UNIVERSIDADE JOSÉ DO ROSÁRIO VELLANO – UNIFENAS

CURSO DE DIREITO

Bruna Fernandes Prado

**POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO
CONSUMIDOR, NO CASO DE INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE
VENDEDOR.**

Belo Horizonte

2019

Bruna Fernandes Prado

**POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO
CONSUMIDOR, NO CASO DE INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE
VENDEDOR.**

**Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Jose do Rosário Vellano - UNIFENAS,
como requisito parcial para a obtenção de título de do
título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Me. Paulo Marajá Mares Guimarães

Belo Horizonte

2019

RESUMO

O estudo busca analisar a possibilidade da inversão da cláusula penal em favor do consumidor, no caso de inadimplemento do promitente vendedor, onde a problemática está na seguinte indagação: é possível inverter a mesma cláusula que pune a sua inadimplência em favor do construtor quando o mesmo não entrega o imóvel na data prevista? Para tanto, o objetivo do trabalho é promover um estudo baseado no direito do consumidor, visando protegê-lo e fazer com que se cumpra o prazo de entrega dos imóveis, uma vez que os adquirentes fazem planejamentos aguardando a entrega. Baseado em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a possível inversão. Nesse cenário as incorporadoras buscam saídas, como apresentado, onde de forma abusiva o consumidor é levado à extrema desvantagem e é enganado pela sociedade empresária.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Consumidor. Cláusula penal. Inversão.

ABSTRACT

The study seeks to analyze the possibility of reversal of the criminal clause in favor of the consumer, in case of default of the promising seller, where a problem is related to the following indication: It is possible to reverse the same clause that punishes its default in favor of the manufacturer when even no delivery or immovable on expected data? To this end, the objective of the work is to promote a study based on consumer rights, protect it and enforce or deadline the real estate, once buyers perform planned waiting for a delivery. Based on rulings by the Supreme Court recognizing a possible reversal. In this scenario, as developers of captured video cameras, as presented, in which abusive or consumer form is taken to extreme disadvantage and is misled by the registered society.

Keywords: Consumer right. Consumer. Penalty clause. Inversion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR.....	8
2.1	Princípios do código de defesa do consumidor.....	9
2.2	Boa fé.....	9
2.3	Confiança.....	10
2.4	Vulnerabilidade.....	11
2.5	Equidade.....	11
2.6	Segurança.....	12
2.7	Fundamentos constitucionais da defesa do consumidor.....	13
2.8	O equilíbrio e a transparência em defesa do consumidor.....	14
3	DOS CONTRATOS.....	17
3.1	Da publicidade e da informação na esfera contratual.....	18
3.2	Da oferta.....	19
3.3	Condutas de práticas abusivas.....	21
3.4	A proteção Contratual do consumidor na fase de formação contratual.....	23
3.5	Dos contratos que regulam as relações de consumo.....	24
3.6	Interpretação dos contratos nas relações de consumo.....	25
4	DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NO BRASIL.....	27
4.1	Da aquisição de imóveis na planta	27
4.2	Incidência do código de defesa do consumidor.....	29
5	DA CLÁUSULA PENAL.....	30
5.1	Da inversão da cláusula penal em favor do consumidor que compra imóvel “na planta”	32
5.1.1	Do entendimento do STJ- Superior Tribunal de Justiça.....	33
5.2	A cláusula penal deve ser aplicada entre ambos os contratantes.....	35
6	CONCLUSÃO	37
	REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem como objeto de discussão a inversão da cláusula penal em favor do consumidor que compra imóvel na planta. O estudo busca elucidar se é possível a inversão da cláusula que estabelece os juros ao construtor que atrasa a entrega do imóvel, discutindo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), frente aos casos.

O estudo vai explicar os direitos do consumidor de maneira geral, vai ressaltar os casos em que o comprador de imóvel “na planta” tem o prazo de entrega violado e buscar solucionar o problema, invertendo a cláusula que o puni se o mesmo atrasar com os pagamentos.

É de grande relevância esclarecer que as modificações legislativas e a apreciação da Lei nos casos em questão são submetidas ao poder judiciário, para que assim definam se há ou não aplicabilidade da inversão em favor do consumidor, é primordial para o aplicador do direito saber distinguir os casos onde causa lesividade ao comprador, que de boa-fé, contrata de um determinado prestador de serviços.

Os magistrados utilizam vários meios para verificar se o direito está sendo lesado, como por exemplo a jurisprudência, que faz com que os juízes busquem resguardar o direito do consumidor e garantir que se cumpra o que a lei determina, favorecendo a parte que é lesada ou que encontra em situação desfavorável na relação jurídica.

O presente trabalho de conclusão de curso será realizado por meio de estudos bibliográficos, usando como ferramenta de busca, livros, jurisprudência, artigos e outras fontes que a alimentarão a pesquisa e farão com que seja demonstrado a possibilidade da inversão em favor do consumidor.

As fontes jurídicas para coletar informações e desenvolver uma busca avançada sobre o tema, será pautada na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), na Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (legislação de condomínio em edificações e as incorporações imobiliária).

A busca teórica será o primeiro instrumento de pesquisa, uma vez que o tema é recente e precisa ser dilucidado pelos operadores do direito. É necessário que o legislador e o operador estejam atentos as modificações e as possibilidades de

aplicabilidade, visando proteger o consumidor que é a parte mais frágil da relação jurídica ora aqui exposta.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS AOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), visa proteger os sujeitos de direitos, disciplinando as relações jurídicas entre o direito público e o direito privado, buscando o bem-estar do consumidor em todas as suas relações frente ao fornecedor, podendo ser ele um profissional, empresário ou um comerciante.

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Os consumidores necessitam de proteção por serem a parte mais vulnerável da relação jurídica, o código traz em seu capítulo I as disposições gerais que estabelecem quem são as partes na relação de consumo, ou seja, quem são os sujeitos da relação contratual, podendo ser identificados como fornecedor e consumidor, podendo ainda estabelecer se a relação é de produto ou serviço.

Já o capítulo II do mesmo código estabelece normas sobre a política nacional das relações de Consumo, uma vez que segundo a própria legislação o consumidor é considerado a parte mais vulnerável da relação. Podemos denominar o consumidor como cliente ou comprador, enfim, sendo assinalado como o terceiro-vítima, do fato ou de um produto de um serviço.

Os direitos básicos do consumidor são citados no capítulo III do código, sendo de suma importância, pois são eles que estabelecem a relação de paridade e de boa-fé nas relações contratuais de consumo, buscando sempre a igualdade e a liberdade na hora de contratar.

O objetivo principal do CDC é equilibrar e harmonizar os direitos do consumidor na relação e obter paridade entre as partes.

A proteção do consumidor deve ser na exata medida do necessário para compatibilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico do qual necessita toda sociedade e equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores. Para promover esse equilíbrio o Código estabelece uma série de princípios.

Os princípios do CDC realizam os valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, segurança, a vulnerabilidade e outros mais. Por isso deve-se interpretar o Código de Defesa do Consumidor como reflexo das normas constitucionais protetoras da integridade física e moral da pessoa humana, dos interesses superiores do Estado, que almeja garantir uma sociedade justa. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 25)

Conforme salientado na transcrição feita do livro do Cavalieri, podemos observar que o consumidor é protegido constitucionalmente e os seus direitos são quase correspondentes aos tratados nos direitos fundamentais presente na carta magna.

Os princípios que regem o CDC são as armas de defesa do consumidor, valendo-se deles é que existe a igualdade contratual.

2.1 Princípios do código de defesa do consumidor

As normas jurídicas, se dividem em duas categorias, que são as regras e os princípios. As regras são as hipóteses normativas que contêm relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas, o comando é mais objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca da existência. Já os princípios partem da premissa de que se inicia a análise do ordenamento jurídico e se afere para onde ele se norteia.

Os princípios são fundamentais para garantir aos detentores do direito que ele se cumpra, com a promessa de tornar o campo jurídico mais justo para todos e para estabelecer uma conduta mais pacífica e certa em relação ao consumidor e o fornecedor, os princípios norteadores na esfera jurídica do consumidor, podem ser caracterizados como:

2.2 Boa fé

A boa-fé de acordo com os aspectos do CDC é o termo a ser utilizado para indicar valores éticos que estão a base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica

Art.4, 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; Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

É o termo boa-fé que, desvincula das intenções íntimas do sujeito, indica o comportamento objetivando e adequando aos padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo, segundo o código de defesa do consumidor;

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. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

A boa-fé resulta como o limite do exercício em todo e qualquer direito subjetivo, sendo a forma de segurança da relação jurídica, além do qual não se pode ir sem incorrer a ilicitude.

2.3 Confiança

Embora não previsto no CDC, podemos correlacionar com o que está previsto no Art. 37 do código, que assim trata;

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

O princípio da confiança está intimamente ligado ao princípio da boa-fé e da transparência. A confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente deles se espera. A oferta vincula, cria obrigação pré-contratual, para que não se frustre a legítima expectativa criada no consumidor e se cumpra a obrigação frente à este.

2.4 Vulnerabilidade

O Direito do Consumidor, tem fundamento na vulnerabilidade do consumidor. Reconhecendo a desigualdade existente, buscando estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. Logo, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, expresso no art. 4º, I, do CDC, é também um princípio estruturante do seu sistema, na verdade o elemento informador da Política Nacional das Relações de Consumo.

Art. 4º 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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Em suma, a vulnerabilidade é um estado da pessoa, uma situação permanente ou provisória que fragiliza o consumidor.

2.5. Equidade

O CDC refere-se a equidade, pois em seu art. 51, inciso IV, “Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”. A equidade tem uma função integradora e outra corretiva. A primeira ocorre quando a

lacuna da lei, casos onde o juiz pode usar da equidade para resolver os casos sem a necessidade de chegar a criar uma norma como se fosse ele um legislador.

Por sua vez, a equidade corretiva, 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 a equidade corretiva.

A norma dá ao juiz a possibilidade de valoração da cláusula contratual, invalidando aquilo que é contrária à equidade e boa-fé, trazendo maior paridade entre as partes na relação contratual, e desfazendo a situação de incompatibilidade existente na relação.

2.6 Segurança

O princípio da segurança está entre um dos mais importantes do CDC, porque nele se estrutura todo o sistema de responsabilidade civil das relações de consumo. Os art. 12 e 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que, o risco do consumidor para o fornecedor é de responsabilidade do produtor em todos os casos em que ocorra uma possível reparação, quer decorrentes do fato do produto. Assim estabeleceu o art. 12, *caput*:

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. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

E também incide na mesma forma de trazer mais segurança o art.14 do CDC, *caput*:

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. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, observa-se que os dispositivos se desprendem do fato gerador da responsabilidade do fornecedor não sendo mais uma conduta culposa, mas o defeito do produto ou serviço, todo aquele que fornece produtos ou serviços no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais defeitos dos bens e serviços fornecidos, independe de culpa. O consumidor em hipótese nenhuma pode se lesar por consequência de terceiros. O defeito se caracteriza na ilicitude da conduta como um elemento de responsabilidade do fornecedor. Não basta, portanto, colocar produtos ou serviços no mercado, é ainda indispensável a presença de um defeito, e que desse defeito resulte dano e que o dano seja perceptível, o consumidor deve ter seu direito violado.

2.7 Fundamentos constitucionais da defesa do consumidor

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema de direito positivo, dessa forma, o direito do consumidor é um reflexo do direito constitucional de proteção dos consumidores. Antônio Cezar Peluso foi ministro do Supremo Tribunal Federal de 2003 a 2012, e em seu exercício de função, concluiu o seu voto no Recurso Extraordinário nº 351.750:

A defesa do consumidor, além de objeto da norma constitucional, é direito fundamental (art.5, XXXIII), de modo que não pode ser restringida por regra subalterna, nem se quer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art.60, §4º, inc. IV)". (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 11).

Ao consumidor individual e coletivo, é assegurado a sua proteção constitucionalmente, tanto como no direito fundamental no art. 5º, XXXII.

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. (BRASIL, 1988).

Como princípio de ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/88.

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:

V - defesa do consumidor; (BRASIL, 1988).

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. O direito do consumidor é o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir este triplo mandamento constitucional, promovendo a defesa dos consumidores, observando e assegurando como o princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária defesa do consumidor, sistematizando e ordenando a tutela especial através de um código que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na proteção do sujeito de direitos.

O estado deve assegurar que o poder Executivo e o Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. Sendo um direito fundamental, a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva dos desses poderes. O direito do consumidor também é chamado de direito subjetivo público geral, não só contra atuações do Estado, mas de atuação positiva em favor dos consumidores.

O direito fundamental é um direito subjetivo, que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor, seja contra o Estado, ou nas relações privadas. Dessa forma o direito fundamental deve ser respeitado, de acordo com a conformidade da lei que o rege.

2.8 O equilíbrio e a transparência em defesa do consumidor

O direito do consumidor tem amparo legal na Constituição Federal e ainda possui legislação própria, isso tudo para resguardar a parte mais frágil da relação contratual.

O código de defesa do consumidor é um instrumento legal utilizado para proteção e defesa de quem contrata ou faz adesão de algum serviço ou produto, o código busca tutelar a proteção da saúde, segurança, vulnerabilidade e outros. Assim como na Constituição Federal, o código também estabelece obrigações que devem

ser seguidas por quem presta algum tipo de serviço a outrem. O art. 6º e seus incisos, presentes no Código de Defesa do Consumidor, tratam dos direitos básicos, como por exemplo:

Art.6º São direitos básicos do consumidor:

I- A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Concebido em sua forma como código, o Código de defesa do consumidor é um sistema de regras de direitos unidas, compreendendo todos os princípios do consumidor, todos os conceitos fundamentais e todas as normas e cláusulas gerais para a sua aplicação e para sua interpretação.

Entretanto, visa harmonizar as relações entre consumidor e fornecedor, uma vez que estabelece o dever da transparência nas relações de consumo. O direito à informação é um dos principais presentes no CDC, segundo o art. 6º, inciso III, trata de maneira específica, expondo: “Informação adequada e clara sobre diferentes produtos e serviços, bem como os riscos que eles apresentam”. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.).

O direito à informação é um reflexo do princípio da transparência, e encontra-se ligado também ao princípio da vulnerabilidade. Pode-se dizer que o direito à informação, é primeiramente um instrumento de igualdade e de equilíbrio da relação de consumo. Torna-se um elemento imprescindível para igualar o consumidor.

A informação, tem por finalidade garantir o direito que o consumidor possui de escolher, e esta escolha sendo consciente propicia ao consumidor a diminuir os seus riscos e aumenta as possibilidades de alcançar suas expectativas. Mas sem informação adequada e precisa o consumidor não pode fazer boas escolhas, ou, pelo menos a mais correta que lhe geraria satisfação. É o que pode ser chamado de consentimento informado, vontade qualificada ou, ainda, consentimento esclarecido.

A abrangência do direito à informação faz-se presente em todas as áreas de consumo, atuando ainda desde antes da sua formação da relação de consumo, durante e depois o seu exaurimento, conforme o art. 31 do CDC, “A oferta e

apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas e ostensivas.” (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.).

O consumidor, sendo a parte mais fraca da relação de consumo, tem o direito de exigir dos prestadores de serviços que não lhe sejam nocivos, que adotem medidas para evitar os riscos ao consumo dos produtos, ainda que inerentemente apresentem algum risco.

Entretanto, é dever do prestador de serviço informar a respeito dos riscos que os produtos ou os serviços prestados possam apresentar, e proibir a colocação no mercado dos que apresentem alto grau de nocividade ou periculosidade, também é dever deles comunicar às autoridades competentes.

3 DOS CONTRATOS

Os contratos são conhecidos por promoverem a relação jurídica, pois eles desencadeiam um processo administrativo, uma vez que unem uma série de atos com um determinado fim. Pode-se dizer que o contrato é a veste jurídica das operações econômicas.

Por mais imediato que seja o contrato, como a simples compra e venda de bens, passa esse a ser uma consequência de atos, desde o pagamento até o recebimento do bem adquirido.

De acordo com essa visão moderna do contrato como processo, identifica-se nele a primeira fase que tem sido chamada de pré-contratual, em que as partes iniciam os contratos, fazem propostas e contrapropostas, enfim, as tradicionais tratativas destinadas a reflexões e ponderações. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 130).

Podem-se desenvolver direitos e obrigações, uma vez que a proteção jurídica do consumidor começa na fase pré-contratual, razão pela qual exigem em qualquer uma das partes a terem conduta séria, leal e sincera.

Afinada com o princípio da boa-fé objetiva, pedra angular de todo o sistema contratual consumerista. O rompimento leviano e desleal das tentativas pode ensejar obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra de confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo os decorrentes de contrato social. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 131).

Por esta razão, que nessa fase é preponderante que o fornecedor seja bastante claro, objetivando que a relação jurídica seja pautada no princípio da boa-fé, estimulando a aproximação entre o consumidor e os produtos que estão sendo ofertados.

O campo de atuação do contrato é muito extenso, sendo quase ilimitado. Ele não se restringe apenas aos direitos das obrigações, pois estende-se também a outros ramos do direito público e privado. A vida em sociedade obriga as pessoas a realizar contratos de todas as espécies para poderem assim adquirir bens e serviços.

O texto normativo do art. 421 do código civil, diz que “A liberdade de contratar, será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (Redação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Dedicar-se a proteger os princípios que regem os contratos (princípio da autonomia da vontade e o da função social).

O princípio da liberdade contratual, diz respeito sobre a liberdade de contratar, de optar ou não em realizar o negócio jurídico e estabelecer o conteúdo do contrato. Já no princípio da função social, aborda a liberdade contratual, mas objetivando atingir terceiros, não apenas no campo entre as partes contratantes.

3.1 Da publicidade e da informação na esfera contratual

De acordo com CDC, como analisamos anteriormente, zela pela transparência da relação contratual, onde nenhuma das partes podem ser omissas a informações relevantes ao contrato que será celebrado.

A publicidade tem por objetivo declarar os produtos e serviços que podem vir a ser negociados pelas partes. Devendo ser expostas no contrato todas as informações relevantes sobre o bem, como a data de pagamento do produto, as funções que ele desempenha, os riscos, quando houverem e até a data de entrega. Nem toda publicidade é revestida de informação, uma vez que o objetivo principal da mesma é induzir a compra, por isso ela é tão recorrente na fase pré-contratual, apesar de não ser uma forma de informação e sim de indução, a mesma não pode induzir o consumidor ao erro, devendo assim ser revestida de transparência e retidão.

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 a integrar o contrato que vier a ser celebrado. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Sendo assim, esse artigo é notoriamente fundamental para o CDC, uma vez que ele afasta as técnicas de marketing, que levam o adquirente de determinado bem ou serviço ao erro.

A publicidade, no regime contratual consumerista desempenha papel equivalente ao da oferta no regime contratual regido pelo código civil.

O dispositivo que obriga a publicidade de forma honesta, veio como forma de obrigar o fornecedor a integra-la ao contrato que vier a ser celebrado. Tratando assim, de uma exigência indispensável da realização de consumo e da oferta ao público, pois nada adiantaria que os produtos listados e preços tivessem que ser apurados a veracidade.

O consumidor quando não é informado, se torna vulnerável. O código ainda estabelece que é proibida a publicidade enganosa, em seu art.37: “É proibida a publicidade enganosa ou abusiva.”. O parágrafo 1º estabelece a seguinte redação sobre o tema:

Art. 37 §1 É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Todavia, o elemento que caracteriza a publicidade enganosa, será a capacidade de induzir o consumidor ao erro, onde é-lhe apresentado uma falsa representação da realidade. Logo, pode-se dizer que será enganosa toda e qualquer representação falsa que possa levar o consumidor do produto, bens ou serviços à um juízo equivocado, incorreto a respeito da qualidade, utilidade, preço ou de qualquer outro dado importante e pertinente que o contenha.

3.2 Da oferta

O contrato, é considerado um negócio jurídico por excelência, sendo, portanto, a mais importante fonte de obrigações. Um acordo firmado entre partes, além de criar ou modificar direitos e obrigações para os contratantes, possibilita e regulamenta a circulação de riqueza dentro da sociedade.

Entretanto, por mais singelo ou mais complicado, se desenvolve a partir da oferta de uma das partes e se cumpre com a aceitação da outra. Desta forma, podemos dizer que a oferta deve ser examinada na fase pré-contratual. Na terminologia tradicional, oferta é o que uma pessoa faz à outrem.

O aspecto mais relevante da oferta de acordo com o CDC é que ela integra o contrato, obrigando o fornecedor a fazer o que nele estiver vinculado, o que ocorre é o fenômeno da vinculação.

Assim sendo, com esse fenômeno da vinculação, o art. 35 do CDC dispõe que:

Art.35 Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Portanto, a vinculação tem a importância em relação que, uma vez feita a oferta, todos os elementos que compõem o contrato celebrado deverá ser desde logo ofertado pelo fornecedor, uma vez que já integram a celebração.

Na terminologia tradicional, oferta é o que uma pessoa faz a outrem. Os arts. 427¹ e 428² do Código Civil, fazem referência ao que deve ser apresentado, ilustrando que deve sempre a proposta ser precisa, completa, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, principalmente em relação à coisa e ao preço.

O CDC e o código civil, estabelecem que as mesmas devem ser revestidas de com o intuito de ter seriedade, na medida que deva ser confiável para o consumidor, e completa, na medida que deve conter todos os elementos que integram o contrato, de modo que permita a simples adesão ao consumidor, sendo ainda receptível, ou seja, passível de aceitação por consumidores identificados ou identificáveis.

No Código do Consumidor, se a informação ou a publicidade não for completa, ou não for suficiente ou precisa, inválida a condição de apresentada, porque, impõe

¹ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

² Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

ao fornecedor o dever de informar completamente ao consumidor acerca de sua oferta, então, isso obriga que ela seja completa, a eventual omissão de algum dado não transforma a oferta em mero convite de ofertar. A oferta é firmada no princípio da transparência, enquanto o contrato por adesão é firmado no princípio da confiança, ou seja, crer no que o fornecedor está ofertando.

3.3 Condutas de práticas abusivas

As práticas ou condutas abusivas são aquelas que o fornecedor age em divergência com os padrões de boa conduta nas relações de consumo. São práticas que, no exercício da atividade empresarial, excedem os limites dos bons costumes comerciais, principalmente, da boa-fé, e se caracterizam pelo abuso do direito, consideradas ilícitas, por isso são proibidas.

O código do consumidor em seu art. 39, apresenta um rol de condutas que são consideradas abusivas.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas

Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

I X - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

(Revogado)

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - (Vetado).

(Revogado)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. (Incluído pela Lei nº 13.425, de 2017)

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento. Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

As práticas abusivas de acordo com os aspectos jurídicos já mencionados, podem ocorrer na fase pré-contratual, na fase onde ocorrem os ajustamentos contratuais, e pós contratuais manifestando após a contratação. Analisando o artigo acima, constata-se que a maioria das práticas abusivas elencadas atuam fase pré contratual.

Os contratos que têm causa contrária, as leis de ordem pública e aos bons costumes, são nulos. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico institui, por esse molde, limitações de ordem geral à liberdade de contratar. Em consequência, firma que todo princípio de que toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita por sua causa.

3.4. A proteção Contratual do consumidor na fase de formação contratual

A proteção do consumidor se faz ainda mais necessária na fase pré-contratual, porque nas relações de consumo a regra, é a contratação padronizada, na qual não existe margem para a negociação. Se o consumidor estiver interesse em anuir a um serviço ou um determinado produto, ele na maioria das vezes concorda com as condições ofertadas pelo fornecedor, “a contratação padronizada tornou-se instrumento indispensável não só nas relações de consumo; domina todos os setores do mundo empresarial, com reflexos na atividade de empresas públicas e concessionárias de serviços públicos”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 151).

Esse método contratual é o que chamamos de adesão, como já tratado, oferece inúmeras vantagens em termos de racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia, mas apesar de toda agilidade contratual, muitas vezes o consumidor adere ao contrato sem conhecer as suas cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram, mas nem sempre essa confiança é correspondida.

Por isso é fundamental que o contrato de adesão seja estudado com cautela, para que o consumidor seja protegido de eventuais riscos.

Os contratos de compra e venda são considerados contratos de adesão, porque nas maiorias das vezes, pois são um instrumento contratual, previamente elaborado, para a aceitação do outro parceiro contratual, “esses contratos são homogêneos em seu conteúdo porque os fornecedores pré-elaboram um complexo uniforme de cláusulas a serem aplicadas, indistintamente, a toda uma série de relações contratuais.”. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 152).

A rigor, a principal diferença entre os contratos paritários e os contratos de adesão, não está no ato de formação, porque em ambas a aceitação é adesiva. A diferenciação está na fase pré-contratual. Já nos contratos de adesão, não tem tratativas, como existem nos contratos paritários, não podendo influenciar a formação da proposta como ocorre nos demais contratos.

Um componente essencial do contrato de adesão é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a ausência de um debate prévio das cláusulas contratuais e, sim unilateral, restando a outra parte a alternativa de aceitar ou não o contrato, não podendo modifica-lo. O consentimento do consumidor manifesta-se por adesão ao conteúdo ali descrito pelo fornecedor.

3.5 Dos contratos que regulam as relações de consumo

O artigo 46 do CDC faz correlação ao princípio da transparência, sendo um dos meios mais importantes de proteção contratual do consumidor.

Art. 46 Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigaram os consumidores, se não for a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance". Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Observa-se, quando tratamos desse princípio, que transparência significa informação clara e correta sobre o contrato a ser firmado, sobretudo a ser vendido, com lealdade e boa-fé, de modo a permitir ao consumidor fazer boa escolha.

A presunção que existe é de que os contratos são firmados por partes bem informadas. Se esse requisito não é preenchido, não se pode falar em contratos justos e equilibrados. As regras relativas à informação, destinadas a aumentar a habilidade das partes para fazerem boas escolhas, são para que os contratos de consumo tenham força vinculativa em relação ao consumidor.

A redação do CDC no art.46 que o contrato não obrigará o consumidor, em primeiro lugar, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, e tudo aquilo que é conhecido ou pode se conhecer. Busca-se garantir ao consumidor a única oportunidade que tem de fazer boa escolha nos contratos de adesão, uma vez que não pode negociar nem modificar as cláusulas contratuais. Tudo vai depender do caso concreto, observa-se que o CDC adotou o princípio da conservação do contrato, uma vez que as relações contratuais buscam aproveitar a relação jurídica já existente.

O consumidor, portanto, só se vincula às cláusulas que lhe eram acessíveis até o instante da conclusão do contrato, não sendo lícito ao fornecedor, após esse momento pretender inserir, por ato unilateral, qualquer outra estipulação. A cláusula que o consumidor não teve prévio acesso chega a integrar o contrato: a hipótese portanto não será a de nulidade, mas sim de ineficácia. O contrato será válido juridicamente, mas não terá eficácia com relação ao consumidor que não teve respeitada a garantia da cognoscibilidade.

O contrato não obrigará o consumidor se o instrumento for realizado de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Não bastará que o consumidor tenha tido a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo do contrato ou de cláusula contratual. Será preciso também que tenha tido a oportunidade de compreender. No sentido do art. 46 do CDC, fazendo com que os contratos possam ser conhecidos e compreendidos. O consumidor pode ter conhecido e não ter compreendido, caso em que persistirá a ineficácia.

3.6 Interpretação dos contratos nas relações de consumo

Um instrumento eficiente e bastante utilizado na proteção contratual do consumidor é a interpretação que deve ser dada aos contratos de consumo. Segundo o art. 47 do CDC, “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.)”, respeitando os princípios na interpretação dos contratos.

Em outras palavras, pode-se dizer que quem escreve o contrato de adesão, faz com que não somente as cláusulas ambíguas dos contratos se interpretem ao favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo.

O sistema de proteção dos consumidores sempre é benéfico ao agente mais fraco, hipossuficiente. Relembrando, as relações de consumo são informadas pela boa-fé, que é um dos maiores pilares dos princípios no CDC, toda cláusula deverá ser interpretada a luz a partir dessa premissa. Esta, é a regra básica e geral de interpretação, não só dos contratos de consumo, mas também de todos os negócios jurídicos.

A boa-fé neste caso, é considerada objetiva, por ter um conteúdo padrão de conduta e não apenas de intenção, não pode qualificar a boa-fé objetiva por um estado de consciência do agente de estar se comportando de acordo com o Direito, a boa-fé objetiva não corresponde ao estado mental do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação, exigindo que ambas as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme o previsto e para que ambas tenham o aproveitamento ensejado.

O elemento interpretativo do contrato cria deveres jurídicos, dever de correção, de cuidado e segurança, de informação e de cooperação, de sigilo, de prestar contas e até como elemento de limitação. Observa-se a partir desse ponto que a boa-fé

exerce um papel fundamental na interpretação dos negócios jurídicos em geral, e principalmente nos contratos de consumo, nos quais se exigem das partes lealdade, transparência e cooperação. Na busca da compreensão das cláusulas acordadas, devendo pautar a conduta de acordo com os deveres impostos pela boa-fé, repudiando qualquer manifestação que seja adversa à essa. (WALD, 2009, p. 299).

4 DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NO BRASIL

A promessa de compra e venda surgiu nos direitos das obrigações. É uma promessa de contratar concretizada num pré-contrato ou um contrato preliminar. O contrato de compra e venda é a espécie mais utilizada por aqueles que pretendem adquirir imóveis residenciais no Brasil.

Diante da dificuldade de conseguir um financiamento para uma casa própria, o início da urbanização brasileira foi marcado pela locação residencial.

Com fundamento no direito positivo, o código civil em seu art. 481³, definiu o que é compra e venda, ressaltando desde logo o ponto essencial, que marca a posição do nosso direito, demonstrando o caráter meramente obrigatório do contrato.

O compromisso de compra e venda não está isento as contestações jurídicas, uma vez que cresce a busca pela casa própria. Para o direito brasileiro, portanto, o contrato por si só é inábil a gerar a translação da propriedade, embora seja ela uma causa determinante. É de suma importância que ocorram os atos que as leis consideram indispensáveis, como a inscrição do título aquisitivo no registro, em se tratando de coisa imóvel.

O primeiro elemento indispensável para que ocorra a compra e a venda é o seu objeto, é essencial que haja um objeto pré-definido. (SILVA PEREIRA, 2011, p. 148).

Existem ainda as vendas de coisas já conhecidas que podem ser estipuladas em contratos, ou seja, contratos que versem sobre coisas futuras, o qual fica definido como condicional, que se resolve com a celebração, ou então com o inadimplemento da obrigação.

Para a perfeição da compra e venda pode-se contentar, portanto, com a existência potencial da coisa.

4.1 Da aquisição de imóveis na planta

A aquisição de imóveis na planta, obedece às diretrizes do que estabelece a Lei nº4591/1964. A definições de incorporação imobiliária é dada pelo art. 28, que estabelece.

³ Código Civil, art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Art.28 Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas. Redação dada pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. (BRASIL, 1964).

O compromisso de compra e venda celebrado entre o alienante e adquirente do imóvel em construção integra o negócio de incorporação, cuja a causa é:

A produção de um novo bem imóvel e a constituição de direito de propriedade sobre ele, num processo pelo qual o direito real de propriedade que incidia sobre um único terreno é fracionado e convertido em novos direitos reais de propriedade sobre esse mesmo terreno, direitos reais esses correspondentes às diversas unidades imobiliárias autônomas sobre ele implantadas. (CHALHUB NAMEM, 2012, p. 145).

Pode-se dizer, que o ciclo da incorporação imobiliária se inicia com a compra de um terreno por parte do incorporador que, então, elabora um esboço do que deseja realizar e busca financiamento bancário para promover o projeto. Os futuros moradores ou promissários compradores efetuam o pagamento das parcelas do preço do imóvel durante a construção. Até então, era o incorporador quem se relacionava com o agente financeiro, a partir desse momento a situação muda e se inverte, a dívida antes constituída pelo promitente vendedor com o banco é extinta e o promissário comprador, imitado na posse do imóvel, passa a ser devedor da instituição financeira.

Compreender a operação econômica realizada pelos contratos no âmbito da incorporação é imprescindível para definir o regime jurídico aplicável aos contratos de compra e venda de imóveis “na planta”. Com efeito, é a causa do negócio de jurídico de incorporação imobiliária, que se distingue a relação estabelecida entre incorporador e adquirente daquela existente entre promitente vendedor e promissário comprador de um imóvel que já finalizou, seja ele novo ou usado.

Ainda que o promitente vendedor seja um fornecedor profissional, o bem citado na venda não pode se denominar como coisa futura. O comprador quando adquire o imóvel quando a obra se conclui, não tendo efetuado investimento algum no período

da construção, faz com que a causa do contrato não seja a produção do bem, mas sim a transmissão da propriedade.

Essa diferenciação demonstra claramente a peculiaridade do compromisso de compra e venda de imóvel “na planta”, devendo tal modalidade ser examinada a partir da Lei 4.591/1964 que disciplina e regulamenta quando couberem e pelas normas do Código Civil.

4.2 Incidência do código de defesa do consumidor

Nota-se que, a relação estabelecida entre o incorporador e adquirente é de caráter consumerista. Se por um lado o incorporador, seja ele pessoa física ou jurídica, costuma desenvolver a atividade de incorporação de maneira profissional de outro o adquirente é, em geral, o destinatário econômico do imóvel prometido à venda.⁴

Vale ressaltar, portanto, que o preço da unidade imobiliária não descaracteriza a relação de consumo estabelecida entre o fornecedor e o adquirente, uma vez que o artº3º, § 1º do CDC define produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Existem situações que exigem entendimento diverso, uma vez que, o incorporador não se dedica com habitualidade à atividade, não se deve considera-lo fornecedor. Assim, também pode-se dizer que não é consumidor aquele que adquire uma ou mais unidades imobiliárias a fim de acresce-las em sua atividade empresarial ou que tenha o negócio com o intuito de revender ou locar os imóveis a terceiros no exercício da atividade econômica organizada.

Por conseguinte, não se deve negar a incidência das normas jurídicas descritas pelo Código de Defesa do Consumidor aos acordos de compra e venda de imóveis “na planta” em que o incorporador exerça atividade com caráter profissional e o adquirente seja o destinatário fático e econômico do bem. O que deve ser apreciado, portanto, é qual dessas normas são aplicáveis ao negócio, uma vez que a incorporação imobiliária é regida pela Lei nº. 4591/1964.

⁴ Neste estudo adota-se a teoria finalista, segundo a qual consumidor é aquele que aproveita a função econômica do produto ou serviço que adquire (destinatário final fático) e o retira do mercado definitivamente (destinatário final econômico). Contrapondo-se aos adeptos do finalismo, os maximalistas entendem que basta que o sujeito seja destinatário final fático para ser considerado consumidor. Atualmente, vem se desenvolvendo sobretudo na jurisprudência uma terceira teoria, chamada de finalismo “aprofundado” ou “mitigado”, que reconhece a existência de relação de consumo sempre que o destinatário final fático apresenta vulnerabilidade em relação ao fornecedor. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 154

5 DA CLÁUSULA PENAL

A clausula penal foi constituída de duas formas: Uma sendo considerada como o reforço do cumprimento das obrigações e com perdas e danos que são consequentes da mora ou do inadimplemento absoluto. O principal discurso sobre a sua funcionalidade se dá entre essas duas concepções.

Considerada um dos institutos mais conflituosos dos direitos das obrigações, a clausula penal foi um dos institutos que nunca chegou em consenso pela doutrina. Suas raízes são encontradas no direito romano.

Os imóveis de compra e venda “na planta” sofrem com duas objeções, uma da possibilidade de só haver pena nos casos em que exista mora ou inadimplemento absoluto do promissário comprador a ser aplicada pelo promitente vendedor, e outra quando existe a validade da cláusula de decaimento. Abordaremos então quais as funções que a cláusula penal desempenha e a possível inversão dela em favor do comprador.

Caio Mário da Silva Pereira, vê que a clausula penal é o meio ao qual o impõe ao devedor a cumprir com sua obrigação, servindo como forma de reforçar o vínculo obrigacional. Então, Silva Pereira define que; “a pré-liquidação do *id quod interest* aparece, então, como finalidade subsidiária (...), pois que pode faltar, e efetivamente falta, por via de regra, correspondência exata entre o prejuízo sofrido pelo credor e a cláusula penal”

Com o pensamento adverso, Orlando Gomes, ensinava que a função da clausula penal é a pré-fixação das perdas e danos. Segundo o jurista, a coerção que a pena estabelece entre o devedor é meramente accidental, o que é notório pelo fato do valor ali taxado ser menor que os prejuízos que a ausência dos pagamentos acarreta.

Ainda assim, com todo esse debate acerca do tema, prevalece a concepção de que a cláusula penal exerce de forma alternada uma dupla função, servindo para inibir o devedor a cumprir com a obrigação e também analisar as perdas e os danos que são acarretados com a ausência do pagamento.

Segundo Antônio Pinto Monteiro, a teoria de que a cláusula penal exercia duas funções não se restringiu apenas ao Brasil, na Europa ela também se generalizou, a ideia de que a cláusula penal pressiona o devedor ao cumprimento da obrigação e ao

mesmo tempo evita a necessidade de liquidação dos prejuízos causados pelo inadimplemento. Para a doutrina que predominava, essa última função é considerada uma das mais importantes, enquanto a primeira era considerada como imprevisível, verificada quando o valor estabelecido pela cláusula penal era superior ao indenizatório e o credor teria direito, caso não estivesse informado sobre o assunto.

Apesar de ser mais utilizada, a teoria da dupla função foi a mais contestada, uma vez que a doutrina marcava com bastante ênfase o caráter coercitivo da cláusula penal.

Passaram então a estabelecer um valor pré-fixado à cláusula de indenização, o objetivo do contratante seria apenas evidenciar o dano futuro e evitar as custas e a demora que se tem quando isso tem que ser avaliado em processo judicial. Nessas hipóteses, as partes assumem os riscos, o que dá maior agilidade ao negócio, buscando impedir o credor a optar pela indenização uma vez que já existe a soma pré-estabelecida. Existe ainda, uma segunda modalidade, que seria a cláusula penal exclusivamente compulsivosancionatória, onde as partes estipulam até o acréscimo à execução específica ou a indenização pelo inadimplemento, a finalidade é meramente coercitiva. Pinto monteiro estabelece que, essa penalidade não pode ser considerada com disciplina legal, baseando-se na liberdade contratual.

É possível ainda identificar a cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita, nos casos em que os contratantes estipulam o valor da pena superior ao do dano previsível. Assim como a outra, essa cláusula penal, essa modalidade de pena se destina a reforçar o cumprimento da obrigação, diferenciando-se daquela por não ser cumulativa com a execução do inadimplemento. Essa cláusula funciona como o mecanismo de substituição da indenização, ou seja, uma obrigação de fazer com faculdade ao credor, se diferenciando de uma execução antecipada dos prejuízos.

De acordo com o civilista, a teoria da dupla função erra em não valorar essa distinção, não levando em consideração que a indenização se destina a reparar danos e não punir o devedor. A cláusula penal não pode servir como reparação da sanção no mesmo momento, uma vez que essas suas seriam incompatíveis entre si. A primeira, notoriamente pressupõe a ocorrência de dano e mede-se conforme a extensão deste, já a segunda necessariamente supera o valor do prejuízo.

Apesar de valorar a função coercitiva, parte da doutrina brasileira se reveste à essa tendência.

As codificações contemporâneas abandonam a concepção de pena como atenuante ao cumprimento da obrigação, segundo Gustavo Tepedino. Por muito quando admitem a possibilidade da cláusula moratória, assim os pode-se dizer que os tempos atuais marcariam o “acaso da função punitiva”.

Entretanto, apesar de várias vertentes consideradas importantes pela doutrina, o que pode-se notar é que o objetivo do contratante é apenas reforçar o cumprimento da obrigação. Não se considera ilegal essa prática, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não a condena, desde que façam de maneira contratual e sem causar equívocos ou ilicitudes.

A cláusula penal delimita os riscos assumidos pelo devedor, proporcionando uma solução rápida, ainda que nem sempre é satisfatória, como nos casos de inadimplemento culposos.

Concluído esse breve esclarecimento sobre as modalidades da cláusula penal, agora analisaremos a discussão referente aos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta”, e a possibilidade de inversão da pena.

5.1 Da inversão da cláusula penal em favor do consumidor que compra imóvel “na planta”

Como foi explicado acima, grande parte das vendas de imóveis realizadas “na planta”, são celebrados pelo contrato de adesão. Na maioria das vezes os contratos são padronizados e elaborados pelo promitente vendedor e não são cabíveis de negociação, se não quanto ao preço, e mesmo assim, rege a regra das prestações que se estendem por anos.

Como qualquer investimento realizados ao prazo de média e longa duração, este também fica vulnerável aos riscos e instabilidades do mercado financeiro. Durante o período de pagamento e construção do imóvel, o comprador pode vir a se instabilizar com a crise e por vários motivos não conseguir efetuar os pagamentos.

Essa situação de instabilidade gera riscos às atividades de incorporação imobiliária no Brasil. Se nenhuma medida preventiva fosse tomada, a cada vez que um contrato fosse assinado os agentes econômicos teriam que arcar com os prejuízos. Para evitar que isso venha acontecer é que as incorporações imobiliárias contratam seguros e pactuam cláusulas penais com os promissários compradores das unidades imobiliárias.

Com o advento da Lei nº 4.591/1964 o art. 32, § 2º, estabelecer a irretratabilidade do compromisso, admite-se, porém, a resolução do contrato pela falta de condições materiais do promissário comprador adimplir as prestações a que se obrigou. Nesse caso hipotético, o vendedor acaba sendo forçado a retomar o imóvel e refazer a negociação de vendo com outros interessados.

O compromisso de compra e venda de “imóveis na planta” podem sim estipular penas, a Lei nº 4951/1964, em seu art. 63 *caput*, prevê expressamente a possibilidade de pactuarem com sanções em caso de inadimplência.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 53 faz a impõe a sanção de nulidade apenas para as cláusulas que estipulem a perda total das prestações pagas pelo comprador inadimplente, permitindo, a retenção de alguma parcela pela prestadora.

O atual apontamento que vem causando repercussão é a possibilidade de inverter a cláusula penal para do promissário comprador, a fim de ser aplicada em desfavor da construtora nas situações em que existam o atraso na entrega do imóvel. E que os magistrados denominaram como a inversão da cláusula penal em favor do consumidor.

5.1.1 Do entendimento do STJ- Superior Tribunal de Justiça

A respeito do debate que envolve a inversão da cláusula penal, o STJ discutiu o tema 971 que define “acerca da possibilidade ou não de inversão, em favor da construtora, da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente, nos casos de inadimplemento da construtora em virtude do atraso na entrega de imóveis adquiridos na planta. Assim, a segunda Seção do STJ determinou a suspensão de todos os processos aos quais versem sobre a matéria da possibilidade da inversão da cláusula penal em desfavor de construtoras.

A multa deverá incidir quando ocorre o descumprimento contratual por parte do consumidor, mas a mesma também deverá incidir em desfavor do construtor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Sendo assim, mantém-se a condenação do fornecedor, em restituir em 2% de acordo com o art. 52 § 1º, CDC;

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

§ 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superior a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. (BRASIL, 1990).

Porém, também ficou estabelecido a impossibilidade de estender em benefício do consumidor a cláusula que previa em favor do construtor, a retenção de valores a títulos de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que as respectivas não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória.⁵

A nomenclatura “penal” não se relaciona com o direito criminal, é a chamada pena convencional. Pena, do latim *poena*, é o que se faz padecer por alguma coisa julgada repreensível ou culposa, castigo, punição.⁶

A cláusula penal não tem conteúdo punitivo, sim de ressarcimento. Trata de uma pré-fixação por perdas e danos. O Código Civil em seus artigos 412 e 416⁷, dispõe em sentido diverso.

A modalidade que o código civil prevê de cláusula penal são: Compensatória e moratória, art.410. “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. A cláusula penal compensatória em que o credor escolhe exigir a prestação devida, se possível ainda for o seu cumprimento, ou o valor da cláusula penal. Escolhendo uma, impossibilita a outra, justificando isso sob pena do enriquecimento injustificado.⁸

⁵ O trecho transcrito é do REsp n. 955.134/SC, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 16/8/2012, e 29/08/2012 que, por sua vez, é mencionado no agravo no aresp 1006318/se, rel. ministro Antonio Carlos Ferreira, quarta turma, julgado em 21/09/2017, 03/10/2017.

⁶ Caldas Aulete, iv volume, 1964, p. 3050.

⁷ Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Institui o Código Civil no art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

O 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.

⁸ Em matéria obrigacional em que impera a autonomia privada e a liberdade contratual, as partes podem prever, em contratos paritários, o cumprimento da prestação e parte da cláusula penal, justificada pela existência de prejuízos apesar de a prestação ter sido exigida pelo credor.

5.2 A cláusula penal deve ser aplicada entre ambos os contratantes

Notou-se nos últimos anos que mesmo tendo o adquirente adimplido com todas as suas obrigações, e tendo pago os valores pactuados regularmente, que o empreendimento imobiliário não ficava pronto na data aprazada, e em muitos casos parecia estar muito distante de assim ficar.

Em virtude deste descumprimento contratual por parte das sociedades empresariais, os adquirentes entravam em contato com as mesmas, solicitando o distrato, ocasionados por sua vez pela grave situação financeira de nosso país, e em virtude do atraso na entrega de imóvel comprado “na planta”, muitos compradores que sonham com a casa própria acabam vivenciando momentos de angústia frente a realização do seu sonho.

O contrato de compra e venda, uma vez celebrado, estipula a data determinada para a entrega do bem, eis que quando o fato não se concretiza, ocorrendo atrasos de meses, os planos dos respectivos compradores se frustram. Na maioria dos casos, o adquirente busca formar família, casar, mudar e ter uma vida nova em uma casa nova, são inúmeras as pretensões neste mesmo sentido.

É importante ressaltar que um imóvel não é um bem de consumo como outro qualquer, a ideia de imóvel deve ser mais abrangente, abraçando o de lar, pois é nele que começará a base para a construção de uma família. Sendo assim, o atraso na entrega de um imóvel adquirido na planta não se trata apenas de um descumprimento contratual, ou de um inadimplemento como outro qualquer, pois os impactos acarretados por essas situações são extremamente pessoais e invasivos na vida dos consumidores, que desejam realizar os seus sonhos e acabam se frustrando, estragando os planos, e criando dificuldades na procura da felicidade.

Diante da mora dos promitentes vendedores, inúmeros promissários compradores propuseram ações judiciais requerendo reparação por supostos prejuízos causados pelo atraso na entrega dos imóveis.

Segundo os direitos básicos do Código de Defesa do consumidor, a prática abusiva de estipular penalidades apenas ao consumidor em hipótese de inadimplemento de obrigação não é correta, segundo o relator Luís Felipe Salomão;

Seja por princípios gerais do direito, seja 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, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor – em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor – construtor de imóveis – em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória”. (REsp n. 955.134/SC, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, 4T, julgado em 16/8/2012, DJe 29/08/2012.)

Estabeleceu, portanto, que no contrato de adesão, que são celebrados entre construtoras e consumidores, ao fornecedor, havendo cláusula penal apenas para adquirente, deverá ela incidir como indenização pelo inadimplemento do devedor. As obrigações de dar e fazer serão convertidas em espécie, por arbitramento judicial.

Em concordância com o princípio presentes que regem o código civil, para acarretar mais celeridade aos processos, o STJ entende ser possível a conversão da ação possessória em indenizatória, a fim de assegurar ao particular que ele tenha o resultado prático correspondente à restituição do bem, quando a situação fática consolidada no curso da ação exigir a devida proteção jurisdicional.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se com esse estudo que o Direito do Consumidor possui princípios que buscam garantir a proteção das relações consumeristas, preocupando sempre com a parte mais vulnerável da relação, buscando aplicar a lei e as jurisprudências ao caso concreto, de forma a favorecer a parte mais prejudicada da relação.

O conceito atual de Direitos Consumeristas, está em crescente evolução, uma vez que as modificações no campo fornecedor, versos consumidor, está em crescente mudança. Como vimos, o mercado financeiro e de negócios sofre oscilações e afetam gradativamente as relações contratuais.

Para adequar à todas essas mudanças é que abordamos com cautela sobre os contratos de adesão, onde o consumidor não discute as possibilidades ou impossibilidades das cláusulas nele existente.

Em outras palavras, o trabalho busca incessantemente aplicar os princípios existentes no CDC (Código de Defesa do Consumidor) e os do Código Civil, afim de dar mais celeridade aos processos e as relações contratuais.

E por estes motivos, é que foi discutido se é possível a inversão da cláusula penal em favor do consumidor que adquire imóvel na planta. Pautado em decisão do SJT- Superior Tribunal de Justiça, concluímos que é possível a inversão da cláusula penal, uma vez que está tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação.

Ao avançar neste entendimento, é possível afirmar que a inversão não é só possível, mas que elas ainda poderão ser convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.

Todas essas constatações evidenciam o interesse que o estado tem de promover a parte mais fraca da relação jurídica, adequando, portanto, as necessidades de mercado, de forma a não ultrapassar os limites da lei.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 6.
- BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2011.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso: 12 out. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em: 12 de out. 2019
- BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1964.
Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm Acesso em: 12 out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1988.
Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 out. 2019
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta Processual- REsp nº 1614721 / DF 2016/0187952-6**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601879526 Acesso em: 2 nov. 2019.
- CALDAS, Aulete, **Dicionário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014,

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo, **Temas de direito civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil-Direito das Coisas**. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2009.