



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

Direito do Consumidor Brasileiro
Influência das Normas Pertinentes ao Direito do Consumidor Sobre a
Relação Imobiliária de Compra e Venda de Imóvel

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: António Prudente de Almeida Neto

Orientador: Professor Doutor António Pedro de Azevedo Ferreira

Número do candidato: 20150235

Junho de 2019

Lisboa

RESUMO

Ante a vulnerabilidade e hipossuficiência de determinadas categorias, o Direito almeja regular as condutas no fito de atribuir um equilíbrio às relações desiguais. Nesse sentido foi criado o Código de Defesa do Consumidor, que visa resguardar as relações de consumo, conferindo algumas garantias aos consumidores. Ao longo deste trabalho, busca-se explicitar a relação entre os institutos do direito do consumidor, tomando por base algumas hipóteses de desfazimento do contrato na relação imobiliária, notadamente no que tange à Lei 13.786 de 2018, que trata do percentual de retenção e restituição dos valores quando o adquirente não pretende mais prosseguir com o contrato. Justifica-se a importância deste estudo diante da premente necessidade quanto ao desconhecimento, principalmente por parte dos consumidores, dos direitos e deveres pertinentes aos contratos firmados. Utilizou-se para tanto o método indutivo em pesquisa documental indireta por fontes secundária, bem como de pesquisa doutrinária.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor brasileiro; Princípios; Evolução; Direitos Fundamentais; Relação imobiliária.

ABSTRACT

In the face of vulnerability and the economic lack of sufficiency of some categories, the Law wishes to control the behaviors with the goal to establish a balance in the unequal relations. In these terms, it was set up the Consumer Protection Code, that has the purpose of protecting the consumers' relations, giving them some guarantees. Throughout this scientific report, we intend to explain and clarify the relationship between the institutes of consumer law, based on some hypotheses of a breakdown of the contract in the real estate relation, notably with regard to Law 1378 of 2018, which deals with the percentage of retention and restitution of the amounts when the acquirer no longer intends to proceed with the contract. This scientific report is justified because of the lack of knowledge in this Law area, especially among the consumers. It was used the inductive method for indirect documentary research from secondary sources, as well as doctrinal research.

Keywords: Brazilian Consumer Protection Code; Principles; Evolution; Fundamental rights; Real estate relation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR	7
2. PRINCÍPIOS E DEFINIÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	22
2.1 PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	22
2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	34
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÃO IMOBILIÁRIA	44
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.2 MOTIVAÇÃO LEGISLATIVA.....	51
3.3 ENQUADRAMENTO DA NOVA LEGISLAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO.....	63
3.4 LACUNAS QUE A LEI 13.786/2018 PRETENDEU COLMATAR.....	70
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

Nos primórdios da sociedade, assim como dos conflitos que dela se originaram, surgiram formas de composição e solução de conflitos que iam da autotutela e da vingança privada à heterocomposição, na qual havia um terceiro mediando e propondo a solução mais adequada ao caso em questão.

Como parte integrante de uma das formas alternativas de composição de litígios, o Direito surge na qualidade de ferramenta imprescindível às soluções das querelas. Com a finalidade de normatizar o conteúdo do Direito que será aplicado nas relações sociais, temos as regras e os princípios como normas para nortear as ações dos indivíduos.

Atualmente, como pressuposto de composição de relações sociais, reguladas pelo Direito, estão o mercado, a comunidade e o Estado, com o fim precípua de garantir a prevalência do respeito à dignidade das partes que compõem a relação, no entanto, na maioria das relações, um dos componentes mais importantes, é que está inerente relações mercadológicas, baseadas em princípios de economia.

O que se pretende analisar neste trabalho é como essas relações são resguardadas pelo direito do consumidor quando estes, estão infinitamente relacionadas com o direito imobiliário, a partir da análise fundamentada em cada uma dessas áreas de direito e posteriormente a evolução até a aplicação do direito do consumidor como garantia dos direitos fundamentais nas relações imobiliárias, prioritariamente ao que se destina ao desfazimento de compra e venda.

De tal forma que no primeiro capítulo serão analisadas considerações históricas que originaram o direito consumerista, assim como a forma como ocorreram a transformação de alguns conceitos e definições, aplicação de princípios nos quais são fundadas as bases da relação de consumo e a relevância da matéria direito do consumidor se tornar um ramo autônomo do direito.

Já no segundo capítulo estudaremos alguns aspectos da conceituação dos termos na relação de consumo, além dos princípios que regem as tratativas entre consumidor e fornecedor, tipificadas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

No terceiro e último capítulo, trataremos acerca dos direitos fundamentais, definição que engloba os direitos do consumidor, bem como algumas hipóteses que tocam o

desfazimento de contrato de compra e venda na relação imobiliária, principalmente analisando aspectos relacionados à Lei nº 13.786 de 2018 que trouxe relevante disciplina no que tange ao desfazimento do contrato por parte do adquirente. Utiliza-se neste trabalho, pesquisa meramente documental secundária com substrato na doutrina, de acordo com o método indutivo.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Levando-se em consideração o assunto que será abordado no presente relatório, qual seja pertinente ao Direito do Consumidor, mais precisamente acerca da influência, ou não, das normas pertinentes às relações de consumo no ramo do Direito Imobiliário, consideramos imprescindível o entendimento ou algum estudo prévio antes de adentrarmos ao mérito em si do trabalho.

Nesse sentido, optamos por trazer à baila uma sucinta digressão sobre determinados conhecimentos que serão a seguir delineados, com o escopo de facilitar a compreensão de forma sistemática do conteúdo explanado.

Consoante lecionam renomados doutrinadores, em especial Machado Segundo, está intrínseco, ou seja, constitui a essência do ser humano o convívio entre pessoas com interesses comuns, tal como ter a liberdade de poder escolher de forma autônoma seus caminhos e, ainda, modificar suas opções a seu critério e no momento que entender oportuno¹.

Como consequência natural dessa convivência, aparentemente liberal, e troca de experiências, podem surgir divergências, bem como o que era no início interesse comum, evoluir para diferenças acirradas. Considerando que os litígios, isto é, que as pretensões resistidas devam ser contornados da melhor forma, de modo menos prejudicial aos envolvidos, emerge a necessidade de amenizar as causas e os efeitos.

Com o escopo de pacificação social, almejando reduzir as consequências daninhas aos litígios, foram criadas formas de solução de conflitos, classificadas como autotutela, autocomposição e heterocomposição². De algum modo há consenso no sentido de afirmar que o convívio entre seres que aparentam interesses semelhantes, em que pese a possibilidade de

¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito - **Direito Tributário e Financeiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.

² ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

antagonismo em virtude da sociabilidade insociável³, não deixa de ser inerente ao ser humano a busca pela manutenção da vida e da liberdade.

A autotutela, modo de desenlace de conflitos surgido primeiramente, caracterizando-se como solução do litígio por uso da força, de modo direto e sem interferência de terceiros. Aos poucos, com a constante evolução das relações sociais, a autotutela foi cedendo espaço para a autocomposição, ao passo que esta confere aos litigantes a possibilidade de encontrarem um desfecho sem a utilização primitiva da força, com o intermédio de uma terceira pessoa, que pode vir a ser eleita pelas partes envolvidas no conflito, devendo ser alguém, de preferência, que não possua interesse no ganho de nenhuma das partes⁴.

Na lição de Fiúza⁵, “a autocomposição é a forma de solução de disputas, em que as partes, por si mesmas, põem fim às suas pendências, não há, na autocomposição, como sugere o próprio nome, a intervenção de um terceiro mediador, mas sim a resolução da lide pelas partes que a compõem. por meio de discussões e debates”.

É importante ressaltar a diferença entre a intervenção anterior apresentada, de um terceiro desinteressado na autocomposição, daquela da Hetercomposição, pois não há a intervenção de um terceiro mediador, mas as partes, compõem amigavelmente, escolhendo um terceiro para facilitar o debate e a solução do conflito, surgindo assim a figura da transação como submissão ou renúncia.

Já na heterocomposição existe intervenção jurisdicional do Estado, que pode se materializar frente a um juiz togado, ou árbitro que, embora seja terceiro particular equidistante entre as partes, conta com o amparo legal, inclusive na aplicação de sanções.

Dentre as formas conhecidas de heterocomposição, temos em duas espécies tanto a Estatal com a intervenção jurisdicional e a paraestatal com meios alternativos como a arbitragem, a mediação e a conciliação, para tentar pôr termo à lide.

A transformação da sociedade, tornando-a mais complexa nas relações havidas, bem como da premente e inevitável melhor gerência da convivência humana, nasceu o Direito, podendo ser conceituado, inicialmente, da forma de um sistema cultural da população, sendo consolidado, posteriormente, por meio de normas de conduta. Tais normas possuem como fto

³ KANT, Immanuel - **Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher**. Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita. **Lusosofia** [Em linha]. [Consult. 08 Abr. 2017] Disponível em http://www.lusosofia.net/textos/kant_ideia_de_uma_historia_universal.pdf.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 26.

⁵ FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

a regência de como os atos devem ocorrer, para que exista segurança nas relações e soluções dos conflitos porventura existentes.⁶ A fim de garantir o cumprimento dessas obrigações normatizadas, bem como punir aqueles que descumpriram e pacificar a sociedade, nasce o Estado e a tripartição de poderes, ou funções, dentre elas a jurisdição.

Para melhor atendermos ao escopo acerca da compreensão do Direito, imprescindível notarmos a sua relação com o Estado. Nesse sentido, podemos citar o entendimento de Wolkmer:

O Estado configura-se como uma organização de caráter político que visa não só a manutenção e coesão, mas a regulamentação da força em uma formação social determinada. Esta força está alicerçada, por sua vez, em uma ordem coercitiva, tipificada pela incidência jurídica. O Estado legitima seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.⁷

Nesse contexto, podemos compreender que “o *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”⁸.

Conforme já escrevemos⁹, temos que a a jurisdição é uma forma de solução de conflitos classificada como heterocomposição, na qual há interferência de terceiros, não escolhido pelas partes, na busca de chegar a um entendimento. É, também, uma das funções desempenhadas pelo Estado, em decorrência da tripartição de poderes, e possui finalidade de aplicar o direito ao caso concreto, almejando, dessa forma, solucionar a pretensão resistida levada ao seu conhecimento¹⁰.

Assim sendo, em relação à definição de norma, inevitável trazermos a abordagem do doutrinador Barros Carvalho, ao passo que este leciona que “normas são o mínimo deontico prescriptor de condutas”.¹¹ Noutro giro verbal, norma disciplina, muitas vezes, algo que não aconteceu, mas, caso ocorra, deve ser regido daquela forma, o conhecido dever-ser, já que a norma descreve, em abstrato, ou seja, de modo genérico, as condutas sociais que se tornaram relevantes e que foram valoradas pela sociedade. Urge destacar que as normas são compostas

⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito – **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 7.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos - **Ideologia, Estado e Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

⁸ MALUF, Sahid - **Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.1.

⁹ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel – *Op. Cit.* p. 30.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros - **Curso de direito Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 8.

em seu conteúdo de normas-regra e normas-princípio, seguindo a linha de pensamento pós-positivista¹².

Miguel Reale disciplina que o Direito é um “dever-ser”, isto é, o universo legal das normas positivadas apenas disciplina como devem ser as condutas sociais e não como elas realmente são. Destarte, segundo Reale, dado um fato social, este sendo dotado de valor pela sociedade, ou seja, sendo-lhe conferida a relevância social, tem-se que há a prescrição daquela conduta. Já na hipótese de não ocorrer a conduta descrita na norma, isto é, o descumprimento dela, tem-se a sanção, que é a punição pelo não cumprimento às exigências legais¹³.

Ao abordarmos o tema que envolve direitos de natureza consumerista, os quais estão inseridos dentre os Direitos Fundamentais¹⁴, em que pese a própria expressão utilizada já antecipe que são direitos essenciais, não prescinde que façamos um esclarecimento do conceito e fixação da abrangência da definição “direitos fundamentais”, abordados mais adiante nesse estudo.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais podem ser apontados como o “resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos” retratando íntima relação com a própria dignidade¹⁵.

Cibele Gralha Mateus afirma que ao se elevar determinado direito ao status de direito fundamental, reconhece-se que foi consagrado expressamente por ser considerado fundamental para a ordem jurídica¹⁶.

Veja que a fundamentalidade do direito do consumidor é inequívoca uma vez que decorre do vínculo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção do consumidor, na medida que busca, a fim de realizar uma necessidade humana básica, a necessidade de consumir.

¹² BELCHIOR, Germana Parente Neiva - **Hermenêutica e Meio Ambiente**. Uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental Para A Efetivação Do Estado De Direito Ambiental. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2009. 257 f. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 21.

¹³ REALE, Miguel - **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

¹⁴ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Título II – Dos direitos e garantias fundamentais - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - **Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição**. Consultor Jurídico [Em linha]. (out.2018). [Consult. 30 Nov. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>.

¹⁶ MATEUS, Cibele Gadelha- **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. 25 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4307/1/395857.pdf>.

A diferenciação entre normas-regra e normas-princípio, conforme aborda com brilhantismo Belchior, em consonância com o que já escrevemos¹⁷, foi consagrada por Ronald Dworkin em sua crítica ao modelo positivista, sendo complementada e aprofundada por Robert Alexy, que propôs uma teoria mista de direitos fundamentais¹⁸.

Com o escopo de aumentar a segurança jurídica, as regras são expressas em rol exaustivo¹⁹ e podem ser consideradas como sendo proposições normativas que contêm relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas, normas associadas a comandos de alta densidade semântica, aplicáveis a hipóteses definidas, sob a forma de “tudo ou nada”²⁰.

Nessa acepção, relevante instruir que, em caso de conflitos de regras, sua forma de colmatação, ou preenchimento de lacuna, é de afastar totalmente uma regra e aplicar outra que, no caso concreto, é entendida como mais adequada. Daí vem o que intitula Dworkin de “tudo ou nada” (*all or nothing*), já que ou uma regra é aplicada, ou é excluída.²¹

Tais antinomias podem surgir em decorrência de normas tratarem do mesmo assunto, sendo solucionado de acordo com a hierarquia, cronologia ou especialidade.

Belchior, a esse respeito, leciona, como já afirmamos²²:

como forma de solucionar o clássico conflito entre regras, já presente desde o positivismo jurídico (já que naquele modelo só existiam as normas-regra), o ordenamento jurídico se utiliza de três critérios tradicionais – logicamente nessa ordem – para resolver as antinomias: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*) –, o cronológico – ao assegurar que a lei posterior deve prevalecer sobre a anterior (*lex posteriori derogat legi priori*) – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).²³

A regra apenas prevê um comando que, caso se concretize, deve incidir de modo a gerar o efeito previsto, sendo aplicada estando presentes todos os pressupostos fáticos. Podemos

¹⁷ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 99.

¹⁹ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 100.

²⁰ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 98.

²¹ FARIA, Renato Luiz Miyasato de - **Entendendo os princípios através de Ronald Dworkin**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2460 (Mar.2010). [Consult. 10 Out. 2017]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/14581>.

²² ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

²³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 101.

ilustrar a hipótese de aposentadoria compulsória que incide quando o servidor atinge 70 anos²⁴.

Já escrevemos²⁵ que, no que tange à aplicação das regras, Belchior ensina que a aplicação de uma regra se resolve na modalidade do tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Segundo Silva, “caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras – dever-ser definitivo – cairia por terra”. Notadamente havendo conflito entre duas regras, aplicam-se os mandamentos de validade, de onde apenas uma irá prevalecer. O próprio vocábulo conflito já dá a entender um choque, sendo impossível que duas regras coexistam. Somente uma será válida.²⁶

Da mesma forma que já afirmamos²⁷, os princípios, que alcançaram sua normatividade no período pós-positivista²⁸, são valores éticos e morais abrigados no ordenamento jurídico. Segundo Luis Roberto Barroso, os princípios espelham a ideologia da sociedade, o que ela almeja alcançar, seus postulados basilares e seus objetivos, indicando um caminho a ser seguido, tendo sido positivados a fim de garantir-lhes mais segurança jurídica²⁹.

Importante salientar que, para serem considerados válidos, é prescindível que os princípios estejam positivados. Assim, os princípios trazidos na ordem jurídica não são insculpidos em *numerus clausus*, ou exaustivos, podendo o aplicador da lei, conforme o caso concreto, valer-se de outros princípios não escritos de forma expressa³⁰.

Destarte, podemos trazer, uma vez mais³¹, os ensinamentos de Belchior para lecionar que os princípios não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica para ter validade. Não há como o rol dos princípios ser taxativo, na medida em que eles sinalizam os valores e os anseios da sociedade, que estão em constante transformação. Por conseguinte, limitá-los à ordem jurídica positiva é impossível, pois não se tem como engessar a sociedade.

²⁴ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 100.

²⁷ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

²⁸ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 21.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio - **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

³⁰ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

³¹ *Ibid.*

Os princípios nascem de um movimento jurídico de indução, ou seja, do individual para o geral, emanando a justiça. A doutrina e, em especial, a jurisprudência realizam referido processo de abstração na teorização e aplicação do Direito.

Destarte, nota-se, por evidente, que, conforme já afirmamos³², neste momento, eles já são normas jurídicas, condensando valores e orientando o intérprete, vez que o Direito não é só a lei, como queria o positivismo jurídico. Com a sua reiterada aplicação e permanência no seio social, o legislador, a fim de lhe garantir também segurança jurídica, ampara-o em uma lei, ou na própria Constituição, por meio de um raciocínio jurídico por dedução³³.

Em decorrência do papel que desempenham, não há falar-se, no que tange aos princípios, em conflito³⁴, mas em colisão, sendo sua solução dada por meio da ponderação de valores, com base na importância de cada um dos princípios. Assim, afasta-se um princípio, de forma momentânea e procurando preservar o máximo de seu valor, para a aplicação do outro³⁵.

Na difícil tarefa de sopesar os princípios fundamentais que entram em colisão temos que fazer uso do princípio da proporcionalidade, analisando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, com o fito de evitar demasiado prejuízo quando do afastamento, ainda que temporário, de determinado princípio essencial, para a aplicação de outro que melhor de adequou ao caso concreto³⁶.

A adequação se traduz no sentido de saber se o princípio possui aptidão a alcançar o resultado pretendido. A necessidade objetiva comparar se há algum outro princípio que limite ou não a aplicação. Já a proporcionalidade em sentido estrito visa ponderar o grau de cumprimento do princípio ao objetivo almejado, bem como comprovar sua importância e se a aplicação do princípio fundamental e o afastamento de outro justifica o prejuízo causado³⁷.

³² *Ibid.*

³³ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 97.

³⁴ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 102.

³⁵ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

³⁶ SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de - **Colisão de princípios fundamentais e proporcionalidade em Alexy**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 20, nº 4205 (Jan.2018). [Consult. 18 Ago. 2017]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35256>.

³⁷ SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de - *Op. Cit.*

Logo, nos parâmetros já lecionados³⁸, temos que as regras podem ser definidas em seus objetivos para “estabelecer a conduta adequada para hipóteses específicas, perfeitamente caracterizadas, sob a forma de tudo ou nada”³⁹, enquanto que os princípios possuem diversas finalidades, dentre elas pode-se enfatizar a função estruturante, que oferece unidade e harmonia ao sistema jurídico, associando suas diferentes partes. Mais uma importante e notável lição dos princípios é a de condicionar a atividade do intérprete, agindo como diretriz do sistema jurídico⁴⁰.

Urge salientar que a divisão do Direito em ramos é realizada com fito meramente didático, pois deve ser de meridiana clareza que o ordenamento jurídico é uno e indivisível⁴¹.

Antes de ser iniciado um estudo mais acurado do conceito de consumidor, interessante lembrar a relação de consumo. Tem-se, em um polo, o consumidor, adquirente do produto ou serviço, e de outra parte o fornecedor ou vendedor do produto ou serviço a ser consumido ou utilizado.⁴²

Referida relação deve ser tratada de modo a conferir especiais meios de proteção ao consumidor que, por diversos motivos, é a parte mais vulnerável, hipossuficiente, de acordo com o que aduz Filomeno⁴³ “[...] procurando tratar desigualmente pessoas desiguais, levando-se em conta que o consumidor está em situação de manifesta inferioridade ante o fornecedor de bens e serviços”.

A partir da necessidade de consumir, uma vez que em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, será praticado o ato de consumo, o que demonstra o caráter universal e atemporal, assim surge o Direito do Consumidor que visa tutelar as relações jurídicas que, além de essenciais e inevitáveis, reveste-se de características marcantes, em especial, o desequilíbrio e a desigualdade entre as partes (consumidor e fornecedor), sendo assim, não está apenas expresso no rol do art. 5º, CF, mas sua finalidade se encontra inegavelmente em sintonia com os princípios e valores constitucionais.

³⁸ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio - *Op. Cit.* p. 26.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio - *Op. Cit.* p. 27.

⁴¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito - *Op. Cit.* p. 3.

⁴² Sobre o tema, as seguintes leituras são sugeridas: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002; NUNES, Antônio Arnaldo Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2002.

⁴³ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 18.

A proteção do consumidor, segundo relatos históricos, teve início no antigo Egito, onde já era possível verificar a concorrência entre fabricantes de tinta corporal e tal proteção já era vislumbrada em textos, como o Código de Hamurabi.

Já nos Estados Unidos, os primeiros movimentos consumeristas contam do final do século XIX com a instituição da Lei Sherman que previa a repressão de fraudes praticadas no comércio e o início de órgãos de defesa ao consumidor como em 1891 com o surgimento do *New York consumers league* e a *Consumers Union*, assim como em 1962 com a mensagem do Presidente Kennedy ao Congresso Americano sobre consumerismo em que afirma que somos todos consumidores.

Na Europa, após a 2ª guerra mundial, diante da reconstrução da Europa e a natural expansão do mercado, proporcionam o crescimento e a criação de diversos organismos com vistas a proteção e defesa do consumidor como a Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE), criada em 1948, em 1960 com a sua extinção e a instituição da OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico Europeu) e, ao mesmo ano, sendo criado o IOCU (*Internacional Organization of Consumers Union*). Já na Suécia, em 1971, a proteção do consumidor passa a contar com o Juizado de consumo, seguido por Noruega, Dinamarca e Finlândia.

Já em 1976 – A comissão dos consumidores originada a partir da OCDE criou a Carta dos consumidores, tornando-se o primeiro documento oficial da Europa a versar sobre direito do consumidor. Em 1977 foi criado na Inglaterra, o *Unfair Contract Terms Act* que objetivava o reconhecimento da nulidade de cláusulas abusivas.

Em Portugal, o decreto-lei 446/85 de 25 de outubro de 1985 proíbe as cláusulas contratuais contrárias à boa fé, semelhantemente a lei consumerista brasileira, o Código Civil português, em seu artigo 227, procurou resguardar os contratos em suas fases preliminares e de formação, dispondo que as partes devem proceder segundo as regras de boa fé.

O vocábulo Consumerismo vem do inglês *consumeris* e significa o movimento social surgido nos EUA, na década de 1960 contra a produção e comercialização, comunicação em massa contra os abusos nas técnicas de *marketing*, propaganda, contra a periculosidade de produtos e serviços, visando a qualidade e confiabilidade dos mesmos.

Consoante a melhor doutrina, o conceito de consumidor adotado pelo código, conforme esclarece Filomeno, foi eminentemente econômico, isto é, aprecia, dentro do mercado, a figura que adquire bens ou contrata serviços como destinatário final. Há nessa

definição a presunção de que a aquisição de bens ou a contratação de serviços visa tão somente suprir necessidade individual e não tem o fito de desenvolver qualquer atividade econômica.

Em suas palavras “[...] sob o ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens [...]”.⁴⁴

Urge ressaltar que há outras formas de conceituação, tais como as de cunho sociológico, filosófico, psicológico, de ordem literária, dentre outras que, por opção do legislador, não foram abraçadas. Sob o aspecto de ordem literária e filosófica, leciona Filomeno no seguinte sentido:

Nas considerações de ordem literária e filosófica, o vocábulo consumidor é saturado de valores ideológicos mais evidentes. E, com efeito, o termo é quase sempre associado à denominada “sociedade de consumo” ou “consumismo”, ou ao próprio “consumerismo”. Nesses casos, o chamado homem consumidor torna-se protótipo do indivíduo-autômato, condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista, eis que fundada na inexorável e mecânica aquisição pelo consenso posto, de molde a até criar, muitas vezes, necessidades artificiais. Segundo o significado de natureza sociológica, “consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social”. Já no sentido psicológico, consumidor é entendido como o personagem sobre o qual se estudam os comportamentos com o escopo de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nos dizeres de Filomeno, “do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo”.⁴⁵

A legislação lusitana conceitua consumidor como sendo “qualquer pessoa que adquirir bens ou serviços prestados como destinatário final”. Do mesmo modo, estabelece a referida lei que “consumidor é também todo aquele a quem são transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, ou seja, uso pessoal ou próprio”.

Há de ser levado em conta, para efeitos de configuração da relação de consumo, bem como para a caracterização de consumidor, além de ter ele de ser destinatário final do produto

⁴⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 18.

ou serviço, a fragilidade econômica, que torna o consumidor parte vulnerável quando comparado com o fornecedor.⁴⁶

Lima Marques observa duas importantes tendências do consumerismo, são elas: a dos finalistas e a dos maximalistas. De acordo com os finalistas, “a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial”.⁴⁷ Segundo essa corrente, a tutela diferenciada concedida somente é percebida devido à situação de vulnerabilidade do consumidor.

As experiências no campo da proteção do consumidor levaram a ONU a estabelecer em 1985, na sua 106ª Sessão Plenária, na Resolução nº39/248 o princípio da vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo-o como a parte mais fraca na relação de consumo, e tornando-o merecedor de tutela jurídica específica, o que foi seguido pela legislação consumerista brasileira.

Destarte, segundo o pensamento finalista suscitado acima, é imprescindível que fique bem clara a delimitação de quem merece guarida e quem não a necessita, sugerindo que o sentido dado a “destinatário final” seja de modo restrito. Logo, para os finalistas, o conceito de consumidor deve-se balizar àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família, o não profissional, já que o Código de Defesa do Consumidor – CDC, Lei nº 8.078 de 1990, possui por escopo ofertar tutela diferenciada a uma parcela da sociedade em situação de manifesta inferioridade.

Já para os maximalistas, o conceito de consumidor deve ser interpretado de modo mais extensivo, com o fito de aplicar a uma quantidade maior de relações de mercado. Nesse sentido, temos a lição de Filomeno:

(...) o consumidor não é apenas aquele cuja utilização do bem ou serviço é destinado ao seu uso pessoal ou de sua família, mas àquele destinatário fático, que consome ou utiliza o produto, (...) Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome; por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família. Vale ressaltar que, nesse sentido, a pessoa jurídica é colocada também como consumidora, não pelo fato de ser mais vulnerável economicamente, mas pela fragilidade técnica, já que, mesmo sendo pessoa jurídica, não domina os meios de produção daquele produto ou do serviço contratado, bem como por ser destinatária final do produto ou serviço, como já fora dito, por retirar o produto do mercado e o consumir. Em relação a estabelecimentos comerciais que

⁴⁶ Consoante o que disciplina Filomeno acerca da definição de consumidor, em conformidade com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, tem-se que: Abstraidas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço. *Ibid.*, p. 31.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 32.

adquirem aparelhos, utensílios e máquinas com a finalidade de fabricação de seus produtos não podem ser tratadas como consumidoras, em que pese os bens referidos adentraram na cadeia produtiva e, portanto, não guardam relação com a definição de destinatário final.⁴⁸

Ao disciplinar sobre coletividade de consumidores, Waldírio Bulgarelli traz que consumidor pode ser considerado como “aquele que se encontra em uma situação de usar ou consumir, estabelecendo-se, por isso, uma relação atual ou potencial, fática sem dúvida, porém a que se deve dar uma valoração jurídica, a fim de protegê-lo, quer evitando, quer reparando os danos sofridos”.⁴⁹

A mencionada definição além de resguardar a efetiva aquisição de produtos e serviços, protege também um momento anterior, a potencialidade de obtenção dos produtos ou serviços, ao dar guarida a um conjunto de consumidores, trazendo benefício a grupos, classes ou categorias de potenciais consumidores, de modo a prevenir eventual consumo de produtos ou serviços maléficos⁵⁰.

Tal definição de relação de consumo é doutrinária, em que pese o CDC não trazer sua definição legal, mas facilita o entendimento dos conceitos de consumidor e fornecedor, bem como dos objetos dessa relação: produtos e serviços. Segundo o art. 2º do Código consumerista, tem-se que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Tem-se, ainda, a figura equiparada de consumidor que é trazida no art. 2º, parágrafo único do CDC⁵¹, ao equiparar a consumidor a coletividade de pessoas quando da relação de consumo. Já na Seção referente à responsabilidade pelo fato do Produto e do Serviço, o art. 17⁵² equipara a consumidor as vítimas de produtos ou serviços defeituosos.

Já no Capítulo referente às práticas comerciais, o art. 29⁵³ iguala aos consumidores as pessoas expostas às práticas nele previstas, abrangendo, ainda, o Capítulo seguinte que traz a

⁴⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁰ Interessante enfatizar que o direito do consumidor trata da relação jurídica de consumo, qual seja “a relação jurídica existente entre consumidor e fornecedor, tendo como objeto a aquisição ou a utilização de produto ou serviço pelo consumidor”. BONATO, 2004 apud AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 62.

⁵¹ “Art. 2º. [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

⁵² “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁵³ “Art. 29. Para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

proteção contratual. Importante lembrar que os critérios para tais equiparações trazidas pelo CDC possuem como característica preponderante a vulnerabilidade.

Em relação ao fornecedor, conforme já anteriormente explicado, é todo aquele que presta o serviço ou vende o produto a ser consumido, conceito trazido no art. 3º do CDC.⁵⁴ Ao contrário do que fora trazido no conceito jurídico de consumidor, a definição apresentada pelo CDC é de maior amplitude, já que permite considerar como fornecedor não somente o fabricante ou o produtor originário, incluindo, também, nesse conceito todos os intercessores.

Consoante explicitado, pode-se concluir, conforme já escrevemos⁵⁵, que o direito do consumidor seguiu uma evolução histórica em consonância com a evolução social e, principalmente, com a necessidade do homem em se agrupar e de produzir e trocar bens de consumo, assim, desde os primeiros mercados até hoje, o direito do consumidor segue de forma tênue seu desenvolvimento em consonância com os ditames referentes à hipossuficiência do consumidor diante das ofertas dos mercados.⁵⁶

Nos termos já mencionados⁵⁷, bem como considerando o tópico Constitucionalização do Direito Privado que será dorante pormenorizado, temos que no Brasil, com o aperfeiçoamento dos institutos que resguardam os direitos consumeristas, as prerrogativas adotaram aspectos de normas jurídicas que disciplinam as relações de consumo com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em 1990. A criação do CDC teve por base, no Brasil, os desejos do Poder Constituinte Originário, observado o disposto no Art. 5º, inciso

⁵⁴ “Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁵⁵ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

⁵⁶ Em síntese, Azevedo afirma que o direito do consumidor é um instrumento imprescindível para blindar as “mais legítimas necessidades da pessoa humana”. Logo, mister frisar que a regulação do mercado de consumo por meio de normas impostas pelo Estado para corrigir desequilíbrios, no Brasil, foram concebidas para a proteção de um novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor. AZEVEDO, Fernando Costa de, op. cit., p. 47.

⁵⁷ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

XXXII⁵⁸ da Constituição Federal de 1988⁵⁹, bem como o delineado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁶⁰

Haja vista a disciplina na Carta Magna, urge afirmar, consoante já explicamos⁶¹, no título que integra os direitos e garantias fundamentais – dos direitos e deveres individuais e coletivos, o direito do consumidor ganhou um *status* de irrevogabilidade, em que pese o Art. 60, §4º, IV da Constituição Federal trazer em seu rol exaustivo a limitação imutável das ditas cláusulas pétreas, que são aquelas nas quais não poderão incidir modificações com o escopo de mitigar ou, segundo o texto legal: “Art. 60. §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:[...]IV - os direitos e garantias individuais”.

Em decorrência da importância do artigo supra referido, consoante já afirmamos⁶², imprescindível destacar, ainda, que aparente ser uma tautologia, acerca da impossibilidade de se revogar direitos e garantias fundamentais elencados, de modo não exaustivo, no art. 5º da Constituição Federal de 1988, com o fito de resguardar que tais direitos sejam respeitados e cumpridos, não podendo serem alvo de alterações que prejudiquem de alguma forma.

Para Cláudia Lima Marques⁶³, a opção do constituinte originário pela inclusão da proteção ao consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais, em conformidade com o que já escrevemos⁶⁴, deixa claro o novo papel desempenhado pela Constituição, qual seja, “ser o centro do sistema jurídico de direito privado”.⁶⁵ Daniel Sarmento trata sobre a constitucionalização do Direito Privado, afirmando que tal processo “catalisou mudanças

⁵⁸ “Art. 5º XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁵⁹ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

⁶⁰ Com efeito, a criação do Código de Defesa do Consumidor não decorreu de mera conveniência legislativa, mas sim, da obediência do Poder Legislativo à vontade do Poder Constituinte, traduzida em expresse comando constitucional (art 5º, XXXII da CF/1988 c/c art. 48 do ADCT). AZEVEDO, Fernando Costa de, op. cit., p. 47.

⁶¹ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

⁶² *Ibid.*

⁶³ MARQUES, 2005 *apud* AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 35.

⁶⁴ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

⁶⁵ Nessa linha de pensamento, Azevedo ainda traz que: Há, por assim dizer, uma ruptura com a tradicional dicotomia direito público (Constituição) – direito privado (Codificações) e o surgimento de uma relação de submissão – não apenas formal (hierárquica), mas principalmente material (de conteúdo) – das normas codificadas e extravagantes às normas constitucionais, compreendidas como normas fundamentais do direito privado. LUDWIG, 2002 *apud* AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 49.

significativas na ordem jurídico-privada, que passou a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais”.⁶⁶

Nesse sentido, afirmamos⁶⁷, ainda, a imprescindibilidade de utilizarmos a Carta Magna como instrumento de resistência “[...] às tendências que já se esboçam no horizonte, de ‘despersonalização’ e ‘repatrimonialização’ do Direito Privado [...]”. Sarmento frisa que a função do Direito não é mais cuidar das pessoas, mas garantir a estabilidade das relações econômicas, em ambiente de livre mercado.⁶⁸

Logo, toda atitude que for de encontro à dignidade da personalidade humana deve ser restringido pela ordem jurídica, seja por “[...] invalidação de negócios jurídicos, responsabilidade civil por reparação a danos morais e matérias, a imposição de obrigações específicas de fazer ou não fazer etc”.⁶⁹

Em relação ao *status* constitucional do direito do consumidor, conforme já aduzimos⁷⁰, tem-se que foi atribuído a esse ramo “a função de ser verdadeiro instrumento para a efetivação dos princípios e garantias fundamentais da pessoa humana”. Portanto, as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor “possuem âmbito de aplicação distinto do de outros ramos jurídicos, como o direito civil”⁷¹, possuindo, assim, esfera de aplicação específica.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 103.

⁶⁷ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 104.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 102.

⁷⁰ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

⁷¹ AZEVEDO, Fernando Costa de, *op. cit.*, p. 52.

2. PRINCÍPIOS E DEFINIÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Neste capítulo abordaremos de modo mais específico acerca da definição de consumidor, bem como e seus princípios, apontando os dispositivos legais que pertinem à matéria, levando-se em consideração, ainda, a constitucionalização do direito privado.

2.1 PRINCÍPIOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

No direito civil brasileiro, temos como princípios básicos a eticidade, socialidade e operabilidade. No que se refere à eticidade, buscou-se superar o apego ao formalismo jurídico, conservando as conquistas das técnicas jurídicas (normas genéricas ou cláusulas gerais), sem a preocupação com o rigorismo conceitual, buscando com ênfase proteger a pessoa humana, priorizando a boa-fé, a justa causa, a equidade e outros critérios éticos.⁷²

No que tange a sociabilidade, buscou-se afastar o caráter individualista da lei, primando pelo predomínio do social, dos valores coletivos sobre os individuais (surge então a função social nos direitos: posse, contrato, propriedade, etc.).⁷³

Já em relação à operabilidade, temos que esta busca as soluções mais simples que se estabeleçam de modo a facilitar a interpretação e aplicação e dar maior efetividade ao operador do direito. Característica que permeia o Código Civil, tornando-o mais didático e prático.⁷⁴

Vários são os princípios norteadores do direito do consumidor. Destarte, para melhor entendimento do tema, passemos à análise dos princípios que norteiam o direito do consumidor.

O CDC é um microsistema jurídico que determina a prevalência do Princípio da boa-fé e transparência nas relações de consumo, com o intuito de garantir a harmonização dos interesses das partes, restabelecendo uma situação de igualdade onde há uma desigualdade de fato.

⁷² XAVIER, José Tadeu Neves – **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. 339 f. Tese de Doutorado em Direito, p. 147.

⁷³ XAVIER, José Tadeu Neves – *Op. Cit.* p. 147.

⁷⁴ XAVIER, José Tadeu Neves – *Op. Cit.* p. 147.

O CDC faz alusão ao princípio da boa-fé no art. 4º, inciso III⁷⁵ e no art. 51, inciso IV⁷⁶, ao mencionar as cláusulas abusivas. Tal princípio está expresso no art. 422 do hodierno Código Civil. Referido princípio é utilizado “para indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica”.⁷⁷

É o que pode ser chamado de boa-fé objetiva, haja vista ser desvinculada das intenções internas do indivíduo e sugerir um “comportamento objetivamente adequado aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações”.⁷⁸

Cláudia Lima Marques ensina que a boa-fé objetiva representa que na relação contratual há o respeito aos interesses mais legítimos, agindo-se “com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações”.⁷⁹

A cláusula no Código do Consumidor que prevê o princípio da boa-fé desempenha o dever de cooperação e de lealdade, levando-se em consideração que em “toda e qualquer relação jurídica obrigacional de consumo esses deveres estarão presentes”⁸⁰, mesmo que não estejam expressos no contrato.

A boa-fé objetiva caracteriza-se por desempenhar a função de integrar os contratantes, impondo um comportamento de lealdade que deve ser esperado em relações obrigacionais.⁸¹ Possui, também, atribuição interpretativa, consagrada no art. 113 do Código Civil de 2002⁸², e função de controle, já que coloca limitações ao exercício dos direitos subjetivos.

O princípio da transparência que, segundo Cavalieri Filho, é decorrente do princípio da boa-fé, está estabelecido no art. 4º, *caput* do CDC⁸³. Assinala tal princípio que o

⁷⁵ “Art. 4º. [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

⁷⁶ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁹ Marques, Cláudia Lima, a. 2000 *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31.

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 32.

⁸¹ *Ibid.*, p. 32.

⁸² “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁸³ “Art. 4º, *caput*. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios”.

fornecedor tem o dever de fornecer informações suficientes sobre o produto ou serviço objeto da negociação com o fito de esclarecer o consumidor, não devendo, pois, ludibriá-lo.⁸⁴

O princípio da confiança, ainda que não previsto de forma expressa no CDC, “é uma irradiação normativa da boa-fé e está intimamente ligado ao princípio da transparência”.⁸⁵ Um de seus principais efeitos está esculpido no art. 30 do CDC⁸⁶, que traz a vinculação do que é ofertado ao consumidor, levando-se em consideração a expectativa que foi criada sobre o produto ou serviço anunciado.⁸⁷

O CDC instuiu o Princípio da proteção da confiança do consumidor, que dá origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviço

No que tange ao princípio da vulnerabilidade, conforme já ressaltado anteriormente, o direito do consumidor é alicerçado na vulnerabilidade que possui o consumidor na relação de consumo, seja ela fática, técnica, jurídica ou científica. Vale, no entanto, distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência, como o faz Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos e pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores [...]. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII.⁸⁸

Pode ser considerada vulnerabilidade fática a diferença da capacidade econômica e social dos agentes econômicos e a condição de hipossuficiência dos consumidores. Já a vulnerabilidade técnica decorre do fato do consumidor não ser dono dos conhecimentos específicos sobre o processo produtivo, bem como não possui noção dos atributos

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 36

⁸⁶ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *et. al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 371.

característicos de determinados produtos ou serviços pela ausência ou “inexatidão das informações que lhe são prestadas”.⁸⁹

No tocante à vulnerabilidade jurídica ou científica é resultante da carência que possui o consumidor em relação aos seus direitos, inclusive no que diz respeito a quem procurar ou criticar; a deficiência de prestação jurídica, em juízo ou fora; a dificuldade de ingresso ao Poder Judiciário, assim como o contrassenso em ter de esperar a delonga da tramitação de um processo judicial que, “por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais”.⁹⁰

Para Valério Dal Pai Moraes, a conceituação de vulnerabilidade, na ótica jurídica brasileira mediante o sistema eleito para positivação, pode ser definida como o princípio por intermédio do qual pode-se reconhecer a qualidade ou condição da parte mais fragilizada na relação de consumo, haja vista “a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação”⁹¹.

Isso posto, pode-se dividir a vulnerabilidade em três âmbitos de forma clássica para doutrina brasileira: a técnica, jurídica e fática. A reformulação dada pela Professora Cláudia Lima Marques ao conceito insere a ideia de vulnerabilidade informacional, a qual ganha especial relevância nos dias atuais.

A vulnerabilidade técnica é a mais fácil de se identificar. Basicamente, pode-se resumir na ideia de que o consumidor não tem conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço adquirido, conhecimento este que, em geral, o fornecedor possui. Para Bruno Miragem o exemplo típico de relação é aquele do médico e paciente. Um outro exemplo seria o do consumidor que, ao adquirir um medicamento, não pode identificar se o remédio que ele comprou possui os elementos químicos constantes na bula ou se está adquirindo uma simples pílula de farinha.

De outro lado, a vulnerabilidade jurídica é aquela em que o consumidor não entende quais as consequências de firmar um contrato ou estabelecer uma relação de consumo. Na disciplina de Claudia Lima Marques, estaria incluída aqui a vulnerabilidade, além de jurídica, também a contábil e a econômica. Em linhas gerais, verifica-se quando é marcante que,

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 41.

⁹¹ TEIXEIRA, Rafael Carneiro d’Avila – **O princípio da vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço**. Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas CEPEJ [Em linha]. (2015). [Consult. 06 Jan. 2019]. Disponível em <https://rigs.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/viewFile/22348/14417>.

enquanto o fornecedor trabalha frequentemente com seu ramo econômico, contando com assessoramento jurídico especializado, habitualmente defendendo causas semelhantes, o consumidor que precisa com ele lidar (defender-se ou ajuizar ação judicial), terá, em contraste, poucos recursos.

Obviamente, a experiência, os argumentos, os documentos e provas nestes assuntos já estão previamente organizados pelo fornecedor. A vulnerabilidade fática é mais abrangente, e é reconhecida no caso concreto. É espécie importante, pois além de ser uma ideia/conceito genérica de vulnerabilidade, é aqui que se estabelecem casos de dupla vulnerabilidade do consumidor idoso e criança.

Por fim, a vulnerabilidade informacional constui-se em reflexo da sociedade em que vivemos, a qual se caracteriza pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação¹⁷. Nesse contexto, o dever de informar ganha contornos importantíssimos e fundamentais nos tempos atuais, seja no direito civil ou no direito do consumidor, onde sua importância é ainda maior, refletindo-se na proteção legal da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, Inciso III, do CDC.

Previsto também está no inciso IV do art. 51 do CDC o princípio da equidade. Tal previsão fulmina de nulidade os dispositivos contratuais que não sejam compatíveis com a equidade. Mencionado princípio possui, segundo Aristóteles, uma função integradora e outra corretiva.

No que tange à função corretiva, esclarece Cavalieri Filho:

A equidade corretiva, por sua vez, permite ao juiz ir além da lei para garantir a aplicação do justo. Por outras palavras, o direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade e equilíbrio entre as partes, na justa proporção do que cabe a cada um, permite ao juiz aplicar, em certos casos a equidade corretiva. Para aplicá-la, ensinava Aristóteles, o juiz deve usar a régua dos arquitetos Lesbos, aquela que era flexível e maleável, que permitia ao engenheiro, quando media o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa é a régua da equidade corretiva, que permite ao juiz, quando tiver de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei ou do contrato, ajustar a sua decisão ao caso que está tratando, para fazer um julgamento justo.⁹²

⁹² *Ibid.*, p. 41.

Já a função integradora é utilizada quando há lacuna na legislação. Nesse caso pode o magistrado valer-se da equidade para solucionar o caso.

O princípio da segurança, que é ser encontrado no art. 12⁹³ e no art. 14⁹⁴ do CDC, pode ser considerado como estando entre os mais relevantes do CDC, haja vista nele se estruturar o sistema de responsabilidade civil nas relações de consumo.

Estabeleceu-se a responsabilidade objetiva para os casos de acidente dentro da relação de consumo, isto é, o fornecedor, ainda que não tenha agido por imprudência, negligência ou imperícia, pode vir a ser obrigado e responsabilizado por eventual perdas e danos causados aos consumidores em decorrência de vícios nos produtos ou serviços.

Antes de aprofundarmos o estudo acerca do conceito de consumidor, interessante relembrarmos as partes da relação de consumo. Em qualquer relação de consumo temos, em um pólo, o consumidor, adquirente do produto ou serviço, e de outra parte o fornecedor ou vendedor do produto ou serviço a ser consumido ou utilizado.

Referida relação deve ser tratada de modo a conferir especiais meios de proteção ao consumidor que, por diversos motivos, é a parte mais vulnerável, hipossuficiente, de acordo com o que aduz Filomeno:

O traço marcante da conceituação de consumidor, no nosso entender, está na perspectiva que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como vulnerável, não sendo, aliás, por acaso, que o mencionado movimento consumerista apareceu ao mesmo tempo que o sindicalista, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em que se reivindicarem melhores condições de trabalho e melhoria da qualidade de vida, e, pois, em plena sintonia com o binômio poder aquisitivo/aquisição de mais e melhores bens e serviços.⁹⁵

⁹³ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação”.

⁹⁴ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido”.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, p. 31.

Segundo o significado de natureza sociológica, “consumidor é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social”.⁹⁶

Já no sentido psicológico, consumidor é entendido como o personagem sobre o qual se estudam os comportamentos com o escopo de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo.

Nos dizeres de Filomeno, “do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo”.⁹⁷

Tais formas de se estudar o consumidor, de acordo com Guido Alpa, são relevantes para efeitos da análise da publicidade, já que ao se entender o modo como são consumidos os produtos e serviços, fica mais fácil direcionar a que grupo de consumidores serão destinados as campanhas publicitárias.

No que tange ao direito comparado, temos que a lei sueca que aborda sobre a proteção ao consumidor o define como “a pessoa privada que compra de um comerciante uma mercadoria, principalmente destinada ao seu uso privado e que é vendida no âmbito da atividade profissional do comerciante”.⁹⁸

Já no México, a lei define consumidor como sendo “quem contrata, para sua utilização, a aquisição, uso ou desfrute, de bens ou a prestação de um serviço”. Ainda no que diz respeito à legislação alienígena, Plínio Lacerda Martins traz que o conceito de consumidor na legislação hispânica é estimado por exclusão; logo, “é considerado consumidor quando há oferta de produto ou serviço a um não profissional”.

Na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 60, já há disciplina no que concerne à proteção dos direitos do consumidor:

Artigo 60.º

Direitos dos consumidores

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.
2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 20

⁹⁸ *Ibid.*, p. 21

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.⁹⁹

A legislação infraconstitucional lusitana conceitua consumidor como sendo “qualquer pessoa que adquirir bens ou serviços prestados como destinatário final”. Do mesmo modo estabelece a referida lei que “consumidor é também todo aquele a quem são transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, ou seja, uso pessoal ou próprio”¹⁰⁰.

Bem mais concisa do que a legislação brasileira, que em seu código consumerista dispõe ao longo de 119 artigos a proteção dos direitos do consumidor, a legislação portuguesa possui 25 artigos, incluindo apontamentos sobre os direitos das associações de consumidores, a proteção econômica, informação, bem como no que concerne à qualidade dos bens e serviços prestados, a saúde, a segurança física, a educação para o consumo.

O legislador português, com espírito mais liberal, entendeu por bem disciplinar aspectos mais relevantes no que tange à realidade vivida pela sociedade de consumo portuguesa que, se comparada à brasileira, possui maior nível de esclarecimento e, portanto, necessita, no campo da hipossuficiência, de menos dispositivos para equilibrar a relação, outorgando isonomia com normas mais objetivas e adequadas àquela situação, sempre dentro dos limites legais¹⁰¹.

Um ponto de vista que se mostra interesse ser destacado é a propósito da relação bancária do consumidor português. Nesse sentido, temos que o modelo dito como normal de contratação, no qual ambas as partes discutem e podem compor de modo equivalente o contrato a ser firmado, é desafiado em virtude do contrato de adesão, mais natural na relação financeira.

⁹⁹ Constituição da República Portuguesa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX>.

¹⁰⁰ Lei de defesa do consumidor de Portugal – **Lei nº 24/96 – Art. 2º** Definição e âmbito 1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios.

2 - Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis

¹⁰¹ Código Civil Português - **Artigo 405º (Liberdade contratual)** 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

Destarte, muitos contratos firmados não comportam alteração em suas cláusulas, restando ao consumidor, em geral, apenas aderir ao formato da pré-estabelecido. São os chamados contratos de adesão.

Nesse contexto, imperiosa a lição trazida por Mariano, na qual aduz determinadas questões intrínsecas às relações havidas entre consumidores e bancos, contextualizando a realidade financeira com as regras sociais impostas:

A sociedade contemporânea, pós-industrial e digital, com a produção em massa, com a mudança de paradigmas sociais e comerciais, foi objeto de uma transformação ao nível do modo de relacionamento comercial e contratual entre as pessoas e entre empresas. Nas sociedades tecnológicas de hoje existe uma grande circulação de bens e serviços, o que obriga a um aumento relevante de negócios jurídicos celebrados. Daí o acautelamento do interesse do consumidor, a parte mais vulnerável. O esquema tradicional de contratação, que tem por base o princípio da liberdade contratual, em que as pessoas, as partes contratantes, encontram-se em plano de igualdade para decidir, de forma livre e consciente, do modo de celebrar e de estipular os seus acordos contratuais, está, agora, posto em crise. Atualmente, grande parte dos negócios jurídicos constitui-se a uma velocidade de tal modo rápida que é impossível manter a forma tradicional de negociação. Ao mesmo tempo manifesta-se, na grande maioria dos casos, uma supremacia económica de uma das partes que contrata, o que lhe permite a imposição de condições que têm apenas a ver com seus concretos interesses egoísticos. Não existe, assim, liberdade de estipulação. As pessoas, os aderentes, limitam-se, juridicamente, simplesmente à aceitação global de um conteúdo negocial, sem qualquer hipótese de discutir a negociação, não podendo apresentar qualquer contraproposta. Ou se aceita ou se não aceita o conteúdo e forma propostos. Neste contexto, a realidade financeira e bancária impera, ditando regras à sociedade, ao cidadão e mesmo ao Estado político. Entende-se, pois, a necessidade atual de proteção do aderente, do consumidor. Com esse intuito protetor, promulgaram-se por diversos países diplomas com o intuito de cercear este ímpeto aglutinador e egoístico das forças económicas e dos interesses financeiros a ela subjacentes. Comuns entre esses diferentes diplomas são as proibições de conteúdo restritivas da liberdade de estipulação do utilizador. Verifica-se, assim, indiscutivelmente, uma tomada de consciência.

Prossegue, ainda, abordando acerca da necessária educação financeira, instrumento imprescindível para evitar litígios e desequilíbrio nas relações, bem como a relevância da proteção do consumidor no que tange aos esclarecimentos importantes que devem ser colocados quando no momento da contratação:

Em Portugal, a regulação financeira e bancária tem vindo ganhar uma maior importância e consciência, através da promulgação de diplomas que regulam a atividade das instituições financeiras, nas suas vertentes técnica, profissional e deontológica. Com o próprio enquadramento do país na União Europeia e das diretivas por esta emanadas está criado um quadro jurídico-legal suficientemente apetrechado com os instrumentos, julgamos nós, necessários para equilibrar, na medida do possível, a balança, que por si só já se encontra muito desequilibrada,

da relação jurídica bancária e financeira de consumo, travando, em certa medida, apesar de não ser essa realidade, principalmente após a crise desencadeada em 2007 nos EUA, a galopante e imprevisível marcha do mundo financeiro. A proteção do consumidor financeiro e bancário apresenta-se, por outro lado, como uma realidade cada vez mais incomodativa para as instituições financeiras, uma vez que mais se exige delas na sua atuação e nas relações com o público, devendo as mesmas pautar-se por uma conduta transparente, rigorosa, honesta, leal e de respeito. O direito à reclamação surge hoje como um instrumento de controlo das atividades daquelas instituições, sendo a existência do livro de reclamações como uma emanção desse direito. O dever de informação obriga as instituições financeiras a serem transparentes e a não camuflarem, naquilo que lhes não é possível camuflar, qualquer tipo de informação que seja pertinente e importante ao consumidor numa eventual contratação de fornecimento de produtos ou prestação de serviços financeiros e bancários. O dever de comunicação impede estas instituições de não redigirem os seus contratos, pré-contratos ou solicitações publicitárias ao público em geral de forma ambígua, inexacta ou mesmo falsa. As sanções disciplinares aplicáveis às instituições infratoras são hoje factos indiscutíveis, bem como a responsabilidade civil e penal. No entanto, um novo instrumento de defesa e de proteção se impõe atualmente, com a finalidade de esclarecer, de informar e de educar o consumidor nas suas relações com o mundo financeiro e bancário. É a chamada educação financeira. O consumidor informado e conhecedor dos temas e conceitos financeiros fundamentais pode enfrentar a gestão dos seus dinheiros e orçamento familiar de uma forma mais sensata, prudente, racional e estável, promovendo a sua qualidade de vida e, consequentemente haverá uma estabilidade maior a nível geral da sociedade. Aqui, após a crise financeira e económica iniciada em 2007, que afeta qualquer economia e sociedade do mundo política e soberanamente organizada tornou-se premente ter os cidadãos instruídos, informados e conhecedores, tanto quanto possível, sobre a problemática do mundo financeiro, da sua verdadeira e crua realidade e da sua capacidade de influenciar, para o bem ou para o mal, qualquer sociedade ou país. Neste sentido, a educação financeira é da máxima importância para o mundo atual. Portugal não foge à regra, o desenvolvimento económico, estabilidade e paz social estão em jogo. “Alfabetizar” o consumidor financeiro deverá ser hoje uma das maiores preocupações dos dirigentes políticos, das instituições sociais, económicas, financeiras e de defesa dos interesses dos consumidores. A sociedade em geral deverá estar alertada para este novo mundo.¹⁰²

Na Suíça não há legislação que trata de forma específica sobre relação de consumo, sendo regulada pela lei federal complementar ao Código Civil suíço. Vale incluir que também não existe definição exclusiva de consumidor, apenas explicita os direitos e obrigações, isto é, comprador (consumidor) e fornecedor são obrigados a desempenhar concomitantemente suas obrigações.

A lei de defesa do consumidor argentina delinea que:

[...] consumidor ou usuário são as pessoas físicas ou jurídicas que *‘contratan a título oneroso para su consumo final o benefício próprio o de su grupo familiar o*

¹⁰² MARIANO, João Gabriel – **Tutela dos consumidores de serviços financeiros**. O Direito Online [Em linha]. (nov.2014). [Consult. 06 Mai. 2019]. Disponível em <https://www.odireitoonline.com/tutela-dos-consumidores-de-servicos-financeiros.html>.

social’ a aquisição ou locação de coisas móveis, a prestação de serviços e a aquisição de imóveis novos destinados à moradia, inclusive os lotes de terreno adquiridos com o mesmo fim, quando a oferta seja pública e dirigida a pessoas indeterminadas.¹⁰³

Ainda no tocante à legislação argentina de defesa do consumidor, referida lei prescreve, ainda, as atividades que não se enquadram na relação de consumo, quais sejam:

[...] não terão o caráter de consumidores ou usuários aqueles que adquirirem, armazenarem, utilizarem ou consumirem bens ou serviços para integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou empréstimo a terceiros. [...] não estão compreendidos na lei do consumidor da Argentina os serviços de profissionais liberais que requeiram para seu exercício título universitário e matrícula outorgada por colégios profissionais reconhecidos oficialmente. [...] ‘*Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas*’, não podendo o consumidor utilizar o CDC argentino no caso de bens adquiridos que não sejam novos [...].¹⁰⁴

Observa-se a semelhança com nosso código no que se refere à responsabilidade dos profissionais liberais no art. 14, §4º, da Lei nº 8.078/90.¹⁰⁵ Contudo, no que tange aos contratos cujo objeto são coisas usadas, o tratamento é diverso, já que, conforme consignado em nosso código, as características da habitualidade, para o fornecedor, e de destinatário final, para o consumidor, são requisitos essenciais para configurarem a relação de consumo conforme a legislação consumerista pátria.

Consoante o que disciplina Filomeno acerca da definição de consumidor, em conformidade com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, temos que:

Abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por “*consumidor*” qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.¹⁰⁶

Há de ser levado em conta, para efeitos de configuração da relação de consumo, bem como para a caracterização de consumidor, além de ter ele de ser destinatário final do produto ou serviço, a fragilidade econômica, que torna o consumidor parte vulnerável quando comparado com o fornecedor.

A doutrinadora Lima Marques, conforme já mencionado, observou duas importantes tendências do consumerismo. Relembrando, são elas: a dos finalistas e a dos maximalistas. De acordo com os finalistas, “a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela

¹⁰³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 31.

especial”.¹⁰⁷ Segundo essa corrente, a tutela diferenciada concedida somente é percebida devido à situação de vulnerabilidade do consumidor.

Assim sendo, o consumidor seria não apenas aquele cuja utilização do bem ou serviço é destina a seu uso pessoal ou de sua família, mas àquele destinatário fático, que consome ou utiliza o produto, consoante leciona:

Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome; por exemplo, a fábrica de celuloze que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família.¹⁰⁸

Interessante darmos ênfase que o direito do consumidor trata da relação jurídica de consumo, qual seja “a relação jurídica existente entre consumidor e fornecedor, tendo como objeto a aquisição ou a utilização de produto ou serviço pelo consumidor”.¹⁰⁹

Assim sendo, podem ser considerados intermediários, ou seja, aqueles que levam o produto até o destinatário final – o consumidor -, os intervenientes, transformadores, distribuidores e o comerciante, desde que realizem essas atividades como habituais, fazendo disso suas profissões, serão, portanto, considerados fornecedores. Nesse diapasão, não se encaixam na referida definição as relações estabelecidas de forma esporádica, eventual, não configurando, portanto, relação de consumo.

Destarte, conforme já afirmamos¹¹⁰, percebe-se que o direito consumerista percorreu uma transformação histórica em conformidade com a evolução das relações sociais e principalmente com a necessidade do ser humano em se agrupar, de produzir e trocar bens de consumo. Nesse sentido, podemos concluir que o direito do consumidor segue de modo brando seu aperfeiçoamento em conformidade com a vulnerabilidade do consumidor frente ao poder, econômico e técnico, colossal do fornecedor.

Condensando tais pensamentos, Azevedo leciona¹¹¹ que o direito do consumidor é um instrumento indispensável que tem por objetivo proteger as “mais legítimas necessidades da

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁹ BONATO, Cláudio, 2004 *apud* AZEVEDO, Fernando Costa de. **Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 2009, n. 69, p. 62.

¹¹⁰ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹¹¹ AZEVEDO, Fernando Costa de, *op. cit.*, p. 47.

pessoa humana”. Portanto, importante destacar, conforme já escrevemos¹¹², que a regulação do mercado de consumo através de normas impostas pelo Estado para corrigir desequilíbrios, no Brasil, contudo, tais direitos foram concebidos para a proteção de um novo sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No Brasil, a transformação dos institutos que possuem por escopo a blindagem dos direitos consumeristas adotaram forma, consoante já afirmamos¹¹³, de normas jurídicas que regem as relações de consumo com a criação do Código de Defesa do Consumidor em 1990 – obedecendo os anseios do Poder Constituinte Originário, observado o disposto no Art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988¹¹⁴, bem como o delineado no Ato das disposições constitucionais transitórias.¹¹⁵

Com efeito, a criação do Código de Defesa do Consumidor não decorreu de mera conveniência legislativa, mas sim, da obediência do Poder Legislativo à vontade do Poder Constituinte, traduzida em expresse comando constitucional (art 5º, XXXII da CF/1988 c/c art. 48 do ADCT).¹¹⁶

Em virtude de tal disciplina no âmbito da Constituição Federal de 1988, importante trazer que, conforme já abordamos¹¹⁷, no título que integra os direitos e garantias fundamentais – dos direitos e deveres individuais e coletivos, o direito do consumidor ganhou um *status* de irrevogabilidade, em que pese o Art. 60, §4º, IV da hodierna Carta Magna trazer em seu rol exaustivo a limitação imutável das ditas cláusulas pétreas, que são aquelas nas quais não poderão incidir modificações com o escopo de mitigar ou, segundo o texto legal: “Art. 60. §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:[...]IV - os direitos e garantias individuais”.

¹¹² ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

¹¹⁵ “Art. 5º XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹¹⁶ AZEVEDO, Fernando Costa de, *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁷ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

Haja vista a importância do referido artigo, uma vez mais, cabe ressaltar, consoante já abordamos anteriormente¹¹⁸, acerca irrevogabilidade dos direitos e garantias fundamentais elencados, de modo não taxativo, no art. 5º da Constituição Federal de 1988, visando garantir, de fato, que tais direitos sejam cumpridos, não podendo serem eles alvo de modificações prejudiciais. No entender da doutrinadora Cláudia Lima Marques, a opção do constituinte originário pela inclusão da proteção ao consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais, deixa claro o novo papel desempenhado pela Constituição, qual seja, “ser o centro do sistema jurídico de direito privado”.¹¹⁹

Nessa linha de pensamento, consoante já aduzimos¹²⁰, Azevedo leciona:

Há, por assim dizer, uma ruptura com a tradicional dicotomia direito público (Constituição) – direito privado (Codificações) e o surgimento de uma relação de submissão – não apenas formal (hierárquica), mas principalmente material (de conteúdo) – das normas codificadas e extravagantes às normas constitucionais, compreendidas como normas fundamentais do direito privado.¹²¹

O doutrinador Daniel Sarmento trata sobre a constitucionalização do Direito Privado, nos termos que já mencionamos¹²², afirmando que tal processo “catalisou mudanças significativas na ordem jurídico-privada, que passou a gravitar em torno da pessoa humana e dos seus valores existenciais”.¹²³

Leciona, ainda, conforme já afirmamos¹²⁴, que é demasiadamente relevante usar a Carta Maior para garantir a estabilidade das relações econômicas, em ambiente de livre mercado.¹²⁵

Portanto, as ações contrárias à dignidade da personalidade humana devem ser excluídas pela ordem jurídica, seja por “[...] invalidação de negócios jurídicos,

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ AZEVEDO, Fernando Costa de, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁰ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹²¹ AZEVEDO, Fernando Costa de, *op. cit.*, p. 49.

¹²² ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 103.

¹²⁴ ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2017] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006., p. 104.

responsabilidade civil por reparação a danos morais e matérias, a imposição de obrigações específicas de fazer ou não fazer etc”.¹²⁶

Interessante trazer à baila que os princípios são parte integrante da estrutura do direito civil, ao passo que desenvolvem seu papel como sustentáculo, atribuindo função e sentido ao direito civil. Nesse sentido, temos que os princípios jurídicos nos proporcionam as linhas indispensáveis das normas de direito civil, haja vista que moldam seu conteúdo, solidificando os seus elementos normativos¹²⁷.

Destarte, várias são as nomenclaturas e divisões que os doutrinadores realizam quando lançam mão de classificar os princípios do direito civil português. Neste sucinto estudo, optamos por eleger a classificação que nos pareceu mais coerente, qual seja a formulada pelo doutrinador Carlos Alberto da Mota Pinto. Consoante explicita o mencionado autor, temos que podemos considerar oito princípios¹²⁸ que servem de fundamento para o direito civil, em virtude de cada um desses princípios ser por ele, direito civil, desenvolvido, bem como manifestar uma realidade jurídica específica¹²⁹.

Impende destacar que as classificações possuem conteúdo didático. Portanto, a forma de organizar os princípios em sete, oito e até nove categorias não significa que outros princípios devam deixar de serem considerados. Como já dito, a forma de abordagem no presente estudo, da sistemática do doutrinador mencionado, trata-se meramente de uma opção, por entender que dessa forma o conteúdo poderá ser melhor explanado.

Digno de nota colocar em destaque não temos como proposta analisar cada instituto a seguir estudado enquanto título do direito civil, assim entendido no que concerne ao disciplinamento no código próprio, mas os estudaremos apenas na qualidade de princípios. Logo, as nuances da legislação relacionadas à sucessão, direitos da personalidade e família, por exemplo, não serão abordadas no presente relatório.

A realidade do Direito busca constituir a paz social e a segurança, tão suplicadas pela sociedade. Daí afirmar que, ao disciplinar condutas, o Direito impõe o princípio da vida

¹²⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005, p. 95.

¹²⁸ Muito embora alguns doutrinadores reconheçam apenas sete princípios e outros, ainda, admitam a existência de até nove princípios fundamentais do direito civil.

¹²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 97.

social, compelindo, por intermédio da obrigação jurídica, que o relacionamento das pessoas ocorra dentro de certos limites, estabelecidos pela norma jurídica¹³⁰.

Muito embora seja de nitidez solar que qualquer conduta, que tenha como consequência prejuízo para outrem, deva ser rechaçada, obrigando o autor do ato danoso a reparar a lesão causada, com a finalidade de estabelecer o estado anterior da vítima, em decorrência, também, do princípio da boa fé, temos que nem sempre tal ressarcimento ocorre¹³¹.

Com o objetivo de coibir as condutas lesivas e restituir o dano causado, o Direito tratou de tutelar o instituto da responsabilidade civil, que, na qualidade de princípio, almeja restaurar o equilíbrio violado, seja ele de cunho material ou moral¹³². Nesse prisma, ratifica-se que as ações podem acarretar danos, ainda que não desejados, mas que geram o dever de indenizar, atendidos os requisitos legais para tanto, levando-se em consideração que o prejuízo não reparado é um fator de inquietação social¹³³.

O prejuízo gerado pode ser de ordem material, quando se reflete em danos patrimoniais, ou pode ser na esfera moral, hipótese na qual é ofendida a honra, a integridade física, a saúde, o bem-estar psicológico e a tranquilidade, por exemplo¹³⁴. Nesse caso, de danos não patrimoniais, não há falar-se em restituição ou reparação do bem atingido, já que não são prejuízos mensuráveis em pecúnia, mas em compensação decorrente dos danos morais sofridos pela vítima¹³⁵.

Na esfera dos danos materiais estão compreendidos o dano emergente e o lucro cessante. No prejuízo patrimonial correspondente ao dano emergente temos a perda imediata

¹³⁰ VENOSA, Silvio de - **Direito Civil: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 4.

¹³¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 128.

¹³² Código Civil Português **Artigo 562.º (Princípio geral)** Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

¹³³ VENOSA, Silvio de - **Direito Civil: responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 1.

¹³⁴ Cfr Código Civil Português **Artigo 564.º** ^[133]_[SEP] **(Cálculo da indemnização)** 1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão. PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 129.

¹³⁵ Nesse esteio, elucida o doutrinador Yussef Said Cahali que: Segundo entendimento generalizado da doutrina e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angustias e as frustrações infligidas ao ofendido. (...) Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudades etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.). CAHALI, Yussef Said - **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, p. 19.

sofrida pela vítima. Já no tocante ao lucro cessante, esse diz respeito aos benefícios que a pessoa lesada deixou de ter em decorrência do dano causado¹³⁶.

Em que pese o dano gerado decorrente de uma conduta praticada deva ser reparado pelo responsável do ato, existem situações nas quais se torna imprescindível a comprovação tanto do prejuízo causado, como de que foi determinada pessoa quem o gerou e, ainda, a constatação da relação entre o autor e o dano, relação esta que recebe o nome de nexo causal¹³⁷.

Assim sendo, não basta que o prejudicado por certo comportamento demonstre a lesão que teve. É preciso, todavia, que os danos tenham nexo de causalidade com a conduta praticada pelo agente, sob pena de gerar insegurança jurídica igual, ou maior àquela que existiria caso a responsabilidade civil não recebesse a guarida do Direito.

Outro aspecto que impende ser frisado, além do prejuízo gerado e da ligação causal, é relacionado à vontade do agente no que tange ao exercício da conduta. Necessita ser verificado se o agente agiu com o intuito de produzir o resultado danoso, se com sua conduta assumiu o risco de produzir o dano, ou se deu causa ao prejuízo. Temos que o autor pode agir com dolo, quando quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, ou pode agir com culpa, quando é movido por imprudência, negligência ou imperícia¹³⁸.

A imprudência está relacionada ao ato de forma impulsiva. Já a negligência resulta da omissão do agente, isto é, resulta de um não agir, seja por passividade ou inércia, por exemplo. Em relação à imperícia, esta ocorre quando a conduta é praticada por um agente sem preparo técnico, que não está apto a realizar determinado procedimento¹³⁹.

Portanto, o princípio da responsabilidade civil, ao analisar a reparação do dano, leva em consideração a conduta do agente, o nexo de causalidade e o prejuízo efetivado. Entretanto, quando estamos a tratar da responsabilidade objetiva, a ponderação é feita independente da culpa ou dolo do agente, avaliando apenas se a conduta praticada possui

¹³⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 129.

¹³⁷ Código Civil Português **Artigo 563.**^{§1º} **(Nexo de causalidade)** A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

¹³⁸ SOARES, Sued da Silva - **Aspectos relacionados com a responsabilidade civil do cirurgião-dentista.** Jus Navigandi [Em linha]. Teresina. Ano 14, nº 2226 (Ago.2009). [Consult. 13 Out. 2017]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/13276>.

¹³⁹ SOARES, Sued da Silva - *Op. Cit.*

ligação com o dano. É aplicada, v.g., no direito do consumidor, no tocante à responsabilização do Estado¹⁴⁰ e danos causados por animais¹⁴¹.

A boa fé é considerada como um dos princípios fundamentais da ordem jurídica, já que exterioriza seu cuidado pelos valores éticos jurídicos da sociedade. A consagração desse princípio corresponde, em verdade, à superação de uma perspectiva positivista do direito, se levarmos em conta que deixou de ser relevante apenas o texto legal, positivado, dando lugar ao espírito da norma, ou seja, sua função social¹⁴².

Em sua origem normativa no código civil germânico (BGB), marco inicial de uma nova época pós-positivista, restou sedimentada a boa-fé no artigo 242¹⁴³. Nesse aspecto, o princípio da boa fé, que permeia todas as áreas do direito, colabora para uma interpretação do direito em consonância aos ditames do Estado de Direito Social, haja vista ser intervencionista, bem como traduz sua preocupação em ajustar desequilíbrios e injustiças.

A boa fé como critério normativo é a boa fé no sentido objetivo. Isto é, constitui uma regra jurídica de conduta, positivada, disciplinando que se deve agir com honestidade, com probidade, de forma correta e leal. Já a boa fé no sentido subjetivo pode ser entendida como a situação de quem entende agir dentro dos limites do direito, aquele que age sem culpa, que ignora quaisquer vícios¹⁴⁴.

O código civil português traz, em diversos momentos¹⁴⁵, a concretização do princípio da boa fé, v.g., no artigo 227º, 1. ao afirmar que os negociantes devem, ainda que nas preliminares de formação de um contrato, agir conforme as regras da boa fé, sob pena de

¹⁴⁰ Código Civil Português **Artigo 501.**^[11]^[SEP](**Responsabilidade do Estado e de outras pessoas colectivas públicas**) O Estado e demais pessoas colectivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de actividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.

¹⁴¹ Código Civil Português **Artigo 502.**^[11]^[SEP](**Danos causados por animais**) Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização. Cfr PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 135.

¹⁴² PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 124.

¹⁴³ PRETEL, Mariana Pretel e - A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 12, nº 1565 (Out.2007). [Consult. 22 Ago. 2017.]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/10519>.

¹⁴⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 125.

¹⁴⁵ **Artigo 334.º (Abuso do direito)** É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito. SUBSECÇÃO VII^[11]^[SEP]Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias **Artigo 437.º (Condições de admissibilidade)** 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

responder pelos danos que culposamente causar à outra parte¹⁴⁶. Nessa toada, ainda que o contrato esteja em fase pré-contratual, ou seja, nas preliminares de ser firmado, devem os contratantes lançar mão da boa fé.

Outro dispositivo que merece destaque no código civil português ao tratar da boa fé é o artigo 239, que, ao assimilar a lição retirada do artigo em comento, temos que a boa fé serve, ainda, como forma de melhor interpretar e atribuir o caráter social em um eventual contrato, já que atua no sentido de preencher o ponto omissis¹⁴⁷.

A boa fé deve ser observada desde a fase pré-contratual, passando pela fase contratual e, ainda, na fase pós-contratual¹⁴⁸, ao passo que, mesmo após cumprida a obrigação e o vínculo contratual ter sido extinto, deve-se atentar à boa fé, consoante disposto no artigo 762 do código civil português¹⁴⁹.

O doutrinador Carlos Alberto menciona, ainda, o princípio da confiança como sendo uma manifestação especial do princípio da boa fé. Segundo o autor, trata-se apenas do dever de salientar juridicamente a confiança justificada de alguém no modo que o outro se comporta, quando este tiver colaborado para constituir essa confiança.¹⁵⁰

A norma que trata acerca da relação de consumo no Brasil é a Lei nº 8.078 de 1990, conforme já mencionado. Em seu artigo 12, parágrafo 3º, a lei trata das hipóteses nas quais o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não poderá ser responsabilizado.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
(...)

¹⁴⁶ Código Civil Português. **Artigo 227.º** ^{of. 1.º} ^{SEP} **(Culpa na formação dos contratos)** 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.^{SEP}

¹⁴⁷ **Artigo 239.º (Integração)** Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

¹⁴⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 126.

¹⁴⁹ Código Civil Português. **Artigo 762.º (Princípio geral)** 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado.^{SEP} 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.

¹⁵⁰ Trata-se, no fundo, de acolher a ideia de que, em certos casos, deve relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente em face das circunstâncias do caso concreto. PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 127.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Na situação de não colocação do produto no mercado, temos a circunstância que o produtor não foi o responsável por levar seu produto até o destinatário final. A doutrina menciona casos de furto ou roubo da mercadoria, bem como de ocorrência de falsificação:

(...) aqueles relacionados com o furto ou roubo do produto defeituoso estocado no estabelecimento, ou com a usurpação do nome, marca ou signo distintivo, cuidando-se, nesta última hipótese, da falsificação do produto. Da mesma sorte, pode ocorrer que, em função do vício de qualidade, o produto defeituoso tenha sido apreendido pela administração e, posteriormente, à revelia do fornecedor, tenha sido introduzido no mercado de consumo, circunstância esta eximente de sua responsabilidade.¹⁵¹

Interessante notar que o *caput* do artigo 12 já imputa a responsabilidade objetiva do fabricante, do produtor, do construtor e do importador sobre os defeitos que decorrem do projeto, fabricação, construção, montagem e manipulação dos produtos. Nesse caso, além da responsabilidade objetiva, temos a responsabilização solidária, ou seja, o consumidor poderá optar por colocar no polo passivo de eventual ação judicial qualquer um dos mencionados no artigo para reparar o dano causado.

Já na conjuntura que, inobstante o produto ter sido colocado no mercado, o defeito inexiste, estamos diante de uma evidente exclusão de responsabilização do produtor, ao passo que, uma vez ausente qualquer falha, não há falar-se em configuração de dano, bem como nexo de causalidade entre a conduta e a reparação, estando, pois, ausentes os pressupostos básicos para desenvolvimento de eventual ressarcimento.

Consoante já explicitado, a responsabilidade objetiva dispensa a comprovação da existência de dolo ou culpa pela agente, bastante que se comprove a ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo causado.

O foco da discussão, portanto, reside nas teorias sobre as quais o fornecedor do produto poderá se arvorar no sentido de se eximir de arcar com os danos supostamente

¹⁵¹ OLIVEIRA, Murilo Lacerda - Hipóteses de afastamento da Responsabilidade do Fornecedor nas Relações de Consumo. **Webartigos** [Em linha]. (Mar.2016). [Consult. 22 Mar. 2018]. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/hipoteses-de-afastamento-da-responsabilidade-do-fornecedor-nas-relacoes-de-consumo/140806/#ixzz44DMIWyvK>.

causados pelo seu artigo. Não são todas as hipóteses de excludente de responsabilização que podem se aplicar ao caso de responsabilidade objetiva, devendo a norma que trata do assunto ser interpretada de forma restritiva, segundo alguns doutrinadores, haja vista estarmos diante de um rol exaustivo, ou seja, não devem ser trazidas novas excludentes, pois o código já enumerou de modo taxativo os eventos aplicáveis¹⁵².

Há de se ressaltar que parcela da doutrina entende que, além das hipóteses previstas no artigo supramencionado, existem, ainda, as excludentes do caso fortuito e da força maior, invocando a aplicação do artigo 393 do Código Civil brasileiro¹⁵³. Essa corrente afirma que os incisos do parágrafo 3º, do artigo 12 do CDC, trazem apenas de forma exemplificativa as possíveis excludentes de responsabilidade do fornecedor do produto, logo, não se tratando de um rol *numerus clausus*¹⁵⁴.

Por fim, o inciso III aborda a hipótese de culpa exclusiva de terceiro ou da vítima. Nesse caso, não houve contribuição do fabricante do produto para a ocorrência do dano, em que pese o próprio consumidor, ou terceiro, ter praticado uma conduta que ensejou o acontecimento de uma lesão. Nesse aspecto, temos o seguinte posicionamento doutrinário:

(...) se erige em causa direta e determinante no evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano.

Logo, apontadas as três possibilidades legalmente trazidas pelo CDC como excludentes de responsabilidade civil do fornecedor, bem como as hipóteses não mencionadas no código, tais como força maior e caso fortuito, muito embora não sejam pacíficos os

¹⁵² OLIVEIRA, Murilo Lacerda – *Op. Cit.*

¹⁵³ **Código Civil brasileiro - Art. 393.** O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. **Parágrafo único.** O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Outro tema bastante controverso na doutrina, que não cabe trazermos aqui as nuances relacionadas ao assunto, é a definição de caso fortuito e força maior. Parcela significativa entende que a força maior está relacionada aos eventos da natureza, tais como furacões, maremotos, dentre outros acontecimentos. Já o caso fortuito seria evento que há atuação, vontade do homem interferindo, como o caso de uma greve. Cfr SILVA JUNIOR, Osvaldo Alves - Caso fortuito ou força maior? A hermenêutica responde. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Ano 12, nº 70. (Nov 2009). [Consult. 28 Fev. 2018]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6907.

¹⁵⁴ MARTINS, Lucilene Abreu - Uma visão sobre a responsabilidade do fabricante e do fornecedor por vícios nos produtos colocados no mercado de consumo. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Ano 15, nº 96. (Jan 2012). [Consult. 15 Fev. 2018]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11064&revista_caderno=10.

posicionamentos acerca de sua aplicabilidade, temos que o legislador buscou conferir às relações jurídicas, notadamente as relações de consumo, maior segurança, haja vista ter o consumidor uma série de garantias e prerrogativas já estabelecidas no decorrer do CDC.

O escopo de ter a norma previsto as excludentes já referidas é de buscar equilibrar os polos, uma vez que o consumidor, na qualidade de hipossuficiente, não pode se valer de tal característica em todas as situações, sob pena de enriquecer ilicitamente, bem como à míngua dos ditames decorrentes do instituto da boa-fé, que deve permear as relações com o fito de evitar agressões aos princípios e normas.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÃO IMOBILIÁRIA

Ao abordarmos o tema que toca ao direito do consumidor, como já fora dito, que está incluído no rol dos direitos fundamentais, em que pese a própria expressão utilizada já antecipe que são direitos essenciais, não prescinde que façamos um esclarecimento do conceito e fixação da abrangência da definição “direitos fundamentais”.

Após, torna-se salutar frisarmos, ainda que de modo sucinto, o caminho traçado até a positivação dos direitos fundamentais, bem como alguns conceitos e classificações abordados no âmbito do Direito Constitucional¹⁵⁵, haja vista os direitos fundamentais estarem positivados em nível Constitucional, bem como em que pese tal postura facilitar a assimilação do conteúdo que será apresentado.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são aplicados para os direitos do homem disciplinados constitucionalmente, ou seja, são direitos que nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. São os direitos que a norma Constitucional define e qualifica como sendo fundamentais, já que almejam manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade¹⁵⁶.

De modo formal, os direitos fundamentais são os direitos ou garantias especificadas no instrumento da Constituição. São, ainda, os agraciados com demasiada proteção e segurança, seja por serem inalteráveis, seja em decorrência de maior dificuldade em sua modificação. Sob o aspecto material, os direitos fundamentais podem variar conforme a ideologia, a

¹⁵⁵ Jorge Miranda define Direito Constitucional da seguinte forma: a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza. MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 138, *Apud* MORAES, Alexandre de – **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

modalidade de Estado adotada, assim como no que tange a espécie de valores e princípios consagrados pela Constituição¹⁵⁷.

O conceito material amplifica a visão dos direitos fundamentais para além do escrito Constitucional, a considerar que a tipificação na Constituição, segundo o aspecto material, não está em rol *numerus clausus*, ou seja, não se trata de uma taxação aos direitos fundamentais, resultando da concepção do sentimento jurídico coletivo¹⁵⁸.

Porém, não se pode confundir os direitos humanos, embora tenham sim sua extrema relevância internacional, com os direitos fundamentais, haja vista faltar àqueles direitos a eficácia jurídica frente um determinado ordenamento jurídico¹⁵⁹. Entrementes, não pairam incertezas de que os direitos fundamentais são sempre direitos humanos¹⁶⁰.

São passíveis, ainda, de análise as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. No que tange à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, esta se resume na faculdade que um indivíduo possui em exigir uma ação ou uma abstenção do Estado ou de outra pessoa. Já na dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionam como elementos da ordem jurídica da coletividade, determinando o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatais¹⁶¹.

Assim, os direitos fundamentais cumprem, no dizer de Canotilho:

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹⁶²

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 561

¹⁵⁸ MARTINS, Rodrigo Bezerra - Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. **Conteúdo Jurídico**. [Em linha]. Brasília. (Set.2014). [Consult. 28 Ago. 2017]. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49820&seo=1>.

¹⁵⁹ Nesse contexto, justificada a opção pelo enunciado “direitos fundamentais” em vez de “direitos humanos” ou “direitos do homem”, que são definições mais utilizadas na esfera do Direito Internacional, consagrada em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). MARTINS, Rodrigo Bezerra – *Op. Cit.*

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang - **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

¹⁶¹ Para Canotilho: “O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito” (...) “Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto”. *Apud* MARTINS, Rodrigo Bezerra – *Op. Cit.*

¹⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Almedina, p. 87. *Apud* MORAES, Alexandre de – *Op. Cit.* p. 28.

Logo, os direitos fundamentais se expressam de duas formas: como direitos subjetivos e objetivos. Subjetivamente, consubstanciam-se na faculdade de exigir uma ação ou abstenção tendo em vista uma situação particular. Objetivamente, determinam o objetivo, o modo de cumprimento e os limites das tarefas do Estado.

A cada transformação social, tendo como consequência modificações na estrutura do Estado e do Direito, que deve acompanhar a evolução dos fatos ocorridos na sociedade, temos, de modo concomitante, o constante aperfeiçoamento da teoria dos direitos fundamentais. Entender esse desenvolvimento é caminhar no sentido de compreender a partir de qual momento os direitos mais relevantes se tornaram categoria de direitos fundamentais, bem como qual a implicação para a Teoria do Estado.

Tal como o Direito fora criado no intuito de pacificar os conflitos existentes e que surgiram a partir do momento no qual o ser humano passou a viver entre semelhantes, somente fazendo sentido se partimos do pressuposto que a aceitação acerca da existência do Direito somente é possível se os destinatários forem os seres humanos enquanto sociedade¹⁶³, temos que os Direitos Fundamentais surgiram com a finalidade de impor limites ao exercício do poder do Estado.

O Estado Absolutista, fundado na visão contratualista de Thomas Hobbes, que defendia a total submissão do homem ao poder Estatal com a finalidade de alcançar a paz e segurança coletiva, haja vista os anseios individualistas que preponderaram no ser humano, foi superado pelo Estado Liberal, pautado no entendimento de Rousseau, que fundamentava o pacto social na incorporação da vontade geral do povo ao poder do soberano. Nessa ótica, as leis são geradas tendo como sustentáculo a própria soberania do povo¹⁶⁴.

Belchior afirma:

O Estado Liberal tem como característica o constitucionalismo clássico, onde a Constituição era reduzida a um instrumento jurídico que tinha como finalidade básica limitar ou enfrear o exercício do poder estatal. O poder estava adstrito às normas que almejavam a liberdade, protegendo, assim, o indivíduo. E para se ter liberdade, era preciso segurança na ordem jurídica. A liberdade individual e, conseqüentemente, a segurança jurídica eram os primados básicos do Estado liberal. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como fim da sociedade política, defende-se a manutenção dos direitos naturais e imprescritíveis

¹⁶³ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Op. Cit.* p. 98.

¹⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310. Cfr. BITTAR, Eduardo C. B. **Doutrinas e filosofias políticas**: contribuições para a história das ideias políticas. São Paulo: Atlas, 2002, p. 186-187.

do homem, que são, de acordo com Dallari, “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Referidos direitos são primeiros declarados em uma Constituição, quando da afirmação do Estado Constitucional Liberal. Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio de lei, que é a expressão da vontade geral, conforme desejava Rousseau.

É certo que dentre as finalidades do Estado, como já dito anteriormente, temos a manutenção da paz social e a aplicação do Direito. No entanto, o próprio Estado, para a segurança jurídica ser efetivada, necessita, também, ser submetido às normas estabelecidas aos demais integrantes da sociedade. Historicamente, o elemento criado pelo povo para submeter a vontade do Estado foi a Carta Magna, ou seja, a também denominada Constituição¹⁶⁵. Marlmestein norteia:

[...] a noção de direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto. [...] Os direitos fundamentais pressupõem um Estado juridicamente limitado (Estado de direito / separação dos poderes) e que tenha preocupações éticas ligadas ao bem comum (direitos fundamentais / democracia).¹⁶⁶

Cumpra esclarecer que os fatos mais impregnados de valores, estes atribuídos pela sociedade, ou seja, os de maior relevância, são dignos de máxima blindagem. Nesse esteio, os direitos fundamentais são reconhecidos pela Constituição, mas não criados por ela. Desse entendimento que podemos afirmar a vinculação dos direitos fundamentais no que tange às funções Legislativa, Executiva e Judiciária¹⁶⁷.

Segundo aponta Bobbio, a principal dificuldade em relação aos direitos pertinentes ao homem não está em conseguir justificar a existência de tais direitos, contudo, em conseguir protegê-los¹⁶⁸. Em outras palavras, não é suficiente que os direitos, entendidos como fundamentais sejam apenas positivados.

Mencionado amparo deve ser elevado ao caráter de norma constitucional, com o fito de não existir conteúdo legal no ordenamento jurídico que supere os direitos fundamentais,

¹⁶⁵ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 77.

¹⁶⁶ MARLMESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas: 2008, p. 42 *Apud* BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 78.

¹⁶⁷ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 77.

¹⁶⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. *Op. Cit.* p. 286.

em virtude da Carta Magna Federal ocupar o topo da posição hierárquica das normas, sendo superada somente pela “norma fundamental”, haja vista a teoria de Hans Kelsen¹⁶⁹.

A seguir serão estudadas as gerações, ou dimensões¹⁷⁰, dos direitos fundamentais. Tais direitos merecem ser protegidos em nível constitucional, dada sua relevância. Imperioso registrar que, a depender do momento histórico, determinados direitos possam ser considerados de maior importância, contexto esse imprescindível no sentido de identificar se a posição jurídica de algum direito é digna de se tornar fundamental¹⁷¹.

Nesse aspecto, temos a lição de Gilmar Mendes:

É precisamente por meio da *análise filosófica acerca da justificativa* (fundamentação) que determinado sistema jurídico confere aos direitos do homem, que se pode aferir o *grau de comprometimento e vinculação* de tal sistema para com a *observância dos direitos fundamentais*, e de que forma, e com qual carga de efetividade, serão tais direitos respeitados e protegidos.¹⁷²

Feitas as abordagens iniciais, de definição formal e resumido esboço histórico, temos que os direitos fundamentais de primeira dimensão, quais sejam os direitos civis e políticos, surgiram nas constituições clássicas, assim entendidas as cartas que tinham por finalidade apenas limitar o desempenho do poder estatal, ainda no Estado Liberal, e possuem como característica a ausência de intervenção do Estado no patrimônio dos integrantes da sociedade¹⁷³.

O Estado Liberal é decorrente da Revolução Francesa que, pautada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como surgida da vontade da burguesia que,

¹⁶⁹ ROSÁRIO, Pedro Gonçalo Tavares Trovão do – O Direito Fundamental à Arquitetura. **Revista estudoprévio** [Em linha]. Lisboa. [Consult. 18 Out. 2017]. Disponível em <http://www.estudoprevio.net/artigos/51/pedro-trovao-do-rosario-o-direito-fundamental-a-arquitetura>. Conferir também: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. *Op. Cit.* p. 126.

¹⁷⁰ Willis Filho entende que é melhor falar em dimensões de direitos fundamentais à medida que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Para o autor, “os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 47.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. Cit.* p. 96.

¹⁷² MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. p. 287.

¹⁷³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

possuidora de capitais, ansiava o poder e se fundamentada no pacto contratualista trazido por Jean Jacques Rousseau, trouxe a consagração dos anseios democráticos do século XVIII¹⁷⁴.

Destarte, em virtude dos direitos fundamentais de primeira dimensão se posicionarem como direitos de resistência oponíveis ao Estado, já que se afirmam como direitos do indivíduo em face do Estado, assim como demarcam uma área de não intervenção estatal, são tidos como direitos de caráter negativo¹⁷⁵.

Em seguida, destacam-se os direitos fundamentais de segunda dimensão, que compreendem os direitos sociais, culturais e econômicos. Se os direitos fundamentais de primeira dimensão resultavam necessariamente no estabelecimento das garantias essenciais da liberdade, com a chegada da segunda dimensão, os referidos direitos passaram a abranger, além das garantias já existentes, os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos explicitados na Constituição¹⁷⁶.

Os abusos cometidos em decorrência da omissão do Estado deram origem ao aumento substancial das desigualdades sociais¹⁷⁷. A segunda dimensão dos direitos fundamentais quais sejam os direitos sociais, culturais e econômicos, é conhecida por buscar a igualdade social, já que representam uma nova ordem de valores. Em decorrência da nova concepção trazida aos direitos fundamentais, temos o entendimento de objetividade, no sentido de deixarem de ser mero direito individual e passarem a compor novos valores que se traduzem em uma dimensão objetiva contra os arbítrios do Estado¹⁷⁸.

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que assumem papel negativo, como já dito, os direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial os direitos sociais, demandam tutelas positivas do Estado. Segundo atenta Belchior, surge a partir de então uma concepção do mínimo necessário à dignidade humana:

Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, culturais e sociais, só que os últimos requerem prestações positivas (*status positivus*) por parte do Estado para suprir as carências da sociedade. É nessa dimensão que surge a ideia de mínimo existencial como núcleo da dignidade da pessoa humana. São os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao pleno desenvolvimento da existência individual, tendo o Estado como sujeito passivo, que devem ser cumpridos mediante

¹⁷⁴ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 77.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. Cit.* p. 32.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 564.

¹⁷⁷ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 81

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 565.

políticas públicas. De uma forma objetiva, pode-se dizer que são direitos não contra o Estado, tipicamente liberais, mas direitos através do Estado.¹⁷⁹

Portanto, em que pese a primeira dimensão ter trazido a tão sonhada liberdade, protegendo os indivíduos das intervenções do Estado, por si só a ausência do poder estatal nas relações não foi suficiente para regular a sociedade, ao passo que parcela significativa de pessoas foram exploradas, em face da omissão do Estado. Nesse diapasão, a segunda dimensão surgiu como forma de buscar ordenar o processo de institucionalização, conferindo os direitos sociais no fito de proteger toda a coletividade, e não mais somente o ser enquanto indivíduo¹⁸⁰.

No que concerne aos direitos fundamentais de terceira geração, acompanhando o lema exprimido na Revolução Francesa, qual seja liberdade, igualdade e fraternidade, já vimos que as duas primeiras dimensões dizem respeito à liberdade e igualdade, respectivamente. Nesse sentido, a terceira dimensão dos direitos fundamentais consolida a fraternidade, a solidariedade, dispondo-se ao amparo de grupos humanos, tais como família, povo, nação¹⁸¹.

Pode-se identificar cinco direitos da fraternidade, que consagram o princípio da solidariedade, bem como englobam a autodeterminação do povos, melhor qualidade de vida, progresso, dentre outros direitos difusos¹⁸², quais sejam o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹⁸³.

Logo, os direitos fundamentais de terceira dimensão possuem alcance universal, já que superam os limites de atingirem somente o indivíduo, caracterizando-se por serem detentores de titularidade coletiva e por reduzir as diferenças entre os povos, trazendo a solidariedade como parâmetro, assim como se destinando à proteção dos direitos de diversos grupos humanos¹⁸⁴.

Bonavides leciona, ainda, acerca da quarta dimensão dos direitos fundamentais, assim entendidos como o direito à democracia, o direito à informação, direito ao pluralismo¹⁸⁵ e os

¹⁷⁹ BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 82

¹⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. *Op. Cit.* p. 317.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang - *Op. Cit.* p. 34

¹⁸² BELCHIOR, Germana Parente Neiva - *Op. Cit.* p. 89

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 569

¹⁸⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MENDES, Gilmar Ferreira – **Tratado de Direito Constitucional**. *Op. Cit.* p. 317.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo – *Op. Cit.* p. 571

direitos relativos à quinta dimensão dos direitos fundamentais, que versam sobre a relevância do reconhecimento jurídico do direito à paz, com ideal de concórdia¹⁸⁶, sendo certo que a realidade do Direito busca constituir a paz social e a segurança, tão suplicadas pela sociedade. Daí afirmar que o Direito impõe o princípio da vida social dentro de certos limites, estabelecidos pela norma jurídica¹⁸⁷.

Compreendidos os Direitos Fundamentais, assim como suas dimensões e consolidação no texto Constitucional, trataremos agora acerca das influências que as normas relacionadas ao direito do consumidor possuem no que tange ao contrato de compra e venda feito sob o aspecto imobiliário.

No que tange aos contratos de promessa de compra e venda firmadas considerando que em relação às incorporações imobiliárias, mencionados contratos são, por força da lei, irretratáveis (artigo 32, parágrafo 2º da Lei 4.591/64)¹⁸⁸. Logo, de forma paradoxal, o tema dos distratos ainda é um dos mais controversos no mercado de imóveis.¹⁸⁹

3.2 MOTIVAÇÃO LEGISLATIVA

Dada a relevância social, bem como a carência de norma específica para a regulamentação no que toca aos contratos imobiliários, principalmente em relação à impossibilidade de pagamento pelo adquirente dos valores assumidos quando da contratação, o legislador entendeu por bem incluir no ordenamento jurídico pátrio parâmetros a serem conferidos em caso de rescisão contratual¹⁹⁰.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo – O direito à paz como direito fundamental da quinta geração. **Direitos Fundamentais & Justiça** [Em linha]. n.º 3 (abr./jun.2008). [Consult. 16 Out. 2017]. Disponível em http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf.

¹⁸⁷ VENOSA, Sílvio de - **Direito Civil: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 4.

¹⁸⁸ Lei nº 4.591 de 1964 - Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: (...)§ 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 nº 10.931, de 2004).

¹⁸⁹ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

¹⁹⁰ Rescisão pode ser conceituada como o rompimento do contrato por vontade de qualquer das partes. No entanto, se as duas partes possuem a vontade de desfazer o pacto firmado, estamos diante da rescisão bilateral, que pode ser chamada de distrato. Já se apenas de uma das partes pretende não mais continuar com o contrato, estamos diante de uma rescisão unilateral, conhecida também por denúncia. No tange à resolução esta é o rompimento do instrumento contratual de forma justificada, legalmente, não se levando em conta a vontade de

Nesse sentido, considerando que a desistência de compra dos imóveis adquiridos ainda na planta se tornou um verdadeiro tormento ao consumidor, haja vista a ausência de meios financeiros suficientes para arcar com tal ônus, o legislador, ainda em 2015, por intermédio do Deputado Federal Celso Russomano, apresentou o projeto de lei com o escopo de regular a matéria¹⁹¹.

A incorporação imobiliária pode ser definida, nos termos da Lei nº 4.591/64, como sendo um “ato jurídico por meio do qual o titular de um terreno aliena unidades de um futuro condomínio que será instituído após o término das obras”¹⁹². Em outras palavras, é popularmente conhecida como “venda na planta”.

Já o Loteamento é conceituado como fracionamento da terra para a criação de lotes, acrescentando serviços de infraestrutura, bem como concepção de novas vias para circulação. Da mesma forma que a incorporação imobiliária, considerando que ainda não há construção existente de fato, pode ser considerada uma espécie de “venda na planta”, em virtude de que, apesar do terreno já existir, “o loteador ainda terá de realizar as obras de infraestrutura do loteamento nos moldes do que se comprometeu no momento do registro do loteamento”¹⁹³.

Não podemos olvidar que a crise brasileira¹⁹⁴, com ápice em 2014, fora determinante para a propositura do mencionado projeto, em virtude da demasiada quantidade de ações judiciais existentes questionando os percentuais aplicados no momento da desistência do contrato por parte do consumidor.

qualquer das partes. Essa justificativa deve ser fundamentada de modo legal, ou seja, precisa ter amparo na legislação. Como exemplo de justo motivo, temos situações como o desequilíbrio econômico-financeiro, o implemento de uma condição resolutiva expressa ou o próprio inadimplemento. FREITAS, Diego – Como se encerram os contratos. **JusBrasil** [em linha]. (abr.2016). [Consult. 12 Mar. 2019]. Disponível em <https://defreitasdireito.jusbrasil.com.br/artigos/308163373/resolucao-resilicao-rescisao-denuncia-distrato>. Ver também 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

¹⁹¹ Projeto de Lei 1.220/2015: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>.

¹⁹² 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ CYTRYNOWICZ, Eduardo – **Crise brasileira de 2014: Causas Locais ou Resposta ao Cenário Internacional?** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2017. 55 f. Dissertação de Mestrado em Economia. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18706/diss_mestrado-ecytrynowicz-vfinal.pdf?sequence=6&isAllowed=y.

A justificativa do projeto de lei 1.220/2015, que culminou com a Lei nº 13.786, foi a seguinte:

A desistência de compra de imóveis na planta tem se tornado um tormento ao consumidor em face da ausência de norma legal que regulamente a questão. Atualmente os Tribunais de todo o País e as Ações Cíveis Públicas propostas pelo Ministério Público vem estabelecendo como justa a possibilidade de retenção pelas incorporadoras do valor de 10 % (dez por cento) sob título de ressarcimento de custos, todavia, algumas empresas ofertam a devolução de quantias menores aos consumidores, obrigando-os a procurarem o judiciário. Em face do exposto, propomos a presente regulamentação da questão para dar garantir segurança tanto aos consumidores quanto às empresas e evitando que inúmeras ações sejam encaminhadas ao judiciário.¹⁹⁵

Após longa tramitação no Congresso Nacional, foram apresentadas emendas parlamentares com o fito de complementar o projeto de lei apresentado, adequando-o ao contexto social, assim como ao conjunto de decisões judiciais já aplicadas ao tema.

Assim, fora apensado ao plano original o Projeto de Lei nº 2.616 que tinha como objetivos estabelecer prazos para o pagamento dos valores devidos em caso de restituição, possibilidade de retenção de valores pela incorporadora em situações nas quais o adquirente estivesse em mora e a forma de restituição¹⁹⁶.

Referido adendo acrescentava, ainda, “a proibição de retenção integral ou a devolução ínfima das parcelas pagas pelo promitente comprador quando da rescisão unilateral de contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária”¹⁹⁷ e a devolução de valores no caso de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

As proposições pretenderam, em apertada síntese, regular a resolução, ou rescisão, do compromisso de compra e venda de unidades imobiliárias autônomas adquiridas, ainda na planta, e estabelecer parâmetros, notadamente o limite máximo para a retenção, pelas incorporadoras e loteadores, dos valores pagos pelo adquirente no caso da desistência ocorrer por sua culpa exclusiva.

O objetivo maior, em meio à crise econômica havida no Brasil, é garantir uma segurança jurídica aos consumidores adquirentes de imóvel ainda na planta e, além disso,

¹⁹⁵ Câmara dos Deputados, justificativa ao Projeto de Lei 1.220/2015, que originou a Lei nº 13.786/2018: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1323397&filename=PL+1220/2015

¹⁹⁶ Câmara dos Deputados, apenso ao Projeto de Lei 1.220/2015 – Projeto de Lei 2.616 de autoria do Deputado Marcos Soares:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373087&filename=Tramitacao-PL+1220/2015.

¹⁹⁷ *Ibid.*

promover a garantia das empresas no tocante ao seu patrimônio e planejamento, tendo como consequência direta uma diminuição do volume de ações propostas no Poder Judiciário para discutir a matéria.

Inobstante tais considerações, vale salientar que a melhor proteção que se pode outorgar à sociedade é propiciar acesso à moradia, direito fundamental insculpido em nossa Carta Magna¹⁹⁸, por meio de um mercado seguro e equilibrado, que viabilize a oferta de habitação a preços viáveis e a concessão de crédito de longo prazo ao consumidor. Não se deve, ainda que em defesa de um hipotético interesse individual do consumidor adquirente de unidades imobiliárias, colocar em risco o direito coletivo daqueles consumidores que pretendem, de fato, manterem-se no empreendimento e, em última instância, todas as famílias que planejam a aquisição da casa própria¹⁹⁹.

Nesse sentido é tratado no Projeto de Lei nº 2.616:

Um empreendimento imobiliário, quando lançado, deve chegar à sua conclusão, com entrega das unidades prometidas para os consumidores. Para tanto, a incorporadora deve valer-se de toda sua expertise, de recursos disponíveis do sistema financeiro e da boa administração dos recursos, especialmente aqueles advindos do pagamento das parcelas do preço pelos consumidores.

Nesse sentido, a resolução dos contratos de compra por número expressivo de adquirentes e seu pleito de devolução praticamente integral, impactam severamente o fluxo de caixa do empreendimento, podendo comprometer o andamento das obras e até mesmo a obtenção de financiamento bancário.

A aquisição da propriedade imobiliária no Brasil não é intenção das mais fáceis. São mínimos os casos em que se consegue adquirir um imóvel com pagamento à vista. Daí a necessidade e conveniência da promessa de venda e compra, que deve ser irrevogável em benefício de ambas as partes.

O caráter de irrevogabilidade da promessa de venda e compra foi introduzido na legislação a partir do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937 e da Lei nº 649, de 11 de março de 1949, justamente em proteção ao adquirente, que até então se via em posição bastante frágil. Seguindo a mesma esteira e o aprimoramento jurisprudencial, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.417, garante ao promitente comprador o direito real à aquisição do imóvel, desde que não contenha cláusula de arrependimento e esteja registrado no Registro de Imóveis. Somado a isso, o artigo 1.418 assegura a outorga da escritura definitiva de compra e venda, em favor do promitente comprador, também desde que o contrato seja irrevogável e irretroatável.

O §2º do art. 32 da Lei nº 4.591, de 1964, e o art. 25 da Lei 6.766, de 1979, assevera exatamente isso, ou seja, que os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretroatáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a

¹⁹⁸ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Capítulo II, Dos Direitos Sociais - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁹⁹ Câmara dos Deputados, apenso ao Projeto de Lei 1.220/2015 – Projeto de Lei 2.616 de autoria do Deputado Marcos Soares:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373087&filename=Tramitacao-PL+1220/2015.

adjudicação compulsória perante o empreendedor. Veja-se que o caráter de irrevogabilidade e irretratabilidade opera principalmente em favor do comprador.²⁰⁰

Digno de nota esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor não modificou este aspecto. Nos dizeres do doutrinador Silvio Venosa, destaca-se justamente esta característica, ressaltando a proteção conferida por lei à parte mais vulnerável economicamente:

O compromisso de compra e venda é um contrato, portanto, perfeito e acabado. Não é contrato preliminar típico. Deve ser examinado e interpretado, sem dúvida, do ponto de vista negocial. Contudo, como em tantos outros fenômenos jurídicos, trata-se de contrato dirigido ou regulamentando, representado em grande parte por normas cogentes que visam à proteção da parte, em tese, mais fraca economicamente, o adquirente, mas resguardando de igual modo, com eficácia, o alienante, na hipótese de inadimplemento²⁰¹.

Seguindo com as justificativas e fundamentos do adendo ao projeto original, temos que não se deve autorizar a rescisão do contrato relacionado à aquisição do imóvel em um instante aleatório, beneficiando unicamente um consumidor, sem comprovada necessidade. Essa vontade pode ocasionar acentuado desequilíbrio na relação e não localiza amparo no ordenamento jurídico, já que a legislação, a doutrina e as decisões judiciais, ainda que se mostrem protetivas ao consumidor, não lhe atribuem arbitrariedade²⁰².

Confirmando tais fundamentos, podemos evidenciar o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Aldir Passarinho Junior:

CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INICIATIVA DO ADQUIRENTE INADIMPLENTE. IMPROCEDÊNCIA. SITUAÇÃO PECULIAR. OCUPAÇÃO DA UNIDADE POR LARGO PERÍODO. USO. DESGASTE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. I. A rescisão do contrato de compromisso de compra e venda é direito do comprador, a gerar a restituição parcial das parcelas pagas (2ª Seção, EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 09.12.2002; 4ª Turma, REsp n. 196.311/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 19.08.2002; 4ª Turma, REsp n. 723.034/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior,

²⁰⁰ Câmara dos Deputados, apenso ao Projeto de Lei 1.220/2015 – Projeto de Lei 2.616 de autoria do Deputado Marcos Soares: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373087&filename=Tramitacao-PL+1220/2015.

²⁰¹ VENOSA, Silvio de – **Direito Civil: direitos reais**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 519.

²⁰² Câmara dos Deputados, apenso ao Projeto de Lei 1.220/2015 – Projeto de Lei 2.616 de autoria do Deputado Marcos Soares: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1373087&filename=Tramitacao-PL+1220/2015.

unânime, DJU de 12.06.2006, dentre outros).

II. Caso, todavia, excepcional, em que ocorreu a desistência, porém já após a entrega da unidade ao comprador e o uso do imóvel, o que torna inviável o exercício do direito de restituição do bem e devolução de valores, em tal situação, porque definitivamente constituído o negócio, impossibilitado o seu desfazimento unilateral, em razão da norma do art. 1.092 do Código Civil anterior.

III. Recurso especial conhecido e provido.²⁰³

Note-se que, não obstante tenha sido reconhecida a possibilidade do consumidor em mora buscar a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda, esse direito não deve se alongar de forma indeterminada no decorrer do contrato, já que o critério temporal representa possível desgaste do imóvel.

A Lei nº 13.786 deve ser interpretada em conformidade com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como se levando em consideração a Lei de Incorporações (Lei 4.591/64) e o Código Civil. Tal método de interpretação deu origem ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que consolidou seu posicionamento na súmula 543, abaixo trazido.

Súmula 543 - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).²⁰⁴

Consoante estabelecido na referida súmula, na situação de resolução do contrato, o valor deve ser restituído de forma imediata e em sua integralidade, caso tenha sido dado causa pelo incorporador ou construtor. Já se o adquirente tiver causado o desfazimento do contrato, o valor da restituição será parcial. No entanto, mencionado entendimento não especificou qual valor seria restituído, lacuna essa suprida pela Lei nº 13.786 e que será aprofundada mais adiante.

O adquirente que optar, de modo unilateral, por não dar seguimento ao contrato de compra e venda, no mesmo prazo no qual o vendedor poderá, também, desistir da incorporação, a legislação disciplina acerca da nulidade absoluta de dispositivo constante no contrato que autorize o fornecedor, de modo imotivado e unilateralmente, a cancelar o

²⁰³ Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 476.780-MG.

²⁰⁴ Superior Tribunal de Justiça.

instrumento pactuado, sem igualdade de direito outorgado ao consumidor, nos termos do artigo 51, XI do CDC²⁰⁵.

Em conflito com mencionado dispositivo, temos o que dispõe o artigo 34 da Lei 4.591/64, no qual aduz que o incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento²⁰⁶.

Nos termos do que afirma Ferreira Neto, temos que como hipótese legal de rescisão unilateral, em virtude de se tratar de direito potestativo do vendedor, seja construtor ou incorporador, a interpretação dos dispositivos, de aparente conflito, ou seja, antinomia, o direito do incorporador seria ilegal se a mesma condição não fosse atribuída ao consumidor:

Todavia, conjugando-se tal direito garantido pela Lei de Incorporações com a norma do CDC que comina de nula a regra que permite a desistência apenas ao fornecedor (artigo 51, XI), tem-se aparente antinomia. O direito do incorporador garantido por lei inserido no contrato seria ilegal por força do CDC, a menos que o mesmo direito fosse atribuído também ao consumidor²⁰⁷.

Assim sendo, pode-se conferir ao construtor ou incorporador a opção de não mais prosseguir com a incorporação, inexistindo, em uma primeira análise, ilegalidade de tal benefício com base no CDC. No entanto, está intrinsecamente relacionado com forma de garantir o adquirente, que não terá sua expectativa fracassada no que diz respeito ao recebimento do imóvel futuro já negociado e adquirido na hipótese da construção não lograr êxito no prazo estabelecido, ainda levando-se em consideração o prazo de carência estabelecido.

Infelizmente, em virtude principalmente da crise ocorrida no Brasil, o fracasso de incorporações tornou-se um martírio cada vez mais comum, tanto por conta do lançamento não ter alcançado o número de negociações desejadas, como em virtude de fatos

²⁰⁵ Código de Defesa do Consumidor – **Lei nº 8.078 de 1990** – Capítulo VI – Da Proteção Contratual, Seção II – Das Cláusulas Abusivas - Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor.

²⁰⁶ Lei de incorporação imobiliária – **Lei nº 4.591 de 1964** - Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

²⁰⁷ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

supervenientes e da dificuldade da incorporadora no aspecto de obtenção de financiamento e de crédito, dentre vários outros fatores²⁰⁸.

Nessa mesma linha de raciocínio, deve-se, de modo equitativo, para equilibrar a relação, outorgar ao consumidor prerrogativa equivalente no sentido de definir a possibilidade de desistência do contrato firmado em relação à aquisição futura do imóvel objeto da incorporação. Ou seja, na hipótese de não se afastar o direito do incorporador, em virtude da disciplina normatizada, haja vista não haver incompatibilidade “em razão da natureza do negócio, não há como não atribuir a mesma prerrogativa ao consumidor, nos termos do artigo 51, XI”²⁰⁹, conforme já referido.

Antes da vigência da Lei nº 13.786, teoricamente, a incorporadora poderia fracionar o pagamento da restituição ao comprador em caso de resolução da promessa de compra e venda pelo adquirente (“desistência”).

Entretanto, com ausência de previsão legal ou contratual expressa, não seria conferido ao consumidor o direito desistir, sem justificativa, do contrato celebrado, nos termos do artigo 473, Código Civil e do artigo 32, parágrafo 2º da Lei de Incorporações. Se o faz, a desistência importaria em resolução do contrato, podendo, antes da Lei nº 13.786, “a incorporadora restituir os valores recebidos com as retenções decorrentes das perdas e danos causados pelo ato ilícito contratual do adquirente”²¹⁰.

Nesse sentido afirma Ferreira Neto:

Na ausência de estipulação em contrário, a restituição deve ser paga à vista, em parcela única. Tal conclusão não impede, no entanto, que outros mecanismos de restituição sejam estabelecidos nas promessas de compra e venda. O parcelamento da restituição, por exemplo, não se revela abusivo. Uma cláusula com esse teor não

²⁰⁸ Conforme leciona Ferreira Neto, temos que esses pressupostos de formação, execução e extinção do contrato de incorporação, que identificam como fonte de alimentação financeira o produto da alienação do seu próprio ativo, explicam e justificam a faculdade legalmente atribuída ao incorporador de valer-se de um prazo de carência, no qual poderá aquilatar, com razoável grau de precisão, a receptividade do produto ofertado, podendo, então, confirmar ou desistir da realização do empreendimento. FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>. Ver também CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, abr-jun/2016.

²⁰⁹ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

²¹⁰ Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002 - Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

poderia ser considerada iníqua, nos termos do artigo 51, IV, do CDC, porque, ao contrário, tem uma justa razão de ser: do ponto de vista financeiro, fazer o desembolso à vista do que se recebeu em parcelas impactaria gravemente o fluxo de caixa do empreendimento, com reflexos para todos os adquirentes. Assim, desde que estabelecida cláusula com esse teor, o parcelamento não se mostrará despropositado. A adoção desse mecanismo será compatível com a função social do contrato, de modo a não permitir que a vontade individual de um contratante, mesmo um consumidor contratante, possa influir negativamente na situação jurídica dos demais consumidores que, como ele, se vincularam ao empreendimento objeto da incorporação²¹¹.

Logo, em que pese as nuances da incorporação, a restituição dos valores pagos de forma parcelada era a opção mais comum por partes das construtoras, que ainda realizavam a retenção dos valores que entendiam, haja vista ausência de norma para regular a situação. Logo, a adequação das disciplinas constantes na lei de incorporação com o sistema trazido pelo CDC não era suficiente para normatizar todas as situações e abranger as hipóteses de retenção e restituição dos valores²¹².

Mencionados dispositivos deixam clara a realidade do Brasil, completamente diversa de vários outros países, em que pese a peculiaridade do parcelamento ser algo praticamente intrínseco nas negociações, tanto que o legislador optou por incluir a possibilidade no novo código de processo civil de 2015.

Considerados, nesse sentido, o intuito pessoal do consumidor que desistiu de prosseguir com o contrato, há de se frisar o justo receio expressado pelo Superior Tribunal de Justiça no que toca aos danos que um contratante possa impor aos demais, sob a ótica dos interesses coletivos, que estejam em posição idêntica sua em face de uma mesma

²¹¹ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

²¹² Veja-se, por exemplo, o direito ao parcelamento das despesas processuais (artigo 98, parágrafo 6º, Código de Processo Civil), o parcelamento da compra de bem penhorado (artigo 895, parágrafo 1º, CPC) e, mais importante, o direito do executado pagar o débito exequendo em até seis parcelas (artigo 916, CPC). FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>. Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 2015 - Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (...) § 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento. Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito: § 1º A proposta conterá, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis. Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

incorporadora ou construtora²¹³, a exemplo do que acontece no caso de “consórcios, o parcelamento revela-se um caminho do meio justo e a adequado: nem se impõe às incorporadoras o pagamento à vista e imediato nem impõe ao desistente aguardar o fim das obras do empreendimento”²¹⁴.

A cláusula penal²¹⁵, portanto, deve se limitar a 10% do valor pago pelo adquirente, em que pese o término do contrato poderá, ainda, ensejar a incidência de cláusula penal²¹⁶, na possibilidade de que esta tenha sido firmada no momento da contratação.

Destarte, resta latente a premente necessidade de lançar mão da interpretação de modo sistemático do Código de defesa do consumidor, em conjunto com o Código Civil, bem como da legislação de incorporações, sendo sugerida a aplicação do percentual de 10% como teto da cláusula penal por rescisão, prevista no artigo 63, parágrafo 4º da Lei 4.591/64.²¹⁷

O mencionado artigo aborda os efeitos decorrentes do não pagamento, ou seja, da inadimplência, por parte do consumidor, das parcelas relacionadas ao preço contratado, no caso de construção em condomínio (artigo 48, Lei 4.591/64). Nessa hipótese, a legislação confere autorização com o escopo de que o imóvel do consumidor em mora seja levado a

²¹³ Para a hipótese de consórcios, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça fixou em rito de recursos repetitivos que “é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano” (REsp 1.119.300/RS, rel. min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, DJe 20/10/201, j. em 14/4/2010).

²¹⁴ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

²¹⁵ Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002 - Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

²¹⁶ “Cláusula penal também pode ser chamada de pena ou multa. (...) multa moratória só se aplica para casos de inadimplemento relativo, ao passo que multa compensatória só recai no caso de inadimplemento absoluto. No caso de contratos de aquisição de imóvel “na planta”, se qualquer das partes atrasa (comprador atrasa pagamento de prestação ou vendedor atrasa entrega das obras), será cabível a cobrança de multa moratória se o credor não pedir a resolução do contrato e preferir receber a prestação em mora (inadimplemento relativo). Por outro lado, será devida multa compensatória se o credor pedir a resolução do contrato (inadimplemento absoluto). Em princípio, cabe ao credor decidir se a prestação inadimplida é ou não útil, conforme parágrafo único do art. 395 do CC”. 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²¹⁷ Lei nº 4.591 de 1964 - Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato. § 4º Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver.

leilão. O produto da venda deverá ser destinado ao condomínio de construção, deduzindo-se deste valor, dentre outras retenções, “10% de multa compensatória”²¹⁸.

Sobre a quantia adimplida pelo consumidor que adquiriu a unidade deve incidir os mencionados dez por cento. Logo, está equivocado e é arbitrário se a multa referida incidir sobre o valor integral do contrato, incluindo-se todas as quantias ainda não vencidas. Essa limitação é coerente e compatível com o sistema normativo que rege a relação construtor/consumidor e não se traduz, de nenhuma forma, transgressora do Código de Defesa do Consumidor, bem como não onera excessivamente quem adquiriu o imóvel²¹⁹.

Noutro giro, levando-se em consideração o caráter do negócio, ainda na suposição de condomínio de construção, no qual não há incidência do CDC, percebeu o legislador da Lei 4.591 que o percentual de 10% era apropriado, despontando como acautelada e admissível a utilização do mesmo parâmetro²²⁰. O sinal, por sua vez, que é aquele valor pago inicialmente, também chamado de arras, pode ser definido previamente como reparação pelo prejuízo acarretado em decorrência da desistência do adquirente e sua perda, conforme prevê o Código Civil brasileiro, não pode ser cumulada com a cláusula penal²²¹.

Digno de nota ressaltar que, uma vez convencionado o pagamento das arras, uma questão latente é sobre a possibilidade jurídica de perda dessa quantia, haja vista a imposição de cláusula penal. Tal questionamento aparece por conta do artigo 416 do Código Civil, em seu parágrafo único, no qual disciplina no seguinte sentido: “ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi

²¹⁸ Lei nº 4.591 de 1964 - Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

²¹⁹ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

²²⁰ Em 27 de abril de 2016, a Secretaria Nacional do Consumidor, a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira da Incorporadoras, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção, a Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário e a Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário firmaram o “Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores”. A respeito das desistências, previa o pacto, no mesmo sentido do que aqui se defende, uma “multa fixa, em percentual nunca superior a 10% (dez por cento) sobre o valor do imóvel prometido comprar” (*sic*) ou “perda integral das arras (sinal), e de até 20% sobre os demais valores pagos pelo comprador, até então”. A despeito de sua assinatura, o pacto fora suspenso para ampliação dos debates junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Não se tendo alcançado consenso sobre exigências realizadas por entidades ligadas do SNDC, o pacto, que visava uniformizar cláusulas cuja legalidade era discutida em milhares e milhares de processos judiciais, não chegou a ter vigência.

²²¹ Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002 - Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”²²².

Já o artigo 419, também do Código Civil brasileiro, leciona que “a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização”²²³.

Os dois artigos suso mencionados determinam uma indenização mínima em caso de descumprimento do contrato. A cláusula penal²²⁴ compensatória, que pode incidir na conjectura de não cumprimento do contrato em caso de inexecução por parte do consumidor, prefixa indenização para a hipótese de inadimplemento contratual²²⁵. Portanto, as arras, caso pactuadas, da mesma forma podem ter o objetivo de prefixar o valor da indenização em caso de descumprimento contratual.²²⁶

Destarte, o posicionamento acerca da impossibilidade de cumulação é acertado, haja vista a vedação de *bis in idem*. Acertados, no instante de assinatura contratual, o sinal e a cláusula penal compensatória, o não cumprimento das obrigações implica a perda do sinal apenas, contudo, não da cláusula penal ao mesmo instante²²⁷.

²²² Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002 - Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

²²³ Código Civil – Lei nº 10.406 de 2002 - Art. 419. A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte inocente exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras como o mínimo da indenização.

²²⁴ A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no último dia 10 de abril de 2019, adiou o julgamento onde se discutia a cumulação da indenização pelos lucros cessantes com cláusula penal nos casos de atraso na entrega do imóvel por parte da construtora.

²²⁵ O inadimplemento pode ser absoluto ou relativo. É absoluto, quando a prestação se torna inútil com o descumprimento da prestação. Nesse caso, o contrato deve ser resolvido, mas o devedor terá de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor. Essa indenização pode ser prefixada por meio de uma cláusula penal compensatória (ou multa compensatória). O inadimplemento é relativo quando a prestação atrasada (em mora) ainda é útil. Nesse caso, o contrato se mantém, mas caberá ao devedor pagar a prestação atrasada acrescida de encargos moratórios. Entre esses encargos moratórios, pode ser estipulada uma cláusula penal moratória (ou multa moratória). 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²²⁶ “Da tradição histórica vêm as quatro funções cometidas às arras: a) confirmatória do negócio; b) de adimplemento (princípio de pagamento da obrigação estatuída); c) de efeito da resolução imputável e culposa; e d) possibilidade de lícito arrependimento do negócio, se assim ajustado” MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 735.

²²⁷ Assim já decidiu o STJ, como se vê do acórdão do REsp 1.617.652/DF, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 29/9/2017.

Em decorrência evidente, o sinal pode ser ajustado de forma a servir de reparação prefixada em caso de descumprimento por parte do consumidor. Logo, é possível que o contrato de promessa de compra e venda, contenha a ressalva de que a retenção do valor não afasta a obrigação de recompor outros danos que superem o valor das arras, nos termos do que dispõe o artigo 419 do Código Civil. Logo, os prejuízos que ultrapassem o valor do sinal deverão ser provados²²⁸.

Portanto, temos que as normas devem ser interpretadas em conformidade com sua teleologia, de modo a não prejudicar a parte mais frágil na relação que, no caso em comento, é o consumidor, dada sua hipossuficiência.

Assim sendo, além da interpretação teleológica e sistemática aplicadas ao exemplo mencionado, temos que as normas que regem a relação de consumo são mais atuais quando comparadas aos dispositivos da lei de incorporação imobiliária, além de ser norma mais específica da relação de consumo, sendo, com isso, mais dois motivos, lançando mão do critério espacial e da especialidade.

3.3 ENQUADRAMENTO DA NOVA LEGISLAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Conforme já mencionamos no primeiro capítulo deste trabalho, o doutrinador Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito, estabeleceu que as normas devem ser oriundas de fato relevante, ou seja, de fato valorado pela sociedade. Daí as três vertentes do direito, quais sejam fato, valor e norma.

Ou seja, necessário se faz, em todas as deliberações normativas, que, uma vez existente um fato e este se torna relevante, isto é, valorado pela sociedade, a função legislativa do Estado deve cumprir seu dever de legislar acerca do tema importante.

Assim sendo, em que pese o clamor social advindo dos inúmeros processos judiciais em busca de solucionar o litígio decorrente da desistência do consumidor no que tange ao

²²⁸ FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.

contrato imobiliário, fora aprovada e sancionada a Lei nº 13.786, que possui status de lei ordinária, tal como o Código de Defesa do Consumidor²²⁹.

Digno de nota trazer à baila considerações pertinentes acerca do atual momento vivido pelo Brasil, no sentido de contextualizar o instante histórico, tarefa da qual o Direito não deve se furtar.

Conforme ratificado por Tartuce, nos derradeiros anos, uma quantidade significativa de consumidores, depois de assinarem contratos de aquisição de imóveis, ainda em construção, para pagamento parcelado, quedaram em mora ou optaram por rescindir o contrato, de forma unilateral. Diversos podem ser os motivos que ensejaram tal decisão de não mais prosseguir com o cumprimento do que fora pactuado, dentre eles podemos mencionar “o desemprego, custeio de doenças, descontrole financeiro, mudança de cidade ou desinteresse posterior pelo bem”²³⁰.

O cenário da crise brasileira²³¹, conforme já mencionado, incluindo o setor imobiliário, de certo elevou a gravidade da situação. A obrigação pecuniária assumida no instante da contratação da compra e venda do imóvel na “planta”, ou seja, ainda não edificado, tornou-se mais oneroso do que a avaliação venal do imóvel no instante de sua finalização.

Diversas são as situações nas quais a dívida a ser paga pelo adquirente no instante do recebimento das chaves do imóvel ultrapassava, em demasia, o valor de mercado do bem. Fato este que obrigava ao comprador a buscar romper “o contrato unilateralmente (resilição unilateral) e a reclamar judicialmente a devolução dos valores pagos com deduções não abusivas”²³².

Alguns aspectos são relevantes e concernes ao enquadramento da Lei nº 13.786 no sistema brasileiro, quais sejam os que se referem ao alcance da lei e sua abrangência, a quem

²²⁹ MENEZES, Rodolfo Rosa Telles – Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. (jan.2012). [Consult. 24 Set. 2018]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002.

²³⁰ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²³¹ GARCIA, Giselle – Entenda a Crise Econômica. **Agência Brasil** [em linha]. (mai.2016). [Consult. 10 Abr. 2019]. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica>.

²³² 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

se destina a proteção conferida pelo novo diploma legal, a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolvem a rescisão unilateral, ou denúncia do contrato, pelo adquirente, e, por fim, porém não menos importante, feitos que tangem acerca da irretroatividade da norma jurídica em comento.

Conforme já abordado, rescisão se trata de desfazimento do contrato por vontade das partes. Caso os envolvidos, em conjunto, decidam não mais prosseguir com o pacto firmado, estamos diante do distrato. Ou seja, o distrato, também conhecido por rescisão bilateral, leva em conta a vontade não somente de uma das partes, mas de ambas.

Nesse sentido, uma atecnia²³³ apontada pela doutrina, diz respeito ao nome dado à Lei nº 13.786, conhecida como lei do distrato. Ora, mencionado diploma legal aborda em seus artigos possibilidades de denúncia contratual, isto é, rescisão unilateral, que ocorre quando apenas uma das partes deseja romper o contrato, bem como traz hipóteses de resolução contratual, que é o desfazimento do contrato por justo motivo, como a inadimplência, v.g.

A circunscrição atingida pela lei está relacionada aos imóveis que ainda estão em construção, ou seja, aqueles referentes aos procedimentos de incorporação imobiliária, mas atingem também, por analogia, caso o adquirente seja qualificado como consumidor, os imóveis já edificados. Além disso, em se tratando dos contratos firmados, não somente os contratos de promessa de compra e venda são abrangidos pela lei, incluindo-se, ainda, os contratos de permuta realizados com compradores que se caracterizam como consumidores. Nesse sentido, temos a seguinte lição de Tartuće:

De outro, é equivocado entender que a lei trata de todos os contratos de aquisição de imóvel. Ela, na verdade, só cuida dos que envolvem venda de imóveis “na planta”, seja em regime de incorporação, seja em regime de loteamento. Portanto, contratos de venda de imóveis já construídos entre particulares não são tratados pela nova lei. Apesar disso, em se tratando de venda de imóveis construídos, deve ser admitida, por analogia, a aplicação da nova lei quando o comprador puder ser considerado consumidor, pois, onde há o mesmo fundamento, deve haver a mesma regra (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris*). O art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro autoriza essa analogia. Em vendas entre particulares sem relação de consumo, não há razão para a incidência analógica da nova lei: o regime da liberdade contratual deve seguir as regras gerais do direito civil. Por fim, embora a lei só trate de contratos de compra e venda e de seus desdobramentos (promessas e

²³³ “Nesse sentido, temos que a nova lei tropeçou em algumas atecnias redacionais, como, por exemplo: (1) empregar, no § 3º do 32-A da Lei nº 6.766/79, o termo “escritura” como se fosse categoria congênere de contrato, quando a escritura é uma mera forma de um contrato; (2) valer-se do verbete “distrato” no lugar de “rescisão unilateral” no inciso V do art. 26 da Lei nº 4.591/64; (...) As críticas aos tropeços técnicos da lei já estão sendo disparadas por grandes juristas. Por exemplo, o civilista Otávio Luiz Rodrigues Junior fez várias denúncias, afirmando que: (1) ao tratar de resolução e rescisão como se fossem iguais, a nova lei ignorou que se tratavam de “hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica.” *Ibid.*

cessões), ela também deve ser estendida, por analogia, *mutatis mutandi*, a outras espécies contratuais envolvendo transferência de imóvel, como o contrato de permuta. Assim, se um consumidor trocar um terreno próprio por um apartamento “na planta”, devem-se observar analogicamente as regras da nova lei, como as de limites de valores de multas compensatórias.²³⁴

Em virtude do desequilíbrio existente em muitas relações negociais, haja vista o ordenamento jurídico resguardar os direitos dos hipossuficientes, temos que leis de ordem pública influenciam e limitam os contratos de natureza civil. Tal acontecimento é denominado de publicização²³⁵, podendo ser definido como a interpretação de normas, de caráter público, lançando mão da aplicação de tal conteúdo no direito civil, devendo ocorrer quando há na relação desigualdade de obrigações. Como exemplo nítido de tal fenômeno, temos os contratos de adesão, nos quais o consumidor não possui força suficiente para alterar qualquer cláusula²³⁶.

Logo, temos que, dentro da motivação legislativa, o intuito primordial da lei, além de conferir limitações normativas, está intrinsecamente vinculado a outorgar determinados benefícios à parte mais fragilizada na relação, mitigando alguns conceitos com o escopo de conceder regalias para proteger o consumidor adquirente, mais vulnerável na relação. A ideia, portanto, é relativizar princípios, como a atenuação do *pacta sunt servanda* e “a autonomia da vontade em proteção ao consumidor, que é parte mais vulnerável e que não dispõe do mesmo poder de barganha”²³⁷.

Corroborando com tal posicionamento, trazemos à colação a seguinte lição do professor Flávio Tartuce:

²³⁴ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²³⁵ NOREMBERG, Alessandra – A publicização do direito privado e a privatização do direito público. **Jus Navigandi** [Em linha]. (dez.2014). [Consult. 24 Mar. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35120/a-publicizacao-do-direito-privado-e-a-privatizacao-do-direito-publico>.

²³⁶ “O nosso ordenamento preocupa-se com esses contratos firmados por partes com força negocial desigual, editando leis de ordem pública. Trata-se do fenômeno conhecido como publicização, que é a utilização de normas de ordem pública para o direito civil. Isso ocorre quando há um desnível de forças entre as partes na negociação a flexibilizar a livre iniciativa, que é um valor constitucional e que respalda o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade” 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²³⁷ Assim disciplina o Art. 6, inciso v, do Código de Defesa do Consumidor: “ V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;” *Ibid*.

Logo, a nova lei tem de ser interpretada no sentido de proteger o adquirente do bem, colocando limites a cláusulas exageradas contra ele. Seria inconstitucional seguir outra diretriz interpretativa, porque a livre iniciativa prevista no art. 170 da Carta Magna brasileira²³⁸ só pode ser flexibilizada quando houver algum valor social relevante protegido pela CF, como o da proteção do consumidor. Ademais, não se pode ignorar que a nova lei nasceu num contexto em que a jurisprudência já tinha consolidado alguns entendimentos, como a inversão de cláusulas contra as incorporadoras, a limitação da multa compensatória em percentual de 10 a 15% etc. A maior parte desses entendimentos se baseia no uso de princípios protetivos ao consumidor, razão por que a nova lei tem de ser interpretada como um retoque jurídico a esse cenário jurisprudencial atual. Assim, se a nova lei não afastou explicitamente alguns desses entendimentos jurisprudenciais e se estes eram favoráveis ao adquirente, o intérprete deve considerá-los como subsistentes. Por exemplo, a inversão da multa compensatória em desfavor do incorporador ou do loteador não foi textualmente afastada; logo, ela precisa ser entendida como subsistente²³⁹.

Destarte, não deve ser afastada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, os princípios nele protegidos. No entanto, deve ser clara a alcançabilidade da lei em contratos nos quais figure em um dos polos o consumidor, haja vista que existem adquirentes que possuem poder de modificar as cláusulas contratuais, muitas vezes com capacidade maior de determinar os dizeres do contrato do que a incorporadora, como por exemplo os casos de grandes investidores que, com elevado poder aquisitivo e assessoria jurídica, conseguem impor limitações e, não sendo destinatários finais do produto adquirido, bem como por não serem hipossuficientes, não necessitam da proteção do CDC.

Nos dizeres de Tartuce, temos a disciplina a seguir transcrita:

Referido diploma legal modificou apenas a Lei nº 4.591/64 e a Lei nº 6.766/76, e não o CDC. Daí surge a questão: as novas regras serão aplicadas também para relações de consumo? Há casos em que o adquirente de imóvel “na planta” não é consumidor, a exemplo de fundos de investimentos imobiliários. Não há dúvidas de que esses casos são alcançados pela nova lei. O problema é saber se consumidores

²³⁸ Constituição Federal do Brasil. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

²³⁹ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

também são atingidos. Entendemos que a nova lei será aplicável quando houver consumidor, pois, além de os debates no Congresso Nacional terem sido focados em calibrar as regras perante os consumidores, a nova lei faz referência esparsa ao CDC em alguns dispositivos, a exemplo do novo art. 35-A da Lei 4.591/64. De fato, o CDC será aplicável concomitantemente à nova lei, de modo a limitar práticas abusivas para proteção da parte mais vulnerável. Diante do aparente conflito entre a nova lei e o CDC, somos pela utilização da técnica do “Diálogo das Fontes”, que entrega ao jurista a missão de coordenar as duas normas em conflito para, no caso concreto, obter a solução mais justa. Portanto, o CDC deve ser aplicado em harmonia com a nova lei nos contratos de aquisição de imóvel “na planta” firmados por consumidores.²⁴⁰

Assim sendo, temos por evidente o intuito do legislador no que se refere à aplicabilidade dos princípios e disposições constante no Código de Defesa do Consumidor em relação aos contratos firmados que tenham como objeto a aquisição futura de unidade imobiliária adquirida em regime de incorporação. Digno de nota repisar que o escopo da Lei nº 4.591/64, desde sua elaboração, já era de proteger os direitos do adquirente que estava a comprar um imóvel ainda não edificado. Ou seja, nada mais lógico que as alterações ocorridas posteriormente ainda possuam em seu bojo o interesse em proteger a parte mais frágil na relação.

No que concerne aos contratos de aquisição, sob a ótica de incorporação imobiliária, firmados anteriormente à publicação e vigência da Lei nº 13.786/2018, temos que o Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, entendeu que mencionado diploma legal não se aplica aos referidos contratos, haja vista a irretroatividade da lei, conferindo, assim maior segurança jurídica aos negócios pactuados:

A Lei do Distrato Imobiliário (13.786/18) não se aplica a contratos firmados antes de sua vigência. A decisão é da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recursos repetitivos que tratam das penalidades contra construtoras em casos de atraso na entrega do imóvel. O julgamento de mérito foi marcado para o dia 10/4. Salomão afirmou que não é possível aplicar a nova lei para resolver casos anteriores à vigência. O relator, ministro Luis Felipe Salomão, citou exemplos da 3ª e da 4ª Turma do STJ, mostrando que, pela irretroatividade da lei, não é possível mudar o entendimento jurisprudencial em processos pendentes de julgamento, mesmo com a mudança posterior normativa. "Penso que não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei 13.786/18 para solução de casos anteriores ao advento do mencionado diploma legal", considerou. Segundo o ministro, a questão de ordem objetivava propiciar "adequado amadurecimento" sobre as questões dos repetitivos, ensejando segurança, evitando surpresas e permitindo maior qualificação dos debates na solução dos recursos afetados. Salomão negou ainda o pedido de ingresso no processo, como *amicus curiae*, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor; da Câmara Brasileira da Indústria da Construção; da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias; do Sindicato da Indústria da Construção

²⁴⁰ *Ibid.*

Ao analisar um caso hipotético de consumidor que não adimplir as obrigações contratadas no instrumento pactuado, mesmo que esse descumprimento ocorra após a lei, ainda que seja o contrato anterior a ela, temos não ser viável a aplicação do novel instrumento legal, haja vista o iminente risco de ocorrer retroatividade, ainda que ínfima, da nova lei²⁴².

Portanto, na linha de pensamento do Ministro Luis Felipe Salomão, ao julgar recursos repetitivos²⁴³ que tratam de penalidades contra construtoras em casos de atraso na entrega do imóvel: “Penso que não se pode cogitar de aplicação simples e direta da nova Lei nº 13.786/18 para solução de casos anteriores ao advento do mencionado diploma legal”²⁴⁴.

Mesmo diante de um posicionamento balizado e devidamente fundamentado, a doutrina coloca como arriscada a possibilidade do Poder Judiciário alterar seu entendimento, já consolidado, e, ainda que não se indique de forma direta a lei de 2018, chegar ao resultado semelhante:

²⁴¹ FADO, Sandra – Lei do Distrato não vale para contratos firmados antes de sua vigência. Revista **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mar.2019). [Consult. 02 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-28/lei-distrato-nao-vale-contratos-antiores-vigencia>.

²⁴² 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

²⁴³ **Superior Tribunal de Justiça** - O art. 1.036 do Código de Processo Civil-CPC/2015 dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada, a controvérsia. Recurso repetitivo, portanto, é aquele que representa um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito. Segundo a legislação processual, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionar dois ou mais recursos que melhor representem a questão de direito repetitiva e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça para afetação, devendo os demais recursos sobre a mesma matéria ter a tramitação suspensa. Após o julgamento e publicação da decisão colegiada sobre o tema repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça a mesma solução será aplicada aos demais processos que estiverem suspensos na origem. Essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) ressalta a importância do precedente firmado pelo STJ no julgamento de recursos repetitivos e prevê providências administrativas relacionadas à divulgação e à publicidade, com o intuito de facilitar o acesso a esses dados pelas partes, advogados, juízes e tribunais. Nesta página, o usuário poderá, por meio dos menus, acessar informações importantes sobre os recursos repetitivos e a sua organização no âmbito do STJ, bem como consultar, no menu “Acesso ao sistema” os processos submetidos a essa técnica de julgamento em todas as suas fases de tramitação. A principal finalidade desse espaço, portanto, é a de apresentar de forma direta as informações sobre os recursos repetitivos para permitir a efetividade dos dispositivos do Novo Código de Processo Civil que dispõem sobre os efeitos decorrentes dessa técnica de julgamento. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>.

²⁴⁴ FADO, Sandra – Lei do Distrato não vale para contratos firmados antes de sua vigência. Revista **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mar.2019). [Consult. 02 Abr. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-28/lei-distrato-nao-vale-contratos-antiores-vigencia>.

De qualquer forma, por uma manobra astuciosa, há a possibilidade de os tribunais, à luz da legislação anterior, mudarem seus entendimentos para chegarem a um resultado igual ao da nova lei, especialmente quando a questão tiver sido tratada com base na volatilidade de princípios e de cláusulas abertas. Assim, por exemplo, os tribunais costumavam considerar abusivas as multas compensatórias acima de 15% do valor pago contra o consumidor e, para tanto, valia-se do conceito aberto de abuso de direito previsto nos arts. 413 do CC e 51 do CDC. Os tribunais poderiam, baseando-se nesse mesmo conceito aberto, passar a entender que a multa compensatória poderia chegar a 25% ou a 50% conforme haja ou não patrimônio de afetação, tudo de modo a chegar ao mesmo resultado prático da nova lei. Entendemos, porém, que essa manobra seria indevida e jamais deveria ser admitida pelos tribunais para o caso em específico, pois, além de os referidos percentuais serem alarmantes à luz do ordenamento jurídico anterior à nova lei, a orientação consolidada dos tribunais gera legítima expectativa nos indivíduos, que, confiando nela, celebram contratos e propõem ações judiciais. Mudar jurisprudência consolidada gera insegurança jurídica. Seja como for, caso os tribunais venham a mudar o seu entendimento, eles devem, no mínimo, modular os efeitos por dois motivos. O primeiro motivo é que o próprio CPC protege essa boa-fé e essa segurança jurídica, recomendando a modulação de efeitos da mudança de jurisprudência consolidada a fim de que o novo entendimento só se aplique para ações judiciais posteriores (art. 927, § 3º, CPC). O segundo é que, ao nosso sentir, essa modulação dos efeitos é exigência do princípio constitucional da segurança jurídica e da legalidade. É que a norma jurídica tem de ser prévia. E, por norma jurídica, há de entender-se não apenas o texto legal, mas também a sua interpretação, pois, como é consabido, lei é texto e contexto. Portanto, seria inconstitucional mudança de jurisprudência consolidada para atingir ações judiciais anteriores²⁴⁵.

Com supedâneo em tais pensamentos, de certa forma antagônicos, firmamos nosso posicionamento contrário à retroatividade da Lei nº 13.786/18, conforme já mencionado, ratificando o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, por concluir ser deveras temeroso o efeito trazido em decorrência de aplicação a contratos anteriores da nova lei, tendo como consequência direta a insegurança jurídica, ferindo, portanto, o princípio da legalidade.

3.4 LACUNAS QUE A LEI 13.786/2018 PRETENDEU COLMATAR

Consoante estabelece a teoria que trata sobre a completude do ordenamento jurídico, temos que, a priori, no ordenamento jurídico não há lacunas a serem colmatadas,

²⁴⁵ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

preenchidas²⁴⁶. No Brasil, em caso de aparente vazio, chegada ao poder judiciário uma demanda processual, o juiz não poderá se eximir de julgar o caso alegando inexistência de norma pertinente ao tema abordado. Nesse caso, deverá lançar mão do que estabelece o Art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro²⁴⁷.

Mencionado artigo dispõe que, na hipótese da lei ser omissa, o juiz deverá decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Destarte, lançando mão de analogia, o magistrado, ao aplicar a lei ao caso concreto, não poderá alegar lacuna na legislação. Tal como já vinha sendo decidido antes da publicação da Lei nº 13.786, apesar de ser evidente a relevância de norma específica para o caso concreto, gerando interpretações mais sólidas e menos contraditórias, bem como precedentes antagônicos²⁴⁸.

Várias foram as lacunas que a Lei nº 13.786/2018 pretendeu colmatar. Dentre os aspectos trazidos podemos destacar o que se refere à síntese do contrato e suas características, possibilidade de denúncia do contrato, a chamada também de rescisão unilateral, direito de arrependimento do adquirente²⁴⁹, valor a ser pago pelo comprador em caso de entrega do imóvel, mas posterior situação de mora, quantia máxima devida pelo consumidor em caso não tenha sido possível prosseguir com a manutenção do contrato, previsão do direito do adquirente em obter um cessionário ao seu contrato, haja vista a impossibilidade de pagamento, evitando, assim, a multa compensatória.

Outros pontos, alguns deles positivos, conferidos ao ordenamento jurídico pela nova lei são atinentes ao incorporador, ou loteador, que, em caso de atraso na entrega da obra, deverá pagar ao consumidor uma multa moratória, ainda que existam algumas limitações e requisitos, doravante abordados, inversão da multa compensatória, excludente de responsabilidade da incorporadora por atraso na entrega da obra, impossibilidade de serem

²⁴⁶ SOUSA, Ricardo Gonçalves e – Teoria do ordenamento jurídico. **Jus Navigandi** [Em linha]. (nov.2017). [Consult. 16 Dez. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61667/teoria-do-ordenamento-juridico-norberto-bobbio>. Ver também BOBBIO. Norberto. Teoria Geral do Direito; Tradução Denise Agostinetti. 3ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁴⁷ Decreto-lei nº 4.657 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

²⁴⁸ SALES, Patrícia – Nova lei sobre distratos gera contratos mais sólidos. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (fev.2019). [Consult. 16 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-24/patricia-sales-lei-compra-imovel-gera-contratos-solidos>.

²⁴⁹ Destarte, o texto normativo possui clareza solar e, nesse sentido, deve ser observado. No entanto, se a venda ocorrer na sede do incorporador e o adquirente for considerado consumidor, entendemos que deverá ser garantido o direito de arrependimento no prazo de 7 dias, sob pena de estimularmos os incorporadores a, astutamente, passarem a atrair os consumidores para assinarem o contrato na sua sede, e não nos estandes de vendas. 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

cumuladas as multas moratória e compensatória, estipulação de prazo para devolução do valor devido ao adquirente em caso de resolução por sua culpa, inclusive na situação de patrimônio de afetação²⁵⁰.

Em relação à síntese do contrato, nesse ponto cabe a observação de que, na grande maioria dos casos, os instrumentos elaborados por escritórios jurídicos que prestam serviços às incorporadoras são extensos e possuem termos técnicos ignorados pelos adquirentes, em geral consumidores.

Assim sendo, a mencionada lei indicou que, em um quadro, chamado resumo, devem constar as informações mais relevantes do contrato. Vejamos o que disciplina a lei, em seu Art. 35-A:

Art. 35-A. Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária serão iniciados por quadro-resumo, que deverá conter:

I - o preço total a ser pago pelo imóvel;

II - o valor da parcela do preço a ser tratada como entrada, a sua forma de pagamento, com destaque para o valor pago à vista, e os seus percentuais sobre o valor total do contrato;

III - o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a identificação precisa de seu beneficiário;

IV - a forma de pagamento do preço, com indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas;

V - os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato e, quando houver pluralidade de índices, o período de aplicação de cada um;

VI - as consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de distrato, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do incorporador, com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente;

VII - as taxas de juros eventualmente aplicadas, se mensais ou anuais, se nominais ou efetivas, o seu período de incidência e o sistema de amortização;

VIII - as informações acerca da possibilidade do exercício, por parte do adquirente do imóvel, do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial;

IX - o prazo para quitação das obrigações pelo adquirente após a obtenção do auto de conclusão da obra pelo incorporador;

X - as informações acerca dos ônus que recaiam sobre o imóvel, em especial quando o vinculem como garantia real do financiamento destinado à construção do investimento;

XI - o número do registro do memorial de incorporação, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório de registro de imóveis competente;

²⁵⁰ Patrimônio de afetação é a separação dos bens da incorporadora em relação ao patrimônio do empreendimento. Logo, ocorre no patrimônio de afetação uma individualização dos bens e direitos da incorporação, enquanto empreendimento, segregando os bens da empresa incorporadora. Disciplinado no Art. 31-A da Lei nº 4591. Ver também o artigo escrito por Paulo Caldas Paes acerca do tema: <https://jus.com.br/artigos/36493/o-patrimonio-de-afetacao-e-a-seguranca-juridica-do-consumidor-na-incorporacao-imobiliaria>.

XII - o termo final para obtenção do auto de conclusão da obra (habite-se) e os efeitos contratuais da intempestividade prevista no art. 43-A desta Lei²⁵¹.

Os aspectos que devem constar no denominado quadro-resumo devem ser, de fato, os mais importantes do contrato. Não que diante dessas informações o adquirente não deva se atentar às demais cláusulas que são integrantes do contrato. No entanto, com o fito de facilitar o entendimento daqueles que podem não vir a ter um conhecimento jurídico mais apurado, bem como se levando em consideração o direito à informação²⁵², direito básico do consumidor.

Mediante a verificação de ausência das informações que deveriam constar no quadro-resumo, mas por qualquer motivo não estão insculpidos, a lei aborda, ainda, que o comprador poderá solicitar o competente aditivo ao contrato, objetivando sanar esse equívoco cometido pelo incorporador. A lei dispõe, em seu Art. 35-A, §1º o procedimento a ser realizado, qual seja notificação do incorporador, em até 30 dias da verificação da lacuna de algum dos requisitos, para sanar a omissão, sob pena de justa causa para rescisão contratual do adquirente: “§1º Identificada a ausência de quaisquer das informações previstas no caput deste artigo, será concedido prazo de 30 (trinta) dias para aditamento do contrato e saneamento da omissão, findo o qual, essa omissão, se não sanada, caracterizará justa causa para rescisão contratual por parte do adquirente”²⁵³.

Todavia, salienta a doutrina que a ausência de uma ou outra informação, de caráter obrigatório, segundo a lei, não poderia ensejar a nulidade das cláusulas contratuais, até mesmo porque, como exemplo, podemos ter a hipótese de que as informações que, porventura não constem no quadro-resumo, estão disciplinada no decorrer do contrato:

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

²⁵¹ **Lei nº 13.786/2018** – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm

²⁵² **Código de Defesa do Consumidor** – Lei nº 8.078 - Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm.

²⁵³ **Lei nº 13.786/2018** – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm.

ineficácia de cláusulas contratuais. Entendemos que não. O texto legal é expresso em só estabelecer uma consequência jurídica: o direito do adquirente em exigir o retoque cosmético acima. Parece-nos que a nova lei pecou em não ter avançado na punição pela falta de informações no quadro-resumo, mas não enxergamos espaço para a doutrina ou a jurisprudência obter esse avanço pela via da hermenêutica. Ademais, para a informação relativa às consequências do desfazimento do contrato, há necessidade de uma assinatura específica do consumidor ao lado da cláusula contratual. A lei não indica a sanção para o caso de violação dessa cláusula (art. 26-A, § 2º, do CDC). Ora, considerando que essa cláusula é de ordem pública e que essa cláusula prevê regras prejudiciais ao adquirente, entendemos que a consequência da falta de assinatura específica do adquirente ao lado da cláusula das consequências do desfazimento do contrato é a nulidade dessa cláusula: trata-se de uma espécie de nulidade virtual, nos moldes dos incisos VI e VII do art. 166 do CC.

254

Como dito, alguns aspectos positivos foram abordados na lei, notadamente o que se refere ao direito de arrependimento. O código de defesa do consumidor, em seu Art. 49 dispõe os requisitos que o consumidor deverá atender para fazer jus ao exercício do direito de arrependimento²⁵⁵. No entanto, como forma de adequar essa possibilidade ao cenário mais próximo dos contratos firmados com o objetivo de aquisição futura de imóveis adquiridos em regime de incorporação, o legislador optou por escrever da seguinte forma:

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:

(...)

§ 10. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

§ 11. Caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo a que se refere o § 10 deste artigo.

§ 12. Transcorrido o prazo de 7 (sete) dias a que se refere o § 10 deste artigo sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, será observada a irretratabilidade do contrato de incorporação imobiliária, conforme disposto no § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964²⁵⁶.

²⁵⁴ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.

²⁵⁵ **Código de Defesa do Consumidor** – Lei nº 8.078 - Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

²⁵⁶ **Lei nº 13.786/2018** – Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm.

Portanto, uma vez adquirido o imóvel fora do estabelecimento sede do incorporador, é possível ao consumidor, desde que exerça o direito no prazo de sete dias, arrepender-se do negócio firmado e ter restituída toda quantia paga em decorrência do contrato pactuado. O valor a ser devolvido ao comprador deve constar, inclusive, pecúnia despendida com o pagamento da comissão de corretagem²⁵⁷. Sobre o assunto temos o posicionamento do doutrinador Rafael de Lima:

Ora, essa modificação diz respeito à equiparação do adquirente ao consumidor quando as vendas de unidades imobiliárias sejam feitas sem a visão clara, plena, direta e presencial do comprador, como nos casos de promessa de compra e venda relacionadas a unidades na planta ou mesmo na hipótese de transações que ocorram através da internet. Nesse diapasão, o adquirente que realize a compra de um imóvel fora do estabelecimento comercial do vendedor, como ocorre num estande de vendas ou feirão de imóveis, possui, com base na Lei 13.786/2018, o direito de arrepender-se da compra ou promessa, no prazo de sete dias corridos, desfazendo-se o negócio, com a imediata devolução da integralidade dos valores, pagos inclusive para comissão de corretagem, e sem qualquer dedução. Em contrapartida, é mister ressaltar que esse “novo direito” diverge da jurisprudência firmada até então. Para os tribunais superiores, antes da vigência da lei ora em análise, o pleito do distrato, como decorrência do arrependimento manifesto pelo adquirente, independente da data em que o contrato foi firmado, seria caracterizado como inadimplemento, ensejando, portanto, reparação pela frustração do negócio, além da responsabilização por eventuais prejuízos e autorização para que fosse retido parte do valor pago. Das considerações enunciadas acima, é necessário ponderar e aclarar a redação equivocada do parágrafo 11 do artigo 67-A da Lei 13.786/2018. Nesse preceito, o legislador apresentou como marco inicial para contagem do prazo de sete dias a data da postagem da carta de comunicação de arrependimento, comprovada pelo aviso de recebimento, levando à enganosa suposição ou interpretação de que o prazo só teria início quando o envio da correspondência ocorresse, e não a contar da data da efetiva realização da avença (contrato), como marco mais intuitivo. Dessa forma, ratificando o exposto, tem-se que o adquirente que firmar contrato fora do estabelecimento comercial pode, dentro do prazo de sete dias, exercer seu direito de arrependimento, estando-lhe assegurada a devolução da integralidade do valor pago pelo imóvel, incluída a taxa de corretagem. Assim, o comprador que se arrepender da avença deverá comunicar ao incorporador, no prazo exposto e através de carta registrada com aviso de recebimento, a sua opção de não prosseguir com o contrato, requerendo a restituição dos valores já pagos. Por fim, é importante enfatizar que as mudanças trazidas pela nova legislação são aplicáveis apenas aos contratos firmados a partir de 28/12/2018, dia em que tal normatização entrou em vigor²⁵⁸.

²⁵⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes da – Lei 13.786/18 disciplina comissão de corretagem e distrato de imóveis. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jan.2019). [Consult. 24 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-14/direito-civil-atual-lei-1378618-disciplina-comissao-corretagem-distrato-imoveis>.

²⁵⁸ LIMA, Bruno Rafael – Direito de arrependimento garante devolução integral de valor pago por imóvel. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jul.2019). [Consult. 21 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-20/bruno-lima-direito-arrependimento-contratos-imobiliarios>.

No que diz respeito à possibilidade de resilição do contrato por interesse do comprador, o entendimento é no sentido de, uma vez mais, resguardar os interesses da parte mais fragilizada da relação. Logo, o consumidor, ao optar em resilir o contrato, dentro dos limites legais, poderá fazê-lo, arcando, contudo, com o ônus decorrente dessa conduta, notadamente a retenção de valores nos termos trazidos pela Lei nº 13.786, consoante disciplina o Art. 67-A:

Art. 67-A . (...)

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.

§ 1º Para exigir a pena convencional, não é necessário que o incorporador alegue prejuízo.

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

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 à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die ;

IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

§ 3º Os débitos do adquirente correspondentes às deduções de que trata o § 2º deste artigo poderão ser pagos mediante compensação com a quantia a ser restituída.

§ 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.

§ 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.

§ 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 , e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato.

§ 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.

Em virtude de ser recente a lei acima referida, haja vista sua entrada em vigor no dia 29 de dezembro de 2019, ainda não há jurisprudência consolidada acerca de como serão tratadas as questões relativas às devoluções, mas a doutrina já critica o percentual de 25% adotado na lei, uma vez que as decisões relativas ao tema variavam entre 10% e 20%. Sobre o assunto temos o que escreve Tartuce:

Entendemos que, em havendo relação de consumo, a vulnerabilidade jurídica, informacional 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 foi textualmente contrário, ele é nulo nessa parte por ofensa aos arts. 473 do CC e 51 do CDC. E há vários motivos. Em primeiro lugar, há o problema da “vontade presumível do consumidor”. (...) Em segundo lugar, temos o problema “da existência de encargos indenizatórios e punitivos”. No caso de rompimento do contrato por culpa do adquirente, a lei explicitamente assegura ao empreendedor imobiliário o direito a uma expressiva multa compensatória, de 25% a 50% do valor pago, e à retenção da comissão de corretagem, conforme os novos art. 67-A da Lei 4.591/64 e art. 32-A da Lei 6.766/76. Essas punições contratuais foram previstas exatamente para indenizar o incorporador. Aliás, a multa compensatória até foi majorada em relação ao patamar que era admitido pela jurisprudência anterior, que, nesse ponto, oscilava em admitir cláusula penal compensatória com percentual entre 10 a 15%. (...) Em quarto lugar, há a questão do “direito à saída honrosa do contrato”. O consumidor que se comprometeu a pagar prestações futuras precisa ter o direito de poder, honrosamente, sair do contrato. Se ele, por um motivo qualquer (desemprego, doença etc.), verificar que não terá condições de honrar as prestações vincendas, ele precisa ter condições de, antes mesmo do vencimento dessas prestações, poder romper o contrato e pagar os encargos punitivos e indenizatórios devidos. (...) Em quinto lugar, o espírito da nova lei é o de presumir a possibilidade de resilição unilateral, pois, ao prever multas compensatórias contra o consumidor inadimplente no caso de rompimento do contrato, deixou clara a sua opção pela admissibilidade de o consumidor desligar-se unilateralmente do contrato mediante o pagamento dessa punição. (...) Em sexto lugar, a nova lei, em momento algum, proíbe expressamente a resilição unilateral por parte do consumidor. De fato, ao estabelecer que o contrato é irrevogável (art. 67-A, § 12, da Lei nº 4.591/64), a nova lei apenas está a estabelecer que o consumidor não tem direito a, por vontade própria e imotivada, romper o contrato impunemente, ou seja, sem o pagamento das devidas punições compensatórias e indenizatórias (multa compensatória etc.) (...) Em sétimo lugar, se o legislador efetivamente quisesse impedir a resilição unilateral que, desde há muitos anos, é admitida pela jurisprudência, ele teria explicitamente proibido. Ele não se limitou a fazer uma remissão ao § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591/64 para os casos de incorporação imobiliária nem teria deixado intacto o art. 26 da Lei nº 6.766/76 para as hipóteses de loteamento. (...) Em oitavo lugar, não se pode invocar a teoria da imprevisão (art. 478, CC) para permitir que o consumidor rompa o contrato no caso de desemprego ou de doença superveniente, pois esses eventos são fatos absolutamente previsíveis e incapazes de assegurar o rompimento de um contrato feito pelo consumidor. (...) Em síntese, a resilição unilateral continua sendo plenamente admissível de modo imotivado por parte do consumidor mediante mera notificação extrajudicial na forma do art. 473 do CC, mas terá de suportar os encargos punitivos e indenizatórios decorrentes desse ato. A resilição unilateral nada tem a ver com o direito de arrependimento, pois este nada mais é do que uma condição resolutiva expressa que permite a resolução do contrato pelo arrependimento do adquirente sem necessidade de suportar qualquer encargo punitivo²⁵⁹.

Outras motivações trazidas pela doutrina, de modo acertado ao nosso ver, com o objetivo primordial de defender os interesses do adquirente são a propósito da vulnerabilidade do consumidor, considerando que precisa ser convencionado o pacto com o fito de não ficar o comprador eternamente sujeito às penalidades estipuladas no contrato, para que não fique a

²⁵⁹ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

parte hipossuficiente sujeita ao abuso de direito, devendo serem garantidas suas prerrogativas de rompimento do contrato, quando assim desejar, desde que assuma as consequências advindas²⁶⁰.

No que tange a outra lacuna sanada pela legislação, de fundamental relevância aos contratos relacionados à aquisição futura de unidade imobiliária sob o regime de incorporação, foi acerca do percentual definido em caso de entrega das chaves e posterior mora do consumidor. Nesse esteio, entendemos que, de fato, o adquirente não pode incorrer em uma espécie de enriquecimento ilícito, ao passo que está a utilizar o imóvel.

Destarte, uma vez que haja o desfazimento do contrato, nada mais justo para a incorporadora poder cobrar pelos dias ou meses nos quais o consumidor fruiu do bem. Assim sendo, a legislação estipulou o percentual de 0,5% que, em regra, corresponde ao valor de locação do mercado. Imprescindível transcrever os ensinamentos sob a ótica de Tartuce:

Se o contrato vier a ser desfeito após a entrega das chaves para o adquirente, este terá pagar ao alienante um valor referente à fruição do imóvel correspondente ao percentual de 0,5% do valor atualizado do imóvel (art. 67-A, § 2º, III, Lei nº 4.591/64). Esse valor aproxima-se à média do valor do aluguel do imóvel. De fato, sem isso, o adquirente iria se enriquecer sem justa causa colhendo os frutos do imóvel gratuitamente. O fundamento jurídico dessa fruição é a vedação do enriquecimento sem causa, e não o inadimplemento, razão pela qual esse valor é devido independentemente de o desfazimento do contrato ter ocorrido ou não por culpa do próprio alienante. Ademais, esse valor de fruição do imóvel nem precisava de previsão legal expressa, pois a vedação ao enriquecimento sem causa já pertence ao ordenamento jurídico e tem hospedagem, entre outros, no art. 884 do CC. A própria jurisprudência já admitia essa cobrança. Todavia, apesar do silêncio da nova lei, no caso de ruptura do contrato, a vedação ao enriquecimento sem causa também impede que o alienante se enriqueça sem justa causa com a fruição do dinheiro até então pago pelo adquirente. Assim como o adquirente tem de pagar um valor pela fruição da prestação que recebeu (o imóvel), também o alienante tem de pagar um valor de fruição da contraprestação recebida (o dinheiro até então pago). Por essa razão, havendo ruptura do contrato, independentemente de quem tenha sido o causador dessa extinção, o adquirente tem direito a cobrar do alienante um valor de fruição sobre o dinheiro pago e, nesse caso, entendemos que deve ser aplicado também o percentual de 0,5% a.m. do valor pago por analogia ao § 2º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64. Esse percentual recairá sobre cada prestação financeira paga a partir da data do desembolso. Analisando por outro prisma, o incorporador, em razão da fruição do dinheiro desembolsado pelo consumidor, terá de pagar ao consumidor um percentual de 0,5% a.m. sobre cada prestação paga pelo consumidor a partir da data do respectivo desembolso. Se, no exemplo, para facilitar o cálculo, supormos que o consumidor pagou os R\$ 900.000,00 em parcela única na data da entrega das chaves do imóvel e parcelou o restante, temos que a incorporador teria de pagar R\$ 4.500,00 por mês ao consumidor pela fruição do dinheiro pago pelo

²⁶⁰ Código Civil Brasileiro - Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

consumidor. Em síntese, não apenas o consumidor tem de pagar um valor de fruição do imóvel cuja posse já foi recebida, mas também caberá ao alienante pagar um valor de fruição do dinheiro recebido pelo consumidor. No caso de loteamento, o valor de fruição é de 0,75% sobre o valor atualizado do contrato, o que é injustificadamente superior ao 0,5% que vigora para o caso de incorporação (art. 32-A, I, Lei nº 6.766/76). Para esse caso, aplica-se tudo quanto escrevemos acerca de fruição no caso de incorporação imobiliária e, portanto, também o loteador terá de pagar valor de fruição dos valores pagos pelo adquirente, sob pena de enriquecimento sem causa. Todavia, há uma diferença: em razão da necessária simetria, o valor de fruição deverá ser de 0,75% por incidência analógica do inciso I do art. 32-A da Lei nº 6.766/76. No caso de ruptura do contrato por culpa do consumidor, o incorporador tem de restituir-lhe o valor pago após a retenção de diversos valores previstos no art. 67-A da Lei nº 4.591/64, como a multa compensatória, o valor de fruição do imóvel, as cotas condominiais não pagas etc. Todavia, o § 4º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64 limita a retenção a 100% do valor pago pelo consumidor, mas, para esse efeito, os valores de fruição do imóvel não serão computados por não estarem sujeito a esse teto. Daí decorre que os valores de fruição do imóvel deverão ser integralmente suportados pelo consumidor, ainda que eles excedam o montante pago pelo consumidor. É que esses valores não entram no limite do teto do § 4º do art. 67-A da Lei nº 4.591/64. Isso significa que, ao assinar um contrato de aquisição de imóvel “na planta”, no pior das hipóteses, o adquirente perderá tudo quanto pagou e, ainda, ficará devendo os valores relativos à fruição que teve do imóvel. Desse modo, o adquirente tem a garantia de não ficar com saldo devedor remanescente após o fim do contrato por culpa sua, salvo em relação aos valores de fruição. Enfim, excluindo os valores de fruição do imóvel, inexistente o risco de o consumidor que, por um motivo qualquer, não tenha conseguido honrar as prestações ficar endividado além do valor total que desembolsou²⁶¹.

Portanto, temos que a novel legislação acerca do desfazimento do contrato, resilição para ser mais preciso, trouxe parâmetros para assegurar tanto ao consumidor, que não possui mais intenção de prosseguir com o instrumento pactuado, ou mesmo está sem condições financeiras para permanecer no adimplemento das obrigações, quando as empresas, construtoras e incorporadoras em geral, em relação ao seu planejamento de vendas e negócios jurídicos, haja vista que nem o adquirente perderá totalmente o valor dispensado ao contrato, nem a empresa sairá da relação tendo que restituir a quantia paga em sua integralidade.

Em recentes julgados, o Superior Tribunal de Justiça, em sede da tutela dos recursos repetitivos, trouxe ensinamentos notáveis acerca das questões imobiliárias. No tema 970, o STJ abordou tese sobre a cláusula penal moratória, no que tange à sua natureza precipuamente de indenização. Observou o tribunal que tal previsão deve ser adequada ao caso concreto. Nesse sentido, segundo afirmou o Ministro Salomão, não é possível cumular essa cláusula com o pedido de lucros cessantes, por exemplo, já que o caráter indenizatório fora cumprido:

²⁶¹ 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

Tema 970: O relator dos recursos especiais repetitivos, ministro Luis Felipe Salomão, explicou que a cláusula penal moratória tem natureza eminentemente indenizatória, quando fixada de maneira adequada. Segundo ele, havendo cláusula penal para prefixar a indenização, não cabe a cumulação posterior com lucros cessantes. “A cláusula penal constitui pacto secundário acessório – uma condição –, por meio do qual as partes determinam previamente uma multa (usualmente em pecúnia), consubstanciando indenização para o caso de inadimplemento absoluto ou de cláusula especial, hipótese em que se denomina cláusula penal compensatória. Ou ainda, como no presente caso, pode ser estabelecida para prefixação de indenização para o inadimplemento relativo (quando ainda se mostrar útil o adimplemento, ainda que tardio, isto é, defeituoso), recebendo, nesse caso, a denominação de cláusula penal moratória”, afirmou. Salomão citou precedente que considera a cláusula penal um pacto acessório pelo qual as partes determinam uma sanção de natureza civil para garantir o cumprimento da obrigação principal, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido (REsp 1.186.789). De acordo com o relator, o mais usual é a previsão de incidência de multa por mês de atraso. Todavia, Salomão destacou que há casos em que a previsão contratual de multa limita-se a um único montante ou percentual para o período de mora, o que pode ser insuficiente para a reparação integral do dano (lucros cessantes) daquele que apenas aderiu ao contrato, conforme o princípio da reparação integral. Ainda assim, frisou o ministro, “em nome da segurança jurídica”, e à luz do disposto no artigo 416 do Código Civil, as partes da relação contratual não podem ignorar a cláusula penal moratória convencionada, prefixando os danos regulares do cumprimento imperfeito da obrigação. Por outro lado, segundo Salomão, mesmo em contrato de adesão, quando não demonstrado dano além dos regularmente esperados da inadimplência, não pode a vendedora/incorporadora “simplesmente requerer indenização suplementar àquela estabelecida no instrumento contratual que redigiu”. Durante o julgamento, ao decidir questão de ordem, o colegiado aprovou, por unanimidade, que não seriam aplicados os dispositivos da Lei 13.786/2018 para a solução dos casos em julgamento²⁶².

Já no que tange ao tema 971, a abordagem feita pelo STJ foi referente à possibilidade, ou não, de ser invertida a cláusula penal nos casos de atraso na entrega do imóvel. Com base no princípio da reciprocidade, entenderam os ministros que para conferir um maior equilíbrio na relação contratual, deve haver penalidades recíprocas, ou seja, não pode, por exemplo, o incorporador impor uma cláusula penal ao adquirente, mas em contrapartida, não disciplinar nenhuma cláusula penal correspondente à empresa:

Tema 971: Ao analisar a possibilidade de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente em desfavor da construtora, nos casos de atraso na entrega de imóvel, o ministro Salomão ressaltou que a tendência mundial é a de se exigir reciprocidade entre as penalidades impostas ao consumidor e ao fornecedor de determinado produto. “Seja por princípios gerais do direito, ou pela principiologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual absoluto, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor em situações de análogo descumprimento da avença”, observou. No entanto, para o relator, a simples inversão da penalidade contratual poderia dar origem a enriquecimento sem causa do adquirente do imóvel. “A inversão, para determinar a incidência do mesmo percentual sobre o preço total do imóvel, incidindo a cada mês de atraso, parece não

²⁶² Superior Tribunal de Justiça – disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixa-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>

constituir – em verdade – simples ‘inversão da multa moratória’, podendo isso sim representar valor divorciado da realidade de mercado, a ensejar enriquecimento sem causa”, disse. Para o ministro, só haverá adequada simetria para a inversão da cláusula penal contratual se houver observância de prefixação da indenização em dinheiro pelo período da mora. “Nos casos de obrigações de natureza heterogênea (por exemplo, obrigação de fazer e obrigação de dar), impõe-se sua conversão em dinheiro, apurando-se valor adequado e razoável para arbitramento da indenização pelo período de mora, vedada sua cumulação com lucros cessantes. Feita essa conversão, geralmente obtida por meio de arbitramento, é que, então, seria possível a aplicação/utilização como parâmetro objetivo – para manutenção do equilíbrio da avença”, explicou. Salomão ressaltou ainda que a multa compensatória referente à obrigação de pagar (de dar) não poderá, por questão de simetria, incidir sobre todo o preço do imóvel que deveria ter sido entregue (obrigação de fazer). O ministro observou ainda que, como a cláusula penal compensatória visa indenizar, não é possível a cumulação com lucros cessantes²⁶³.

Embora seja bastante recente a Lei nº 13.786/2018, publicada no final de dezembro de 2018, já tramita no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, projeto de lei que visa modificar a recém-publicada lei, inclusive já com críticas realizadas²⁶⁴. Trata-se do projeto de lei nº 3.049/2019 de relatoria do deputado Wladimir Garotinho, no qual pretende reduzir os percentuais de restituição dos valores definidos na Lei nº 13.786/2018.

Como justificativa apresentada, fora colocado, dentre outras questões, que o projeto visa corrigir o desequilíbrio gerado com a edição da Lei nº 13.786/2018 ao passo que, segundo apresenta, o percentual de 50% de retenção dos valores, no caso de patrimônio de afetação, confere uma assimetria de direitos. Vejamos o que diz o projeto:

Todo brasileiro carrega dentro de si o sonho da casa própria. E uma parcela considerável dos cidadãos busca a realização desse sonho por meio da aquisição de um imóvel “na planta”, ou seja, em regime de incorporação. Infelizmente, nos últimos anos, devido à crise econômica enfrentada pelo nosso País, muitas pessoas não tiveram mais condições de continuar com o pagamento das parcelas para aquisição da sua moradia própria. Assim, com o aumento do desemprego veio também a necessidade de desvinculação de um contrato que o adquirente não podia mais suportar. Porém, no momento em que o adquirente precisava rescindir o contrato por motivo de inadimplência ou para evitá-la, o incorporador se utilizava de cláusulas abusivas para impor um percentual altíssimo para a multa sobre o valor pago pelo adquirente. Tal prática levou os consumidores a buscarem o amparo do Judiciário para alcançar uma justa restituição do valor pago. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial predominante foi pelo cabimento de retenção de 10% pelo incorporador sobre a soma paga pelo adquirente, com raras exceções a um percentual mais elevado do que esse. No entanto, contrariando a opinião majoritária dos tribunais e ignorando a situação desfavorável do adquirente diante do incorporador, a Lei nº 13.786/2018 trouxe ao ordenamento jurídico disposições que consolidaram os abusos por parte dos incorporadores. Essa lei incluiu na legislação a previsão de multa de até 50% sobre o valor pago pelo adquirente, além do desconto de vários outros encargos, de maneira que o valor a ser efetivamente devolvido ao adquirente passou a ser ínfimo e totalmente desproporcional a uma compensação

²⁶³ Superior Tribunal de Justiça – disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixar-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>

²⁶⁴ Consultor Jurídico [Em linha]. (jul.2019). [Consult. 30 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-29/advogados-criticam-projeto-altera-lei-distratos>.

pela rescisão contratual. Como se não bastasse tamanha assimetria de direitos, a legislação previu prazos simplesmente absurdos para a devolução dos valores pagos pelos adquirentes. É inadmissível que o adquirente tenha que esperar meses ou até mesmo anos para receber a devolução do valor pago. Por isso, apresentamos a presente proposição, com o objetivo de corrigir o enorme desequilíbrio causado pela legislação, que tornou o desfazimento do contrato pelo adquirente praticamente inviável, ante a perda desmedida do valor pago por ele. Propomos, ainda, um prazo justo para a restituição ao adquirente. Nossa iniciativa visa manter a legislação em conformidade com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do equilíbrio contratual. Senhores Deputados, a retenção excessiva feita pelo incorporador, adicionada das mais diversas deduções, em um prazo a perder de vista, constitui prática flagrantemente abusiva que coloca o consumidor em extrema desvantagem, gerando enriquecimento sem causa do incorporador. Em defesa dos consumidores de todo o País, não podemos permitir que tal desigualdade prevaleça. Por todo o exposto, com a certeza da importância e da urgência da medida para evitar danos irreparáveis aos consumidores brasileiros, peço aos nobres pares o apoio para aprovação deste projeto²⁶⁵.

Como visto alhures, há constantes progressos da doutrina, da legislação e da jurisprudência no sentido de outorgar às relações maior segurança jurídica. Evidente que ainda existe um longo e árduo caminho a ser percorrido para solidificar as instituições²⁶⁶.

Entendemos que essa estrada deve passar não somente pelos cuidados do Poder Judiciário, mas deve ocorrer colaboração de todos os envolvidos, quais sejam as incorporadoras na elaboração de contratos não abusivos e adoção de posturas equilibradas, do consumidor para não lançar mão de artifícios temerosos quando da contratação, acreditando que a lei está ao seu favor, e do judiciário ao proferir decisões justas e adequadas ao caso concreto, sempre buscando pacificar as relações²⁶⁷.

²⁶⁵ Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 3.049/2019 - <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2204243>.

²⁶⁶ BOMFIM, Ricardo – Juiz segue nova lei e fixa limite de distrato em 25% do valor pago. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jan.2019). [Consult. 30 Jan. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/juiz-segue-lei-reduz-distrato-estabelecido-empresa>.

²⁶⁷ CHAVES, Eduardo Vital – Lei regulamenta distrato imobiliário. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (dez.2018). [Consult. 30 Dez. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/lei-regula-distrato-imobiliario-advogados-divergem-efeitos>.

CONCLUSÃO

Com a evolução da sociedade e o natural conflito surgido da convivência, originou-se o Direito como um corpo de normas para regulamentar as condutas. Foram sendo desenvolvidos meios de solução de litígios, dentre as quais se destaca a jurisdição, como sendo o “poder” que o Estado possui de aplicar o direito ao caso concreto.

Em decorrência da necessidade de maior proteção aos institutos e postulados que são positivados, fora desenvolvido e consolidado pela doutrina um corpo de princípios e normas que possuem como finalidade nortear e regular as condutas na relação jurídica de consumo.

Com funções elementares e essenciais, os princípios e normas específicas do direito do consumidor passaram a ter atenção especial na medida em que a sociedade percebeu que somente as regras estabelecidas nos códigos generalistas eram insuficientes para oferecer a segurança jurídica necessária às relações mais particulares.

No tocante ao direito civil, além de maior proteção, os princípios fundamentais e o conjunto de normas consolidado no Código de Defesa do Consumidor brasileiro consagram a possibilidade de permitir que se chegue, ou se aproxime ao máximo, ao real escopo oferecido pela norma jurídica, considerando que podem, em determinadas situações, servirem como parâmetro para se sobressaírem no tocante aos dispositivos genéricos, que não alcançam seu objetivo social.

Portanto, considerando a existência de previsão legal para a responsabilidade objetiva e solidária dentre os que fornecem os produtos, temos a proteção necessária aos direitos do consumidor, polo hipossuficiente na relação.

Nesse sentido, dispositivos legais buscam conferir aos fornecedores, em situações específicas, hipóteses nas quais não será responsabilizado por eventual dano causado, ao se lançar mão de interpretação sistemática com base nos princípios e regras, que almejam atribuir coerência às relações, principalmente quando escapa à justiça, outorgando demasiadas oportunidades de atingir os valores morais, éticos e honestos.

Inobstante as disciplinas trazidas pela Lei nº 13.786 de 2018, notadamente no que tange ao direito de retenção por parte das construtoras e incorporadoras de parte do valor pago pelo consumidor, temos que, uma vez mais, resta evidente o papel do Estado-Juiz na

aplicação do direito no caso concreto, não podendo, a nosso ver, simplesmente aplicar a legislação como se fosse um cálculo matemático.

Deve, pois, o magistrado ao se deparar com a realidade processual e nuances relacionadas às partes envolvidas, sopesar cada dispositivo legal e verificar se, naquele processo, devem ser adotadas medidas peculiares em busca melhor obter a justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA NETO, Antonio Prudente de - História e evolução do Direito do Consumidor. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 15, nº 2645 (Set.2010). [Consult. 10 Ago. 2018] Disponível em <http://jus.com.br/artigos/17500>.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva - **Hermenêutica e Meio Ambiente**. Uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental para a Efetivação do estado de Direito Ambiental. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2009. 257 f. Dissertação de Mestrado em Direito.
- BOMFIM, Ricardo – Juiz segue nova lei e fixa limite de distrato em 25% do valor pago. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jan.2019). [Consult. 30 Jan. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/juiz-segue-lei-reduz-distrato-estabelecido-empresa>.
- BONAVIDES, Paulo - **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 978-85-742-0755-1.
- CAHALI, Yussef Said - **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. ISBN 852-031-643-3
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes - **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-97-240-2106-5.
- CARVALHO, Paulo de Barros - **Curso de direito Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-022-1508-5.
- CAVALIERI FILHO, Sergio - **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5090-9.
- CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abr-jun/2016.
- CHAVES, Eduardo Vital – Lei regulamenta distrato imobiliário. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (dez.2018). [Consult. 30 Dez. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-dez-29/lei-regula-distrato-imobiliario-advogados-divergem-efeitos>.

- CYTRYNOWICZ, Eduardo – Crise brasileira de 2014: Causas Locais ou Resposta ao Cenário Internacional? São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2017. 55 f. Dissertação de Mestrado em Economia. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18706/diss_mestrado-ecytrynowicz-vfinal.pdf?sequence=6&isAllowed=y.
- FADO, Sandra – Lei do Distrato não vale para contratos firmados antes de sua vigência. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mar.2019). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-28/lei-distrato-nao-vale-contratos-anteriores-vigencia>.
- FARIA, Renato Luiz Miyasato de - Entendendo os princípios através de Ronald Dworkin. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 15, n.º 2460 (Mar.2010). [Consult. 10 Out. 2018]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/14581>.
- FERREIRA NETO, Ermiro – A desistência do adquirente na incorporação imobiliária. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (mai.2018). [Consult. 28 Mai. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-28/ferreira-neto-desistencia-adquirente-incorporacao-imobiliaria>.
- FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Imprensa. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. ISBN 978-85-8084-603-4.
- FREITAS, Diego – Como se encerram os contratos. **JusBrasil** [em linha]. (abr.2016). [Consult. 12 Mar. 2019]. Disponível em <https://dcfreitasdireito.jusbrasil.com.br/artigos/308163373/resolucao-resilicao-rescisao-denuncia-distrato>.
- GARCIA, Giselle – Entenda a Crise Econômica. **Agência Brasil** [em linha]. (mai.2016). Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica>.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. ISBN 978-85-7420-931-9.
- KANT, Immanuel - Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher. Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita. **Lusosofia** [Em linha]. [Consult. 08

- Abr. 2017] Disponível em http://www.lusosofia.net/textos/kant_ideia_de_uma_historia_universal.pdf.
- LIMA, Bruno Rafael – Direito de arrependimento garante devolução integral de valor pago por imóvel. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jul.2019). [Consult. 21 Jul. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-20/bruno-lima-direito-arrependimento-contratos-imobiliarios>.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito - **Direito Tributário e Financeiro**. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-4918-7.
-
- **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5666-6.
- MALUF, Sahid - Teoria Geral do Estado. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 978-85-536-047-91.
- MARIANO, João Gabriel – Tutela dos consumidores de serviços financeiros. O Direito Online [Em linha]. (nov.2014). [Consult. 06 Mai. 2019]. Disponível em <https://www.odireitoonline.com/tutela-dos-consumidores-de-servicos-financeiros.html>.
- MARTINS, Lucilene Abreu - Uma visão sobre a responsabilidade do fabricante e do fornecedor por vícios nos produtos colocados no mercado de consumo. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Ano 15, nº 96. (Jan 2012). [Consult. 15 Fev. 2018] Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11064&revista_caderno=10.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**, vol. V, t. II: Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 735. ISBN 853-09-184-44.
- MATEUS, Cibele Gadelha- **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. 25 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Disponível em <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4307/1/395857.pdf>.
- MENEZES, Rodolfo Rosa Telles – Hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. **Âmbito Jurídico** [Em linha]. (jan.2012). [Consult. 24 Set. 2018]. Disponível em

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11002.

NOREMBERG, Alessandra – A publicização do direito privado e a privatização do direito público. **Jus Navigandi** [Em linha]. (dez.2014). [Consult. 24 Mar. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/35120/a-publicizacao-do-direito-privado-e-a-privatizacao-do-direito-publico>.

OLIVEIRA, Murilo Lacerda - Hipóteses de afastamento da Responsabilidade do Fornecedor nas Relações de Consumo. **Webartigos** [Em linha]. (Mar.2018). [Consult. 22 Mar. 2018]. Disponível em <http://www.webartigos.com/artigos/hipoteses-de-afastamento-da-responsabilidade-do-fornecedor-nas-relacoes-de-consumo/140806/#ixzz44DMIWyvK>.

PAES, Paulo Caldas – O patrimônio de afetação e a segurança jurídica do consumidor na incorporação imobiliária. **Jus Navigandi** [Em linha]. (mar.2014). [Consult. 28 Mar. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/36493/o-patrimonio-de-afetacao-e-a-seguranca-juridica-do-consumidor-na-incorporacao-imobiliaria>.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2005. ISBN 9789723221022.

PRETEL, Mariana Pretel e - A boa-fé: conceito, evolução e caracterização como princípio constitucional. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 12, nº 1565 (Out.2007). [Consult. 22 Ago. 2018]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/10519>.

REALE, Miguel - **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 850-20-3087-6.

SALES, Patrícia – Nova lei sobre distratos gera contratos mais sólidos. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (fev.2019). [Consult. 16 Mar. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-24/patricia-sales-lei-compra-imovel-gera-contratos-solidos>.

SARLET, Ingo Wolfgang - Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (out.2018). [Consult. 30 Nov. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>.

SILVA, Bruno Mattos e – A Lei n. 13.786/18 (Lei dos distratos) pode alterar a multa no caso de exercício de direito de arrependimento. **Jus Navigandi** [Em linha]. (jan.2019).

- [Consult. 24 Fev. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/71129/a-lei-n-13-786-18-lei-dos-distratos-pode-alterar-a-multa-no-caso-de-exercicio-de-direito-de-arrependimento>.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da – Lei 13.786/18 disciplina comissão de corretagem e distrato de imóveis. **Consultor Jurídico** [Em linha]. (jan.2019). [Consult. 24 Fev. 2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-14/direito-civil-atual-lei-1378618-disciplina-comissao-corretagem-distrato-imoveis>.
- SILVA JUNIOR, Osvaldo Alves - Caso fortuito ou força maior? A hermenêutica responde. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande. Ano 12, nº 70. (Nov 2009). [Consult. 28 Fev. 2018]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6907.
- SIQUEIRA, Gerlena Maria Santana de - Colisão de princípios fundamentais e proporcionalidade em Alexy. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 20, nº 4205 (Jan.2015). [Consult. 18 Ago. 2018]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/35256>.
- SOARES, Sued da Silva - Aspectos relacionados com a responsabilidade civil do cirurgião-dentista. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. (Ago.2009). [Consult. 13 Out. 2018]. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/13276>.
- SOUSA, Ricardo Gonçalves e – Teoria do ordenamento jurídico. **Jus Navigandi** [Em linha]. Teresina. Ano 14, nº 2226 (nov.2017). [Consult. 16 Dez. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61667/teoria-do-ordenamento-juridico-norberto-bobbio>.
- 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 (Parte 1). **GEN Jurídico** [Em linha]. (abr.2019). [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>.
- TEIXEIRA, Rafael Carneiro d’Avila – O princípio da vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço. Revista do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas CEPEJ [Em linha]. (2015). [Consult. 06 Jan. 2019]. Disponível em <https://rigs.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/viewFile/22348/14417>.

VENOSA, Silvio de - **Direito Civil: parte geral**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. ISBN 978-85-224-4577-6.

_____ – **Direito Civil: direitos reais**. 7ª ed. São Paulo: Atlas. 2007. ISBN 978-85-970-0414-4.

_____ - **Direito Civil: responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas. 2008. ISBN 978-85-224-4962-0.

VIEIRA, Andrea – Da resilição unilateral e a liberdade contratual. **Jus Navigandi** [Em linha]. (set.2018). [Consult. 24 Nov. 2018]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/69319/da-resilicao-unilateral-e-a-liberdade-contratual>.

WOLKMER, Antonio Carlos - **Ideologia, Estado e Direito**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 852-03-242-07.

XAVIER, José Tadeu Neves – **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. 339 f. Tese de Doutorado em Direito.