

LEI 13.786/2018 (LEI DOS “DISTRATOS”):
PRIMEIRAS IMPRESSÕES A RESPEITO DA EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Alexandre Junqueira Gomide¹

INTRODUÇÃO

A recém-sancionada Lei 13.786/2018 trouxe substanciais alterações às Leis 4.591/1964 (Incorporação Imobiliária) e 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano). Tais preceitos, certamente, trarão impactos relevantes no mercado imobiliário brasileiro e, por isso, algumas reflexões merecem ser realizadas.

Não obstante a lei trazer diversas alterações à Lei de Incorporações Imobiliárias (4.591/1964), dentre elas, (i) obrigatoriedade de o contrato conter quadro-resumo; (ii) permissão (agora legal) do que se intitula “cláusula de tolerância”, ou seja, autorização de prorrogação do prazo de entrega do imóvel por até 180 dias corridos da data estipulada no contrato², o presente artigo pretende tratar tão somente dos aspectos relativos à extinção do contrato de promessa de compra e venda sob a égide da Lei de Incorporação Imobiliária (artigos 43-A e 67-A).

Inicialmente, contudo, importante relembrar que os contratos, no Direito Civil brasileiro, são e sempre foram instrumentos jurídicos que vinculam as partes. Os contratantes negociam e assinam contratos porque querem ter a segurança de que seja

¹ Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Portugal. Professor de cursos de Pós-Graduação de diversas instituições. Autor de artigos e obras jurídicas, em especial *Direito de Arrependimento* (Almedina, 2014) e *Contratos built to suit: aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual* (Revista dos Tribunais, 2017, no prelo). Colaborador do Blog Civil & Imobiliário (www.civileimobiliario.com.br). Fundador do IBRADIM – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado, parecerista e sócio de Junqueira Gomide & Guedes Advogados (www.junqueiragomide.com.br).

² A cláusula de tolerância foi duramente criticada por Otavio Luiz Rodrigues Junior, que asseverou que a alteração legislativa institucionalizou “a mora de 180 dias dos incorporadores na entrega dos imóveis, retirando-se qualquer efeito jurídico desse retardo. A lei criou uma espécie de ‘mora à brasileira’, uma mora com termo de graça preestabelecido em favor da parte mais forte”. (RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil?fbclid=IwAR2c6C7GLj84-ef6FChBrksx-w02zfGvcCiX78Xq0GM_AwW9CCE7ezaH4. Acesso em 4 jan. 2019.

cumprido o que foi estabelecido nas tratativas e consolidado no instrumento. Muito embora boa parte da doutrina (sobretudo a mais “moderna”) tenha tentado mitigar a importância do princípio *pacta sunt servanda*, o fato é que não se pode retirar o caráter de obrigatoriedade e vinculação das partes às obrigações estabelecidas nos contratos.

Feito esse importante registro, prosseguimos.

1) Extinção da relação contratual na Lei 4.591/1964 e as alterações da Lei 13.786/2018

A recém-promulgada Lei 13.786/2018 acresceu os artigos 43-A e 67-A à Lei 4.591/64. Tais dispositivos passam a regular algumas hipóteses de extinção do contrato de promessa de compra e venda de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária.

Antes de tratarmos a respeito das alterações trazidas pelo novo texto legal, importante destacar que, desde o ano de 2001, quando editada a Medida Provisória 2.221/2001, convertida na Lei 10.931/2004, que alterou o art. 32 § 2º³ 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 arrepender do contrato, pleiteando a extinção da relação contratual.

Assim, não obstante entendimentos respeitáveis contrários⁴, reitere-se que o contrato de compra e venda de imóvel sob a égide da Lei 4.591/1964 não autorizava que

³ Art. 32, § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. ([Redação dada pela Lei 10.931, de 2004](#))

⁴ Carlos E. Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva, por uma série de motivos, dentre eles o “direito à saída honrosa do contrato”, defendem que é permitida a resilição unilateral ao adquirente na Lei 4.591/1964, quando há relação de consumo. Segundo os autores “havendo relação de consumo, a vulnerabilidade jurídica, informacional, técnica e econômica do consumidor precisa ser protegida e, nesse sentido, a resilição unilateral imotivada deve ser admitida se o saldo devedor ainda não tiver sido integralmente pago. Se o contrato for textualmente contrário, ele é nulo nessa parte por ofensa aos arts. 473 do CC e 51 do

o adquirente pudesse extinguir de forma unilateral e imotivada, mediante alguma das formas permitidas pela resilição unilateral.

A irretratabilidade dos instrumentos justifica-se uma vez que a incorporação imobiliária somente pode prosperar, evidentemente, caso a coletividade dos adquirentes cumpra suas obrigações. A partir do momento em que uma parte dos adquirentes resolve pura e simplesmente desistir do contrato, o sucesso da incorporação imobiliária fica comprometido. Ameaçado o recebimento do crédito prometido pelos adquirentes, ameaçada estará a obra e, portanto, toda a coletividade dos compradores do empreendimento.

De todo modo, embora a promessa de compra e venda de unidades seja irretratável, isso não significa que o contrato não possa ser extinto. Isso porque, sabemos, o Código Civil dispõe sobre a extinção dos contratos, em geral. Nesses termos, o Código Civil permite a extinção dos contratos por acordo entre as partes (distrato – art. 472) ou, ainda, por resolução quando há (i) descumprimento contratual (art. 475) ou (ii) onerosidade excessiva (art. 478).

Pois bem.

Fato é que, infelizmente, os tribunais brasileiros, nos últimos anos, não deram a atenção necessária para o fato de que a promessa de compra e venda de unidade no regime da incorporação imobiliária obriga as partes e não pode ser extinta unilateralmente pelo adquirente por mero arrependimento ou outra forma de resilição unilateral, porque irretratável. A Lei 4.591/1964 não permite, a exemplo da Lei 8.245/1991, que o locatário possa denunciar o contrato a qualquer tempo, bastando, para tanto, informar o locador do seu interesse em resilir unilateralmente o contrato e pagar a multa proporcional estabelecida pelo art. 4º, da Lei do Inquilinato.

CDC". (OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; MATTOS E SILVA, Bruno. *A recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-lei-distrato.pdf>. Acesso em 12 jan. 2018). Com a devida vênia, discordamos frontalmente da posição dos autores, ressaltando que a legislação nacional em vigor não pode ser simplesmente desconsiderada porque parte da doutrina discorda de seus termos.

Assim, não obstante a cristalina redação do art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964, os tribunais passaram a conferir interpretação extensiva a esse dispositivo e, não raras vezes, passaram a permitir a extinção do contrato não apenas nas hipóteses de distrato ou resolução; mas, também, em casos em que havia, evidentemente, mero arrependimento ou qualquer outra hipótese que não justificasse o desfazimento do vínculo contratual.

A Súmula nº 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo (cuja redação, diga-se, não é das mais técnicas), por exemplo, pode levar o intérprete a imaginar que o adquirente tem a possibilidade de extinguir o contrato de forma unilateral e sem qualquer motivação:

“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.”

Nesse sentido, atente-se, por exemplo, a caso em que já atuamos e objeto de artigo anteriormente publicado⁵, em que o magistrado de primeiro grau, na sentença, determinou a extinção no contrato de compra e venda com fundamento na Súmula nº 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo, consignando o seguinte:

“Quanto ao desejo de rescindir o contrato, temos que este é garantido a qualquer parte integrante de um acordo, já que ***ninguém é obrigado a manter-se no cumprimento de um negócio ao qual não mais lhe interessa***”.

E não apenas magistrados de primeiro grau passaram a entender que o adquirente (sobretudo quando consumidor) poderia resilir unilateralmente tais contratos. Há uma série de julgados, por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando a extinção do vínculo contratual em razão da resilição unilateral manifestada pelo

⁵<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI231277,11049-Tempos+de+incertezas+Fim+da+vinculacao+das+partes+aos+contratos>

adquirente⁶. Há julgado, diga-se, confundindo categorias contratuais distintas, que autoriza, inclusive, “resilição por inadimplemento contratual dos adquirentes⁷”.

Justamente em razão de decisões desarrazoadas como essas é que o mercado imobiliário passou a criticar duramente a facilidade com que os adquirentes poderiam extinguir os contratos e ainda obter a restituição do percentual entre 80% a 90% dos valores pagos⁸.

⁶ Defendendo o cabimento da resilição unilateral em razão da Súmula 1 do TJSP, vide: Apelação 1037338-53.2016.8.26.0576; Relator (a): Edson Luiz de Queiróz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/12/2018; Data de Registro: 20/12/2018. Em outro julgado, asseverou-se que “a lei consumerista autoriza a resilição do compromisso de compra e venda por **conveniência do comprador** (artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54). No mesmo sentido vem a Súmula 1 desta corte” (TJSP; Apelação 1037516-86.2014.8.26.0506; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 14/12/2018).

⁷ Nesse sentido, vide APELAÇÃO. Ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas. Compromisso de compra e venda. **Resilição por inadimplemento contratual dos adquirentes**. Sentença que rescinde o contrato e condena a ré a restituir 90% do total pago pelos promitentes compradores, bem como valores pagos a título de comissão de corretagem. Reconhecimento da nulidade de cláusulas contratuais. Art. 51, inciso IV, do CDC. RECURSO DA RÉ. Nulidade das cláusulas contratuais que prevalece, haja vista a abusividade (art. 51, IV, do CPC). Retenção que deve ficar restrita a 20% dos valores pagos pelos compromissários compradores tão somente pelo imóvel. (TJSP; Apelação 1007053-45.2014.8.26.0286; Relator (a): Cristina Medina Mogioni; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2018; Data de Registro: 13/12/2018),

⁸ APELAÇÃO CÍVEL – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO CONTRATUAL – Resolução da avença operada em face do inadimplemento dos compradores – **Restituição de 80% (oitenta por cento) dos valores pagos pela aquisição do bem imóvel, em uma única oportunidade, com atualização dos valores a partir de cada desembolso, e com juros moratórios devidos a partir do trânsito em julgado, uma vez que o desfazimento do negócio ocorreu por iniciativa dos promitentes compradores** – Precedentes do STJ – Súmula 02 do TJSP – Inadmissibilidade da rescisão ocorrer nos termos contratados – Abusividade reconhecida – Inteligência do artigo 51, inciso IV, do CDC – Insurgência contra a cobrança de valores de comissão de corretagem e taxa SATI em contrato de compra e venda de imóvel – Aplicação do artigo 1.040, III, do CPC/15 – Tese firmada pelo C. STJ no julgamento do Resp repetitivo 1.599.511/SP – Comissão de corretagem indevida, havendo valores a serem restituídos – Devolução da SATI, de forma simples – Sentença reformada – APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA”. (TJSP; Apelação 1003940-17.2014.8.26.0114; Relator (a): Dimitrios Zarvos Varellis; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/12/2018; Data de Registro: 18/12/2018)

APELAÇÃO – Ação de Resolução Contratual - Instrumento Particular de Promessa de Venda e Compra de Unidade Autônoma - Ação ajuizada pelo compromissário comprador, requerendo a rescisão do negócio de compra e venda e a devolução de 90% das quantias pagas – Sentença de parcial procedência – Inconformismo da ré - Alegação de que a devolução dos valores pagos deve observar os critérios estabelecidos no contrato entabulado entre as partes – Descabimento – Manifesta abusividade da cláusula contratual resolutiva por acarretar em inexistência de montante a ser restituído – **Retenção de 10% do valor pago que é suficiente para atender a compensação das despesas efetuadas pela ré – Devolução que deve ocorrer de uma só vez** – Inteligência das Súmulas nº 2 e 3 do TJ/SP - Sentença que, todavia, deve ser reformada para estabelecer que os juros de mora incidentes sobre o montante a ser restituído à autora serão contados a partir da data sentença – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 1006218-87.2016.8.26.0609; Relator (a): José Aparício Coelho Prado Neto; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Taboão da Serra - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 10/12/2018).

Dados estatísticos demonstram, por exemplo, que, em 2016, mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais no período⁹.

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 resilição unilateral para extinção do contrato de promessa de venda regulado pela Lei 4.591/1964.

Nesse sentido foi promulgada a Lei 13.786/2018.

A medida atende à boa técnica jurídica? Acreditamos que não. A medida era *necessária*? Na realidade, parece-nos que a medida era desnecessária a considerar os instrumentos já previstos no Código Civil, que autorizam e regulam a extinção contratual. De todo modo, a partir de uma interpretação inadequada dos tribunais, acreditamos ter sido medida salutar. A lei tem um principal objetivo: realinhar a interpretação do contrato de promessa de venda à irretroatibilidade prevista na Lei 4.591/1964.

O que foi alterado, a partir da nova Lei, especificamente a respeito da extinção contratual?

1.1 Direito de arrependimento e irretroatabilidade do contrato

Como dissemos no início deste artigo, desde 2001, o contrato compra e venda de imóveis regidos pela incorporação imobiliária era, segundo o art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964, irretroatável, ou seja, não se admitia que houvesse a extinção imotivada pelas partes.

A partir da Lei 13.786/2018, o adquirente dispõe de uma hipótese legal para extinguir unilateralmente o contrato, sem o pagamento de qualquer multa. Nesses termos,

⁹ <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039>

a Lei cria um direito potestativo (direito de arrependimento) em que o adquirente pode, sem qualquer motivação, arrepender-se da aquisição realizada, desde que o faça a partir de carta registrada. Nessa oportunidade, exercido o direito de arrependimento, o adquirente poderá receber de volta a totalidade dos valores pagos, inclusive a comissão de corretagem paga.

O direito de arrependimento, segundo a nova lei, cabe apenas para “os contratos firmados em estande de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial” (art. 35-A, inciso VIII e art. 67-A, § 10º, da Lei 13.786/2018).

Ultrapassado o prazo de sete dias, a lei é clara (art. 67-A, § 12º) quanto à retomada da regra da irretratabilidade, nos exatos termos do art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964. Assim, nas hipóteses de venda em estande de vendas ou fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial, a Lei cria uma condição resolutiva em favor do adquirente.

Parece salutar tal medida. A compra de imóvel no estande de vendas pode ser realizada sem a necessária reflexão pelo adquirente, principalmente quando se trata da aquisição do primeiro imóvel residencial. O impulso do adquirente muitas vezes é inflamado pelo corretor imobiliário. O prazo de sete dias é louvável porque permite ao adquirente, ao retornar à sua residência, avaliar se de fato as obrigações a que se vinculou poderão ser, efetivamente, cumpridas. Na realidade, pensamos que o direito de arrependimento poderia ser ampliado não apenas para as hipóteses de o contrato ter sido celebrado no estande de vendas ou fora da sede do incorporador. É comum, na compra de imóveis, que o corretor, alegando a urgência na celebração do contrato, dirija-se até a residência do adquirente, muitas vezes exercendo uma pressão ainda maior do que no estande de vendas.

O direito de arrependimento da Lei 13.786/2018 foi influenciado pelo art. 49, do Código de Defesa do Consumidor, que somente autoriza o arrependimento em casos de compra realizada “fora do estabelecimento comercial”. Pensamos que a Lei 13.786/2018 poderia ter aproveitado a oportunidade para conferir sempre, em favor do adquirente vulnerável, a possibilidade de arrependimento. Em nossa opinião, o arrependimento deveria caber apenas para o adquirente que fosse considerado consumidor, nos exatos termos do art. 2º, da Lei 8.078/90. No caso de empresas patrimoniais, por exemplo, não

vemos fundamento para o exercício do direito arrependimento (embora, pela nova Lei, mesmo as empresas adquirentes de imóveis também possam exercer tal direito).

1.2 Distrato

Antes da aprovação da Lei 13.786/2018, o projeto que lhe deu ensejo (PL 1.220/2015) era conhecido como “PL dos Distratos”. O nome não era o mais adequado, porque a ideia era tratar, sobretudo, a questão da resolução dos contratos por inadimplemento do adquirente.

O distrato, como nos ensina Carlos Alberto Bittar¹⁰, é o acordo por meio do qual as partes põem fim à relação contratual. Segundo Pontes de Miranda¹¹, é trato em sentido contrário, ou seja, *contrarius consensus*.

É curioso notar que o art. 67-A da Lei 4.591/1964, no mesmo dispositivo, traz as consequências para o distrato e para a resolução. Segundo o *caput*, seja em caso de distrato, seja resolução por inadimplemento do adquirente, esse “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: I - a integralidade da comissão de corretagem; II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga”. A retenção de valores, poderá alcançar até 50% dos valores pagos quando a incorporação estiver sujeita ao patrimônio de afetação (art. 67-A, § 5º).

Alem disso, segundo o art. 67-A, § 2º, “em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente” pelas “I - quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel; II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores; III - valor correspondente à fruição do imóvel equivalente a cinco décimos por cento sobre o valor atualizado do contrato,

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 163.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, v. 25. § 3.078, p. 281.

pro rata die; IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato”.

Ora, se o distrato é um acordo, qual a razão de as partes se vincularem às bases determinadas na Lei? Não nos parece tecnicamente correto que a lei tenha estabelecido as bases em que as partes ficam sujeitas em caso de acordo. É no mínimo estranho a lei ter disciplinado a consequência jurídica da extinção por resolução (descumprimento) e distrato (acordo), no mesmo dispositivo.

Estamos certos de que, a partir do acordo firmado entre as partes, o incorporador poderia reter, por exemplo, em vez de 25% dos valores pagos, apenas 10%, quando, por exemplo, a extinção do contrato fosse realizada sem grandes prejuízos ao incorporador. Aliás, é justamente isso o que determina o § 13º, do art. 67-A, que autoriza que “poderão as partes, em comum acordo, por meio de instrumento específico de distrato, definir condições diferenciadas das prevista nesta Lei”.

A interpretação correta da lei, evidentemente, é permitir que o incorporador possa firmar distrato em bases mais favoráveis ao adquirente. Vejamos um exemplo.

Adquirente comparece ao estande de vendas, compra imóvel no valor de R\$ 1.000.000,00, oferecendo entrada de R\$ 100.000,00. É ultrapassado o prazo do direito de arrependimento e nada faz. Alguns dias depois (mas já transcorrido o prazo de sete dias), perde o emprego e procura a incorporadora em busca de um acordo. A incorporadora, verificando não haver grandes prejuízos (sobretudo porque há outros interessados no imóvel), pode concordar em devolver, nessa hipótese, 90% do valor pago, ou seja, R\$ 90.000,00, fazendo retenção de apenas R\$ 10.000,00, não obstante a incorporação imobiliária estar submetida ao patrimônio de afetação, o que permitiria à empresa retenção de R\$ 50.000,00. A devolução dos valores, em caso de distrato, também pode ocorrer de forma imediata, não sendo necessário aguardar os prazos estabelecidos nos artigos 67-A, § 4º e 5º. É essa a autorização conferida no § 13º, do art. 67-A.

Mas vamos além. Vamos imaginar o contrário. Adquirente comparece ao estande de vendas, adquire imóvel pelo valor de R\$ 1.000.000,00, oferecendo pequena entrada de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Ultrapassado o prazo de sete dias, ele se arrepende da

compra e procura a empresa para realizar acordo. O adquirente, nessa hipótese, concorda em receber apenas 35% dos valores pagos (e não 50%, porque a incorporação era submetida ao patrimônio de afetação) uma vez que a entrada oferecida foi pouco expressiva. A concordância do consumidor em tais termos está sujeita à devolução imediata dos valores (e não da forma deferida imposta pelo art. 67-A, §§ 5º e 6º), o que é aceito pelo incorporador. Nessa hipótese, com fundamento no § 13º, o distrato poderia futuramente ser anulado por conter cláusula abusiva? Nesse caso em específico, pensamos que não. Todavia, estamos certos que doutrina e jurisprudência passarão a entender que os limites máximos são aqueles impostos na Lei e, portanto, o distrato poderia ser anulado.

Não obstante o quanto previsto no § 13º, fato é que não nos pareceu tecnicamente correto que o art. 67-A tenha disciplinado, no mesmo dispositivo, as consequências jurídicas pelo desfazimento do contrato seja em razão de distrato, seja em razão de resolução contratual.

Da mesma forma, a prefixação dos percentuais estabelecidos na Lei 13.786/2018 retira do juiz a possibilidade de análise do caso concreto. Em algumas hipóteses, portanto, a multa a ser paga pelo adquirente pode parecer exagerada. Em outros casos (sobretudo quando o valor pago pelo adquirente é muito baixo), a retenção de valores pode ser irrisória e o prejuízo da incorporadora pelo descumprimento do adquirente maior do que o valor retido.

1.3 Resolução

A resolução contratual por inadimplemento tem fundamento no art. 475, do Código Civil¹². Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução é um modo de extinção dos contratos decorrentes do exercício de um direito formativo do credor diante do incumprimento do devedor.

¹² “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

A Lei 13.786/2018 estabelece a resolução contratual por culpa do incorporador (art. 43-A) ou por culpa do adquirente (art. 67-A).

O descumprimento contratual do incorporador é verificado, por exemplo, quando a entrega do imóvel ultrapassar 180 dias do prazo estabelecido no contrato, oportunidade em que o adquirente poderá optar por pleitear a resolução do contrato, com a devolução da integralidade dos valores pagos (art. 43-A, § 1º) ou, caso prefira, manter hígido o contrato e por ocasião da entrega da unidade, receber indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente (art. 43-A, § 2º).

Quando o descumprimento contratual é do adquirente, as consequências jurídicas estão previstas no art. 67-A que, como visto, são idênticas àquelas previstas para o distrato amigável. Contudo, diferentemente do distrato, a resolução contratual não requer a concordância do adquirente. Não se trata de acordo entre as partes.

A resolução do contrato, na hipótese do art. 67-A, decorre do inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente. O inadimplemento absoluto do adquirente na promessa de compra e venda sob o regime da incorporação imobiliária requer, nos termos do art. 1º, do Decreto 745/1969¹³, interpelação do comprador por via judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos. Ultrapassados quinze dias desde a interpelação, estará o adquirente em mora absoluta e, portanto, sujeito às determinações do art. 67-A.

É acertada a decisão de perda integral da comissão de corretagem paga pelo adquirente em caso de resolução por culpa exclusivamente sua (art. 67-A, inciso I). Se o corretor cumpriu a sua obrigação (intermediação imobiliária) e recebeu a comissão devida, ela não pode ser devolvida em caso de descumprimento de obrigação pelo

¹³ Art. 1º Nos contratos a que se refere o [art. 22 do Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937](#), ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. ([Redação dada pela Lei 13.097, de 2015](#)).

adquirente. Também não faria sentido que o incorporador tivesse prejuízo em razão do descumprimento do adquirente. A jurisprudência, diga-se, já trilhava esse caminho¹⁴.

Resta saber, ainda, qual a razão de o legislador ter estipulado multa em percentual muito mais elevado em caso de existência de patrimônio de afetação. No regime do patrimônio de afetação, como se sabe, “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” (art. 31-A, da Lei 4.591/1964).

O patrimônio de afetação é, certamente, uma grande proteção ao adquirente¹⁵. De todo modo, qual a razão de a multa ser muito maior quando existe o patrimônio de afetação? Talvez a intenção do legislador tenha sido incentivar o empresário a submeter a incorporação imobiliária ao patrimônio de afetação por meio da multa maior nesse regime. São conjecturas, mas de outro modo, não conseguimos visualizar a justificativa da discrepância da multa quando há o patrimônio de afetação.

1.4 Prazos para devolução dos valores pagos

A Lei 13.786/2018 determina que a devolução dos valores ocorrerá nos seguintes termos:

¹⁴ COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Imóvel – Resolução do contrato por impossibilidade econômica – Frustração do financiamento pretendido pelo autor – Inexistência de provas nos autos a permitir que se impute a qualquer das partes a culpa pelo insucesso do negócio – Pedido de resolução do contrato corretamente acolhido – Efeito "ex tunc" da sentença resolutória – Devida a devolução por ambas as réis de 75% das parcelas do preço pagas – Condenação solidária que se impõe – Restituição das verbas de intermediação que, contudo, não é devida por força da extinção do contrato – **Corretagem atingiu seu escopo, com aproximação útil das partes – Arrependimento/impossibilidade posterior do adquirente que não afasta o direito da intermediadora à percepção da respectiva comissão** – Danos morais inexistentes no caso em tela – Redistribuição da sucumbência – Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação 1013957-22.2015.8.26.0068; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barueri - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2017; Data de Registro: 24/07/2017).

¹⁵ Ver mais em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/entrevista-prof-des-marco-aurelio-bezerra-de-melo-patrimonio-de-afetacao/>

- a) Sendo a incorporação imobiliária submetida ao patrimônio de afetação: a devolução ocorrerá no prazo máximo de 30 dias após a expedição do habite-se (art. 67-A, § 5º);
- b) Não sendo a incorporação imobiliária submetida ao patrimônio de afetação: a devolução ocorrerá após o prazo de 180 dias contado do desfazimento do contrato (art. 67-A, § 6º).

Para ambas as hipóteses, havendo a revenda da unidade antes de transcorrido tais prazos, o valor remanescente e devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda (art. 67-A, § 7º).

Não há dúvidas de que a extinção da relação contratual por resolução (culpa do adquirente) implica prejuízos ao incorporador, uma vez que ele deixará de receber o crédito prometido pelo adquirente. A ausência do crédito prometido e a imediata devolução em razão do descumprimento do adquirente pode trazer riscos à continuidade da obra (sobretudo quando o percentual de adquirentes inadimplentes é elevado).

Nesses termos, é razoável a Lei determinar que o adquirente seja reembolsado somente após prazo que não ponha em risco a continuidade da obra. O prazo de até 180 dias corridos é justificável (para a hipótese de não existir o patrimônio de afetação). É possível imaginar que após a resolução do contrato, em até 180 dias o incorporador encontrará outro pretenso comprador. De todo modo, não sabemos qual a justificativa para que o prazo seja tão mais elástico para a hipótese de a incorporação estar sujeita ao patrimônio de afetação (somente quando finalizada a obra e obtido o habite-se – art. 67-A, § 5º).

Nessa hipótese, se o adquirente comprar o imóvel antes do início das obras, poderá ter de aguardar o reembolso dos valores até o término das obras, que normalmente ocorre em 36 meses (ou aproximadamente 1.080 dias).

Destaque-se que, para ambas as hipóteses, os valores a serem restituídos serão, sempre, atualizados pelo índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas estabelecida no preço do imóvel.

A crítica à Lei a respeito do prazo de reembolso é que o art. 67-A, como já exposto anteriormente, consigna no mesmo dispositivo as consequências para a hipótese de distrato (acordo) e resolução (descumprimento). Nesses termos, o prazo para reembolso em caso de distrato e resolução, seria o mesmo. Trata-se, evidentemente, de um contrassenso.

Esse contrassenso, contudo, como já referido anteriormente, é minorado pelo disposto no art. 67-A, § 13º, que autoriza às partes, em comum acordo, definir condições diferenciadas ao distrato. Se há benefícios ao adquirente, a Lei não pode proibir tal consenso.

2) Questões controvertidas e que aguardam posicionamento da doutrina e jurisprudência

2.1 Aplicação do art. 413 do Código Civil e redução dos percentuais de retenção.

Acreditamos que a Lei 13.786/2018 não resolverá todos os conflitos referentes à extinção dos contratos decorrentes da Lei 4.591/1964. Ademais, erros técnicos já foram observados por autores renomados, dentre eles Otávio Luiz Rodrigues Júnior¹⁶ que, referindo-se à Lei 13.786/2018, afirmou que “em assassinio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo”. Ao final, asseverou que “haverá choro e ranger de dentes para se explicar esse assunto em sala de aula”.

Outra crítica à Lei (em especial à possibilidade de a lei autorizar a retenção de até 50% dos valores pagos para a hipótese de a incorporação estar submetida ao patrimônio de afetação) foi exposta por Flávio Tartuce e Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁷. Segundo

¹⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em 11 jan. 2019.

¹⁷ TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador na Lei 13.786/2018*. 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 11 jan. 2019.

os autores, 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”.

Em razão de tais críticas, resta saber se, eventualmente, o Poder Judiciário poderá ou não aplicar a regra geral do art. 413, do Código Civil, permitindo a redução dos limites e percentuais estabelecidos na Lei.

Por primeiro, é necessário que o leitor atente que nem todos os contratos referidos na Lei 4.591/1964 necessariamente devem prever retenções nos percentuais de 25% ou 50%. A lei é clara ao dizer que, em caso de descumprimento contratual do adquirente, a pena pode ser estabelecida “até o limite de [...]” (§ 5º) ou “não exceder a [...]” (§ 2º). Assim, fica o incorporador livre para estipular, no contrato, o percentual que entender razoável, limitado aos limites impostos pela lei.

Nesses termos, imaginando-se que o incorporador estabeleceu os limites máximos (mas admitidos e permitidos pela Lei), poderia o julgador reduzir a pena imposta ao adquirente?

A questão não é simples. O art. 413, do Código Civil, determina que “a penalidade deve ser reduzida eqüitativamente 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”.

É fácil imaginar a aplicação do artigo 413, do Código Civil, quando a cláusula penal é estabelecida em patamares manifestamente excessivos e contrários aos ditames da boa-fé. Ocorre que, nos termos da Lei 13.786/2015, é o próprio legislador quem estipula os limites de 25% (art. 67-A, inciso II) a 50% (art. 67-A, § 5º). A considerar que foi a própria Lei que impôs tais patamares, a regra do art. 413, do Código Civil, poderia ser aplicada? Isso significaria que o Poder Judiciário estaria reduzindo patamares permitidos pelo Poder Legislativo?

Em princípio, se o incorporador estabeleceu a pena nos limites autorizados pela Lei, o art. 413 não poderia ser aplicado, uma vez que não se verifica penalidade “manifestamente excessiva”, mas, em verdade, em base admitidas por Lei Federal.

Contudo, sabemos que o art. 413 é considerado norma de ordem pública¹⁸ e, nesses termos, não nos surpreenderá se em casos extremos o Poder Judiciário reduzir o percentual fixado pela Lei. É o que já defendem, por exemplo, Flávio Tartuce e Marco Aurélio Bezerra de Melo¹⁹.

O tema é complexo e merece maior desenvolvimento pela doutrina, antes que a jurisprudência adote um rumo não desejável.

2.2 Aplicação da lei aos contratos firmados antes da lei.

Outra divergência é saber se os *efeitos* da extinção contratual decorrentes da Lei 13.786/2018 poderão ser aplicados aos contratos firmados antes da vigência da lei.

Inicialmente, o leitor pode lembrar que, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No mesmo sentido, o art. 6º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942) determina que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

¹⁸ Referindo-se aos contratos em geral, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald defendem que a redução determinada no art. 413 é norma de ordem pública, não se permitindo a derrogação por convenção particular (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 536). Esse entendimento também é partilhado por Silvio Venosa (VENOSA, Silvio de Salvo de. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 175), Paulo Luiz Netto Lôbo (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 310) e Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. v. 3. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 398), autor este que também assevera a ordem pública do dispositivo, sustentando que por guardar relação direta com o princípio da função social do contrato, deve sempre prevalecer, notadamente quando a multa for exagerada ou traduzir onerosidade excessiva à parte.

¹⁹ TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador na Lei 13.786/2018*. 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 11 jan. 2019.

O conceito de ato jurídico perfeito é asseverado no §1º, do art. 6º, do mesmo Decreto-lei, ou seja, “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Segundo Maria Helena Diniz²⁰, o ato jurídico perfeito “é o que já se tornou apto para produzir os seus efeitos”. Ainda segundo a autora, “se o contrato estiver em curso de formação, por ocasião da entrada em vigor da nova lei, esta se lhe aplicará na fase pré-contratual, por ter efeito imediato”. No exato e mesmo sentido é a doutrina de Carlos Maximiliano²¹, para quem “não se confundem contratos em curso e contratos em curso de constituição; só estes a norma hodierna alcança, não aqueles, pois são atos jurídicos perfeitos”.

Assim, em princípio, com fundamento na proteção do ato jurídico perfeito, a nova lei não poderia alcançar os contratos celebrados e eficazes antes da vigência da Lei 13.786/2018²².

Essa mesma conclusão também poderia ser aplicada em razão do necessário respeito ao direito adquirido. O direito adquirido, novamente segundo Maria Helena Diniz²³, “é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem a lei nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato”. O exemplo dado pela autora, diga-se, parece ter sido pensado na Lei 13.786/2018. Segundo a autora, “se ‘A’ vier a comprar um apartamento de conformidade com as condições e formalidades impostas pela Lei ‘X’, a edição da norma ‘Y’, modificando aqueles requisitos, não terá eficácia sobre o direito adquirido anteriormente”.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 191.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1946.

²² Esse entendimento também parece ser o adotado nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 493, cujo relator foi o Min. Moreira Alves (julgada em 25 de junho de 1992) e, mais recentemente, no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 393.021-4, cujo relator foi o Min. Celso de Mello (julgado em 25 de novembro de 2003).

²³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 193.

Mas a questão não é tão simples. O direito intertemporal e as regras do art. 6º da Lei impõem estudo dos autores clássicos, dentre eles Gabba, Roubier e outros²⁴. Como bem demonstrado por Mário Luiz Delgado, “a proibição à retroatividade das leis civis tem sido abrandada pela jurisprudência em diversas situações”²⁵. Ainda segundo o autor, “a retroatividade (e eficácia imediata) da lei posterior será sempre possível, ainda que em caráter excepcional, e depois de submetida à técnica de ponderação, quando se puder concluir que é a aplicação retroativa que melhor concretizará o valor justiça”²⁶.

A questão pode ser ainda mais tormentosa ao analisarmos o disposto no art. 2.035, do Código Civil. O dispositivo, diga-se, não foi pensado na Lei 13.786/2018, mas, sim, como bem observado por Fábio Azevedo²⁷, na questão da transição entre o CC/1916 e o CC/2002. De todo modo, o art. 2.035 dispõe:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, **mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução**”.

Como se vê, os efeitos do Código Civil de 2002 podem atingir negócio jurídico firmado quando da vigência do Código Civil de 1916. Segundo Pontes de Miranda²⁸, a resolução e o distrato atingem a *eficácia* do contrato. Essa mesma conclusão é asseverada por Antônio Junqueira de Azevedo²⁹.

²⁴ Confira-se mais no livro do Prof. Mário Delgado (DELGADO, Mário. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro: da retroatividade das leis civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

²⁵ DELGADO, Mário. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro: da retroatividade das leis civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 427.

²⁶ DELGADO, Mário. *Novo Direito Intertemporal Brasileiro: da retroatividade das leis civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 430.

²⁷ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Mora e extinção dos contratos: limites intertemporais da Lei 13.786/18*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/fabio-azevedo-limites-intertemporais-lei-1378618>. Acesso em 14 de janeiro de 2019.

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Tomo XXV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. A afirmação de que o distrato encontra-se no plano da eficácia é justificada no § 3.078, p. 281. Já a afirmação de que a resolução se encontra no plano da eficácia é justificada no § 3.091, p. 332.

²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60/61.

Nesses termos, fôssemos aplicar o art. 2.035 do Código Civil à questão aqui debatida, e a considerar que o distrato e a resolução contratual atingem o plano da eficácia, poderíamos dizer que a Lei 13.786/2018 tem aplicação imediata no tocante à extinção contratual? A questão não é complexa, mas complexíssima.

Ruy Rosado de Aguiar³⁰, por exemplo, em sua brilhante obra sobre a extinção dos contratos por incumprimento do devedor, defende que “a resolução não se rege pelo princípio geral único de aplicação da lei vigente ao tempo de formação do contrato, mas se dá do modo mais flexível, a fim de atender às suas particularidades”. Segundo o Autor, “a incidência do novo diploma se explica por se tratar de resolução legal, objeto de regulação legislativa com características de ordem pública, cuja alteração alcança os contratos de execução continuada ou diferida”³¹.

Questão muito próxima foi analisada por Mário Luiz Delgado em brilhante parecer³². Delgado analisou se a Lei 13.465/2017 teria aplicação imediata a todos os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, regidos pela Lei 9.514/1997, ainda que pactuados antes da edição da Lei 13.465/2017. Segundo as conclusões de Mário Delgado, a Lei 13.465/2017 teria aplicação imediata, mesmo aos contratos firmados anteriores à referida lei. Dentre seus argumentos, sustentou o Prof. Delgado:

“[...] o brocado *tempus regit actum*, um dos postulados do direito intertemporal obrigacional, não é absoluto, nem pode atingir todo e qualquer efeito de uma relação obrigacional pretérita, mas apenas os efeitos próprios, decorrentes diretamente do conteúdo da obrigação e da sua execução, abstraindo-se do brocado todos os chamados efeitos impróprios ou indiretos, decorrentes da falta de execução da obrigação ou provenientes de causas extrínsecas ao vínculo, verificadas em data posterior à formação do contrato. **Os doutrinadores de escol nessa matéria, e também os mais citados na jurisprudência brasileira, são unâimes em afirmar que a constituição em mora obedecerá, em**

³⁰ AGUIAR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 50/51.

³¹ Esse também parece ser o quanto defende Nancy Andrichi, em artigo publicado em 2003. Segundo a jurista, “A Lei de Introdução ao Código Civil adotou o critério de Roubier ao estabelecer que a lei em vigor terá efeito imediato geral atingindo os fatos futuros, sem abranger os fatos pretéritos. Assim, **os contratos em curso, como os de execução continuada, apanhados por uma lei nova, são reféns da lei sob cuja vigência foram estabelecidos, ficando à sua mercê**”. NANCY ANDRIGHI, Fátima. *Aplicação do Novo Código Civil: Direito Intertemporal*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9057-9056-1-PB.pdf>. Acesso em 12 jan. 2019.

³² Versão reduzida do parecer pode ser extraída em DELGADO, Mario Luiz. A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bem imóvel. Uma questão de direito intertemporal. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 41, nº 83. São Paulo: Revista dos Tribunais.

parte, à lei vigente ao tempo da obrigação e, em parte, à lei vigente ao tempo da constituição em mora. A lei do tempo em que a obrigação foi contraída regulará os aspectos materiais da mora, enquanto as formalidades e procedimentos serão regidos pela lei vigente ao tempo da inexecução da obrigação. Por isso, em havendo mora, regula-se a purgação pela lei do tempo da mora, e não pela lei da época do contrato, porque diz respeito ao modo de executar o convencionado, não constituindo um efeito direto da estipulação primitiva. Nesse sentido trouxemos os escólios doutrinários de CAMPOS BATALHA, CARLOS MAXIMILIANO, SERPA LOPES, ROUBIER E GABBA”.

Fábio de Azevedo³³, por sua vez, asseverou que “se o contrato de promessa de compra e venda ou cessão prevê um percentual a título de cláusula penal, pouco importando se inferior ou superior ao fixado pelo art. 67-A, tal estipulação estará constitucionalmente imune à aplicação da nova lei”.

Em conversas via aplicativo, o Prof. José Fernando Simão³⁴ afirmou que “não se pode negar a eficácia à lei nova se a resolução se deu sob a sua égide”. Assim, para Simão, se o inadimplemento contratual e o ato resolutivo ocorrem enquanto vigente a nova Lei, aplicam-se os efeitos e consequências da Lei 13.786/2018, porque *tempus regit actum*.

A primeira decisão judicial a que se teve conhecimento, oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo³⁵, determinou a aplicação imediata da Lei 13.786/2018, mesmo em contrato firmado antes da sua vigência. Segundo o magistrado,

[...] 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). Desse modo, **embora a lei não alcance a data da assinatura do contrato, a rescisão ou mais tecnicamente, a resilição contratual é efeito pendente, por isso alcançando assim a presente lide.**

³³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Mora e extinção dos contratos: limites intertemporais da Lei 13.786/18*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/fabio-azevedo-limites-intertemporais-lei-1378618>. Acesso em 14 de jan. 2019.

³⁴ Em conversa informal via whatsapp.

³⁵ Processo nº 1070803-55.2018.8.26.0100, Tribunal de Justiça de São Paulo, Juiz Senivaldo dos Reis Junior, j. 10 de janeiro de 2019.

Essa foi apenas a primeira decisão e acreditamos que a determinação da aplicação da Lei 13.786/2018 no tempo está longe de ser pacificada. Aguardemos.

CONCLUSÃO

A iniciativa da Lei 13.786/2018, inegavelmente, foi do empresariado da construção civil, sobretudo em razão da jurisprudência que passou a permitir, de forma irrefletida, a resilição unilateral e imotivada da promessa de venda e compra sob o regime da Lei de Incorporação Imobiliária, em completa afronta ao art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964.

Em razão de a iniciativa ter sido do empresariado, boa parte da doutrina, ainda enquanto tramitava o Projeto de Lei 1.220/2015, passou a criticar a medida, como extremamente protetiva aos incorporadores e contrário aos interesses dos consumidores. Não pensamos dessa maneira.

O principal objetivo da Lei 13.786/2018 foi reafirmar que os contratos devem ser cumpridos (não obstante agora a lei ter conferido direito de arrependimento aos adquirentes em algumas hipóteses). Não há como nenhuma atividade empresarial prosseguir sem a necessária segurança jurídica. Reafirmar que os pactos devem ser cumpridos e trazer as consequências para o descumprimento contratual, em nossa opinião, é medida positiva.

Contudo, de fato, a Lei não observou o rigor técnico em algumas questões, conforme asseveramos neste artigo. Outro exemplo de falta de técnica jurídica da Lei 13.786/2018 (e que não é objeto do presente artigo) foi a opção de afirmar que a ausência do quadro-resumo seria hipótese de “rescisão” por “justa causa” (art. 35-A, § 1º). O termo rescisão foi praticamente abolido do Código Civil e, desde a década de 1950, é criticado pela doutrina³⁶. A opção do legislador deixou a dúvida se a ausência do quadro-resumo seria hipótese de nulidade/anulabilidade do contrato ou autorizaria a resolução por

³⁶ O emprego do termo *rescisão* para a hipótese de inadimplemento (e não resolução) foi criticado por Pontes de Miranda como “erro crasso” do legislador (MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, v. 38. § 4.248, p. 337. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962).

ausência do dever de informação do fornecedor. Aparentemente deve prevalecer a segunda opção.

Além da falta de técnica da Lei em diversos aspectos, chamou a atenção de órgãos de defesa do consumidor (i) a possibilidade de a Lei conferir a permissão de o incorporador entregar a obra para além do prazo fixado no contrato e (ii) os percentuais da pena na hipótese de resolução por culpa do adquirente que, para muitos, são elevados e desmedidos (sobretudo quando a incorporação está submetida ao patrimônio de afetação).

Nesses termos, a considerar a falta de técnica da Lei em alguns aspectos e algumas disposições que poderiam ferir direitos dos consumidores, a Lei 13.786/2018 já nasce sob duras críticas e algumas incertezas³⁷.

Estamos ansiosos para saber o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito dos temas aqui debatidos. De todo modo, esperamos que a Lei 13.786/2018 possa ser um importante instrumento para o desenvolvimento do mercado imobiliário, possibilitando que milhares de brasileiros finalmente possam concretizar o sonho da casa própria.

Ao final deste artigo, agradeço imensamente à leitura atenta, correção e sugestões de melhoria dos meus amigos Melhim Namem Chalhub, Carlos Elias de Oliveira e Pablo Malheiros.

³⁷ A lei foi duramente criticada, por exemplo, por 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%”. SOUZA, Heitor José Fidelis Almeida de. *Direito Imobiliário: bastidores da formulação e promulgação da Lei nº 13.786/2018*. 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 14.01.2018.