

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**BRUNO TEIXEIRA SILVA**

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE INCORPORAÇÃO  
IMOBILIÁRIA E CONSUMIDOR:** um estudo da tutela conferida pelo Código de Defesa  
do Consumidor sobre os abusos contratuais oriundos dessa relação.

São Luís

2014

**BRUNO TEIXEIRA SILVA**

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE INCORPORAÇÃO  
IMOBILIÁRIA E CONSUMIDOR:** um estudo da tutela conferida pelo Código de Defesa  
do Consumidor sobre os abusos contratuais oriundos dessa relação.

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em  
Direito, pela Universidade Federal do  
Maranhão.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria Tereza Cabral Costa  
Oliveira

São Luís  
2014

**BRUNO TEIXEIRA SILVA**

**CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS ENTRE INCORPORAÇÃO  
IMOBILIÁRIA E CONSUMIDOR:** um estudo da tutela conferida pelo Código de Defesa  
do Consumidor sobre os abusos contratuais oriundos dessa relação.

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a obtenção do título de Bacharel em  
Direito, pela Universidade Federal do  
Maranhão.  
Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Maria Tereza Cabral Costa  
Oliveira

Aprovado em:     /     /     . São Luís, MA.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira

---

Examinador

---

Examinador

*Aos meus pais, Conceição e Patrocínio, por me oferecem grandes exemplos de vida, respeito e luta, além do incansável incentivo ao meu desenvolvimento humano e acadêmico. Ao meu irmão, avós, tias e tios. A toda minha família, fonte inesgotável de amor e carinho em todos os momentos.*

## RESUMO

Este trabalho tem por finalidade estudar a tutela do Código de Defesa do Consumidor sobre as cláusulas abusivas mais frequentes nos contratos de adesão imobiliários, realizados com Incorporadoras. Tal análise se fez de interesse, ao se constatar que no mercado imobiliário é comum contratos com textos de difícil entendimento e contaminados com cláusulas desfavoráveis ao consumidor, contrariando os princípios de transparência, equilíbrio e justiça contratual. Para tanto, foi utilizada pesquisa do tipo bibliográfica. Inicialmente tomando-se como base o estudo da figura jurídica do contrato, analisando sua evolução histórica, o contrato de consumo e os princípios gerais do direito consumidor. Posteriormente, aprofundou-se na identificação da atividade de Incorporação Imobiliária, na constatação da relação de consumo entre suas partes, e na caracterização como contrato de adesão. O último capítulo trata das cláusulas abusivas recorrentes dos contratos de incorporação, suas características, nulidade; além da possibilidade de revisão contratual pela norma consumerista. Justifica-se a importância deste tema pela necessidade de coibir os diversos abusos contratuais cometidos pelo Incorporador perante o consumidor, em uma relação que tem por objeto um aspecto extremamente importante da vida social, já que a moradia é bem de família.

**Palavras-chave:** Contratos. Código de Defesa do Consumidor. Incorporação imobiliária. Cláusulas Abusivas.

## ABSTRACT

This work aims to study the tutelage of the Consumer Protection Code on the most frequently unfair terms that appears in real adhesion contracts, made with estate developers. Such an analysis was made of interest when is noticed that on the property market is common contracts with texts difficult to understand and contaminated with unfavorable terms to the consumer, which is contrary to the principles of transparency, balance and contractual justice. Therefore, we used the bibliographical research. Initially taking as basis the study of the legal form of the contract, analyzing its historical evolution, the consumer contract and the general principles of consumer law. Later, deepens in identifying the real estate development activity, the admission of the consumer relationship between its parts, and his characterization as an adhesion contract. The last chapter deals with recurring unfair terms in development contracts, its features, nullity; and the possibility of contractual review by consumerist the law. The importance of this issue is justified by the need to curb various contractual abuses made by the Merging Company to harm the consumer, in a relationship that is engaged in an extremely important aspect of social life, since the house is a family asset that is protected by our Federal Constitution.

**Keywords:** Contract. Code of Consumer Protection. Real Estate Developers. Abusive Clauses.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>2 CONTRATO DE CONSUMO</b> .....	09
<b>2.1 Conceito de Contrato</b> .....	09
<b>2.2 Evolução Histórica Contratual</b> .....	10
<b>2.3 A Nova Teoria Contratual e o Código De Defesa Do Consumidor</b> .....	13
<b>2.4 A Relação de Consumo</b> .....	15
2.4.1 Conceito de Consumidor.....	16
2.4.1.1 Consumidor por Equiparação.....	18
2.4.2 Conceito de Fornecedor.....	20
2.4.3 Objeto da Relação de Consumo.....	21
<b>2.5 Princípios Gerais do Direito do Consumidor</b> .....	22
2.5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor.....	23
2.5.2 Princípio da Transparência.....	25
2.5.3 Princípio da Boa-fé Objetiva.....	26
2.5.4 Princípio do Equilíbrio Contratual.....	28
2.5.5 Princípio da Confiança.....	30
<b>3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .....	32
<b>3.1 Histórico da Atividade Incorporativa no Brasil</b> .....	32
<b>3.2 Negócio Jurídico da Incorporação</b> .....	34
<b>3.3 Diferença entre Incorporadora e Construtora</b> .....	36
<b>3.4 Contrato de Incorporação Imobiliária como Contrato De Consumo</b> .....	38
<b>3.5 Contratos de Adesão</b> .....	41
<b>4 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE INCOPORAÇÃO</b> .....	44
<b>4.1 Proteção e Revisão do Contrato de Consumo</b> .....	44
<b>4.2 Conceito e Noções Gerais sobre Cláusula Abusiva</b> .....	46
<b>4.3 A Nulidade de Pleno Direito</b> .....	48
<b>4.4 O Rol Exemplificativo das Cláusulas Abusivas</b> .....	51
<b>4.5 Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária</b> .....	53
4.5.1 Cláusula de Decaimento.....	54
4.5.2 Cláusulas de Adiamento da Restituição das Parcelas Pagas.....	57
4.5.3 Cláusula Contratual de Alteração Unilateral do Projeto.....	58
4.5.4 Cláusula de Taxa de Corretagem.....	59
4.5.5 Cláusula Penal Moratória.....	61
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	64
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	66

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a partir da década de 30, houve um crescimento vertiginoso do mercado imobiliário nacional, impulsionado pela crescente densidade demográfica urbana e a consequente demanda por moradia. Nos dias de hoje, tal atividade representa um dos segmentos de maior relevância para a economia brasileira.

O mercado imobiliário agigantou-se, satisfazendo cada vez mais pessoas que buscam a realização do sonho da casa própria. Entretanto, em decorrência da massificação dessas relações, também aumentaram os abusos cometidos nas relações de consumo que objetivam a aquisição de imóvel.

Dentre tais abusos, se destacam como recorrentes aqueles impostos no contrato, sem qualquer negociação prévia, e de simples adesão do interessado, aproveitando a condição de desconhecimento tanto sobre o produto de interesse, quanto dos direitos jurídicos provenientes da relação.

A presente monografia trata das cláusulas abusivas nos contratos entre Incorporação Imobiliária e consumidor, oferecendo um estudo sobre a tutela conferida pela Lei nº 8.708/90. Porquanto, em futura análise das disposições do Código de Defesa do Consumidor, ficará evidenciada a condição de vulnerabilidade do adquirente de unidade futura, ainda em construção, em frente ao incorporador.

A importância deste tema reside nos recorrentes abusos cometidos pelo incorporador perante o consumidor, em uma relação que tem por objeto um aspecto extremamente importante da vida social, uma vez que a propriedade e a moradia são institutos protegidos até pela Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, objetiva-se, neste trabalho, estudar o controle sobre as cláusulas abusivas mais frequentes nessa espécie de contrato imobiliário. Além, ainda, de analisar a possível relação de consumo entre Incorporador Imobiliário e o adquirente de unidade futura; a incidência da norma consumerista e seu respectivo diálogo com a Lei dos Condomínios e Incorporações; a nova concepção de contrato e os princípios de proteção do consumidor; bem como, a revisão contratual conferida pelo Poder Judiciário.

O roteiro lógico da pesquisa foi estruturado, além da introdução, em três partes distintas, porém, em relação ao tema, conexos: o Contrato de Consumo; a Incorporação

Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor; e as Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação.

Na primeira parte do presente trabalho, inicia-se uma análise sobre o instituto jurídico do contrato, buscando um breve comentário sobre sua concepção histórica, conceituação, além do estudo sobre a nova visão do dirigismo contratual. Avançando no estudo dessa ferramenta e sua relação com o Código de Defesa do Consumidor, a definição da relação de consumo e os princípios gerais de defesa do consumidor.

Na segunda parte, se relata a evolução histórica da atividade de Incorporação Imobiliária no Brasil, sua própria definição e compreensão. Ainda, se estuda a relação dessa atividade com o mercado de consumo, a incidência da tutela consumerista e a sua relação com o conceito de contrato de adesão.

Na última parte desta monografia, analisar-se-á, propriamente, a concepção jurídica de cláusula abusiva, suas características e espécies recorrentes nos contratos de incorporação. Além de estudar a revisão dos contratos de Incorporação Imobiliária, frente às normas de proteção do direito do consumidor.

Quanto à metodologia empregada, registra-se, que foi utilizado o método dedutivo, já que parte-se de uma formulação geral para alcançar, logicamente, uma afirmação específica. Esse trabalho, fundamentado no procedimento monográfico, teve como base a pesquisa bibliográfica, na busca de categorias e conceitos, consistentes em doutrinas, jurisprudência e legislação brasileira.

A presente monografia se encerra com as considerações finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos acerca das problemáticas encontradas.

Com este itinerário, espera-se alcançar a elucidação da relevância dos princípios de transparência, equilíbrio e justiça contratual; na tutela consumerista da relação de consumo, evidentemente desequilibrada, entre o fornecedor (incorporador) e o adquirente (consumidor).

## 2 CONTRATO DE CONSUMO

### 2.1 Conceito de Contrato

O contrato é instrumento jurídico oriundo dos primórdios da vida em sociedade e da compreensão da propriedade, tais institutos, de tão fundamentais, se tornariam a base do desenvolvimento das relações humanas como conhecemos. As relações interpessoais utilizaram-se do contrato para facilitar a troca e movimentação de recursos e riquezas, fundamentos basilares que possibilitaram a vida urbana, o desenvolvimento da economia e a sociedade de consumo.

Assim, elucida Marques:

Para as partes, o contrato objetiva, fundamentalmente, uma troca de prestações, um receber e prestar recíprocos. [...]. A ideia de troca, de reciprocidade de obrigações e de direitos serve para frisarmos a existência dentro da noção de contrato de um equilíbrio mínimo de direitos e deveres. Nota-se que o contrato remedia a desconfiança básica entre os homens e funciona como instrumento, antes individual, hoje social, de alocação de riscos para a segurança dos envolvidos e a viabilização dos objetivos almejados pelas partes (2014, p. 58).

É evidente a importância do contrato para a teoria jurídica, e na busca de uma conceituação desse instituto, Savigny, grande sistematizador do século XX, apresentou a concepção tradicional de contrato, sendo ele fruto da união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre eles (MARQUES, 2014, p. 61, apud SAVIGNY, 1853).

Para Tartuce o contrato, em suma, pode ser conceituado como sendo um “negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial” (2011, p. 472).

No mesmo sentido, Ulhoa (2012, p. 30) conceitua “contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos tutelados por elas ou por terceiros”.

Lembra-se, que dentre os inúmeros fatos jurídicos, aqueles que correspondem à conduta humana são os atos jurídicos. Quando tais atos são executados para produzir um efeito previsto na norma jurídica, fica claro a intencionalidade dos agentes e assim se caracteriza o negócio jurídico, gênero da qual o contrato é espécie (COELHO, 2012, p. 28).

A relação contratual, como produto da realidade, também evoluiu com o avançar das relações sociais. A concepção moderna de contrato, no entendimento de Gagliano, é definida como “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (2012, p. 55).

Essa moderna teoria contratual, sacramentada no Estado Social, fundamentada na boa-fé dos contratantes, no intervencionismo estatal e na função social, é a concepção recepcionada pela Constituição Federal Brasileira de 1998, onde a tutela também se desdobrou no Código de Defesa do Consumidor (CDC) de 1990 e no Código Civil (CC) de 2002.

No direito civil, o contrato está presente não só no instituto das obrigações. Também se utiliza no direito de empresa, no direito das coisas (transcrição, usufruto, servidão, hipoteca etc.), no direito de família (casamento) e no direito das sucessões (partilha em vida). A importância dessa figura jurídica é tamanha na realidade social que ultrapassa o âmbito do direito civil, sendo expressivo o número de contratos de direito público hoje celebrado (GONÇALVES, 2012, p. 21).

Com o esclarecimento da conceituação de contrato, passa-se, a um breve relato histórico da evolução das teorias contratuais, analisando o período clássico de primazia da autonomia da vontade, até a concepção moderna.

## **2.2 Evolução Histórica Contratual**

O surgimento do contrato, ao longo da história, se confunde com a própria evolução do ser humano e sua vida em sociedade, tornando impossível determinar com precisão sua origem. No Direito Romano encontra-se o período em que sua sistematização jurídica, tornou-o mais perceptível, catalogado como uma das fontes das obrigações pelo jurisconsulto Gaio, o contrato ainda não tinha o cunho individualista da vontade, base da visão clássica que conhecemos.

Portanto, não é no direito romano que se deve buscar o berço da concepção do contrato, da forma como é entendido na atualidade. Conforme, o entendimento Gagliano (2012, p. 44, apud GOMES, 1999):

Em verdade, arremata o ilustre autor, a moderna concepção de contrato, tal qual nós o concebemos hoje, consistente “em um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem”, somente se esclarece à luz da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção.

Khouri (2006, p. 25) elucida que “é de se destacar o papel da Revolução Francesa como um marco no direito contratual. A concepção clássica do contrato é justamente a ideia que nos foi deixada pelos liberais da Revolução Francesa”.

O autor supracitado discorre que: “o grande princípio contratual que acabaria lapidado pelo ideário liberal foi o da autonomia da vontade. A partir desse momento histórico, o contrato firmou suas raízes como uma das genuínas criações do liberalismo econômico” (2006, p.25).

Essa tendência individualista do contrato, segundo Gagliano (2012, p. 45), tem contribuição inegável do movimento iluminista francês, o qual, seguindo sua vocação antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem como centro do universo, determinando uma supervalorização da força normativa do contrato, desdobrando-se na concepção do *pacta sunt servanda*.

Para Simão (2003, p. 25) “o liberalismo tornou o contrato o mais importante negócio jurídico, conferindo ao princípio do *pacta sunt servanda* importância máxima, desconsiderando as diferenças sociais dos contratantes”. Logo, “era a autonomia individual da vontade substituindo a vontade prepotente do Estado na regulação de todos os negócios jurídicos” (KHOURI, 2006, p. 25).

Theodoro Júnior. (2009, p. 09) esclarece que:

Para o Estado Liberal, o problema da justiça comutativa das obrigações contratuais diz respeito às partes e não à ordem jurídica. Consagra-se, assim, a preeminência do valor da segurança sobre o da justiça contratual, fazendo absorver a questão da equidade do contrato pela proclamação da ampla liberdade dos contratantes, que seriam os únicos avaliadores da conveniência e justiça dos termos do ajuste.

No entanto, Leite (2002, p. 25) demonstra que naquela época as relações de consumo eram mais simplórias, pois o consumidor final adquiria as mercadorias diretamente com o produtor, além dos próprios objetos de consumo que se caracterizavam como produtos manufaturados e de pouca complexidade.

Nesse sentido, o supracitado autor alega que as partes estavam sempre em posição de igualdade, portanto se respeitava a autonomia da vontade e a franca liberdade de discussão

das cláusulas do instrumento contratual, uma vez que a própria relação e os contratos eram mais simples que os de hoje (2002, p. 26).

Contudo, a transformação da realidade social é responsável pela evolução nas relações contratuais. Tais transformações como a abertura de mercado, as novas técnicas de produção e distribuição de bens, além da alteração dos valores sociais em busca do bem-estar comum, são realidades observadas antes mesmo da Revolução Industrial e que nela terminaram de desembocar (NAHAS, 2002, p. 41).

Logo, durante o século XIX, com o advento da Revolução Industrial, percebeu-se que “o princípio maior do contrato, o da autonomia da vontade, ao longo de sua operacionalização produziu tremendas injustiças sociais” (KHOURI, 2006, p. 28). Simão (2003, p. 26), nessa lógica:

Na prática, a parte mais forte exercia sua vontade sobre a mais fraca, que era simplesmente obrigada a contratar sob pena de ficar sem o bem da vida almejado. A liberdade que funcionou satisfatoriamente entre os pares burgueses passou a significar forma de opressão quando a relação jurídica ocorria entre as partes economicamente desiguais.

A ideia de justiça contratual, baseada na liberdade de contratar e no *pacta sunt servanda*, então defendida pela burguesia, que recusava insistentemente a necessidade de qualquer intervenção estatal para regular os contratos com o intuito de proteger partes sem nenhum poder político ou econômico, se demonstrou totalmente dissociada da realidade (KHOURI, 2006, p. 29).

Com a evolução das relações pessoais, o contrato como negócio jurídico também se transformou, tornando-se mais complexo e evidenciando a insuficiência de se garantir a justiça contratual apenas pela autonomia da vontade. Desse modo, para disciplinar as relações contratuais “foi necessária a intervenção estatal no direito privado, criando-se, em certos aspectos, verdadeiro dirigismo, o que afetou profundamente a noção privatista do contrato” (SIMÃO, 2003, p. 26).

Dessa forma, Theodoro Júnior (2009, p. 09) explana que:

O Estado liberal do século XIX foi substituído pelo Estado Social do século XX, que não mais se ocupa apenas da organização política da sociedade e de meras declarações de direitos fundamentais do homem, como a igualdade e a liberdade, pois, também, se encarrega de garantir direitos sociais e econômicos. Nessa nova ordem jurídica, a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem à vontade dos contratantes.

Tal como Khouri (2006, p. 31) aponta, esse dirigismo contratual é caracterizado como resultado da aproximação do Estado para com a justiça social dos contratos, em que a autonomia da vontade se subjugaria à lei, como resposta da sociedade aos contratos injustos e desequilibrados.

A intervenção estatal é produto do reconhecimento do contrato como um fenômeno social, ideia recorrente do Estado Social, pois “a justiça contratual deixou de ser problema apenas da esfera dos próprios contratantes para tornar-se preocupação efetiva também do direito positivo” (THEODORO Jr, 2009, p. 11).

A sociedade industrial, depois dos excessos do liberalismo econômico do século XIX, entra no século XXI como um Estado Democrático que ultrapassa o princípio da igualdade formal, para assumir a postura de lutar concretamente contra as desigualdades existentes entre seus participantes. O Código de Defesa do Consumidor, à frente estudado, retrata essa nova visão intervencionista do Estado na esfera privada, por atuar em uma relação de consumo entre contratantes de incontestável desequilíbrio, assumindo o compromisso de defesa efetiva do mais fraco.

Por fim, após o estudo dessa passagem histórica do liberalismo contratual até o intervencionismo do Estado Social, passamos a analisar o papel do Código de Defesa do Consumidor e sua relação com a nova realidade contratual.

### **2.3 A Nova Teoria Contratual e o Código de Defesa do Consumidor**

A evolução da teoria contratual, como já tratado, tem sua causa na constante transformação social e econômica da sociedade nos últimos séculos. A necessidade do Direito de acompanhar constantemente a realidade resultou em uma tutela jurisdicional, que respeitou o conceito individualista clássico do século XIX, porém já objetivou uma tutela mais justa das relações pessoais, principalmente naquelas onde o desequilíbrio de forças é evidente.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro:

Seguindo uma tendência mundial, a Constituição Brasileira de 88, pela primeira vez, incorporou aos princípios da ordem econômica, nos seu art. 170, a “defesa do consumidor”. O constituinte não se limitou a tratar a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica. Fez mais: a incluiu entre os direitos fundamentais, no art. 5º, XXXII, ao determinar que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. E no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Daí a Lei nº 8.078/90. (KHOURI, 2006, p. 33)

Por conseguinte, o ordenamento jurídico se desfez da tradição de não intervenção do Estado nas relações individuais, visto as transformações sociais advindas a partir do século XIX. O Código de Defesa do Consumidor, fundamentado na Constituição Federal de 1988, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, relativizou o princípio da autonomia das vontades e moveu o eixo basilar contratual, baseado na força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*), para o princípio da boa-fé objetiva, este sim, doravante norte a ser observado antes, durante e depois da relação contratual (SCHWARTZ, 2013, p. 231).

O direito de defesa do consumidor, reconhecido no texto constitucional, se justifica, pois o contratante vulnerável busca no mercado, na figura de não profissional, a satisfação de suas necessidades essenciais como alimentação, saúde, segurança, educação, lazer etc. Portanto, diante de tamanha importância, fica evidente a utilidade e indispensabilidade desse direito fundamental, não apenas quando o consumidor está celebrando um contrato de assistência de saúde ou comprando um imóvel; esse direito fundamental é indissociável da condição de consumidor, seja a relação de consumo contratual ou extracontratual (KHOURI, 2006, p. 33).

Avançando na discussão, é de suma importância ressaltar a permanência da relação de sujeição do contrato de consumo, aos princípios gerais do direito contratual privado. A autonomia da vontade não foi extinta pelo direito do consumidor.

Assim, segundo Delgado:

O contrato de relação de consumo, como já afirmado, não se desvincula dos valores jurídicos adotados pelo direito privado para os contratos em geral. Apenas adota-os de modo mais flexível e com a produção de efeitos que visem a evitar abusos provocados por estamentos econômicos e mais fortes que se posicionam sempre como fornecedor do bem ou executor do serviço consumido (1999, apud, THEODORO JR, 2009, p. 19).

Isto posto, constata-se que os elementos da teoria clássica do direito contratual, como a obrigatoriedade dos pactos e a autonomia da vontade dos contratantes, perduram nos contratos de consumo. Porém, tais teorias coexistem com a relatividade e o intervencionismo contratual, pois estão apenas flexibilizadas e melhor adequadas pela valorização dos aspectos éticos da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da tutela especial à parte vulnerável da relação consumerista (THEODORO JR, 2009, p. 19).

## 2.4 A Relação de Consumo

Leite (2002, p. 53) define consumo, como “todo ato ou processo humano de utilização de bens e serviços destinados à satisfação direta de necessidade ou desejo”.

A relação de consumo é intrínseca ao surgimento do mercado, cujo autor supracitado define como fenômeno social, em que se relacionam e se distinguem o consumidor e o fornecedor. De acordo com o doutrinador acima mencionado, “quando as pessoas consumiam o que produziam, o consumidor confundia-se com o produtor e, por isso, não havia mercado. O mercado surge quando a tarefa do consumo se separa da produção” (2002, p. 53).

A relação em questão é, por princípio, uma relação de cooperação, pois ambos colaboram assim para o sucesso do objetivo comum, que é a transferência do domínio do bem ou a execução dos serviços. Porém, o consumidor e o fornecedor terão objetivos distintos quando se constatar, por exemplo, que o bem recebido está em desacordo com as expectativas do negócio realizado entre as partes e o fornecedor se recusa a reparar o problema. A relação será de concorrência, pois um quer desfazer o negócio, enquanto o outro quer mantê-lo (LEITE, 2002, p. 54).

O dirigismo contratual e o Código de Defesa do Consumidor colocaram o consumidor em uma posição de destaque no direito contratual. Tal necessidade se justifica, pois o que se objetiva é a busca permanente do equilíbrio em uma relação de desigualdade flagrante, visto que nela é recorrente um polo economicamente mais forte e com plenas condições de impor sua vontade perante o outro contratante (KHOURI, 2006, p. 41).

No entendimento de Khouri (2006, p. 41), “o CDC nada mais é que uma tentativa de reequilibrar essa relação, tendo em vista a posição mais favorável do fornecedor, impondo-se a necessidade de um equilíbrio mínimo em todas as relações contratuais de consumo”.

Nessa perspectiva, Marques conceitua os contratos de consumo:

Atualmente, denominam-se *contratos de consumo* todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de produtos ou serviços. Essa terminologia como mérito englobar todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em *um dos polos* da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes. Este desequilíbrio estrutural teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade de o direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e deveres e obrigações das partes, harmonizando as forças dos contratos através de uma regulamentação especial (2014, p. 299, grifo do autor).

O estudo da relação de consumo e seus elementos são cruciais para compreender o campo de atuação do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, das diretrizes do direito do consumidor. Vejamos a análise de tais elementos, que tanto integram como conceituam a relação de consumo.

#### 2.4.1 Conceito de Consumidor

O artigo 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor apresenta o conceito padrão de consumidor, sendo ele “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A expressão “destinatário final”, contida no texto legal, é a chave para a compreensão do conceito de consumidor, dela se desdobram algumas teorias doutrinárias, como a maximalista, a finalista e a aprofundada, essa última a mais recente no entendimento jurídico brasileiro.

A teoria maximalista, também chamada de objetiva, faz uma interpretação literal e extensiva do art. 2º, do CDC. Assim, considera como consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não seja necessariamente seu destinatário econômico, ou seja, é irrelevante a retirada dos mesmos da cadeia produtiva de mercado ou sua reutilização na atividade econômica (MIRAGEM, 2013, p. 149).

No que diz respeito à finalista (ou subjetiva), a jurisprudência brasileira, a princípio, abraçou essa teoria, visto que, se baseava na ideia de que “o bem ou serviço empregado na atividade lucrativa deve ter sua circulação encerrada nas mãos da pessoa natural ou jurídica, posto que sua utilização, ainda que indireta na atividade econômica exercida, se descaracterizaria a fruição final do bem” (SCHWARTZ, 2013, p. 26).

Sobre a teoria subjetiva, esclarece Miragem:

[...] o consumidor é aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço de modo a exaurir sua função econômica, da mesma forma como, ao fazê-lo determina que seja retirado do mercado de consumo. [...]. Nesta visão, o consumidor seria aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para satisfação de interesse próprio ou de sua família. Seria, portanto, o não profissional, não especialista, a quem o direito deve proteger, na sua relação com um profissional que atua no mercado (2013, p. 146).

Em sintonia, Marques leciona que para a teoria subjetiva:

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação *teleológica* não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência: é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para a revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço (2014, p. 303, grifo do autor).

Diante do exposto, percebe-se que os seguidores da teoria finalista aderem a uma definição econômica de consumidor, visto que a utilização profissional do produto ou serviço, associada à finalidade de lucro, resultaria na inexistência da relação de consumo.

Contudo, uma terceira teoria foi reconhecida na doutrina e jurisprudência brasileira recentemente, respeitando o conceito finalista, porém reconhecendo “a necessidade de mitigação do critério para atender as situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto, mesmo quando os produtos ou serviços são empregados para incremento de uma atividade profissional e econômica” (SCHWARTZ, 2013, p. 27).

O chamado finalismo aprofundado se caracteriza pela mitigação do critério finalista, em decorrência da supremacia da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica de um dos contratantes, mesmo que seja pessoa jurídica. Tal teoria é fundamentada no art. 4º, I, do CDC, que atrela o conceito de consumidor à característica de vulnerabilidade no mercado de consumo.

Para a tutela da pessoa jurídica pelo CDC, Schwartz (2013, p.31, apud ANDRIGHI, 2005), demonstrou que se faz necessário a observância dos seguintes requisitos:

i) não tenha a pessoa jurídica intuito de lucro, isto é, não exerça atividade econômica, o que ocorre com as associações, fundações, entidades religiosas e partidos políticos; ou ii) caso tenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumulativamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possua qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica, ou técnica) perante o fornecedor (2013, p. 31).

Tal entendimento já se encontra respaldo na jurisprudência, vejamos um acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em resposta ao recurso especial nº 1195642–RJ, julgado em 2012, que se mostra uníssono com essa nova visão de consumidor:

**CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.** 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do

art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, **tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas**, num processo que a doutrina vem denominando **finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor**. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de **três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor)**. Mais recentemente, **tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra)**. 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. **Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora**. (STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, grifo nosso).

Conforme Schwartz (2013, p. 33), “de fato não faz qualquer sentido excluir da proteção do Código pessoas jurídicas que desenvolvam atividade empresarial no mercado de consumo, sendo acertado o critério da vulnerabilidade a ser apreciado em cada caso concreto”.

#### 2.4.1.1 Consumidor por Equiparação

O estatuto consumerista no art. 2º, caput, define o chamado consumidor padrão, acima devidamente estudado, contudo diante do caso concreto outros conceitos se fazem necessários, os mesmos se encontram no parágrafo único do art. 2º, no art. 17 e no art. 29 desse código, tais definições mais abrangentes são chamadas de consumidor por equiparação.

O primeiro caso de consumidor equiparado vem definido no parágrafo único do comentado art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que regra “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O objetivo dessa equiparação é o de fazer abranger pelas normas consumeristas, não apenas as partes da relação in concreto, mas também todos os participantes de relações de consumo, ou seja, a coletividade de consumidores. A finalidade dessa equiparação é instrumental, serve para fundamentar a tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estabelecidos nos artigos 81 e seguintes do CDC (MIRAGEM, 2013, p. 139).

Já o art. 17 do CDC, a equiparação se justifica pela responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou serviço, “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Tal definição é utilizada para proteger de forma abrangente pessoas sem participação direta na relação consumerista, mas que sofreram danos por conta de um acidente de consumo, em decorrência de produtos ou serviços que não ofereceram a segurança que deles se esperava e provocaram o ato ilícito.

Por fim, o art. 29 do Código em estudo estabelece que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Tais práticas em questão, segundo Miragem:

[...] dizem respeito às disposições do Código relativas às práticas comerciais pelos fornecedores e à proteção contratual do consumidor. Abrangem, neste sentido, as disposições do CDC relativas às fases pré-contratual, de execução, e pós-contratual, pertinentes ao contrato de consumo (2013, p. 142).

O referido dispositivo permite uma atuação preventiva, pois basta o dano potencial para a tutela ser aplicada, aquele que ficou exposto, ainda que não tenha participado de qualquer relação jurídica formal de consumo, ou até mesmo praticado um ato concreto de consumo, poderá ser alcançado pelas normas de proteção e defesa do consumidor (SCHWARTZ, 2013, p. 41).

Passa-se agora ao estudo do próximo elemento subjetivo da relação de consumo, o fornecedor.

#### 2.4.2 Conceito de Fornecedor

Os conceitos de consumidor e fornecedor são dependentes, relacionais, uma vez que só haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos, por isso são chamados de elementos subjetivos dessa relação. Ou seja, se por consumidor tem-se aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, como fornecedor observa-se quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 155).

O caput do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor traz a seguinte definição:

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

Khouri entende que o artigo acima “não é exaustivo quanto ao tipo de atividade que nele se enquadra. Ele está apenas exemplificando o fornecimento de algumas atividades” (KHOURI, 2006, p. 55). Vale acrescentar o entendimento de Simão:

Assim independente da qualidade do que presta o serviço, profissional ou não, havendo remuneração e habitualmente, o Código de Defesa do Consumidor considera-o fornecedor e a relação, de consumo. A intenção do legislador foi, certamente, possibilitar a inclusão do maior número possível de prestadores de serviços no conceito de fornecedores, os quais, portanto, terão suas relações reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (2003, p. 38).

Por fim, fica esclarecido que não basta a simples existência de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, para que este, que adquiriu o bem ou serviço, seja protegido pelo CDC. Pois, mesmo que quem tenha adquirido o bem ou serviço, o tenha feito como um consumidor, ou seja, para um uso não profissional, pode não haver essa relação jurídica de consumo. Não haverá relação jurídica de consumo, se quem lhe ofereceu o bem ou serviço, não se encaixar no conceito de fornecedor e, por conseguinte, não haverá como acionar o CDC (KHOURI, 2006, p. 55).

### 2.4.3 O Objeto da Relação de Consumo

Depois da definição jurídica dos sujeitos de consumo, passamos a estudar o objeto dessa relação, no caso o produto ou o serviço. Em suma, deve-se analisar qual é o componente principal do vínculo obrigacional, podendo ser uma obrigação de dar ou uma obrigação de fazer. Tratando-se daquela, o caso será de produto; na outra, o objeto é um serviço.

O Código de Defesa do Consumidor no art. 3º, § 1º, trouxe a definição de produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

A definição da lei brasileira de produto de consumo é bastante ampla. A previsão de bens móveis e imóveis implicou na aplicação das normas do CDC, também aos contratos imobiliários, assim como aqueles conexos com estes como é o caso dos contratos de empréstimos ou financiamento para aquisição de bens imóveis (MIRAGEM, 2013, p. 163).

Já, a definição de serviço, se encontra no art. 3º, § 2º da norma consumerista, seria ele “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

De acordo com Lisboa:

Ao fixar o serviço como qualquer atividade remunerada, o legislador pretendeu fazer com que a norma jurídica consumerista incidisse sobre a mais variada gama de relações, pouco importando a área tradicional do direito das quais elas se formavam, exceção expressa feita às relações trabalhistas (2012, p. 161).

Conclui-se, que diante dessa conceituação de serviço, todas as áreas jurídicas, afora a trabalhista, podem conter relações que sofrem a incidência do microssistema de defesa do consumidor. É indiferente a caracterização do serviço, como de natureza civil, comercial ou administrativa, com quanto seja atividade remunerada.

Sendo assim, após a análise dos elementos da relação de consumo entende-se que “tanto faz se o consumidor é pessoa física ou jurídica civil, uma sociedade empresarial ou a Administração Pública direta ou indireta. Tanto uns como outros podem ser fornecedores ou consumidores nos moldes já delineados acerca dos elementos subjetivos da relação de consumo” (LISBOA, 2012, p. 161).

## 2.5 Princípios Gerais do Direito do Consumidor

Os princípios gerais do direito do consumidor estão presentes em todo o Código de Defesa do Consumidor, contudo destacam-se os arts. 4º ao 7º que dispõem sobre “A Política Nacional das Relações de Consumo”, conquanto materializam o aspecto mais significativo da referida norma, que é seu modelo principiológico, ou seja, “um sistema formado por preceitos gerais, preordenados de fixação dos princípios fundamentais das relações de consumo, com valor superior e interpenetração em todas as demais leis gerais e especiais acerca do assunto” (SCHWARTZ, 2013, p. 51).

No estudo do conceito de norma jurídica, a moderna doutrina divide tal instituto entre duas espécies que são as regras e os princípios jurídicos. Sobre as espécies, elucida Miragem:

Por regras jurídicas consideram-se as normas cuja determinação da hipótese legal, e a consequência da aplicação, são percebidas *prima face*, ou seja, identificados de modo imediato como determinantes de uma certa conduta devida, um dever ser normativo. Já os princípios revelam-se como normas com alto grau de generalidade que atuam como mandatos de otimização, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes (2013, p. 113).

Os princípios exercem funções essenciais ao sistema jurídico, conferindo unidade e harmonia ao integrar seus diferentes preceitos, é a chamada função estruturante. Tais princípios ainda exercem uma função interpretativa essencial, fixando diretrizes para conduzir e delimitar a atuação do intérprete e aplicador do direito, impedindo que se desvirtue a norma de seus objetivos e finalidades.

Nesse sentido, Mello ensina que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (2004, p. 841).

É de se elogiar o avanço do Código de Defesa do Consumidor que superou o modelo essencialmente positivista (definido como modelo de regras prontas, fechadas e inflexíveis), até então caracterizador do ordenamento jurídico brasileiro vigente, como no Código Civil de 1916. Para seguir o chamado pós-positivismo, “o qual confere aos princípios jurídicos papel central na estruturação do raciocínio jurídico, modificando, sobremaneira, a forma de interpretação e aplicação do direito” (SCHWARTZ, 2013, p. 51).

Examinemos, agora, os relevantes princípios presentes na norma consumerista e suas referentes tutelas conferidas ao contrato de consumo.

### 2.5.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O conceito fundamental que sustenta a existência do direito do consumidor é o princípio da vulnerabilidade, consagrado no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor como: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

Isso se justifica, pois o referido Código “surgiu exatamente para fazer um contraponto à legislação civil existente, totalmente voltada para a proteção dos sujeitos iguais. Assim, não havia adequado tratamento aos sujeitos de direitos que atuavam em flagrante desigualdade no mercado de consumo” (SCHWARTZ, 2013, p. 52).

Assim entende Miragem, comentando sobre os conceitos intrínsecos de vulnerabilidade e consumidor:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que possa ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. [...]. A opção do legislador brasileiro foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

O fato de a vulnerabilidade do consumidor ser presumida, não expressa que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor, ou seja, existem espécies de vulnerabilidade em cada caso concreto. A jurisprudência e a doutrina já reconhecem a distinção dessas vulnerabilidades. Entre eles, é notória a compreensão de Marques (2014, p. 322) que distinguiu a vulnerabilidade em: vulnerabilidade técnica, jurídica (ou científica), informacional e fática (ou econômica).

A vulnerabilidade técnica do consumidor se dá na hipótese em que o consumidor não possua elementos especializados sobre o produto ou serviço de interesse em determinada relação de consumo, ao contrário, do fornecedor é que se espera o conhecimento sobre o produto ou serviço que oferece (MIRAGEM, 2013, p. 114).

Essa desigualdade técnica advém da complexidade dos objetos da relação de consumo, da atualidade, no mercado de consumo. O consumidor é facilmente iludido, eis que

devido ao seu desconhecimento técnico, será impossível que este conheça todas as características do bem ou sua real utilidade.

Nas palavras de Marques “a vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário fático do bem” (2014, p. 323), caso em que o desconhecimento técnico se dá pela natureza totalmente distinta dos produtos ou serviços oferecidos pelos profissionais.

Como espécie de vulnerabilidade técnica, se apresenta a vulnerabilidade informacional, de entendimento recente na doutrina, que para Marques (2014, p. 334), é justificada pela realidade da sociedade atual, onde que na informação está o poder, e a falta desta representa uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro.

Defende-se que “mais do que a técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade informacional é essencial à dignidade da pessoa humana, principalmente como pessoa física” (MARQUES, 2014, p. 335). Diante desse déficit cada vez maior por parte do consumidor, propõe-se que o fornecedor deve compensar essa situação de desigualdade, fornecendo o máximo de informações possíveis, não só sobre a relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços adquiridos (SCHWARTZ, 2013, p. 54).

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é a falta de conhecimentos jurídicos específicos e de outros pertinentes a relação de consumo. O reconhecimento dessa vulnerabilidade reafirmou os deveres de informação e redação clara do fornecedor sobre o conteúdo do contrato de consumo, em face da complexidade com que a relação contratual hoje se apresenta, principalmente nos contratos massificados e de adesão (MARQUES, 2014, p. 325).

Ensina Marques que esta vulnerabilidade jurídica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Porém, a presunção vale em contrário para os profissionais e as pessoas jurídicas, pois devem possuir conhecimentos mínimos para exercer a profissão, ou devem poder consultar quem os tenha, antes de se obrigarem (2014, p. 325).

Por fim, temos a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, inerente à relação de consumo, esta é decorrente do grande poderio econômico ou em razão da essencialidade do serviço do fornecedor, que sempre o coloca em posição de vantagem, impondo sua força a todos que com ele contratam (MARQUES, 2014, p. 329).

Em suma, o princípio da vulnerabilidade é aquele que afirma a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor na relação de consumo. Poderá, no entanto, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais (MIRAGEM, 2013, p. 117).

Essa discriminação entre os sujeitos da relação de consumo observado em toda ótica do CDC, portanto, é totalmente justificada, eis que leva a cabo a máxima aristotélica de igualdade, a qual consiste tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades. Desse modo, Schwartz (2013, p. 53), assegura que o princípio da isonomia, no estrito sentido pretendido pela Constituição Federal, se encontra, portanto, absolutamente preservado.

### 2.5.2 Princípio da Transparência

A política nacional de relações de consumo prevê, expressamente, no art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.078/90, a transparência de conduta como princípio essencial do vínculo entre o fornecedor e o consumidor.

A transparência para o direito do consumidor, assim é entendida:

A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é na fase negocial dos contratos de consumo (MARQUES, 2014, p. 783).

Nesse diapasão, se encontra o art. 46, do CDC, que evidencia a importância da tutela estatal para garantir a transparência e equiparação de informação entre as partes contratantes, cogitando até a desconsideração do instrumento formal do contrato, na seguinte forma:

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

Portanto, o fornecedor tem verdadeiro dever de bem informar o consumidor sobre todas as facetas da relação de consumo. Destaca-se, que a informação é um direito básico estatuído pelo CDC, em seu art. 6º, inciso III, apontado com reflexo ou consequência do princípio da transparência, sendo todos oriundos do princípio basilar da vulnerabilidade, aqui já estudado.

O dever de informar ao consumidor recai não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Assim, almeja-se resguardar “qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja” (MARQUES, 2014, p. 783).

Assim, Marques, de forma clara e exemplificativa, demonstra a definição de transparência e sua importância no CDC:

Resumindo, como reflexos do princípio da transparência temos o novo *dever de informar o consumidor*, seja através da *oferta*, clara e correta (leia-se aqui publicidade ou qualquer outra informação suficiente – art. 30), sobre as qualidades do produto ou serviço e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder pela falha da informação (art. 20), ou ser forçado a cumprir oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja através do próprio *texto do contrato*, pois, pelo art. 46, o contrato deve ser redigido de maneira clara, em especial os contratos pré-elaborados unilateralmente (asrt. 54, § 3.º), devendo o fornecedor “dar oportunidade ao consumidor” de conhecer o conteúdo das obrigações que assume, sob pena de o contrato, por decisão judicial, não obrigar o consumidor, mesmo se devidamente formalizado (2014, p. 790, grifos do autor).

O ideal de transparência permite ao consumidor escolher seu companheiro contratual, dentre vários fornecedores, de forma mais clara e livre, uma vez que, aquele estará informado devidamente sobre o produto ou serviço, além de ter ciência de seus futuros direitos e deveres contratuais.

### 2.5.3 Princípio da Boa-fé Objetiva

O Código de Defesa do Consumidor no *caput do* seu art. 4º aponta, além da transparência, a necessidade de harmonia nas relações de consumo. A função da boa-fé, nas relações entre fornecedor e consumidor, é exatamente alcançar esta harmonia almejada.

O princípio da boa-fé nas relações de consumo está estampado no inciso III, do artigo supracitado, conforme a seguir:

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:

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.

Ademais, a boa-fé também marca presença como cláusula geral nos contratos de consumo:

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**.

A boa-fé objetiva é um princípio basilar que deve ser observado em todas as relações contratuais na sociedade moderna, portanto, não apenas no âmbito do direito do consumidor. Trata-se de uma diretriz, presente em todo regime contratual brasileiro. Tamanha relevância do referido princípio para as relações obrigacionais, resultou no seu reconhecimento expresso pelo Código Civil de 2002:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa-fé**.

Para o melhor entendimento do preceito, faz-se necessário distinguir a boa-fé subjetiva, da boa-fé objetiva. Quanto à boa-fé subjetiva “não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático de certas normas jurídicas, para a produção de efeitos jurídicos” (MIRAGEM, 2013, p. 125).

Enquanto por boa-fé objetiva, entende-se não por uma conduta que se afere pelo estado subjetivo das partes, mas sim “mais que uma conduta em si; um padrão de conduta; padrão este objetivo que impõe um dever de agir. Dever de agir esse de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte” (KHOURI, 2006, p. 66).

Assim, o princípio da boa-fé objetiva implica “a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro” (MIRAGEM, 2013, p. 126).

A imprescindibilidade do princípio da boa-fé objetiva realça-se principalmente perante a relação de consumo, conforme Miragem:

Em direito do consumidor, todavia, o efeito típico do princípio da boa-fé em matéria de limitação do exercício de liberdade ou direito subjetivo constitui-se preceito de proteção do consumidor, em face da atuação abusiva do fornecedor. [...]. Nestes casos, todavia, além do conteúdo material da conduta propriamente dita, o caráter abusivo é assinalado pela existência de posição dominante do fornecedor em face da vulnerabilidade do consumidor. **O caráter abusivo e a contrariedade à boa-fé resultam do fato do fornecedor ter se aproveitado da sua posição de força perante o consumidor para impor-lhe condições desfavoráveis** e, neste sentido, violar os deveres de consideração impostos pelo princípio (2013, p. 128, grifo nosso).

É notório, o avanço da teoria contratual ao superar a ideia de supremacia da autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*; pois, estes não terão validade caso a parte esteja agindo com o intuito de enganar o outro, ou algum terceiro. Ademais, os contratos devem ser exercidos para cumprir sua função social, isto é, não devem atender apenas aos interesses das partes, mas devem estar em consonância com os objetivos da sociedade.

Afirma Miragem (2013, p. 126) que “a aplicação do princípio da boa-fé objetiva tem uma função harmonizadora conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século XIX, com as exigências éticas dos tempos atuais”.

Resta-se claro, que partindo do princípio da boa-fé surgiram outros princípios e normas de extrema relevância para o direito contratual, principalmente nas relações de consumo, como o dever de informação, de transparência, de confiança etc. Em suma, o princípio máximo orientador do direito contratual deixou de ser o da autonomia da vontade e passou a se concretizar no princípio da boa-fé objetiva, aliada à função social.

#### 2.5.4 Princípio do Equilíbrio Contratual

A posição de vulnerabilidade do consumidor, e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor, evidenciam a importância do princípio do equilíbrio (ou da equidade) no direito do consumidor. Porquanto, faz-se necessário o reequilíbrio da situação

fática de disparidade entre as partes contratantes, por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável.

Como bem define Marques:

O princípio da equidade contratual significa o reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecimento de um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte. (2014, p. 1245).

Também consta expressamente o princípio do equilíbrio, nos já citados artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, assim como o princípio da boa-fé. Estes regramentos declaram que as relações de consumo devem ser fundadas no equilíbrio entre as partes, ou seja, deve haver paridade entre direitos e deveres dos contratantes. Dessa forma, do mesmo modo, procurou assegurar-se ao consumidor o princípio constitucional da isonomia.

A primazia pelo equilíbrio da relação de consumo resultou na tutela de proteção do consumidor, em face de sua posição de vulnerabilidade. Desvantagem, essa, combatida limitando o campo de autonomia de atuação do fornecedor, por conta de sua posição dominante, estabelecendo uma proibição geral ao abuso do direito.

Essa proteção, contra o abuso do direito, vem tutelada como direito básico do consumidor no art. 6º, inciso IV, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como **contra práticas e cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

No caso das cláusulas abusivas; importante tema a ser estudado profundamente posteriormente; essa proteção é extremamente presente quando se observa que serão consideradas nulas pelo CDC não apenas as cláusulas contratuais relativas ao equilíbrio econômico das prestações das partes, mas também aquelas que “coloquem o consumidor em desvantagem exagera” (art. 51, IV), independente do caráter dessa desvantagem (MIRAGEM, 2013, p. 129).

Assim, conforme lição de Marques (2014, p. 1425), entende-se que o CDC institui normas imperativas e de aplicação *ex officio*, que proíbem a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo; definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou

exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade; e possibilitam um controle tanto formal quanto de conteúdo desses contratos, tudo para alcançar a esperada justiça contratual.

O Código consumerista superou a tradicional visão contratual rígida, de “lei entre as partes”, do direito positivista, para consagrar a “ampla possibilidade de revisão contratual quando se compromete o equilíbrio econômico do contrato, esteja o desequilíbrio no momento da celebração ou em momento posterior” (MIRAGEM, 2013, p. 130). Nesse diapasão, encontra-se o artigo 6º, inciso V, que estabelece como direito básico do consumidor a “modificação das cláusulas abusivas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Logo, com essa tutela estatal, conferida à busca da equidade na relação desigual de consumo, fica clara a verdadeira relativização da autonomia da vontade e condicionado pelo dirigismo contratual. Pois, é necessário que tal vontade não viole regras básicas instituídas pelo CDC, ou seja, para a validade do vínculo contratual de consumo é fundamental que o mesmo não lese legítimos interesses e expectativas dos consumidores.

Portanto, o princípio do equilíbrio em direito do consumidor, assim como o princípio da vulnerabilidade, são consequências do reconhecimento da desigualdade do consumidor nas relações de consumo, e a primordialidade de sua proteção pelo direito, cujo propósito específico será a de assegurar o equilíbrio dos interesses entre consumidores e fornecedores.

### 2.5.5 Princípio da Confiança

A consagrada nova teoria contratual, fundamentada na função social, converteu o contrato de consumo de simples meio formal para o movimento de riquezas do mercado, em verdadeiro “instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor, exigindo, então um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos. A confiança legítima do consumidor não pode ser violada nas relações de consumo” (MARQUES, 2014, p. 1285).

Entende-se como confiança, a “credibilidade que o consumidor coloca no produto ou serviço que lhe é apresentado, principalmente em razão dos aspectos exaltados pela publicidade e até pela tradição que um determinado produto ou serviço possui no mercado” (SCHWARTZ, 2013, p. 86).

A massificação, a despersonalização e o anonimato das relações de consumo, além da complexidade dos objetos de consumo e o pesado uso da publicidade e técnicas de venda, realidades do mercado atual, complementam-se como justificativa para assegurar a realização das legítimas expectativas dos consumidores.

O sistema do CDC ao garantir também as expectativas legítimas, despertadas nos consumidores pela ação dos fornecedores, protegeu a “confiança que o consumidor deposita no vínculo contratual e também na prestação contratual, mais especificamente na adequação ao fim que razoavelmente se pode esperar dos produtos ou serviços colocados no mercado pelos fornecedores” (MARQUES, 2014, p. 1425).

Por fim, resta claro, que as leis imperativas do CDC ao tutelarem a garantia da confiança do consumidor na prestação contratual, obrigatoriamente exigem a sua adequação ao fim que dela se espera, além da qualidade e mesmo segurança razoável dos produtos e serviços oferecidos, de forma a evitar danos à saúde ou prejuízos econômicos para o consumidor. A finalidade dessas normas, para Marques, é “em ultima análise, melhorar a qualidade de vida dos brasileiros, melhorando a qualidade dos produtos que consome e dos serviços que são colocados a sua disposição” (2014, p. 1425).

### 3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

#### 3.1 Histórico da Atividade Incorporativa No Brasil

A atividade de produção de unidades imobiliárias, no Brasil, tem origem a partir da década de 30, em decorrência da Revolução Industrial. Com chance de maiores oportunidades de emprego o êxodo rural acelerou a urbanização, o que ocasionou um grande crescimento demográfico, e conseqüentemente um aumento na procura por moradia.

Tais fatores elevaram o número de construções de imóveis perto de locais de trabalho, principalmente edifícios que substituindo a construção de uma única unidade imobiliária em um lote de terreno, por edifícios de mais um pavimento, ofereciam um aproveitamento mais racional da terra e viabilizavam a produção em escala, atendendo a solução para a massificação dos espaços urbanos (CHALHUB, 2010, p. 2).

Em consequência da proliferação de construção de edifícios nos grandes centros urbanos, que surgiu a atividade corporativa. Porém, tal atividade foi se desenvolvendo sem o mínimo de controle até os meados de 1960 e as normas que regravam o assunto se limitavam a disciplinar as relações de edificações já existentes, deixando de tratar da construção propriamente dita e da relação comercial das unidades em construção (CHALHUB, 2010, p. 1).

Ghezzi esclarece sobre a origem da atividade de incorporação imobiliária em nosso país:

Um indivíduo procurava um proprietário de um terreno bem situado e lhe propunha construir um prédio sobre o mesmo. Obtendo, assim, a anuência do proprietário do terreno, este indivíduo providenciava o projeto arquitetônico do edifício e o oferecia à venda as suas unidades autônomas. Os candidatos à aquisição lhe faziam então propostas e quando ele contava o número de pretendentes necessário para custear a obra, este indivíduo dava início a ela. Com a venda de todas as unidades autônomas do edifício, providenciava-se a transferência do domínio sobre as respectivas frações ideais a cada um de seus adquirentes através de uma mesma escritura pública (2011, p. 62).

O direito positivo brasileiro era omissivo quanto ao regramento dos atos descritos acima, o Código Civil brasileiro de 1916 não previa esse tipo específico de atividade empresarial de produção e comercialização de imóveis integrantes de edificações, em regime condominial (CHALHUB, 2010, p. 66).

O agravamento do problema habitacional, a valorização das propriedades localizadas nos grandes centros e o crescimento de construções para moradias condominiais, reclamava uma atenção especial do Estado, um provimento legal para regulamentar os condomínios e as Incorporações.

Em resposta, o governo militar de 1964, determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse a incorporação imobiliária. Com intuito de não apenas viabilizar os empreendimentos imobiliários, mas também as relações jurídicas originadas, estabelecendo ordem ao mercado imobiliário (GHEZZI, 2011, p. 64).

Caio Mário da Silva Pereira elaborou o anteprojeto, o qual adotado pelo Governo e encaminhado ao congresso nacional constituiu o Projeto n. 19, de 1964, que veio a converter-se na Lei n. 4.591 de 16 de dezembro de 1964. A chamada nova Lei reguladora de Condomínios e Incorporações veio a preencher essa lacuna comentada e também imprimir sistema e ordem à matéria.

Destarte, com o advento da referida lei a Incorporação Imobiliária e o Incorporador passaram a ter reconhecimento expresso. Além de organizar o próprio instituto, a Lei n. 4.591/64, ao regradar assuntos de grande relevância social e econômica, conferiu maior segurança e credibilidade às Incorporações; e conseqüentemente, também, certa garantia aos interesses dos adquirentes de unidade de imóveis ainda em construção (CHALHUB, 2010, p. 5).

A Lei de Condomínio e Incorporações atuou dirigindo a atividade do incorporador e os contratos por ele celebrados, objetivando articular um sistema defensivo aos adquirentes, que não podiam ficar mais à mercê de dados imprecisos ou da palavra infiel do incorporador, como observa Pereira (2014, p. 313).

A positivação desse instituto serviu para diminuir, de certa forma, os abusos praticados por empreiteiros desonestos e irresponsáveis, que, muitas vezes, faziam o lançamento do projeto da edificação sem condições mínimas de levá-lo adiante e, conseqüentemente, prejudicavam adquirentes das unidades residenciais futuras.

Por fim, diante dessa abordagem histórica, percebe-se que o instituto da Incorporação Imobiliária surgiu atrelado à criação dos condomínios edilícios. Fica claro que tais atividades são conseqüências diretas da necessidade de melhor aproveitamento do solo, em razão da explosão demográfica nos grandes centros urbanos. Passemos a estudar as definições e características desse negócio jurídico, conferidas pela doutrina e pela Lei n. 4.591/64.

### 3.2 Negócio Jurídico da Incorporação

A incorporação consiste em um negócio jurídico complexo, que resultará numa situação jurídica, que pode compor vários outros negócios ou contratos entre o construtor, o adquirente e as outras pessoas que eventualmente tenham de intervir, como o proprietário do terreno, a empresa de projeto, a administradora de vendas etc.

Essa atividade foi regulamentada pela primeira vez pela Lei nº 4.591/64, dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias. Essa atividade viabiliza a compra e venda de coisa futura imóvel, nos moldes do art. 483 do Código Civil de 2002, na medida em que facilita a captação de recursos pelo incorporador, e, ao mesmo tempo, confere maior segurança jurídica ao adquirente de unidade futura, justamente por ser regulada por lei.

A figura jurídica da incorporação imobiliária foi definida no art. 28, parágrafo único, da referida lei como “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para a alienação total ou parcial, de edificações, ou em conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Chalhub (2010, p. 13) define a incorporação imobiliária como a atividade de “coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente”.

Em consonância, Bottega também esclarece sobre a atividade de incorporação imobiliária:

Realizado o registro da incorporação e de pelo menos um contrato de comercialização das futuras unidades autônomas, estará concretizada a atividade de incorporação, obrigando o incorporador a promover a atividade de produção e realização de construção de edificações ou conjunto de edificações com unidades autônomas sob o regime condominial, cuja finalidade é a alienação parcial ou total das unidades autônomas e frações ideais sobre o terreno aos futuros adquirentes, que são chamados ao empreendimento antes da edificação pronta para a participação econômica na construção pretendida (2005, p. 25).

Vejamos como o artigo 29, da Lei n. 4.581/64, apresenta a definição de incorporador:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que

meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas

Pereira, assim, explana a importância da positividade da definição de incorporador, diante de figura que pode compreender diversas atividades:

Diante desta variedade polimorfa de atividades, era, com efeito, impossível definir o incorporador dentro de fórmula tradicional das figuras componentes de qualquer contrato típico. Ele é um corretor, porque efetua a aproximação do dono do terreno com os compradores; mas é mais do que isso. É um mandatário, porque opera em nome do proprietário junto aos compradores; e porque os representa junto ao construtor, aos fornecedores etc. É um gestor de negócios, porque, em todas as circunstâncias eventuais, defende oficiosamente os interesses de seus clientes, de um e de outro lado. É um industrial de construção civil. É às vezes um banqueiro financiador. É um comerciante. Um pouco de tudo (2014, p. 218).

Fica evidente a complexidade dessa atividade, pois todas as pessoas, físicas ou jurídicas, qualquer tipo de trabalhador do comércio ou não, podem ser considerados incorporadores, muito embora não venham a construir matéria principal do negócio jurídico, isto é, os imóveis, mas elaborem compromissos no intuito de comercializar frações de terrenos nos quais ainda irão erguer-se unidades autônomas equivalentes às ditas frações.

Nas palavras de Pereira (2014, p. 230), “para a nova lei a qualidade de incorporador estende-se ao proprietário ou adquirente do terreno, que promova a edificação destinada à utilização condominial, uma vez que exponha as unidades, total ou parcialmente à venda, antes da conclusão das obras”.

Quanto à natureza da atividade, é óbvio que a incorporação se caracteriza com uma atividade empresarial, pois constitui organização econômica destinada a fim lucrativo. Desse modo, quem constrói para si mesmo, ainda que seja edifício de apartamentos, não é incorporador. Porém, nele se converte desde o momento em que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício (PEREIRA, 2014, p. 230).

Com o advento do Código Civil de 2002, ficou clara que incorporação imobiliária, qualquer que seja a estrutura societária adotada, seja a da sociedade anônima, da sociedade limitada ou outra admitida em lei, qualifica-se como atividade empresária, e o incorporador constitui uma empresa, porque “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Código Civil, art. 966, caput).

Dentre as obrigações existentes no processo de incorporação, a principal consiste em transmitir a posse e o domínio da unidade autônoma ao adquirente, pronta e acabada, nos

termos do contrato. Mas para que esta obrigação seja cumprida, a lei exige que o incorporador seja:

[...] proprietário do terreno, promitente-pagador, promitente permutante ou cessionário daqueles últimos, ou ainda que, em sendo construtor ou corretor de imóveis, tenha recebido, mandado por instrumento público do proprietário ou titular do direito à sua aquisição, para alienar as frações ideais do terreno do direito à sua aquisição, para alienar as frações ideais do terreno correspondentes às unidades autônomas a serem construídas (RESENDE; FREDERICO; LUIZ, 2013, p. 7)

Após explanar alguns conceitos básicos sobre o negócio jurídico de incorporação imobiliária e a própria figura do incorporador, passa-se adiante a diferenciar as Construtoras das Incorporadoras.

### **3.3 Diferença entre Incorporadora e Construtora**

Diante de grande confusão percebida no mercado de consumo, vale constatar, para o presente estudo, que as atividades de construção e de incorporação não se assemelham.

Essa mistura que se percebe no mercado, pois muitas das empresas reconhecidas como “Construtoras” são, na verdade, “Incorporadoras”, uma vez que, elas fazem toda a viabilidade e desenvolvimento do empreendimento imobiliário. Por ter a atividade de incorporação maior risco, a margem de lucro das incorporadoras também é maior. O que levou várias Construtoras a serem suas próprias Incorporadoras.

Como acima estudado, é inerente a incorporação o ato de se fazer junto ao cartório de registro de imóveis, o registro das várias documentações necessárias para atender um projeto residencial de um condomínio. Como, por exemplo, a avaliação os custos de construção, a determinação das áreas privativas e de uso comum, o memorial descritivo das dependências, entre outras diversas obrigações, todas impostas ao incorporador pela Lei nº 4.591/64, para conferir maior confiança ao negócio.

Conforme o art. 32, da lei acima citada, somente a partir desse registro no cartório é que se poderá comercializar as frações ideais, também denominados como unidades autônomas.

A incorporação, como já falado, é atividade complexa que abrange diversas facetas do negócio imobiliário, sendo toda a articulação do empreendimento de responsabilidade da incorporadora, ela também responde sobre todos os eventuais problemas

nas mais diversas áreas dessa relação. A responsabilidade do incorporador ao assumir obrigação de fazer acontecer todo o negócio, não pode escusar-se da responsabilidade dizendo-se ser mero intermediário.

Tal responsabilidade resulta da Lei de Condomínios e Incorporações, que impõe a obrigação de entregar o produto da atividade, de restrito acordo com o projeto de construção e o memorial descritivo. Vejamos, na letra da referida lei:

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...]

d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;

g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa;

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

Quanto a Construtora, a própria Lei nº 4.591/64 no seu art. 48, caput, também define sobre a construção em geral, desta forma:

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, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

Logo, fica claro que a atividade de construção de imóveis poderá ser feita diretamente entre adquirente e empresa construtora. Pode, ainda, ser exercida pelo próprio incorporador, ou ser a Construtora a empresa contratada pelo incorporador para ser responsável em executar as obras do projeto incorporado.

Quando atua diretamente com o adquirente, a Construtora é a única responsável por todos os riscos inerentes à construção. Resta saber, de quem será a responsabilidade perante problemas na construção quando a empresa construtora é diversa da incorporadora.

Diante de tal questionamento, segue o esclarecedor entendimento de Cavalieri:

O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é o causador direto do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado. Pondere-se, ainda, que o fim do contrato de incorporação é a edificação e esta pertence, real e efetivamente, aos adquirentes de unidades autônomas e ao condomínio. Tanto é assim que, se a obra não é executada a contento, ou completamente, quem sofre os prejuízos, direta e imediatamente, são os adquirentes das unidades autônomas, e não o incorporador. Desta forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais faz do que estender-lhe a sua obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção. O incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor (2000, p. 265).

Assim, nas incorporações de imóveis, respondem solidariamente pelos defeitos da construção o incorporador e o construtor. Já no caso de dano decorrente de cláusulas abusivas no contrato de incorporação, tema do presente trabalho, a responsabilidade é única do incorporador. Vejamos, agora, como se comporta o direito do consumidor nesse tipo específico de contrato.

### **3.4 Contrato de Incorporação Imobiliária como Contrato de Consumo**

O conceito de produto, aqui já estudado, estabelecido pelo CDC, em seu art. 3º, § 1º, trouxe a definição de produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Abrangendo os bens imóveis, permitiu-se aos contratos de consumo tratar sobre transações imobiliárias, objeto fim do contrato de incorporação.

A importância desses contratos imobiliários é evidente, principalmente com o constante aumento da densidade demográfica urbana e a conseqüente procura pelo consumidor desse imóvel, importante bem de família. A própria Constituição Federal de 1998, dá destaque à moradia ao incluí-la no rol dos direitos sociais, do seu art. 6º, reconhecendo-a como pressuposto para a dignidade humana e direito fundamental.

O direito à moradia está presente no imaginário das pessoas, muitas vezes como projeto de vida, razão pela qual se dirigem grandes esforços financeiros comuns da família, estabelecendo, dessa forma, um traço social inafastável de muitos desses contratos (MIRAGEM, 2013, p. 372).

A inclusão dos bens imóveis como objeto do contrato de consumo, se justifica por conta dessa incontestável importância social da moradia. Porém, é certo que nem todos os contratos imobiliários caracterizam-se como contratos de consumo.

Apesar do objeto do negócio estar amparado na lei consumerista, se faz necessário identificar os sujeitos da relação para concretizar a presença de sua tutela. Portanto, serão contratos de consumo “os que tiverem de um lado o incorporador imobiliário ou o profissional cuja atividade específica seja a construção de imóveis para venda no mercado, e de outro lado, o adquirente não profissional que adquire o bem imóvel como destinatário final” (MIRAGEM, 2013, p. 373).

Nesse sentido, Marques explana como o negócio jurídico de incorporação imobiliária se identifica com a relação de consumo:

Quanto aos contratos de incorporação imobiliária, em que o incorporador faz uma venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado pela obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como consumidor dependerá da destinação final do bem ou aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC. Interessante notar que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado como fornecedor e há solidariedade entre eles (2014, p. 475).

Essa caracterização do incorporador como fornecedor é clara, justamente, pela natureza empresarial da atividade de incorporação, cuja essência é a finalidade de lucro, pouco importando se o incorporador é pessoa física ou jurídica. Quem exerce a função de incorporador é empresa ou empresário, pois se trata de uma atividade mercantil por natureza e que constituirá uma empresa comercial imobiliária.

Quanto ao adquirente da unidade futura, se usá-la com o intuito de destinatário final, sua identificação como consumidor é acatada diretamente pela teoria finalista, neste trabalho já estudada.

Após a identificação da relação de semelhança entre os sujeitos e objetos do contrato de incorporação, com os de consumo. Resta-se, entender que o contrato de incorporação imobiliária não se confunde com o contrato de simples compra e venda. Aquele além de ter natureza diversa deste, por se tratar de promessa sobre bem futuro, é regido por sua lei especial n. 4.591/64, a já comentada Lei dos Condomínios e Incorporações.

Avançando na discussão, cabe-se analisar as normas as quais o contrato de incorporação será regido, na relação de consumo, além da própria interação entre elas.

Vale lembrar a característica do alcance da lei consumerista:

O CDC caracteriza-se como lei geral, ao agrupar as normas de proteção aplicáveis à universalidade das relações de consumo, sem discriminar quaisquer espécies de

contratos ou situações. Porém, é também lei especial em sua face subjetiva, na medida em que se dirige exclusivamente às relações entre consumidores e fornecedores, dispondo sobre o dever de informação, vícios, práticas e cláusulas abusivas, desconsideração da personalidade jurídica etc., em relação aos contratos de consumo, nada dispondo sobre a estrutura e a função dos contratos em espécie (PEREIRA, 2014, p. 352).

Enfrenta-se, logo, um verdadeiro diálogo de fontes entre a lei de regime especial das incorporações e o CDC. Porém, diante da evidente presença de uma relação de consumo nessa relação, verifica-se, de forma já pacífica na jurisprudência, o reconhecimento da regência da estrutura legal específica de direitos e obrigações estabelecida pela Lei n. 4.591/64 nos contratos de incorporação imobiliária, contudo, nos vínculos entre fornecedor e consumidor, já se assegura a incidência das regras tutelares do CDC.

Isso se justifica, uma vez que, em relação ao Código Civil, o CDC é lei especial, mas quanto ao contrato de incorporação, é lei geral. Desse modo, na situação em que o adquirente seja o destinatário final da unidade imobiliária, essa relação será regida pelas normas de proteção do consumidor (PEREIRA, 2014, p. 351).

Assim, nesse diálogo de fontes convivem em harmonia as normas da Lei das Incorporações e as normas gerais do CDC. A lei especial prevalecerá naquilo que tem de específico, enquanto lacunas serão ser preenchidas pela aplicação do CDC e das cláusulas gerais do Código Civil.

Consoante afirmação encontra respaldo nas palavras de Theodoro Júnior:

Não se exigirá que se afaste o regime especial da Lei n. 4.591/64, naquilo que ela dispõe de maneira expressa e direta. Apenas recorre-se-á ao CDC para coibir abusos praticados pelos fornecedores, seja no estabelecimento de cláusulas abusivas, seja por defeito do produto ou serviço. Será, portanto, fora do âmbito fixado pelas regras da Lei de Incorporação que operarão as do Código de Defesa do Consumidor, sem pretender revoga-las, mas apenas completa-las ou integrá-las (2009, p. 351).

Nessa lógica, segue a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria em questão:

**INCORPORAÇÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. LEI 4.591/64. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, e regido pela lei que lhe é própria (lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o código de defesa do consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva. 2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente a resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado. 3. Porém, não**

viola a lei o acordão que examina fatos e contratos à luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há de cuidar da devolução das prestações pagas. Recurso não conhecido (sumulas 5 e 7). (STJ - REsp: 80036 SP 1995/0060863-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 12/02/1996, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/03/1996 p. 8586. Grifo nosso)

Desse modo, verifica-se que não são as regras da Lei nº 4.591/64 que podem sofrer censura do CDC, “mas as cláusulas que o incorporador cria e impõe de forma abusiva e contrária à boa-fé objetiva, ofendendo, de maneira evidente, os padrões éticos que devem prevalecer nos contratos bilaterais e onerosos, para mantê-los equitativos” (THEODORO JR, 2009, p. 352).

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 7º, reconhece que não tem exclusividade na proteção do contratante mais fraco, ou seja, para proteção do consumidor não se excluem normas de diferentes fontes, na letra da lei:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Ao dispor que os direitos nele previstos não excluem outros, entre eles os instituídos por legislação ordinária, como é o caso da Lei das Incorporações; a incidência do CDC, portanto, não afasta a aplicação de leis especiais quanto ao objeto, como são os casos da legislação sobre incorporações, seguro-saúde, mensalidades escolares, transporte aéreo, consórcios etc (PEREIRA, 2014, p. 353).

Feitos esses esclarecimentos, sobre a existência de relação de consumo no contrato de incorporação e a incidência do CDC, avança-se na discussão relacionando essa espécie de relação contratual com o conceito de contrato de adesão, amplamente presente na relação consumerista, caracterizador de evidente desvantagem pelo consumidor.

### **3.5 Contratos de Adesão**

Na concepção tradicional de contrato as partes estariam em posição de igualdade, o que permitiria a livre e pessoal discussão do conteúdo do contrato e suas cláusulas, é o chamado acordo entre vontades de um contrato paritário. Porém, na economia atual, moderna

tecnicamente e globalizada, os fornecedores possuem capacidade de produção em larga escala de bens e serviços, como consequência a sociedade de consumo encara uma nova realidade de mercado, onde o comércio jurídico se despersonalizou e até se desmaterializou (como nos casos de comércio eletrônico).

É evidente que o fenômeno de predisposição contratual se tornou inerente à sociedade industrializada moderna, pois os métodos de contratação em massa predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores da atualidade.

Esses contratos de massa são homogêneos em seu conteúdo e concluídos da mesma forma com uma série de contratantes. Por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, ou seja, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais (MARQUES, 2014, p. 164).

Desta maneira, a autodeterminação do consumidor limita-se a aceitar as cláusulas impostas, já previamente formuladas de forma unilateral e uniforme pela empresa fornecedora. Essa simples sujeição à vontade manifestada pelas empresas, no instrumento contratual massificado, implica numa disparidade de poder favorável sempre ao fornecedor.

Para Marques, essa padronização dos contratos “é uma facilidade típica da nossa sociedade de massa, isso significa para o contratante profissional um aumento de sua eficiência na distribuição de produtos e serviços, mas significa para o contratante leigo ou mais fraco um aumento do déficit informacional” (2014, p. 79).

A existência desse déficit de autonomia do consumidor impede o real exercício da liberdade de estipulação e negociação contratual, fatores que evidenciam a importância da busca da tutela Estatal pelo equilíbrio de interesses e pela efetiva justiça contratual.

O art. 54 do CDC define o contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Marques, dessa forma, conceitua e caracteriza:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. [...]. Podemos destacar como características do contrato de adesão: 1) a sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de

aceitação pelo qual o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte (2014, p. 78-79).

Esse déficit, no equilíbrio de forças, facilitou a inclusão de cláusulas abusivas nesse tipo de contrato, pois o próprio fornecedor elabora e impõe cláusulas que lhe asseguram vantagens unilaterais e excessivas. O Estado, atento a esta realidade, intervém fortemente na autonomia da vontade dos contratos de adesão, visto a necessidade de se proteger o aderente.

Dessa forma, entende-se a presença dessa tutela até no direito privado comum e a inclusão expressa dos contratos de adesão nos arts. 423 e 424 do Código Civil de 2002. A referida lei preceitua que as cláusulas ambíguas ou contraditórias dos contratos de adesão devem ser interpretadas sempre da maneira mais favorável à parte aderente; o CDC já trazia essa proteção apenas ao consumidor no seu art. 47; além de declarar nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Ainda faz-se necessário, conforme o art. 54, § 3º, do CDC e o princípio da transparência, que o contrato de adesão seja regido de forma clara, com caracteres ostensivos e legíveis, a fim de facilitar a compreensão do consumidor sobre as cláusulas impostas pelo fornecedor, possibilitando plena consciência das obrigações que assumirá.

Neste diapasão, o CDC, no §4º do Art. 54, também dita que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor devem ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”, em sintonia com a regra anterior sobre a clareza e legibilidade dos contratos de adesão.

Por todo o exposto, demonstra-se que o contrato de adesão é cada vez mais corriqueiro na sociedade atual e principalmente no mercado de consumo. No caso dos contratos de incorporação, tema do presente estudo, assim como na maioria dos acordos imobiliários, essa massificação e uniformidade dos contratos também é realidade.

Logo, o CDC ao estabelecer uma tutela especial para os contratos de adesão, devendo-se também respeito às regras gerais de contratação, combateu os abusos da opressão do mais forte sobre o mais fraco, com o intuito de alcançar o equilíbrio e a justiça entre as partes contratantes.

Esta técnica de adesão na contratação pode levar o fornecedor a inserir cláusulas com vantagens para si e desvantagens para o outro contratante. Passa-se, então, a analisar essas imposições proibidas pelo CDC, chamadas de cláusulas abusivas, além de estudar as mais comuns nas relações e nos contratos de incorporação imobiliária.

## 4 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE INCOPORAÇÃO

### 4.1 Proteção e Revisão do Contrato de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor, lei de ordem pública e de interesse social, representou uma grande mudança ao atestar a existência de valores jurídicos superiores aos acordos privados, tais como a boa-fé objetiva e a equidade contratual, que permitiram ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo.

O regramento brasileiro, com o surgimento da referida norma, começou a se afastar da visão clássica, liberal e individualista do direito; evoluindo para uma orientação que valorizou a função social do direito como definitivo protetor do equilíbrio contratual.

Neste sentido, a vulnerabilidade do consumidor; reconhecida de modo implícito pela Constituição (ao determinar sua defesa e proteção no art. 5º, inciso XXXII), e situada expressamente como princípio regente da Política Nacional das Relações de Consumo pelo art. 4º, I, do CDC; é o fundamento do reconhecimento da proteção das normas em questão ao consumidor e, com isso, também daquelas que combatem o abuso do direito.

No mesmo raciocínio, afirma Miragem:

O abuso de direito no direito do consumidor é antes o abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes, do fornecedor no mercado de consumo, cujo reconhecimento qualifica determinados modos de exercício da liberdade de contratar como abusivos, sobretudo quando este exercício de algum modo se utiliza ou aproveita da vulnerabilidade do consumidor (2013, p. 329).

Além de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, o CDC procurou estabelecer condições para sua efetiva proteção, com objetivo coibir os abusos e promover a justiça contratual nas relações de consumo. Tanto que, prescreveu dentre seus direitos básicos, a proteção do consumidor contra cláusulas consideradas abusivas e a possibilidade de modificação ou revisão de cláusulas contratuais, quando, respectivamente, estabeleçam prestações desproporcionais, ou quando estas prestações se tornem excessivamente onerosas em razão da ocorrência de fatos supervenientes. Na letra da lei 8.078/90:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Essa proteção contratual se mostra relevante, pela condição de desequilíbrio de forças no mercado de consumo, mas não caracteriza um direito do consumidor de descumprir o pactuado e causar insegurança nas relações comerciais, pois, como ensina Theodoro Júnior:

Em todas essas hipóteses, o objetivo do legislador não foi o de fragilizar ou inutilizar o instituto do contrato, tornando-o simplesmente **rompível** unilateralmente pelo consumidor. Em nome do princípio da boa-fé o que se visou, antes de tudo, foi aperfeiçoar o negócio jurídico, revendo suas bases para torná-lo equitativo, seja por reequacionamento das prestações seja por eliminação das cláusulas abusivas (2009, p. 32, gerifos do autor).

Dessa forma, percebe-se que o art. 6º assegura ao consumidor, não o livre direito sobre a rescisão do contrato, mas apenas a modificação de cláusulas que resultem em lesão (prestações desproporcionais), ou sua revisão em virtude de fato futuro (teoria da imprevisão).

O autor supracitado, com relação a essa característica da relação contratual consumerista, ainda elucida:

Na verdade, a lei protetiva do consumidor não lhe outorgou, nem mesmo diante das cláusulas abusivas e do desequilíbrio das prestações, poder de **denunciar o contrato**, por meio de simples exercício de **direito potestativo** (resilição unilateral). Uma faculdade como essa importaria eliminação completa da força obrigatória do contrato, o que, evidentemente, não se mostra compatível com as necessidades de segurança do comércio jurídico e com os próprios e claros propósitos do Código de Defesa do Consumidor (THEODORO JR, 2009, p. 33).

O § 2º do art. 51 dispõe expressamente que a “nulidade de uma cláusula abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Em suma, quando a invalidade da cláusula abusiva não atingir a integralidade do contrato, o CDC estabelece ao juiz o dever de esforçar-se no sentido de integrar o contrato e colmatar a lacuna decorrente da nulidade pronunciada (MIRAGEM, 2013, p. 339).

O fundamento dessa manutenção do contrato, em sua parte válida, está na existência de uma proteção à própria função de correspondência de expectativas futuras da relação contratual. Pois, consoante Miragem:

Trata-se o contrato, muitas vezes, de instrumento de estabilização de expectativas futuras e sua manutenção vem ao encontro do atendimento destas expectativas, quando legítimas. A possibilidade de preservação de sua parte válida, apenas com a exclusão da cláusula abusiva, permite que se mantenha o efeito útil do contrato, ou

seja, o interesse econômico ou pessoal, socialmente admitido, decorrente das prestações objeto do ajuste (2013, p. 339).

Observa-se, que diante o CDC a regra é a manutenção do contrato, com a exclusão, mediante decretação de nulidade, apenas das cláusulas abusivas, desse modo, a invalidação total do contrato é exceção. A solução adota pelo CDC protege a segurança jurídica e o próprio consumidor, pois uma eventual invalidade total do contrato pode frustrar uma legítima expectativa de interesse pelo bem ou serviço oferecido.

O Estado para impor o indispensável equilíbrio contratual vai, em última análise, intervir na relação contratual, sobrepondo-se à vontade das partes e modificando a manifestação de vontade. O contrato de consumo ao sofrer a tutela das normas do CDC, concretiza a intervenção estatal no espaço antes reservado para a autonomia da vontade, conforme as ideais sociais da nova teoria contratual do Estado de Direito.

Essa intervenção, com fundamento na proteção, se faz ainda mais presente contra as cláusulas abusivas; objeto de análise na sequencia, enquanto sua nulidade será analisada em item posterior.

#### **4.2 Conceito e Noções Gerais sobre Cláusula Abusiva**

Esse intervencionismo na relação privada se fez, então, necessário diante da massificação dos contratos na atual sociedade, combinado com a complexidade técnica dos novos tipos contratuais. Tais práticas de mercado aumentaram a vulnerabilidade do consumidor, o que permitiu o surgimento de um ambiente de consumo propício à prática da inclusão de cláusulas abusivas nos contratos.

O reconhecimento da abusividade de uma cláusula é fruto da supremacia do princípio da justiça contratual, assegura Marques:

Denominar, portanto, uma cláusula do contrato como abusiva é pressupor a reação do direito contratual, é aceitar a imposição de novos limites ao exercício do direito subjetivo, no caso, o da livre determinação do conteúdo do contrato. A intervenção do Estado nos negócios privados, e a imposição de limites ao dogma da autonomia da vontade vão caracterizar a nova concepção de contrato (2014, p. 984).

Dessa forma, esclarece Miragem que “o instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC é a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas consideradas abusivas” (2013, p. 323).

Verifica-se, quanto à conceituação, que o próprio CDC optou por não trazer definição legal de cláusula abusiva, preferindo, no entendimento de Marques (2014, p. 984), “indicar a abusividade em casos expressos (art. 53, por exemplo), deixar sua determinação para a jurisprudência (através de cláusulas gerais, como a do art. 51, IV) ou presumi-la em alguns casos e práticas (lista dos arts. 39 e 51)”.

Todavia, pode-se inferir seu significado através de disposições constantes nas normas supracitadas, assim, seriam tais cláusulas responsáveis por colocar em notória desvantagem o elo mais fraco da relação de consumo, ferindo diretamente os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual.

Schwartz conceitua cláusula abusiva como “aquelas que têm o condão de causar desequilíbrio na relação contratual, favorecendo uma em detrimento da outra, operando verdadeira lesão à parte prejudicada” (2013, p. 242).

Sobre a desvantagem do consumidor, resume Marques:

Todas as cláusulas abusivas apresentam como características ou pontos em comum justamente o seu fim, que seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e o seu efeito, que é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralidade dos direitos assegurados ao fornecedor (2014, p. 989).

Vale ressaltar, primeiro, que o caráter de abusividade dessas cláusulas é efetuado no momento da formação do contrato. A identificação e controle judicial, dessas, através de um exercício de aplicação da lei e de interpretação do contrato, associado às práticas comerciais, é que será posterior à formação do contrato (MARQUES, 2014, p. 989).

Em segundo, que a abusividade da cláusula não depende de boa ou má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Afirma a autora supramencionada, “a atuação subjetiva deve ser desconsiderada e dar lugar a um exame do contexto do contrato, de seu equilíbrio, da conduta conforme à boa-fé que dele objetivamente emana. É a referida, materialização da liberdade contratual e do equilíbrio ou da equidade contratual” (2014, p. 990).

Em outro giro, lembra-se que o Código Civil de 2002 também superou o individualismo do Código Civil de 1916, ao reconhecer a importância do dirigismo contratual e a luta contra o desequilíbrio exagerado na relação contratual. A nova norma civilista impôs limites à liberdade contratual em geral, com base nos princípios da função social do contrato, da boa-fé e da probidade.

Além de exercer certo controle sobre o conteúdo dos contratos e práticas contratuais civis e comerciais, o supracitado regramento ainda conferiu uma tutela social especial às cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão.

Isso significa que as cláusulas abusivas não se fazem presente apenas nos contratos de consumo, uma vez que sempre existiram, ainda que com outras alcunhas, como as chamadas cláusulas leoninas, exorbitantes ou vexatórias. Não são, também, exclusivas dos contratos mediante condições gerais ou de adesão, entretanto se encontram mais frequentemente nestes.

Porém, o que diferencia o alcance da tutela civilista comum, para a do CDC, é a vulnerabilidade do consumidor, desse modo esclarece Miragem:

Com respeito ao direito dos contratos, é evidente que uma mesma cláusula, por ser contrária, por exemplo, à boa-fé, pode qualificar-se como abusiva tanto em um contrato de consumo, quanto em um contrato civil. Contudo é certo igualmente que cláusulas contratuais que se considerem abusivas em contrato de consumo, não necessariamente das partes será exercida na mesma intensidade, entre sujeitos que possuam qualidades que os tornem aptos à atuarem em mesmo nível na defesa de seus interesses no contrato, afastando-se, portanto a caracterização do abuso. **O que determina o caráter abusivo destas cláusulas em contrato de consumo é exatamente a consideração da vulnerabilidade de um dos sujeitos contratuais, o consumidor** (2013, p. 329, grifo nosso).

Portanto, resta claro, que é imprescindível para a cláusula ser considerada abusiva, diante da interpretação consumerista, a posição de desvantagem do consumidor perante o fornecedor.

### 4.3 A Nulidade de Pleno Direito

A tutela conferida pelo Código de Defesa do Consumidor estabelece uma das sanções civis mais intensas para as cláusulas contratuais abusivas, a identificação de sua nulidade de pleno direito. Trata-se de rejeição absoluta da validade da cláusula em questão, sem que haja possibilidade de saneamento ou convalidação da mesma.

Tanto na lista exemplificativa do art. 51 do CDC, quanto em seu art. 53, referente aos contratos de compra e venda a prazo, nota-se expressamente a sanção:

Art. 51. São **nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]:  
 Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia,

consideram-se **nulas de pleno direito** as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (grifo nosso).

Reconhece Schwartz, que “o CDC inquinou as cláusulas abusivas de nulidade de pleno direito. Na técnica adotada pelo Código Civil seria o mesmo que nulidade absoluta, ou seja, a cláusula é inválida, não possuindo qualquer efeito jurídico” (2013, p. 243).

Em concordância, destaca Nunes:

Diferente do Código Civil, que dispõe dois tipos de nulidade: a absoluta (nulidade de pleno direito do art. 166) e a relativa (anulabilidade do art. 171), a Lei nº 8.078/90 apenas reconhece as nulidades absolutas de pleno direito, fundadas no seu art. 1º, que estabelece que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e interesse social (2011, p. 742).

Vejamos a concepção, estritamente civilista, de Gonçalves sobre nulidade absoluta:

Nos casos de nulidade absoluta existe um interesse social, além do individual, para que se prive o ato ou negócio jurídico dos seus efeitos específicos, visto que há ofensa a preceito de ordem pública e, assim, afeta a todos. Por essa razão, pode ser alegada por qualquer interessado, devendo ser pronunciada de ofício pelo juiz [CC, art. 168 e parágrafo único] (2012, p. 439).

As normas do CDC são de ordem pública e origem constitucional, de onde se retira que a nulidade de pleno direito, proíbe expressamente esses abusos. Coerente, é a afirmação de Marques:

A doutrina majoritária concluiu que a nulidade dos arts. 51 e 53 é uma nulidade cominada de absoluta (arts. 145, V, do CC/16 e art. 166, VII e VII, do CC/02), como indica o art. 1º do CDC e reforça o art. 7º, caput, deste Código. Efetivamente, em se tratando de sistema de proteção de um agente constitucionalmente identificado, o consumidor (art. 1º do CDC), claro está o interesse público na proteção (art. 5º, XXXII, da CF/88 e do art. 48 do ADCT) de seus direitos (cláusula de abertura do art. 7º, do CDC) contra abusos contratuais (2014, p. 991).

Contudo, Nery Júnior comenta que o sistema de nulidade não pode ser identificado com o do Código Civil, nesse sentido afirma:

O CDC afastou-se do sistema de nulidade no Código Civil, restando, pois, superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial para se fazer atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para produzirem seus efeitos no ato ou negócio jurídico (2004, p. 559).

As cláusulas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual, impondo ao juiz o dever de pronunciá-la de ofício. Essa pronta tutela do Poder Judiciário se justifica, pois a partir da nulidade, será possível identificar que, presente o dano, as cláusulas abusivas geraram o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil do fornecedor ou prestador (NEVES; TARTUCE, 2014, p. 315).

Esse entendimento é uníssono na doutrina, nestes termos:

Como vimos, o sistema geral do direito brasileiro prevê no Código Civil (art.138, parágrafo único), que tais nulidades absolutas podem ser declaradas *ex officio* pelos magistrados, pois o interesse que defendem é social e não só dos interessados. Em outras palavras, a nulidade é declarada (eficácia declarativa do ato julgador), quando é identificada pelo juiz, mesmo que não tenha sido identificada pelo advogado do consumidor ou mesmo pelo consumidor nos JECs (MARQUES, 2014, p. 1005).

A jurisprudência também reconhece a possibilidade de decretação de nulidade *ex officio* pelo julgador, conforme entendimento do STJ abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO E DECLARAÇÃO “EX OFFICIO” DA NULIDADE DE CLÁUSULA NITIDAMENTE ABUSIVA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário. Precedente. (REsp. 1.061.530/RS, afetado à Segunda Seção). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 334991 RS 2001/0091951-0, Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Data de Julgamento: 10/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2009)

Nery Júnior leciona que a cláusula abusiva deve ser reconhecida por meio de ação direta, reconvenção ou exceção substancial alegada em defesa (contestação). Sustenta, ainda que a sentença, reconhecendo a nulidade, é constitutiva negativa e produz efeito *ex tunc*. Sendo matéria de ordem pública a nulidade de pleno direito, ainda pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo atingida pela preclusão (2004, p. 336).

Quanto ao prazo para propor a ação que atesta a nulidade da cláusula abusiva, há certa divergência na doutrina, ao qual se percebe no entendimento de Nunes “quer se considere a decisão judicial que reconhece a nulidade como meramente declaratória, quer como desconstitutiva, a ação é imprescritível” (NUNES, 2011, p. 716).

Enquanto, Schwartz discorda, afirmando que:

Tal interpretação fere a própria Constituição Federal, a qual, quando quis inquirir algum direito de imprescritível, o fez de forma explícita. Assim, o legislador ordinário não poderia estender o rol Constitucional. Buscando-se arrimo no Código Civil Brasileiro, forçoso entender que o prazo prescricional para os casos de ação constitutiva negativa seria o de 10 (dez) anos, nos termos da norma contida no art. 205 do Código Civil (2013, p. 244).

Feitos esses esclarecimentos, percebe-se que o instituto da nulidade nas cláusulas abusivas do CDC representa uma das mais importantes mitigações da força obrigatória entre partes, o *pacta sunt servanda*, na realidade brasileira, o que reduz consideravelmente o poder dos contratantes, em situação de relevante intervencionismo e dirigismo contratual. Vejamos, pontualmente, as cláusulas que são descritas como nulas pelo preceito legal.

#### 4.4 O Rol Exemplificativo das Cláusulas Abusivas

Sintonizado com os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, o art. 51 da Lei 8.078/1990 consagra um rol exemplificativo de cláusulas abusivas, dada à impossibilidade de prever todas as possibilidades de abuso nas relações de consumo, que são consideradas como nulas de pleno de direito nos contratos de consumo, portanto sem nenhum efeito vinculatório.

Dessa forma, também compreende Miragem:

A enumeração das espécies de cláusulas abusivas feitas pelo artigo 51 do CDC é meramente exemplificativa (*numerus apertus*), incumbindo o juiz, tanto a subsunção das espécies normativas do artigo 51 ao caso concreto, quanto a identificação, na dinâmica dos contratos, de outras estipulações que violem de modo antijurídico o interesse dos consumidores (2013, p. 341).

O próprio caput do art. 51, da lei consumerista, menciona a expressão “entre outras”, significando que existem outros tipos de cláusulas ali não inseridas, mas que igualmente não possuem validade. Na letra da lei, “Art. 51. São nulas de pleno direito, **entre outras**, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]”.

Toda cláusula que não respeitar com os princípios gerais do CDC, mesmo não presente nos incisos do supramencionado artigo, deve ser abolida pelo seu caráter de nulidade. Isso porque, como já estudado, a infração de qualquer dos princípios em um sistema jurídico, se torna a mais graves das infrações, pois resulta na violação do sistema como um todo.

Conclui-se, que o rol de cláusulas abusivas é exemplificativo, pois o legislador, além do *caput* do art. 51, tornou o alcance da tutela do CDC abrangente ao prever verdadeiras

regras gerais, nos incisos IV e XV, e no § 1º, do mesmo artigo. Tais incisos possibilitam maior liberdade ao julgador para, ao depender do caso concreto, avaliar se a condição inserida no contrato de consumo é ou não abusiva. Assim, discorreu o legislador na Lei 8.078/1990:

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;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I- ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II- restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III- se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Ao esclarecer sobre a abrangência conferida pelas normas supracitadas, Marques declara a existência implícita de uma norma geral proibitória, *in verbis*:

Parece-me que a norma do inciso IV do art. 51, com a abrangência que possui e que é completada pelo disposto no § 1º do mesmo art. 51, é verdadeira **norma geral proibitória de todos os tipos de abusos contratuais**, mesmo aqueles já previstos exemplificativamente nos outros incisos do art. 51. As expressões utilizadas são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz – caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, a almejada justiça e equidade contratual (2014, p. 1022, grifo nosso).

O Código de Defesa do Consumidor ao positivizar essa “norma geral”, conclui a autora acima citada, conduziu a jurisprudência brasileira a examinar, a partir da data de entrada em vigor da nova lei, o conteúdo de todos os contratos de consumo a ela apresentados, para decretar a nulidade das cláusulas conflitantes com os novos critérios de boa-fé e equilíbrio nos contratos entre fornecedores e consumidores (2014, p. 1026).

Para os fins a que se destina a presente pesquisa, serão abordados os tipos de cláusulas mais frequentes nos contratos entre Incorporação Imobiliária e adquirentes de unidade futura, lembrando que a tutela do CDC incidirá apenas nos promitentes compradores que atendam a conceituação de consumidor, ou seja, usem como destinatário final tirando o bem da roda de produção.

#### **4.5 Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária**

O mercado da construção civil vem atuando em escala crescente ao longo dos anos, chegando aos dias de hoje como um dos segmentos de maior relevância para a economia brasileira. Em correspondência com esse crescimento, também aumentaram os abusos cometidos na relação de consumo onde se tem por objeto a aquisição de imóvel. O judiciário, hoje, se ocupa de várias disputas e entraves imobiliários, em função da vulnerabilidade do consumidor.

Nos contratos com Incorporadoras, se encontra um ambiente propício para inclusão de cláusulas abusivas no contrato de consumo. Primeiro, por conta do contrato em si, que traz em seu teor uma linguagem rebuscada, com excesso de técnica jurídica, que desequilibra a relação entre as partes, já que uma delas, o adquirente de unidade futura não possui conhecimentos necessários para discutir o conteúdo contrato. Este é um dos principais problemas, pois o consumidor não possui condições técnicas para avaliar a qualidade destes produtos ou serviços, além da recorrente vulnerabilidade jurídica (ou científica) sobre a relação de consumo.

Em segundo, por se constituírem, em sua esmagadora maioria, em contratos de adesão, conforme já estudado, em que o adquirente coloca-se em posição de inferioridade em relação ao incorporador, justamente pelo fato de não poder negociar com liberdade o conteúdo da avença.

Por fim, em terceiro, pois estas cláusulas abusivas são inclusas com intuito de maximizar os ganhos e minimizar as perdas, tornando-se um negócio extremamente lucrativo para a Incorporadora. Visto que, devido ao aumento da capacidade de produção, é grande o número de contratos impostos a diferentes consumidores, que pouco conhecem ou procuram seus direitos.

O Código de Defesa do Consumidor ao incidir sua tutela nesse tipo específico de contrato, de forma já estudada, não tolera cláusulas abusivas na feitura do contrato, pois as convenções em espécie são contaminadas de nulidade em pleno direito.

Como já explicitado, o CDC enumera expressamente algumas cláusulas incluídas nos contratos que se reputam abusivas. Porém, não é apenas nas cláusulas da relação do art. 51 e do art. 53 que estão inquinadas a nulidade, haja vista que se trata de rol exemplificativo.

Logo, mister se faz, para o presente estudo, a análise de algumas das cláusulas abusivas mais recorrentes nos contratos de incorporação, identificadas pela doutrina e

jurisprudência, tanto as elencadas expressamente pelo CDC, como as que se fundamentam na cláusula geral proibitória e nos princípios gerais do consumidor.

#### 4.5.1 Cláusula de Decaimento

Na jurisprudência brasileira se reconhece inúmeras ações contra a chamada cláusula de decaimento, que prevê, em caso de inadimplemento do devedor, a perda total ou substancial das prestações já pagas.

No cenário da construção civil, importante setor econômico, se encontra com recorrência cláusulas de decaimento. “As empresas incorporadoras e construtoras em geral incluem tais cláusulas de perda total ou substancial das prestações pagas em seus contratos de venda e em suas promessas de compra e venda de imóvel a prazo” (MARQUES, 2014, p. 1105).

O CDC atento a matéria trouxe, em seu art. 53, previsão específica de abusividade às cláusulas de decaimento. Na letra da lei:

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

De grande importância é esse regramento ao declarar expressamente a nulidade desse tipo de cláusula, facilitando a compreensão e identificação desse abuso pelas partes e pelos aplicadores do direito.

Entretanto, o art. 53 do CDC, por ser norma expressa, abre possibilidade de interpretação restritiva pelos jurados, o que poderia ocasionar a limitação do alcance da nulidade apenas as cláusulas de perda total e, por outro lado, autorizaria todas as outras cláusulas de perda parcial substancial das prestações já pagas.

É na interpretação do art. 51, IV, do CDC, norma geral proibitória de abusividade, que se torna possível identificar a nulidade da cláusula que autoriza a devolução das parcelas já pagas, porém injustificadamente de forma ínfima e desproporcional.

Na letra do inciso IV, do artigo supracitado, consideram-se cláusulas abusivas aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o

consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Segundo Marques (2014, p. 1110), a desvantagem exagerada “é um dos novos parâmetros da abusividade colocados para o exercício de concretização do juiz, uma vez que a própria lista de cláusulas abusivas do art. 51 é meramente exemplificativa”. O § 1º do artigo em tela, fornece certa orientação sobre como se caracteriza o exagero da desvantagem:

Art. 51 [...] § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:  
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;  
II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;  
III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Nos contratos de incorporação, o fornecedor visa levantar poupança privada para suportar o ônus da construção de bens imóveis, com o intuito de revendê-los depois àqueles que contribuíram na construção do imóvel. A presença da cláusula, em estudo, legitimaria que o consumidor sofresse a perda total ou de grande parte das quantias já pagas, ao mesmo tempo em que, através da rescisão contratual, assegura-se ao empreendedor a propriedade do imóvel já construído, fim maior do contrato; este, diga-se poderia até mesmo ser novamente revendido (MARQUES, 2014, p. 1111).

Esta cláusula assegura dupla vantagem ao incorporador, ao mantê-lo com a propriedade do imóvel construído e, ainda, como dinheiro que o financiou; se caracterizando como um verdadeiro enriquecimento ilícito. Escancara-se a desvantagem exagerada do consumidor, que não terá nem a propriedade esperada, nem o reembolso das parcelas já adiantadas.

Essa previsão contratual transforma o contrato de incorporação, em um acordo de absoluto risco apenas ao consumidor. Impor tal peso sobre o adquirente de unidade futura extingue todo e qualquer risco profissional ao empresário, que lucrou com a construção total do imóvel, essa desvantagem exacerbada vai diretamente contra com o que se protege pela cláusula geral de boa-fé e equilíbrio contratual, prevista no art. 51, IV, do CDC.

Assegura Marques (2014, p. 1105) que a cláusula penal pela rescisão contratual, hoje é reconhecida pela jurisprudência, como passível de abusividade se gerar desvantagem exacerbada ao consumidor, tornando possível sua consequente redução. Em consonância com o afirmado pela autora, vejamos reiteradas decisões sobre a questão no STJ:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESTITUIÇÃO. ARRAS. PRESTAÇÕES. A promitente vendedora deve devolver 90% do que recebeu em razão do contrato. Aplicação da regra do art. 924 do C.CIVIL. **Abusividade da cláusula que, ao estipular a devolução na proporção das prestações pagas, mantém vantagem exagerada em favor da estipulante, que fica com o bem objeto do contrato e com parte substancial do preço.** Recurso conhecido e provido em parte. (STJ - REsp: 118865 DF 1997/0009357-3, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 09/09/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/11/1997 p. 57771. Grifo nosso)

Ainda, quanto à caracterização da desvantagem exagerada do consumidor na cláusula de decaimento:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DISTRATO. DEVOLUÇÃO ÍNFIMA DO VALOR ADIMPLIDO. ABUSIVIDADE. RETENÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR PAGO. SÚMULA 7 DO STJ. 1. [...] 2. **A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador.** 3. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador. 4. No caso, o Tribunal a quo concluiu, de forma escorregada, que o distrato deve render ao promitente comprador o direito à percepção das parcelas pagas. Outrossim, examinando o contexto fático-probatório dos autos, entendeu que a retenção de 15% sobre o valor devido seria suficiente para indenizar a construtora pelos prejuízos oriundos da resilição contratual. Incidência da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1132943 PE 2009/0063448-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013. Grifo nosso)

Esta cláusula, predisposta unilateralmente pelo contratante economicamente mais forte, assegura uma vantagem exagerada a uma das partes. Condena-se o consumidor que rescinde o contrato, com causa ou sem, não a suportar os prejuízos que eventualmente causou, mas simplesmente à perda total, a renunciar todas as expectativas legítimas ligadas ao contrato, assegurando ao fornecedor o direito de receber duas vezes pelo mesmo fato (MARQUES, 2014, p. 1112).

Sendo assim, defende-se que as cláusulas de decaimento nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, oferecidos massivamente no mercado pelas empresas incorporadoras, mereçam energética reposta da jurisprudência, na tentativa de garantir a justiça contratual, ao reequilibrar estes contratos de consumo, evitando o enriquecimento ilícito e o abuso por parte do contratante mais forte.

#### 4.5.2 Cláusulas de Adiantamento da Restituição das Parcelas Pagas

Outro tema importante, ainda sobre o direito de se ter devolvidas parcelas pagas diante de uma rescisão contratual, é quanto às cláusulas que determinam a devolução dos valores adiantados somente ao término da obra ou de forma parcelada.

Tal cláusula também é carregada de nulidade, por apresentar igual desvantagem exagerada ao consumidor. Há novamente o caso de enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o incorporador pode imediatamente revender o imóvel, já certamente mais valorizado, e, portanto, fruir do dinheiro ali investido pelo consumidor. Segue a decisão do STJ em recurso especial, julgado em 13 de dezembro de 2013, em controvérsia sobre a cláusula em tela:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, **é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada**, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, 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. 2. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 13/11/2013, S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Grifo nosso).

Essa cláusula pode até ser considerada ilícita pelo artigo 122 do Código Civil de 2002, nos casos de devolução apenas ao término do imóvel, por se tratar de uma condição puramente potestativa, ao passo que se tal cláusula fosse mantida, o direito à devolução do quantum pago ficaria submetido ao puro arbítrio da incorporadora, uma vez que a conclusão da obra é providência que cabe a esta, podendo, inclusive, atrasar ou nem acontecer (MARQUES, 2014, p. 377).

Nossa conclusão, portanto, é que a cláusula contratual que determina a retenção dos valores devidos, na hipótese de resolução de contrato de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer dos contratantes, é abusiva, com fulcro nos princípios da boa-fé objetiva, no equilíbrio contratual. Essa proibição ao enriquecimento ilícito e também a desvantagem exagerada está prevista no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Devendo, logo, ocorrer de forma imediata a restituição das parcelas pagas pelo promitente consumidor, de modo integral, em caso de culpa exclusiva do fornecedor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem tenha dado causa ao desfazimento.

#### 4.5.3 Cláusula Contratual de Alteração Unilateral do Projeto

É nula de pleno direito a cláusula abusiva que autoriza a modificação posterior à venda, do projeto do imóvel pelo incorporador. A própria Lei 4.591/64, a Lei de Condomínios e Incorporações, estabelece em seu art. 43, inciso IV, proíbe essa alteração do projeto apresentado ao adquirente de unidade autônoma.

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

Cláusula que autorize o incorporador ao contrário, além de violar o disposto na Lei de Condomínios e Incorporações, igualmente caracteriza permissão para alteração unilateral do contrato, fato que não é concebível perante os princípios gerais do equilíbrio e confiança contratuais (MIRAGEM, 2013, p. 376). Da mesma forma, entende o julgado abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. INCIDENTE DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ALTERAÇÕES PROJETOS CONSTANTES DO REGISTRO DE IMÓVEL I - [...]. II - a jurisprudência tem proclamado que os contratos de promessa de compra e venda, em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante financiamento, ensejam relação de consumo, sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel), nos moldes da incorporação imobiliária. III - **Cláusula constante em instrumento de promessa de compra e venda firmado entre incorporadora e consumidor não pode, sob pena de nulidade absoluta, estipular autorização para modificação unilateral do projeto apresentado ao adquirente, porque tal prática infringe literal proibição legal presente no art. 51, XIII do CDC. Dita possibilidade, para além de vulnerar a própria lei de incorporação imobiliária, vulnera a lógica do microssistema consumerista que, considerando hipossuficiente o adquirente, exige do fornecedor que a obra realizada esteja em absoluta conformidade com aquela contratada, certeza essa somente possível pela interdição de posteriores alterações unilaterais dos projetos depositados no registro de imóvel. IV - O art. 43, IV da LCI [...] já se preocupava com a possibilidade de inserção de cláusula que viesse a autorizar modificação unilateral do projeto por parte do incorporador. Nesse sentido, proíbe-se, ali, que o incorporador altere o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modifique as especificações ou desvie-se do plano de construção, a não ser que haja autorização unânime dos interessados ou exigência legal.[...]** (TJ-SC - AC: 395388 SC 2007.039538-8, Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 27/02/2009, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Balneário Camboriú. Grifo nosso).**

Desse modo, caso o incorporador relacione no contrato cláusula que conceda prerrogativas para alterar unilateralmente o projeto, após o registro e a respectiva venda para o consumidor adquirente de unidade autônoma futura, estará incorrendo na nulidade expressa do art. 51, XIII, do CDC, uma vez que possibilita a alteração relevante de conteúdo e qualidade do objeto do contrato. Além de responder, também, pela cláusula geral proibitória por conceder vantagem exagerada ao fornecedor, ferindo o princípio basilar da boa-fé e do equilíbrio contratual.

#### 4.5.4 Cláusula de Taxa de Corretagem

Como já estudado no presente trabalho, a atividade incorporativa é uma atividade complexa que compreende várias facetas do negócio jurídico dessa promessa de compra e venda. Lembra-se, que o incorporador pode delegar algumas dessas atividades, dentre eles, a própria venda do objeto da relação.

Uma cláusula recorrente nos contratos de incorporação é a chamada taxa de corretagem, que impõe ao comprador o pagamento de uma porcentagem de comissão sobre o valor do imóvel, em virtude do serviço de venda a ele prestados.

Esse é outro caso de enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o que ocorre na realidade é uma dupla cobrança feita ao consumidor. Uma vez que a suposta corretagem, não pode ser embutido no valor no contrato, por se tratar de serviço prestado ao interesse do incorporador.

Assim, define o serviço de corretagem, o artigo 722 do CC/02:

Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

De acordo com esse dispositivo, o contrato de corretagem só existe caso o corretor contratado não tenha nenhum vínculo contínuo e de dependência com a pessoa que o contrata.

Porém, não é o que ocorre na relação entre os consumidores e incorporadora, onde aqueles ao se interessarem em comprar algum imóvel novo, visitam o chamado “stand de vendas”, tratando do negócio com os vendedores que ali estão trabalhando, em caráter exclusivo e contínuo, evidenciando sua ligação com o incorporador e, portanto, não podendo ser aquele serviço prestado, identificado com o de corretagem.

Além disso, a negociação ainda é imposta ao adquirente, pois não é permitida a realização do negócio com outros corretores, privando o consumidor na escolha de outro profissional. Quem compra o imóvel não auferirá nenhum tipo de vantagem com a suposta intermediação.

Desse modo, essa posição de clara desvantagem já é combatida pela jurisprudência, determinando que o valor deva ser pago pela incorporadora. É o caso do acórdão nº 144114/2014, de 07 de Março de 2014, proferido pelo Tribunal de Justiça do Maranhão, no julgamento do seguinte embargo:

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO INDÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMISSÃO DE CORRETAGEM. RELAÇÃO CONSUMERISTA. CONTRATAÇÃO PELA CONSTRUTORA-INCORPORADORA. CONTRATO DE ADESÃO. ABUSO CONTRA O CONSUMIDOR.. BOA-FÉ DEVE VIGORAR. NA RELAÇÃO DE CONSUMO. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E ACOLHIDOS.

1- O contrato de promessa de compra e venda imobiliária está, no caso dos autos, vinculado às normas do Código de Defesa do Consumidor, de sorte que, independente da controvérsia em torno da origem da obrigação em voga, o consumidor/adquirente sempre terá em seu favor as normas de proteção do CDC, ante a natureza consumerista dos contratos firmados, impondo-se, na espécie, a necessidade de proteção aos direitos básicos do consumidor, parte reconhecidamente vulnerável, bem como a observância dos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

2. Os contratos de promessa de compra e venda imobiliária estão submetidos a certos princípios que regulam as relações dessa natureza, dentre os quais, o dever de interpretação de eventuais dúvidas existentes no contrato de modo a favorecer o consumidor/aderente, a teor do que preceitua o art. 47 do CDC, não podendo a força obrigatória dos contratos ser interpretada em exclusão de direitos, mormente ante a natureza do contrato (adesão), de sorte que a análise do contrato e, por conseguinte, das obrigações assumidas por ambas as partes, deve ser realizada sob os auspícios da lei consumerista, tendo em conta os princípios da hipossuficiência do consumidor e da responsabilidade objetiva do prestador de serviço por vícios e defeitos porventura ocorrentes, eximindo-se apenas ante a existência de excludentes, a saber, ausência de nexo de causalidade, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima/consumidor.

3-Todo contrato que envolve relação de consumo, deve observar os limites impostos no Código Civil e no Código do Consumidor, buscando assegurar que as partes alcancem os objetivos desejados quando da celebração da avença, movendo-se a balança justamente, na direção das partes, ante os investimentos e expectativas realizados, concretizadoras das vontades manifestas.

**4-A cláusula contratual que transfere a responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem ao consumidor deve ser clara, expressa e objetiva. Não o sendo, ou não existindo esta disposição contratual, a obrigação supramencionada cabe a construtora/incorporadora contratante.**

5. O embargante dirigiu-se ao stand das apelantes, visando à aquisição de imóvel oferecido pela construtora embargada. Nesse passo, foi atendido por profissionais que lá se encontravam, sob a bandeira da construtora-incorporadora, os quais, regra geral, são corretores autônomos ou ligados a uma imobiliária, sem, contudo, que o consumidor/embargante fosse devidamente informado desta distinção técnica.

6. Embargos Infringentes acolhidos. (Grifo nosso).

Esse recente entendimento do Tribunal do Maranhão escancara que a comissão de corretagem é ônus de quem contratou os serviços do intermediador. O incorporador não pode transferir esse encargo aos consumidores, se optou por não incluir esse custo no preço cobrado, sobretudo quando não os informou adequadamente sobre esse ônus.

Ora, ainda, o próprio consumidor procura o vendedor para a realização do negócio, descaracterizando-se a mediação imobiliária. Não há que se falar na existência de corretagem nesse caso.

É, portanto, esta cláusula abusiva e nula por estabelecer desvantagem exagerada ao consumidor, nos termos do art. 51, IV, do CDC, além de ferir o princípio da boa-fé objetiva, da confiança e da equidade contratual.

Caso o consumidor venha a pagar qualquer valor sobre essa cobrança de corretagem, terá direito a devolução em dobro. É a chamada repetição do indébito, regrada no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sanção imposta contra ato ilícito nas relações de consumo.

#### 4.5.5 Cláusula Penal Moratória

Mora é a inexecução voluntária do cumprimento de uma obrigação, é a violação de um dever preexistente de execução da obrigação. Não há que se falar em mora por inadimplemento da obrigação, em fato não imputável a parte, pois a mora sempre pressupõe a existência de culpa ou dolo. Os efeitos da mora voltam-se contra quem está em mora (LISBOA, 2012, p. 192).

A cláusula penal é o instrumento de definição da mora. É o dispositivo formal que incide em desfavor daquele que descumpriu com a obrigação. Ela tem natureza jurídica de obrigação acessória, referente a uma obrigação principal. Podendo estar inserida dentro do contrato, com cláusula, ou prevista em instrumento separado.

Nessa lógica, define Lisboa que “cláusula penal moratória é aquela que fixa sanção ao devedor que descumpra a prestação no seu termo. Pode-se dizer que a cláusula penal moratória representa sanção civil que serve de acréscimo, periódico ou não, à obrigação que não veio a ser cumprida no tempo, no local ou no modo convencionados, e que continua podendo ser exigida” (2012, p. 204).

A cláusula penal moratória, assim, torna-se cumulável com a cobrança da obrigação principal que não foi cumprida, sendo exigível desde o vencimento da obrigação ou

da constituição do devedor em mora. Como a cláusula penal moratória não compensa o inadimplemento, razão pela qual não substitui a prestação principal que não foi realizada.

Nas relações de consumo, a multa correspondente à cláusula penal moratória não poderá exceder a 2% (dois por cento) do valor da prestação, conforme o art. 52, §1º, do CDC.

Tal cláusula exerce tanto função ressarcitória ao servir de indenização para o credor no caso de inadimplemento culposo do devedor. Ressalte-se que, para o recebimento da cláusula penal, o credor não precisa comprovar qualquer prejuízo. Desse modo, a cláusula penal serve para evitar as dificuldades que o credor teria no momento de provar o valor do prejuízo sofrido com a inadimplência do contrato.

Quanta ainda, função coercitiva ou compulsória, uma coerção que intimida o devedor a cumprir a obrigação, considerando que este já sabe que, se for inadimplente, terá que pagar a multa convencional.

A estipulação da cláusula penal moratória, portanto, é válida e normatizada pelo Código Civil de 2002. Então, para a importância do presente estudo, deve se verificar o que levou tal cláusula ser abusiva.

É o caso em que o incorporador ao impor o contrato de adesão ao promitente comprador de unidade autônoma, inclui cláusula penal moratória apenas em caso de descumprimento do consumidor, se exonerando de qualquer sanção por sua parte. Ou ainda, quando estipulada para as duas partes, elas se dão de maneira expressamente desigual, desrespeitando a exigência de boa-fé e o equilíbrio contratual.

No julgado abaixo, temos o exemplo de cláusula penal evidentemente desbalanceada, trazendo vantagens evidentes ao fornecedor, em caso de atraso da obra:

**APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE-VENDEDOR. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. NOVO PRAZO DE CONSTRUÇÃO.** Se no contrato de financiamento celebrado por todas as partes interessadas ficou estipulado novo prazo para a entrega do imóvel, deve ser desconsiderado o prazo inicialmente fixado no contrato de promessa de compra e venda anteriormente realizado entre o consumidor e a construtora. **DANOS MATERIAIS. ALUGUEL DE OUTRO IMÓVEL.** O descumprimento contratual da promitente-vendedora quanto à obrigação de entregar o imóvel no prazo avençado implica a sua condenação ao ressarcimento dos valores efetivamente gastos com aluguel de outro imóvel pelo promitente-comprador. **DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA.** Inexistindo situação excepcional devidamente comprovada nos autos, o atraso na entrega do imóvel prometido, por si só, não gera direito à indenização por danos morais. **MULTA POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. Resulta abusiva a cláusula contratual que estabelece penalidade exclusivamente ao consumidor nos casos de mora ou inadimplemento, sem que igual direito seja conferido ao consumidor. Por isso,**

**havendo multa moratória em desfavor do consumidor de 2% sobre o valor da parcela inadimplida, resulta aplicável multa de 2% sobre o valor do imóvel em desfavor do promitente-vendedor pelo atraso na entrega da obra. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70057731044, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 22/05/2014. Grifo nosso)**

O poder revisional do juiz sobre o pacto entre as partes é de extrema importância e se revela na prática muito oportuna, no caso em tela vemos uma estipulação de obrigações consideradas iníquas, fim de que se obtenha vantagem à incorporadora. Nesses casos, à luz dos princípios do equilíbrio da relação contratual e da boa-fé, deve se reequilibrar o contrato estipulando equidade nas multas, tanto as provenientes de inadimplemento do incorporador, quanto como a do consumidor.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou os principais aspectos da tutela conferida pelo Código de Defesa do Consumidor nos casos de abusos contratuais, objetivando aqueles provenientes da relação de consumo da atividade empresarial que realiza a produção e comercialização antecipada de unidades imobiliárias autônomas em edificações coletivas.

A relevância do tema reside no objeto desse contrato, sonho de consumo de muitos, a propriedade. Em especial, ao consumidor por se tratar de destinatário final, ou seja, para muitos será a sua moradia.

Constatou-se a imprescindibilidade da norma consumerista para garantir, em meio a tantas articulações ardilosas usadas para aumentar o lucro em um mercado tão aquecido, o cumprimento justo e igualitário das legítimas expectativas das partes, pautadas sempre no princípio da boa-fé e do equilíbrio.

Para tanto, deu-se início a presente pesquisa por meio do estudo histórico do instituto jurídico do contrato, dos princípios tradicionais basilares da teoria contratual até o dirigismo do Estado Social, salientando a importância desse relativismo da força obrigatória do acordo entre vontades, para uma proteção mais justa nas relações pessoais.

Dentre essas relações, diante da vulnerabilidade do consumidor no mercado, evidenciou-se a fragilidade do contrato de consumo e a necessidade de tutela estatal especial conferida pelo CDC. Destacando-se os princípios orientadores a serem respeitados e buscados nesse tipo específico de troca de obrigações.

Posteriormente, delimitou-se a análise do trabalho monográfico para a atividade incorporativa e sua relação com o consumidor. Demonstrou-se que a atividade de incorporação imobiliária teve origem na Revolução Industrial, sobretudo em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos. Assim surgiu a necessidade, ainda presente, de grandes empreendimentos para atender a vasta demanda por unidades imobiliárias.

Em razão da vulnerabilidade do adquirente frente aos atores da atividade incorporativa, se defendeu a aplicação do CDC na relação imobiliária, aliado ao Código Civil e à Lei nº 4.591/64. Para esse entendimento, aplicou-se a teoria do diálogo das fontes, segundo a qual se deve aplicar simultaneamente e em coordenação diversos diplomas legais ao mesmo fato.

Esse estudo sobre o contrato de incorporação, além de defini-lo como contrato de consumo, também o caracterizou como contrato de adesão. Contrato em que normas são impostas ao consumidor, aumentando sua condição de vulnerabilidade na relação, e que recebem tratamento especial do CDC.

Por fim, chegou-se à análise das cláusulas abusivas e a forma com que o CDC trata artifício tão prejudicial ao consumidor. Ficou esclarecido que o abuso, fruto desse tipo de cláusula, se percebe na condição de desequilíbrio que ela proporciona, favorecendo um contratante em detrimento de outro, operando verdadeira lesão à parte prejudicada.

Dessa forma, a norma consumerista ao gravar de nulidade de pleno direito tais cláusulas, atestou, para esse presente trabalho, a existência de um interesse social de proteção do contrato, além da esfera individual dos contratantes, já que o mercado de consumo e suas práticas são utilizados por toda a sociedade.

Diante desse desenvolvimento lógico, a constatação final objetivou averiguar o contrato de incorporação e os abusos nele recorrentes. Com a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial foi possível identificar algumas das cláusulas abusivas que são fruto da ganância dos incorporadores e da ignorância dos consumidores perante todas as facetas desse negócio jurídico, constatando sua vulnerabilidade técnica, jurídica, informacional e técnica.

Evidente que não se esgota o assunto sobre cláusulas abusivas nos contratos de incorporação, por ser tão amplo, e por conta das inúmeras novas condutas abusivas impostas nos contratos por esses profissionais.

Ressalta-se, na verdade, ser impossível abranger, especificadamente, todas as espécies abusivas contratuais provenientes dessa relação de consumo, além de não ser essa a pretensão do respectivo trabalho. Porém, verificou-se que contra todas estas, a tutela do CDC será imposta, uma vez que ao conferirem desvantagem ao consumidor, estarão recaindo no art. 51, inciso IV, dessa norma, redigida de forma brilhante ao conferir uma proibição geral contra cláusulas abusivas.

Aqui se objetivou constatar a presença da garantia conferida pela proteção especial do Código de Defesa do Consumidor, na relação entre incorporadoras e adquirentes de unidades autônomas. Destacando a importância do respeito aos princípios que inauguraram uma nova era da teoria obrigacional, dando relevância ao aspecto da boa-fé, da confiança, da transparência e do equilíbrio justo entre as partes.

## REFERÊNCIAS

BOTTEGA, J. L. **Incorporação Imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton, 2005

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acessado em: 10/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acessado em: 08/Outubro/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil da União, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acessado em: 18/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre Condomínio em Edificações e a Incorporações Imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm)>. Acessado em: 11/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial: 334991 RS 2001/0091951-0, Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Data de Julgamento: 10/11/2009, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5715501/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-334991-rs-2001-0091951-0>>. Acessado em: 01/11/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: 118865 DF 1997/0009357-3, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 09/09/1997, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.11.1997 p. 57771 LEXSTJ vol. 105 p. 224. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522809/recurso-especial-resp-118865-df-1997-0009357-3>>. Acessado em: 01/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: 1300418 SC 2012/0000392-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 13/11/2013, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 10/12/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24797666/recurso-especial-resp-1300418-sc-2012-0000392-9-stj>>. Acessado em: 10/10/14.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 80036 SP 1995/0060863-4, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Data de Julgamento: 12/02/1996, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/03/1996 p. 8586). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978969/recurso-especial-resp-80036-sp-1995-0060863-4>>. Acessado em: 09/08/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: 1132943 PE 2009/0063448-6, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24226328/recurso-especial-resp-1132943-pe-2009-0063448-6-stj>>. Acessado em: 20/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial: 1195642 RJ 2010/0094391-6, Relator: Ministra Nancy Andrichi, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829799/recurso-especial-resp-1195642-rj-2010-0094391-6-stj>>. Acessado em: 10/06/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça - MA**. Embargos Infringentes: 0456102013, Des. Relator: Raimundo José Barros de Souza, Data de Julgamento: 07/03/2013, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: Diário de Justiça do Maranhão do dia 27/03/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/68150443/djma-27-03-2014-pg-44>>. Acessado em: 02/11/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça - RS**. Apelação Cível: 70057731044 RS , Des. Relator: Marco Antonio Angelo, Data de Julgamento: 22/05/2014, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121132166/apelacao-civel-ac-70057731044-rs>>. Acessado em: 08/10/2014.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça-SC**. Apelação Cível: 395388 SC 2007.039538-8, Des. Relator: Henry Petry Junior, Data de Julgamento: 27/02/2009, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL, Data de Publicação: Diário da justiça do dia 18/04/2009. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6522943/apelacao-civel-ac-395388-sc-2007039538-8>>. Acessado em: 08/08/2014.

CAVALIERI, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. São Paulo: Malheiros, 2000. 265 p.

CHALHUB, M. N. **Da Incorporação Imobiliária**. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil: contratos**. 5. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2012.

GHEZZI, L. L. **A incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor e do código civil**. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2012.

KHOURI, P. R. R. A. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Atlas, 2006.

LEITE, R. B. **Introdução ao direito do consumidor: os direitos do consumidor e a aplicação do código de defesa do consumidor**. São Paulo: LTr, 2002.

LISBOA, R. S. **Manual Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 6. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012. 191 - p.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 17. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NAHAS, T. C. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002.

NERY JR, N. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto**. 8. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NEVES, D. A. A.; TARTUCE, F. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. Rio de Janeiro: Método, 2014.

NUNES, R. **Curso de direito do onsumidor**. 11. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, C. M. D. S. **Condomínios e incorporações**. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RESENDE, A.; FREDERICO, A.; LUIZ, M. **Incorporação imobiliária, instituição de condomínios e loteamentos urbanos: prática nos processos**. 11. Campinas: Millennium, 2013.

SCHWARTZ, F. **Direito do Consumidor**. Niterói: Impetus, 2013.

SIMÃO, J. F. **Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.

STOLZE, P. **Novo curso de direito civil: Contratos - teoria geral**. 8. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2012.

TARTUCE, F. **Manual de Direto Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

THEODORO JR, H. **Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.