Neste sentido, discussão saudável a ser realizada é sobre a abusividade ou não das cláusulas penais dispostas nos contratos firmados até a entrada em vigor da nova Lei, mas com um olhar sob o prisma deste novo regramento e não da jurisprudência vigente até então. À exemplo: se um contrato prevê pena convencional de 40% (quarenta por cento) dos valores pagos, analisando-se sob a perspectiva da nova Lei, a qual considera pertinente a retenção de até 50% (cinquenta por cento) pela incorporadora, nada de abusivo ao consumidor haveria na previsão contratual, dentro de uma normalidade estabelecida pelo legislador.

Veja que não estaríamos aqui tratando de retroatividade da lei, mas sim revendo os conceitos de abusividade da multa compensatória em caso de rescisão unilateral ou resolução do compromisso de compra e venda pelo promitente comprador.

Revela-se o fato de que, quando uma lei é elaborada, os temas são objeto de muitos estudos, consulta a especialistas, discussões com a sociedade e com os entes envolvidos no negócio que se busca regradar. Neste sentido, se a Lei estabeleceu a possibilidade de retenção de até 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo adquirente, foi porque os estudos se mostraram positivos de que seria uma forma justa de compensar a vendedora/incorporadora e não acarretar ônus excessivo ao adquirente.

Portanto, questiona-se qual a lógica de, mesmo após a promulgação da Lei, o judiciário permanecer declarando abusivas as cláusulas contratuais que estabelecem uma multa compensatória acima de 25% (vinte e cinco por cento), por exemplo, só porque o pacto foi firmado antes de dezembro de 2018, e determinar que a vendedora faça a restituição, muitas vezes, de 90% (noventa por cento) do que fora pago pelo promitente comprador.

## 5.2 Aplicabilidade da pena convencional prevista na nova Lei de Distratos

Como esclarecido anteriormente, os desdobramentos e a aplicação da nova Lei pelo judiciário ainda são imprecisos, em decorrência de sua recente promulgação e as discussões que ainda não chegaram ao judiciário. A tão almejada segurança jurídica ao setor imobiliário ainda é muita acanhada e será necessário algum tempo para que todas estas conclusões fiquem estabelecidas.

Em uma caça pelos portais dos tribunais estaduais já é possível se encontrar algumas esparsas decisões tratando da temática, além de algumas manifestações de juízes em congressos e eventos do setor imobiliário, todas elas no sentido de que a nova Lei terá que ser mitigada para garantir que não haja desvantagem exagerada e prejuízo excessivo ao consumidor/adquirente.

As Câmaras de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestaram neste sentido, em decisões publicadas recentemente:

Apelação. Compromisso de compra e venda. Rescisão de contrato. Procedência. Inconformismo da ré. Descabimento nas questões meritórias, acolhimento no que se refere ao necessário ajuste da condenação ao pagamento de verba honorária sucumbencial. Contrato celebrado sob a égide da Lei 13.786/2018 (Lei do Distrato). Diante da peculiaridade do caso concreto (contrato que teve pouquíssimo tempo de vigência), é excessivamente onerosa a aplicação das disposições do contrato e da referida Lei. Inteligência do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que admite a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais nulas, abusivas ou excessivamente onerosas. Precedentes do TJSP. Indenização pela ocupação do imóvel. Não cabimento. Lotes de terreno sem edificação, em que a posse não acarreta vantagem econômica. Precedentes do TJSP. Pedido de rescisão que não veio acompanhado daquele ligado à restituição de valores pagos. Rescisão do contrato sem ônus ao adquirente. Verba honorária. Pedido recursal para fixação por equidade. Cabimento. Baixa complexidade da causa. Recurso parcialmente acolhido para esse fim.<sup>23</sup>

"APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE LOTE. Sentença de parcial procedência, a fim de declarar a rescisão do contrato de promessa de compra e venda entre as partes, e procedência da reconvenção para condenar o autor/reconvindo a pagar R\$ 24.792,10 conforme a cláusula penal contratual para o caso de rescisão. Irresignação do autor. Acolhimento parcial. Desistência do negócio por parte do autor. Contrato firmado sob a égide da Lei nº 13.786/18. Incidência do art. 32-A da Lei nº 6.766/79 mitigada, sob pena de gerar o enriquecimento ilícito da vendedora. Retenção de 25% dos valores pagos, além de IPTU, taxas de associação e demais despesas, com exceção da taxa de fruição. Alienação de lotes e não de unidades imobiliárias sujeitas a imediata ocupação ou exploração econômica. Precedentes desta 3ª Câmara de Direito Privado.

<sup>23</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10208799220208260007. 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. São Paulo, 28 out. 2021.

Sentença parcialmente reformada. Redistribuição dos ônus da sucumbência. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (v.37612).<sup>24</sup>

Como dito, são decisões pontuais de casos específicos, não podendo concluirmos que trata-se de entendimento pacificado e que será replicado para todas as demais ações que tratem do distrato imobiliário de contratos firmados sob a égide da nova Lei. Contudo, não podemos desconsiderá-las, pois já são pequenos focos de um entendimento que poderá ganhar força nas próximas demandas.

Outra discussão pertinente seria sobre a possibilidade (ou não) de aplicação pelo Poder Judiciário da regra geral prevista no artigo 413, do Código Civil, segundo a qual “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Entretanto, há forte defensiva do entendimento de que, se a própria Lei de Distratos previu o percentual de multa a ser aplicado, não haveria motivos para a redução pelos juízes.

Um dos pontos que vem constantemente sendo levantados pelos aplicadores do direito é no que se refere à utilização da palavra “ATÉ” pelo legislador. Segundo eles, quando a letra da Lei diz que a retenção poderá ser de “até o limite de [...]” (§ 5º, do artigo 67-A, da nova Lei de Distratos) ou “não exceder a [...]” (inciso II da mesmo artigo da Lei), estaria o legislador abrindo uma prerrogativa para que o judiciário atribuisse a multa compensatória que entendesse não ser abusiva, dentro daquele limite estabelecido, sendo suficiente a cobrir as despesas da vendedora, mas ao mesmo tempo não acarretasse a onerosidade excessiva ao consumidor, motivo pelo qual defendem a manutenção do entendimento anterior, ou seja, de multa entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento), o que se enquadraria dentro da Lei, que, repita-se, estabelece o direito de retenção de ATÉ 50% (cinquenta por cento).

Necessário se faz pontuar que a prática de tal interpretação seria desconsiderar a Lei, achando uma brecha para perpetuar o entendimento já consolidado pelo judiciário antes do advento da Lei de Distrato, retomando toda insegurança jurídica ao setor.

---

<sup>24</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10918071720198260100. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Viviani Nicolau. São Paulo, 20 out. 2021.

## 6 COMENTÁRIOS DE DOUTRINADORES ACERCA DA NOVA LEI

Diante de todos estes novos aspectos, a nova Lei de distratos já fora criticada por grandes autores, como Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>25</sup> que declarou que “em assassinio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo”.

Outros doutrinadores criticaram a Lei nº 13.786/2018 por entender que ela beneficiava em demasiado os incorporadores, como foi o caso de Heitor José Fidelis Almeida de Souza, que afirmou:

“Sem dúvidas, a aprovação da Lei nº 13.786/2018 representou a vitória do lobby político exercido pelas empresas de construção civil no âmbito do Congresso Nacional. O resultado final, inclusive, saiu bem melhor do que a encomenda: as incorporadoras obtiveram alvará legal para cobrar multa contratual de até 50% em caso de desistência por parte do consumidor (independentemente do motivo), lembrando sempre que a proposta inicial do PL 1.220/2015 era de multa de apenas 10% e que a jurisprudência do STJ já havia fixado limite de 25%”.<sup>26</sup>

Flávio Tartuce e Marco Aurélio Bezerra de Melo<sup>27</sup> também teceram críticas à Lei nº 13.786/2018, no que tange à autorização de retenção de até 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos incorporações submetidas ao regime de afetação. Segundo eles, o patrimônio de afetação “não pode servir para transformar a extinção do contrato em uma fonte de enriquecimento sem causa. Uma pena de perda da metade do que se gastou, acrescida de outros valores, como a própria indenização pela utilização do imóvel, não se sustenta juridicamente, em nossa opinião doutrinária”.

Tudo isso demonstra que a tão almejada Lei de Distratos ainda tem muito que evoluir, atendendo aos anseios do mercado e do setor, sem que haja prejudicialidade aos adquirentes/consumidores.

---

<sup>25</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. Revista Consultor Jurídico, 2 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em: 06 dez. 2021.

<sup>26</sup> SOUZA, Heitor José Fidelis Almeida de. Direito Imobiliário: bastidores da formulação e promulgação da Lei nº 13.786/2018. Jota, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-imobiliario-bastidores-da-formulacao-e-promulgacao-da-lei-no-13-786-2018-12012019>. Acesso em: 04 dez. 2021.

<sup>27</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de; TARTUCE, Flávio. “Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na lei 13.786/2018”. Jusbrasil, 07 jan. 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661995206/primeiras-linhas-sobre-a-restituicao-ao-consumidor-das-quantias-pagas-ao-incorporador-na-lei-13786-2018>. Acesso em: 01 dez. 2021.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora os compromissos de compra e venda de unidade imobiliária futura fossem irrevogáveis e irretratáveis, consoante disciplinava a própria Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64), tal regramento foi mitigado pelo judiciário quando passaram a fazer a leitura destas relações seguindo os princípios do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando, desta forma, a resolução do contrato em caso de inadimplência, a rescisão unilateral, quando sobreviesse condição inesperada que acarretasse ônus excessivo ao adquirente, ou, até mesmo, o distrato, por vontade de ambas as partes.

Ademais, o Poder Judiciário passou a impor diminuta multa compensatória em favor das construtoras, entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco) dos valores pagos pelo promitente comprador, argumentando que este montante seria suficiente a indenizar a incorporadora, sem acarretar excessivo ônus ao adquirente.

Com tal permissão jurisprudencial e diante da crise econômica que assolou o país nos últimos anos, grande número de adquirentes de imóveis na planta passaram a pedir o desfazimento do negócio, alcançando níveis preocupantes. No entanto, a falta de uma norma adequada e precisa sobre o tema gerou um grande número de conflitos entre as incorporadoras e os promitentes compradores, o que, por consequência, atingiu altos níveis de demandas judiciais sobre a matéria.

Diante de tamanha incerteza e insegurança jurídica, as empresas e entidades do mercado imobiliário passaram a fazer grande pressão para aprovação de uma lei que regresse o assunto e coibisse o desfazimento imotivado do contrato pelo promitente comprador. Foi assim que, após anos de tramitação no Congresso Nacional, em dia 28 de dezembro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.786/2018, popularmente conhecida como Lei do Distrato, que acrescentou novos artigos à Lei de Incorporação Imobiliária – Lei nº 4.591/64, bem como à Lei de Loteamentos – Lei nº 6.766/76.

Entre muitas inovações, o que mais animou os grandes empresários do setor foi a possibilidade de aplicação de multa compensatória de até 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos, em caso de desistência do promitente comprador, para incorporações sob o regime do patrimônio de afetação; ou de até 25% (vinte e cinco por cento) caso o empreendimento em construção componha o patrimônio da incorporadora. Por lógico, o contentamento advém da possibilidade de, além de coibir

o ato indiscriminado de desistência do negócio sem motivação, garantindo, assim, a sadia continuação da construção do empreendimento (já que que a obra é programada para acontecer de acordo com a entrada de recursos das vendas das próprias unidades imobiliárias futuras do edifício), reter quantia suficiente a cobrir todas as despesas do negócio e ainda garantir valor até a revenda do imóvel.

O que nos resta esperar, por conta de ser uma lei muito recente, e que se buscou desenvolver neste trabalho, foi sobre como os Tribunais tratarão do tema a partir da nova legislação. Muito já se verifica, seja por meio de algumas esparsas decisões judiciais, seja com as críticas de grandes doutrinadores, sobre a mitigação da nova Lei, baseando-se na defesa dos consumidores e consequentes leis aplicáveis.

Em que pese a redação da nova Lei estabelecer multa em percentual certo e determinado, ainda há muita discussão sobre a possibilidade de redução, pelo judiciário, da penalidade que seja excessivamente onerosa ao adquirente, com base no artigo 413 do Código Civil. Outrossim, se sobrepesa que o legislador teria apenas limitado as sanções a serem aplicadas, quando utilizou os termos “até o limite de [...]” (§ 5º, do artigo 67-A, da nova Lei de Distratos) ou “não exceder a [...]” (inciso II do mesmo artigo da Lei), abrindo margem para que, tanto as incorporadoras, pudessem incluir em seus contratos padrões percentual dentro deste limite, mas, sobretudo, para que os julgadores pudessem diminuir equitativamente a cláusula penal excessiva.

Matéria já consolidada pelos tribunais é sobre a irretroatividade da nova Lei aos contratos firmados antes de sua vigência. Muito embora haja uma parte da doutrina que defenda a aplicação dos efeitos no momento em que o ato (desfazimento do contrato) é efetivado, o judiciário já firmou que o compromisso de compra e venda firmado antes da Lei é negócio jurídico perfeito e acabado, não estando sujeito às novas regras.

Há ainda uma tese que defenda pela validade da multa compensatória pactuada em contrato anterior à vigência da nova legislação, desde que esteja nos limites impostos pela nova Lei, uma vez que, a exemplo, já que o legislador entendeu ser pertinente a aplicação da retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos, nada de abusivo haveria numa cláusula que estipula a multa de 40% (quarenta por cento) dos valores desembolsados pelo adquirente.

Enfim, não obstante a nova Lei de Distratos ser vista como um grande avanço positivo para o setor imobiliário, todas estas inovações trazidas pelo legislador, neste

trabalho discorridas, ainda são e serão tema de muitos debates no mundo jurídico, principalmente nos Tribunais quando objetivarem equilibrar a sua aplicação em harmonia com o Código de Defesa do Consumidor. Existem muitas críticas e divergentes opiniões quanto a efetividade do novo regramento e suas consequências, dependendo de qual ponto de vista a Lei atinge, seja o consumidor, o qual a maioria defende que está sendo prejudicado, ou o mercado imobiliário.

Nesta toada, certo é que a nova Lei de Distrato será testada em situações futuras, o que não assegura que manterá a segurança jurídica almejada pelo setor imobiliário, cujos efeitos foram momentâneos após a promulgação, mas, a depender do judiciário, poderá não se perpetuar por muito tempo.

## REFERÊNCIAS

BONATELLI, Circe. Brasil destoa de outros países ao permitir distrato de imóveis, mostra estudo. **Estadão**, 03 fev. 2017. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 16 dez. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 244.625/SP. Relator: Ministro Castro Filho. 3ª Turma. Brasília, 09 out. 2001. **Jusbrasil**, 2001. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/296897/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-244625-sp-2000-0000698-0>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 01. São Paulo, 05 dez. 2010. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1132943/PE. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Brasília, 27 set. 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31184261&num\\_registro=200900634486&data=20130927&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31184261&num_registro=200900634486&data=20130927&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 543. Segunda Seção. Brasília, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27543%27#DOC1>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 4.591/64 e 6.766/79, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. B. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 27 dez. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm). Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1070803-55.2018.8.26.0100. 36ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. São Paulo, 10 jan. 2019. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1178040569/procedimento-comum-civel-10903533620188260100-foro-central-civel-sp/inteiro-teor-1178040570>. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 0726612-32.2018.8.07.0001. 6ª Turma Cível. Distrito Federal, 15 mai. 2019. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712876537/7266123220188070001-df-0726612-3220188070001>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1631485 DF 2016/0266913-0. 2ª Seção. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 mai. 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1631485&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC 70079139366 RS. 20ª Câmara Cível. Rio Grande do Sul, 12 jun. 2019. **Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722983116/apelacao-civel-ac-70079139366-rs>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. AC 0101912-77.2017.8.09.0051. 4ª Câmara Cível. Goiás, 20 jul. 2020. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931985845/apelacao-cpc-1019127720178090051>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1041801-86.2018.8.26.0602. 1ª Turma Cível. São Paulo, 29 out. 2020. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114256762/recurso-inominado-civel-ri-10418018620188260602-sp-1041801-8620188260602>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10918071720198260100. 3ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 20 out. 2021. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1302222964/apelacao-civel-ac-10918071720198260100-sp-1091807-1720198260100>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10208799220208260007. 8ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, 28 out. 2021. **Jusbrasil**, 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1307768340/apelacao-civel-ac-10208799220208260007-sp-1020879-9220208260007/inteiro-teor-1307768374>. Acesso em: 02 dez. 2021.

CHALHUB, Melhim. **Incorporação imobiliária**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINEZ, Sérgio Eduardo. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Imobiliário: reflexos da sua aplicação aos litígios decorrentes dos contratos imobiliários. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://sergioeduardomartinez.jusbrasil.com.br/artigos/150423206/o-codigo-de-defesa-doconsumidor-e-o-direito-imobiliario-reflexos-da-sua-aplicacao-aos-litigios-decorrentes-doscontratos-imobiliarios>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de; TARTUCE, Flávio. “Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na lei 13.786/2018”. **Jusbrasil**, 07 jan. 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661995206/primeiras-linhas-sobre-a-restituicao-ao-consumidor-das-quantias-pagas-ao-incorporador-na-lei-13786-2018>. Acesso em: 01 dez. 2021.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. **Revista Consultor Jurídico**, 2 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em: 06 dez. 2021.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. (2019), “A resolução dos contratos de compromisso de compra e venda firmados com incorporadoras e com loteadoras”. **Genjurídico**, 18 abri. 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/04/18/resolucao-contratos-compromisso-compra-venda-firmados-com-incorporadoras-e-loteadoras/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOUZA, Heitor José Fidelis Almeida de. Direito Imobiliário: bastidores da formulação e promulgação da Lei nº 13.786/2018. **Jota**, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-imobiliario-bastidores-da-formulacao-e-promulgacao-da-lei-no-13-786-2018-12012019>. Acesso em: 04 dez. 2021.

TARTUCE, Flávio. “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 ou de loteamento”. **Genjuridico**, 10 jan. 2019a. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-dodistrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratosde-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-oude-loteamento-parte-1/>. Acesso em: 01 dez. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.