DPE·TO
DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO TOCANTINS

MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO TOCANTINS

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) DOUTOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA VARA ___ VARA CIVEL DA COMARCA DE PALMAS TOCANTINS

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**, por intermédio da **23ª Promotoria de Justiça da Capital – Promotoria do Consumidor**, e a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS**, por intermédio do seu **Núcleo Especializado de Defesa do Consumidor - NUDECON**, ambos com endereço constante no rodapé da presente e fundamento nos art. 4º, VII e X da Lei Complementar Federal nº 80/1994; 2º, 7º, II e Lei Complementar Estadual nº 55/2009; 5º, II, da Lei nº 7347/85; 81 e 90 da Lei nº 8.078/1990 vem, perante Vossa Excelência, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

em desfavor de **G10 Empreendimentos Imobiliários Ltda,** pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 11.827.923/0001-38, com endereço na Avenida JK, ACNO 01, Conjunto 01, Lote 12, Sala 02, Centro, no município de Palmas, Estado do Tocantins, pelos motivos fáticos e jurídicos a seguir aduzidos:

I – DOS FATOS E DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES

A 23º Promotoria de Justiça de Palmas – Promotoria do Consumidor, instaurou o Inquérito Civil Público n° 2017.3.29.23.0028, de 06 de fevereiro de 2017 (doc. 1), a partir de denúncia reportada à Ouvidoria do Ministério Público Estadual, visando a apuração de irregularidades praticadas pela empresa G-10 Empreendimentos Imobiliários LTDA, referente à utilização de diversas cláusulas abusivas em seu contrato de adesão de

comercialização de lotes/terrenos residenciais situados na cidade de Palmas/TO, em total desconformidade ao Código de Defesa do Consumidor CDC, especificamente, no que concerne às cláusulas de decaimento.

Na análise do instrumento particular de promessa de compra e venda das unidades autônomas, foram constatadas diversas cláusulas abusivas, os contratos pactuados entre a empresa e os consumidores são contratos de adesão, exigindo-se a aceitação em bloco, por parte dos consumidores aderentes, de uma série de cláusulas pré-estabelecidas, como:

> **I-perda da quantia paga referente ao sinal do negócio; multa compensatória em valor correspondente de 10% (dez por cento) do valor atualizado sobre o contrato à titulo de indenização por lucros cessantes decorrestes da rescisão;**
>
> **ii - perda de 20% (vinte por cento) do valor pago das parcelas à título de ressarcimento por despesas tributárias administrativas, financeiras, publicitárias e de lançamento;**
>
> **iii- indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) do valor atualizado do contrato à título de ressarcimento pela ocupação, exploração, aluguel do lote/terreno (fruição), durante o período compreendido entre a data de assinatura e rescisão do contrato; e,**
>
> **iv - forma de restituição dos valores.**

Diante de tal fato, a empresa do ramo imobiliário foi cientificada da existência das cláusulas abusivas constantes em seus contratos de compromisso de compra e venda, e, bem como da intenção do Ministério Público Estadual em conjunto com a Defensoria Pública do Estado de celebrarem Termo de Ajustamento de Conduta, visando a alteração e supressão das referidas cláusulas.

Contudo, a parte ré buscou eximir-se de adequar suas condutas aos preceitos legais vigentes, justificando que promove a devolução espontânea de até 70% (setenta por cento) das parcelas pagas, sem a contenda judicial, o que estaria próximo ao valor que os contratantes, ora consumidores, receberiam no deferimento de tutela judicial.

Desta feita, frustrada a tentativa de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, conforme audiência realizada em 25 de abril de 2017, na tentativa de adiar a adequação de seus contratos e aos ditamos emanados do CDC, não restou outra alternativa senão o ajuizamento da presente ação em favor dos direitos difusos, coletivos e individuais homogênios dos consumidores.

A presente Ação Civil Pública tem por objeto a condenação da empresa requerida em:

> A - Declarar nula de pleno direito as cláusulas 16º e suas alienas a, b, b, c de, e § 5º, e alíneas que prevejam: a perda da quantia paga referente ao sinal do negócio; multa compensatória em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato; perda de 20% (vinte por cento) do valor das parcelas pagas; indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) ao mês do valor atualizado do contrato; e de restituição de forma parcelada dos saldos a levantar.
>
> B – Determinar que a ré promova a devolução do valor pago, nos casos de desistência de contrato (rescisão), devidamente corrigido, em uma única parcela, nunca em prazo superior a trinta (30) dias ao desfazimento do negócio.
>
> C - Determinar, por sentença, que a ré cumpra espontaneamente o julgado, fixando o prazo máximo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado, para cumprimento espontâneo, sob pena de multa, notadamente nos casos em que há necessidade de devolução de valores.

II – DA ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Disciplinada pela Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, a Ação Civil Pública tem por objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, **ao consumidor,** ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

A grande vantagem da ação civil pública é que se trata de um canal de acesso à jurisdição, por meio do quais várias demandas individuais encontram sua solução, **evitando assim, julgamentos contraditórios**, pois, a sentença no processo coletivo, se procedente, beneficiará a todo o grupo lesado, com grande economia processual.

A Ação Civil Pública possui previsão constitucional e, de acordo com a Lei nº 7.347/84, entre os legitimados pela sua propositura estão o Ministério Público e a Defensoria Pública.

A Lei Complementar nº. 80/94, estabelece entre as funções institucionais da Defensoria Pública, a promoção da Ação Civil Pública, permitindo sua propositura de maneira abrangente em seu artigo 83, *in verbis:*

> *Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*

A seu turno, a Lei nº. 8625/93, em seu art. 25, inciso IV, alínea "a", prevê a legitimidade do Órgão Ministerial para propositura da Ação Civil Pública, a fim de proteger, prevenir e reparar os danos causados ao consumidor.

Ademais, no caso em tela, observa-se, concorrentemente, a aplicação do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, que é ainda mais enfático e explicativo:

> *Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*
> *Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*
> *I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*
> *II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja*

DPE/TO – Quadra 502 Sul, Av. Joaquim Teotônio Segurado, ao lado do Fórum, Palmas/TO CEP: 77.021-654-Telefones: (63)3218-6975 / e-mail: nudecon@defensoria.to.gov.br
MPE/TO – 202 Norte, Conjunto 03, Av. LO-04 c/ Av. Teotônio Segurado, S.130 – Palmas/TO CEP: 77006-218 – Telefone: (63) 3216-8875 / e-mail: prom23acap@mpto.mp.br

> *titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*
> ***III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.***

III – DA LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DAS ENTIDADES AUTORAS NA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O Ministério Público e a Defensoria Pública são instituições permanentes, essenciais à função jurisdicional do Estado, incumbindo ao primeiro, nos termos do art. 127, da Constituição Federal, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e à segunda, nos termos preconizados pelo *caput* do artigo 134, da Norma Ápice, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº. 80, de 2014, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Constitui função institucional de ambos os entes autores, a promoção de **Ação Civil Pública** capaz de propiciar a tutela adequada dos direitos difusos, **coletivos** ou individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo indeterminado de pessoas, em especial as hipossuficientes.

Nesse sentido, confira-se o teor da art. 4°, inciso VII, da Lei Complementar Federal n° 80/94, do art. 2°, inciso VII, da Lei Complementar Estadual n° 55/09, do art. 25, inciso IV, do art. 60, inciso VII, da Lei Federal nº. 8625/93 e da Lei Complementar Estadual nº. 51/2008.

Ademais, de acordo com o art. 5°, inciso II, da Lei 7.347/85, ambos têm legitimidade para a propositura da ação civil pública. *In verbis*:

> Art. 5°. **Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar**: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> **I – o Ministério Público;**
>
> **II – a Defensoria Pública;**

Saliente-se que, o inciso VII, da Lei Complementar Federal nº. 80/94 menciona "(...) quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes". O legislador se utilizou dessa técnica legislativa justamente para não inviabilizar a aplicação prática do princípio do acesso à justiça e da igualdade, bem como a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses difusos, em relação aos quais, certamente, haverá beneficiários não hipossuficientes.

Isso porque, caso não se admitisse a atuação da Defensoria Pública em favor de um determinado grupo de hipossuficientes pelo fato de não hipossuficientes puderem vir a obter algum benefício a partir da demanda, estaria configurada censurável restrição ao acesso à justiça, além de restar estabelecida uma desigualdade vergonhosa entre os cidadãos brasileiros.

De toda sorte, não havendo tal restrição em relação ao Ministério Público, a presença do *Parquet* como coautor da presente demanda espanca em definitivo eventual arguição de ilegitimidade ativa para sua propositura.

IV – DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DE SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A presente controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), que por sua vez regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal).

A teoria do risco do negócio ou atividade é a base da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, a qual harmoniza-se com o sistema de produção e consumo em massa, protegendo a parte mais frágil da relação jurídica.

A presente ação decorre de relação de consumo, uma vez que a ré se enquadra na condição de fornecedora de produtos e serviços, dos quais a parte autora se utilizou como destinatária final, nos exatos termos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

É exatamente nesse sentido o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL ATRAVÉS DO REGIME DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. GARANTIA HIPOTECÁRIA INSTITUÍDA EM FAVOR DO AGENTE FINANCEIRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AOS TERCEIROS ADQUIRENTES DE BOA-FÉ. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ***1. Caracteriza relação de consumo, amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, os contratos de promessa de compra e venda celebrados para a aquisição de imóvel em construção, mediante financiamento, já que a construtora equipara-se a fornecedor de produto, que no caso é o imóvel, e também prestadora do serviço de construção, enquanto que os promitentes compradores ostentam a qualidade de consumidores, pouco importando se o regime de construção é o da incorporação imobiliária segundo o Sistema Financeiro da Habitação, pois as únicas relações excepcionadas pelo CDC são aquelas originadas do direito trabalhista.*** *2. É inegável a nulidade e abusividade das cláusulas contratuais que autorizam o incorporador a oferecer o imóvel em hipoteca ao agente financeiro, ainda quando tal gravame já tenha sido instituído antes da venda ao adquirente final, pois este não pode responder pela dívida por si contraída e, ainda, assumir a responsabilidade pelo pagamento de obrigação pecuniária assumida pelo construtor perante o agente financeiro. Logo, afigura-se totalmente ineficaz, em relação aos terceiros compradores, a hipoteca instituída sobre o empreendimento imobiliário, pois em franco prejuízo dos consumidores-adquirentes e em clara violação ao artigo 51, inciso IV e parágrafo 1º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor. 3. Recurso improvido3. (grifou-se)*

A ré, todavia, afrontou a probidade em atos incompatíveis com a moralidade, ao manter cláusulas abusivas em seus contratos de adesão. Portanto, dessa forma, verifica-se que a conduta da ré de estipular cláusulas abusivas afronta os princípios e as determinações do Código de Defesa do Consumidor, bem como a boa-fé imposta pelo Código Civil, aplicado subsidiariamente às relações de consumo, especialmente quando tutela de maneira efetiva os direitos dos consumidores.

DPE/TO – Quadra 502 Sul, Av. Joaquim Teotônio Segurado, ao lado do Fórum, Palmas/TO CEP: 77.021-654-Telefones: (63)3218-6975 / e-mail: nudecon@defensoria.to.gov.br
MPE/TO – 202 Norte, Conjunto 03, Av. LO-04 c/ Av. Teotônio Segurado, S.130 – Palmas/TO CEP: 77006-218 – Telefone: (63) 3216-8875 / e-mail: prom23acap@mpto.mp.br

V - DO MÉRITO: CONTRATO DE ADESÃO - DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS

A vulnerabilidade do consumidor é especialmente sensível no campo dos contratos de adesão, pelo que as normas erigidas pelo Código do Consumidor não podem ser afastadas por disposição de vontade dos contratantes, o que mitiga o princípio *"pacta sunt servanda"*, pautado pela clássica concepção contratual liberal.

Dada a preocupação em proteger a parte vulnerável da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor traz sistema próprio de nulidade, fazendo com que as cláusulas contratuais sejam estipuladas com lealdade, transparência e sem vantagens excessivas por parte do fornecedor.

Com efeito, no referido compromisso de compra e venda, que são havidos entre os consumidores e a parte ré, há relação de consumo. Assim, as cláusulas devem estar conforme ou serem adequadas às regras do Código de Defesa do Consumidor, caso sejam dissociadas.

Ademais, tratando-se de contrato de adesão, a aplicação deve ser a que menos onere a parte mais fraca da relação, no caso o consumidor. Tanto é que o STJ tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no artigo 51, IV, do CDC. (AgRg no REsp. 578.715, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4º T. j. 02/09/204).

Do contrato constante nos autos do Inquérito Civil Público nº. 2017.3.29.23.0028, extrai-se a Cláusula 16ª – Da Rescisão Contratual, Das Penalidades, da Condição e Da Forma de Restituição do Saldo, nos seguintes termos:

> *Haverá a rescisão contratual nas seguintes situações:*
>
> ***PRIMEIRA SITUAÇÃO:*** *O atraso superior a 31 (trinta e um) dias no pagamento da primeira parcela autorizará a vendedora, a seu critério, rescindir o contrato, de pleno direito, independentemente de notificação, sujeitando-se o comprador à perda da posse e dos direitos aquisitivos do lote/terreno, hipótese em que a vendedora poderá dispor, vender ou transferir o lote/terreno a terceiros.*
>
> ***A)*** *Caberá ao comprador restituir a posse livre de pessoas e coisas sem débitos de qualquer natureza sobre o lote/terreno, hipótese em que a vendedora poderá dispor, vender ou transferir o lote/terreno a terceiros.*

SEGUNDA SITUAÇÃO: *Com o vencimento antecipado das parcelas (Cláusula 15ª) e transcorrido o prazo de 15 dias (parágrafo 1º e 2º da Cláusula 15ª), a vendedora poderá rescindir o contrato, de pleno direito, independentemente de notificação, aviso ou interpelação, hipótese em que a vendedora poderá dispor, vender ou transferir o lote/terreno a terceiros.*

§1º - DAS PENALIDADES PELA RESCISÃO *– Havendo a rescisão contratual,* ***por vontade ou culpa exclusiva do comprador*** *e nos moldes da segunda situação, serão aplicadas ao comprador as seguintes penalidade:*

A) *Perda da posse e dos direitos aquisitivos do lote/terreno, cabendo ao comprador restituir a posse livre de pessoas e coisas e sem débitos de qualquer natureza sobre o lote/terreno;*

B) Perda da quantia paga referente ao sinal de negócio*;*

B) Multa compensatória em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado deste contrato*, a título de indenização por* ***lucros cessantes*** *decorrentes da rescisão;*

C) Perda de 20% (vinte por cento) do valor das parcelas pagas a título de ressarcimento por despesas tributárias, administrativas, financeiras, publicitárias e de lançamento*;*

D) Indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) ao mês do valor atualizado deste contrato, a título de ressarcimento pela ocupação, exploração e aluguel do lote/terreno (fruição), durante o período compreendido entre a data de assinatura e rescisão deste contrato ou a devolução da posse à vendedora, considerando o que ocorrer por último*.*

§2º - DO CÁLCULO PARA RESTITUIÇÃO *– Não serão restituídos ao comprador os pagamentos de tarifas, emolumentos cartoriais e eventuais juros e multas moratórias cobrados pelo atraso no pagamento de qualquer obrigação financeira.*

§3º - *Será descontado do saldo todo débito pelo não pagamento de tributos (Cláusula 14º) ou quaisquer outros débitos gerados no transcorrer deste contrato.*

§4º - DAS CONDIÇÕES PARA RESTITUIÇÃO DO SALDO *– O saldo só será restituído com as seguintes condições:*

A) *Após o comprador devolver a posse do lote/terreno;*

B) *Após o comprador e seu cônjuge assinarem o termo de rescisão deste contrato.*

> ***§5º - DA FORMA DE RESTITUIÇÃO DO SALDO:*** *O saldo será restituído de acordo com os seguintes critérios:*
>
> ***A)*** ***Em parcelas mensais e sucessivas, cujo número será o mesmo das parcelas já pagas pelo comprador no transcorrer deste contrato;***
>
> ***B)*** *A primeira parcela vencerá 30 (trinta) dias após a devolução da posse lote/terreno e assinatura do termo de rescisão deste contrato, e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes.*
>
> ***C)*** *As parcelas serão apresentadas por notas promissórias emitidas pela vendedora em favor do comprador,* ***que deverá recebê-las no escritório da vendedora*** *nas datas de vencimento e se não o fizer, isenta-se de pagamento de juros, multas e correção monetária.*
>
> ***D)*** *O comprador não poderá transferir as notas promissórias a terceiros sem o expresso consentimento da vendedora.*
>
> ***E)*** ***Poderão as partes optar pela restituição do saldo à vista, hipótese em que negociarão o valor a ser restituído.(grifo nosso)***

Fica evidenciado, que o modelo contratual adotado pela parte ré, vale-se de várias cláusulas abusivas, a ré insere cláusula contratual (de adesão) com viés nitidamente impeditivo de o consumidor **obter a rescisão unilateral do contrato.**

A conduta tida por abusiva consiste na redação da cláusula 16º de seu contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, na qual impõe perda ao consumidor de **percentual calculado com base no valor do contrato** e não em percentual calculado **sobre o valor efetivamente pago**.

Conforme pode ser visto nos variados contratos colhidos na instrução do inquérito, **o percentual de retenção é altamente extorsivo**, variando em percentuais, mas, sempre de modo elevado, abusivo.

O que se vê, portanto, é que tais cláusulas desequilibram a relação contratual em favor da ré. Vejamos:

V.1 PERDA DA QUANTIA PAGA REFERENTE AO SINAL DO NEGÓCIO

Estabelece o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

Denota-se a presença de contrato de adesão em que os contratantes somente realizariam a aquisição do bem se assinassem todas as documentações que lhes eram impostas, especialmente no que diz respeito ao sinal do negócio (comissão de corretagem e assessoria imobiliária), elaboradas sem a participação dos compradores, o que, pressupõe ausência de prévia discussão e de convergência de vontade dos consumidores para a sua aceitação.

In caso, os contratantes firmam Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda para aquisição de imóvel, mediante "entrada e princípio de pagamento", que correspondia em média o percentual 5% (cinco por cento) do valor do contrato, constando expressamente da cláusula 16ª, § 1º aliena b, havendo a rescisão contratual por vontade ou culpa do comprador será aplicada ao comprador a seguinte penalidade: "perda da quantia paga referente ao sinal do negócio".

Sílvio Rodrigues, preleciona que arras ou sinal, constituem a "importância em dinheiro ou a coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com o escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contraentes, o direito de arrependimento[1]"

No direito civil duas são as espécies de arras, as confirmatórias e as penitenciais, as arras confirmatórias previstas no artigo 417 a 419 do CC, e as penitenciais no artigo 420 do CC.

Assim, portanto, as arras confirmatórias atuam como modo de garantia e reforço da execução de um futuro contrato e princípio de pagamento, sem que se admita o arrependimento, e as penitenciais, terão função indenizatória, se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes (art. 420, CC).

O entendimento consolidado do STJ é que: "o arrependimento do promitente comprador só importa em perda do sinal se as arras forem penitenciais, não se estendendo às arras confirmatórias" (AgRg no Ag 717.840/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 21/10/2009), bem como que: "as arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja finalidade é a entrega de algum bem, em geral determinada soma

[1] RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 90.

DPE/TO – Quadra 502 Sul, Av. Joaquim Teotônio Segurado, ao lado do Fórum, Palmas/TO CEP: 77.021-654-Telefones: (63)3218-6975 / e-mail: nudecon@defensoria.to.gov.br
MPE/TO – 202 Norte, Conjunto 03, Av. LO-04 c/ Av. Teotônio Segurado, S.130 – Palmas/TO CEP: 77006-218 – Telefone: (63) 3216-8875 / e-mail: prom23acap@mpto.mp.br

em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o exercício do direito de desistência. 3. Por ocasião da rescisão contratual o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído ao reus debendi, sob pena de enriquecimento ilícito" (REsp 1056704/MA, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 04/08/2009).

Nesse sentido se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> Pactuada a venda de imóvel com o pagamento de arras confirmatórias como sinal - que têm a função apenas de assegurar o negócio jurídico -, com o seu desfazimento, a restituição das arras é de rigor, sob pena de se criar vantagem exagerada em favor do vendedor **(STJ, REsp 90.7856/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19/06/2008).**
>
> As arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja finalidade é a entrega de algum bem, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida. Por ocasião da rescisão contratual, o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído aos réus debendi, sob pena de enriquecimento sem causa. **(STJ, AgRg no REsp 997.956/SC, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 26/06/2012).**

Assim, portanto, a retenção da quantia mencionada § 1º da cláusula 16º do contrato, alínea "b", por parte da imobiliária, é abusiva, bem como ensejaria enriquecimento ilícito, o que é vedado pelo Código Civil, artigo 884, sendo inadmissível a retenção do sinal, até mesmo porque, o sinal configura **princípio** de **pagamento** e não caracteriza, automaticamente, **arras** penitenciais, sem haver previsão expressa.

A mesma orientação é adotada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Ajuste verbal - Pedido de devolução de quantia paga formulado pelo comprador - Reconvenção com objetivo de decretar a rescisão do contrato - Acolhimento de ambos os pleitos - Manutenção - Perdimento das arras penitenciais que pressupõe existência de cláusula de arrependimento - Hipótese de arras confirmatórias que autorizam a

> restituição integral, **sob pena de enriquecimento ilícito**, uma vez não demonstrados nos autos os prejuízos materiais suportados pela vendedora - Apelação desprovida. **(TJSP, Apelação nº 0113605-65.2007.8.26.0005, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Galdino Toledo Júnior, j. 14/06/2011)**

V.2 - MULTA COMPENSATÓRIA DE 10% - LUCROS CESSANTES; PERDA DE 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DAS PARCELAS PAGAS; e INDENIZAÇÃO DE 0,25% (ZERO VÍRGULA VINTE E CINCO POR CENTO)

A lei consumerista coíbe a previsão de cláusula de decaimento que determine a retenção/perda do valor integral ou substancial das prestações pagas, vez que consubstancia vantagem exagerada, hipótese também rechaçada pelo art. 51, IV, do mesmo dispositivo legal.

Veja-se que o Código do Consumidor preconiza que quaisquer cláusulas que violarem o equilíbrio material entre as prestações serão abusivas, e, portanto, nulas de pleno direito.

Assim, o STJ decidiu: "Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expresamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade" (STJ, REsp. 158.728, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3º T. j. 16/03/99, p. DJ 17/05/99).

Nesse sentido:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA IMÓVEL - INADIMPLÊNCIA COMPRADOR - RESCISÃO - MULTA COMPENSATÓRIA - EXCESSO – REDUÇÃO POSSIBILIDADE. - Havendo provas nos autos de que a inadimplência no cumprimento do Compromisso de compra e venda de imóvel partiu do comprador, deve ser este declarado culpado pela rescisão do contrato. - **Havendo excesso no valor da fixação da multa contratual, onerando o consumidor, deve o Juiz, com base no Art. 53 do CDC e 412 e 413 do CC, reduzir o montante, fixando dentro da realidade**

> **do caso em análise.** (TJMG – Apelação Cível 1.0024.12.087648-7/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/12/2016, publicação da súmula em 26/01/2017).

O entendimento prevalente é no sentido de que, rescindido o contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária por desistência do promitente comprador, deverão as partes retornar ao estado anterior, com a consequente devolução, em parte, dos valores pagos pelo consumidor.

Consoante o previsto no art. 6º, inc. V, do Código de Defesa do Consumidor, constitui direito básico do consumidor modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, dispondo o seu art. 51, inciso IV, **serem nulas de pleno direito aquelas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade.**

Impõe-se salientar que especificamente quanto à cláusula penal, o art. 413 do Código Civil determina que caberá ao juiz reduzi-la equitativamente se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, em consonância com a natureza e a finalidade do negócio, devendo-se observar, assim, as peculiaridades do caso concreto.

A estipulação de cláusula penal apesar de ser lícita, sua incidência não pode, em contratos de consumo, **acarretar desvantagem exagerada ao consumidor, uma vez que o promitente vendedor ainda poderá renegociar o bem, auferindo lucro muitas vezes até maior, diante da valorização do bem, como nas previstas na cláusula 16, § 1º alienas "b", "c" e "d".**

Nesse sentido, confira-se os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESILIÇÃO UNILATERAL PELO COMPRADOR. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. CLÁUSULA PENAL. BASE DE CÁLCULO. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO CONTRATO. CLÁUSULA ABUSIVA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PERCENTUAL. ANÁLISE CASUÍSTICA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO

> INICIAL. CITAÇÃO. HONORÁRIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 20, §3º, CPC.
> **1. O Código de Defesa do Consumidor, bem como o artigo 413 do Código Civil, permitem a redução da cláusula penal compensatória excessivamente onerosa, no sentido de que o percentual da multa incida sobre a quantia efetivamente paga pelo consumidor, e não sobre o valor do bem.**
> 2. O percentual a incidir sobre o valor pago pela promitente compradora, a título de retenção da multa compensatória devida à promitente vendedora, deve ser analisado e estabelecido conforme o caso concreto, consoante orientação do C. STJ.
> 3. Cuidando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios são devidos a contar da citação, nos termos do art. 405 do CC/2002 e do art. 219 do CPC.
> 4. Se os honorários advocatícios foram arbitrados de acordo com os parâmetros do artigo 20, parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil, desnecessária a alteração de tal verba, seja para majorá-la, seja para reduzi-la.
> (Acórdão n.896132, 20130111255993APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: FLAVIO ROSTIROLA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 23/09/2015, Publicado no DJE: 29/09/2015. Pág.: 147)

Ainda, a multa fixada em 20% da cláusula 16, §1º, "c" do instrumento contratual se revela excessiva somando-se com a demais multa compensatória de 10% (dez por cento), com base no art. 413 do Código Civil, notadamente, em vista de que o bem adquirido se trata de imóvel sem benfeitorias, os quais são renegociados e, por vezes, com valores superiores, tendo em vista a valorização do terreno.

Nesse sentido o Egrégio **Tribunal do Estado do Tocantins** já se posicionou da seguinte forma:

> EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL. INOVAÇÃO RECURSAL SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. NÃO VERIFICADA. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. STATU QUO ANTE. INADIMPLEMENTO PARCIAL DO RÉU. APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL. IMPLICAÇÃO LÓGICA. CUMULAÇÃO NOCIVA COM

RETENÇÃO DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE. PERDAS E DANOS EXCEDENTES À MULTA COMPENSATÓRIA. NÃO COMPROVADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA 1- Se as matérias devolvidas a esta instância superior não sobressaem às questões contidas no *decisum* apelado, não há que se falar em inovação recursal. 2- Por ser consequência lógica da ruptura da avença, não é extra petita a sentença declaratória de rescisão contratual que, ainda que sem pedido expresso, determina ao autor/vendedor a devolução dos valores pagos pelo réu/comprador, retornando as partes ao status quo ante. 3- O desfazimento contratual enseja, dentre outras coisas, o cumprimento de eventuais penalidades previstas no pacto pelo litigante que deu causa à sua ruptura, eis que \"incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora\" (art. 408, do Código Civil). 4- Por ser consectário lógico, a aplicação de eventuais penalidades previstas no instrumento contratual exsurge do descumprimento da avença e, por essa razão, devem ser observadas quando declarado o desenlace do pacto. **5- Configura inegável enriquecimento sem causa a cumulação nociva de multa compensatória e retenção dos valores já pagos.** 6- Não existindo comprovação ou tampouco alegação fundamentada na exordial da ocorrência de eventuais danos decorrentes da inadimplência do réu/comprador, não há que se falar em condenação por perdas e danos. 7- Apelação conhecida e parcialmente provida. Ap 0000567-14.2017.827.0000, Rel. Juíza convocada CÉLIA REGINA RÉGIS, 1ª Turma da 1ª Câmara Cível, julgado em 15/03/2017).

Assim, permitir que a cláusula penal seja equivalente a dez por cento (10%) sobre o valor do contrato e ainda cláusula penal de perda do valor das parcelas pagas de vinte por cento (20%), acaba por ferir o disposto no art. 51, inciso IV, e art. 53, ambos do CDC.

A multa compensatória tem a função de recompor os prejuízos experimentados em razão do inadimplemento, objetivo já cumprido pela retenção de vinte por cento (20%) do valor pago das parcelas do contrato, portanto, assim, tem-se que a aplicação dessa multa acarretaria *bis in idem*.

Ademais, mesmo considerando o percentual de vinte (20%) do valor pago, o consumidor é bastante onerado, revelando vantagem exagerada, além disso, não guarda proporcionalidade ao dano eventualmente sofrido pela ré, que com o desfazimento do negócio, revenderá o imóvel, auferindo lucro.

Deve-se ponderar, ainda, que é preciso observar a proibição da vedação ao excesso, consagrado no ordenamento civil, tal como se observa do art. 413, do Código Civil, que impõe ao magistrado o dever de reduzir o valor da cláusula penal quando a pena contratual se mostrar excessiva, *in verbis:*

> *"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".*

Ainda, quanto à restituição dos valores liquidados pelo consumidor, deve-se salientar, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, caso exista rescisão contratual, motivada por inadimplemento do promissário comprador, admite-se a retenção pelo promissário vendedor, **de parte das parcelas pagas**, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente, pelas despesas administrativas, **cujo percentual deverá ser fixado com razoabilidade**, diante das circunstâncias do caso concreto.

O entendimento jurisprudencial dominante é no sentido de que o percentual da referida retenção deve ser computado sobre os valores das prestações pagas e não sobre o valor total do contrato, como consta na cláusula em análise.

Nesse sentido:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE LEGALIDADE DE CLÁUSULA (...) III – É abusiva a cláusula que fixa a multa pelo descumprimento do contrato com base não no valor das prestações pagas, mas, no valor do imóvel, onerando demasiadamente o devedor. IV - Em caso de resilição unilateral do compromisso de compra e venda, por iniciativa do devedor, que não reúne mais condições

econômicas de suportar o pagamento das prestações, é lícita o credor reter parte das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelo custos operacionais da contratação. V - Majoração desse percentual de 10% para 25% das prestações pagas que se impõe, em consonância com a jurisprudência do Tribunal. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 907.856/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/6/2011, DJe 1/7/2011).

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga.

2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do distrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, **entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior.**

3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada.

4. Agravo interno não provido." (AgRg no AREsp 807.880/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016.)

Depreende-se, que o Superior Tribunal de Justiça adotou o percentual de retenção de no máximo 25% (vinte e cinco por cento) sobre os valores efetivamente pagos.

Desta forma, infere-se que a cláusula 16º onera demasiadamente o consumidor/contratante, notadamente no critério de retenção, vez que aplica multa compensatória de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato; perda de 20% (vinte por cento) sobre o valor das parcelas pagas; indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) ao mês do valor atualizado do contrato; e, além prever a restituição de forma parcelada e sucessiva.

Logo, a referida cláusula 16º, e suas alíneas, do contrato de compromisso de compra e venda deve ser declarada nula, por abusividade, e, bem como por onerar excessivamente a comprador/consumidor que, nos termos do avençado, a depender do momento da rescisão, poderia perder quase a totalidade das prestações pagas.

Frise-se, ainda, que o artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que, mesmo em caso de rescisão, por inadimplemento do comprador, este não perde a totalidade das prestações, sendo consideradas nulas as cláusulas contratuais que neste sentido disponham, *in verbis*:

> "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.**"

Sobre o tema, também, leciona NELSON NERY JUNIOR:

> "A cláusula que estipular pena para o inadimplemento da obrigação do consumidor deverá ser equitativa e estabelecer vantagem razoável para o fornecedor, proporcional à sua posição e participação no contrato, pois do contrário seria abusiva e ofenderia o postulado do equilíbrio contratual e a cláusula geral de boa-fé (art. 4o, III, e 51, IV CDC)". (JUNIOR, Nelson Nery. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 9 ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2007).

DPE/TO – Quadra 502 Sul, Av. Joaquim Teotônio Segurado, ao lado do Fórum, Palmas/TO CEP: 77.021-654-Telefones: (63)3218-6975 / e-mail: nudecon@defensoria.to.gov.br
MPE/TO – 202 Norte, Conjunto 03, Av. LO-04 c/ Av. Teotônio Segurado, S.130 – Palmas/TO CEP: 77006-218 – Telefone: (63) 3216-8875 / e-mail: prom23acap@mpto.mp.br

Portanto, mesmo que inadimplentes, os consumidores têm direito ao recebimento de parte do que pagaram, por ocasião de rescisão do contrato.

De ressaltar, existem inúmeras demandas contra a empresa, parte ré, travando o Poder Judiciário, justamente pelas cláusulas ora questionadas. A empresa sabe que as cláusulas são abusivas, e mesmo assim insiste em sua conduta, ou seja, **mais vale desrespeitar o consumidor do que cumprir com o sistema do CDC**.

Há ainda de se destacar que em relação à indenização por fruição do bem, o que também se mostra indevida e abusiva, pois, o consumidor em muitos casos se quer gozou do bem, e muito menos obteve benefícios ou vantagens, portanto, não há o que se falar em indenização por fruição. Ademais, a jurisprudência é firme no mesmo sentido, vejamos:

> EMENTA: RECURSO INOMINADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LOTE URBANO. INADIMPLÊNCIA DE PARCELAS. RESCISÃO CONTRATUAL. RETENÇÃO APENAS DA CLÁUSULA PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se de recurso interposto contra sentença que condenou o recorrente ao pagamento de R$ 4.504,29, deduzindo do percentual único de 20% a título de penalidade de multa decorrente da rescisão contratual motivada por inadimplência do recorrido. 2. O recorrente defende que ante a rescisão contratual por culpa do consumidor faz juz não apenas a retenção de 20% sobre o valor da parcelas pagas, **más também a fruição do imóvel no percentual de 0,25% ao mês do valor atualizado do contrato, sendo que o cálculo deve ser efetivado pelo valor inicial das parcelas sem o computo das penalidades sobre a mora.** 3. A boa-fé objetiva exige que as partes ajam dentro de limites razoáveis e cercados de ânimo voltado ao fiel cumprimento do que foi acordado. Entender o contrário criaria desordem nas relações sociais, onde cada um poderia infringir o dever de lealdade sem suportar qualquer ônus. Evidentemente que a resolução do contrato é direito subjetivo e potestativo de qualquer das partes, não existindo no ordenamento jurídico obrigação para que os envolvidos se mantenham enlaçados por contrato quando não mais existe vontade neste sentido. Por

outro lado, a parte desistente deve arcar com as conseqüências negativas de sua postura, a fim de resguardar o devido equilíbrio no distrato. 4. No caso concreto, as partes firmaram contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo qual ambas as partes assumiram compromissos. Ocorre que o recorrido recuou na manutenção do pacto e com base no princípio da boa-fé deverá suportar o ônus da quebra contratual, afinal de contas não somente o consumidor manteve expectativa na consecução do negócio, mas também a recorrente, que vendeu o bem e pretendia o recebimento da devida contraprestação. O retorno das partes ao status quo ante, por sua vez, exige temperamentos à luz da natureza da relação jurídica, com foco em coibir o enriquecimento indevido. 5. Neste norte, no tocante aos abatimentos previstos no contrato é cabível apenas a multa a título de cláusula penal (art. 408 do Código Civil) no patamar de 20% do valor total pago pelo consumidor, montante hábil a recompor os prejuízos experimentados em razão do inadimplemento, à míngua de comprovação de qualquer despesa superior. Logo, são indevidas quaisquer cobranças de ressarcimento ou indenização mensal por usufruto do imóvel, posto que englobadas pela cláusula penal. Com efeito, a manutenção integral das penalidades estipuladas no contrato feriria normas basilares do direito do consumidor, a teor do art. 6º, inc. IV e V, art. 39, inc. V, art. 51, inc. II e IV e §1º, inc. III, todos do Código de Defesa do Consumidor. 6. De igual sorte não pode ser acolhido o argumento firmado pelo recorrente de que os cálculos do percentual a ser devolvido devem incidir sobre o valor inicial da parcela, visto que conforme delimitado no tópico anterior o montante a ser devolvido corresponde a 80% do valor efetivamente pago pelo consumidor, sendo este devidamente comprovado pelos documentos que acompanham a petição inicial da demanda. 7. Por todo o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento para manter a sentença por seus próprios fundamentos. O recorrente arcará com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 a teor do artigo 55 da Lei 9099/95. 8. Acórdão lavrado na forma de súmula de julgamento, conforme permissivo do art. 46, segunda parte, da Lei 9.099/95. (RI 0018045-60.2015.827.9100, Rel. Juiz RUBEM RIBEIRO DE CARVALHO, 1ª Turma Recursal Cível, julgado em 28/03/2017).

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL – Promessa de compra e venda de imóvel – Promitente-comprador que manifesta desejo no distrato, mediante restituição de 90% dos valores pagos pelo imóvel – Sentença de procedência – Apelação da ré. RETENÇÃO DE VALORES EM RAZÃO DO DISTRATO – Possibilidade de retenção, pela ré, de parte do montante pago pelo autor para custeio de despesas com publicidade e administração do empreendimento – Incidência das Súmulas 1, 2 e 3 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como da Súmula 543, do Col. STJ – Ré que poderá reter 20% (vinte por cento) dos valores pagos pelo autor, e não 10% (dez por cento), como estabelecido em primeira instância – Percentual razoável estabelecido por esta Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, em casos análogos (desistência imotivada pelo promitente-comprador) – Devolução que deve se dar em uma única parcela – Recurso parcialmente provido, neste aspecto. **INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO BEM – Pleito de indenização em valor correspondente a 0,5% (meio por cento) ao mês pela fruição do bem – Descabimento – Impossibilidade de indenização pela fruição de lote de terreno** – Precedentes desta Colenda 6º Câmara de Direito Privado – Recurso Improvido, neste aspecto. IPTU – Pleito de abatimento dos valores relativos aos IPTUs incidentes sobre o imóvel que eventualmente não tenham sido pagos pelo autor, nos termos da cláusula 23ª, do instrumento contratual – Possibilidade, apenas, de cobrança a partir do momento em que se tornou possível a edificação no terreno - O autor, assim como todos os compradores de terrenos em condomínios residenciais, adquiriu um terreno com a finalidade de edificá-lo. Assim, somente a partir do momento em que se tornou possível a edificação no terreno é que será possível realizar o abatimento dos valores relativos aos IPTUs incidentes sobre o imóvel, questão esta a ser apurada em liquidação de sentença – Recurso provido, neste aspecto. JUROS DE MORA – Vendedora que não deu causa à rescisão – Inexistência de mora antes da exigibilidade da obrigação – Incidência a partir do trânsito em julgado – Precedentes do A. STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça – Recurso provido, neste aspecto. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Ap. 10448018020158260576 SP, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado, Relator: Rodolfo Pellizari, julg.: 01/06/2017).

V. 3 FORMA DE RESTITUIÇÃO DO SALDO

De mesma forma, quanto ao disposto no contrato de adesão, no sentido de que a devolução será feita na mesma periodicidade dos pagamentos é abusiva, cláusula 16, § 5º e suas alíneas, devendo ser declarada nula, uma vez que, efetivamente, a partir do momento em que o contrato de aquisição de imóvel é rescindido, a empresa ré passa a ter completa disponibilidade sobre o imóvel, negociando-o novamente.

Até porque ao operar a rescisão do contrato, o objetivo maior é fazer com que as partes retornem a mesma situação de antes da avença. Dessa forma, mostra-se abusiva a cláusula contratual que determina a **restituição** dos **valores** devidos de **forma parcelada,** sendo de pleno direito a devolução da importância, em única parcela.

O disposto na referida cláusula está em desacordo com a orientação jurisprudencial, a seguir citada:

> "AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga.
>
> 2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do distrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior.
>
> 3. **É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de**

imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada.

4. Agravo interno não provido." (AgRg no AREsp 807.880/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016.)

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. (REsp 1300418/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, DJe 10/12/2013)."

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DA DÍVIDA. PEDIDO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR. NÃO CABIMENTO. RESOLUÇÃO CONTRATO PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CULPA EXCLUSIVA DA PROMITENTE VENDEDORA. **RESTITUIÇÃO** IMEDIATA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor , revela-se abusiva a cláusula contratual que determina a **restituição** dos **valores** devidos de **forma parcelada,** na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa do promitente comprador, devendo ocorrer a imediata **restituição** das parcelas **pagas** pelo promitente

> comprador, integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor (Resp 1300418/SC julgado pelo rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil). **2. In casu, ocorrendo o distrato do contrato de promessa de compra e venda por culpa exclusiva da incorporadora, a restituição dos valores despendidos pelo consumidor deverá ocorrer de forma imediata e integral, sem que seja possível o parcelamento da importância a ser devolvida.** 3. Não há que se falar em aplicação do princípio da preservação da empresa ou da menor onerosidade ao devedor para fins de justificativa do parcelamento do débito, tendo em vista ser o consumidor a parte hipossuficiente da relação e considerando que a unidade **imobiliária**, inclusive, já retornou para a posse da construtora que pode vende-la novamente, se já não o fez. 4. Apelação conhecida e não provida. Sentença mantida.
> (Apelação n.º 20140110091659, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, órgão julgador: 3º Turma Cível, Relator: Alfeu Machado, julgamento: 27 de maio de 2015).

Portanto, tem-se que a restituição dos valores deve ocorrer de forma imediata, **não havendo que se falar em devolução parcelada**, nos termos da orientação sumular do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

> Súmula 543 STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

VI – DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Depreende-se do cenário acima descrito, por conseguinte, a plausibilidade e a relevância dos fundamentos jurídicos invocados, que revelam, de forma cristalina, a insistência da parte ré em dispor em seus contratos de compromisso de compra e venda de imóvel de cláusulas abusivas, e ofensa às normas do Código de Defesa do

Consumidor, gerando, desse modo, inúmeras reclamações por parte dos consumidores, por consequências, inúmeras demandas judiciais, travando o Poder Judiciário, abarrotando ainda mais o Judiciário.

Estatui o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, § 4º, que é facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie os preceitos das normas consumeristas, a fim de assegurar o justo equilíbrio entre direitos e obrigações entras as partes.

A rigor, consoante o ordenamento jurídico, a intervenção jurisdicional somente tem condão de declarar, constituir ou condenar a algo ao final do trâmite processual, mediante sentença, a qual põe termo ao conflito de interesse levado ao magistrado.

No entanto, há situações em que a dilação das fases processuais e a consequente demora no estabelecimento da convicção do magistrado podem periclitar a própria fruição dos interesses em conflito postos a sua apreciação.

Em face disto, de maneira a assegurar o resultado prático pretendido pelo deferimento da tutela pretendida, é conferida ao demandante a faculdade de requerer a antecipação de seus efeitos, devendo cumprir certos pressupostos estatuídos no art. 300 do Código de Processo Civil. Inicialmente, deve-se avaliar a existência de prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações, este o pressuposto estático, sempre necessário.

Além disso, é necessária a conjugação deste com ao menos um dos pressupostos alternativos elencados no citado artigo, quais sejam ***fundado receio de dano irreparável* ou de difícil reparação** e ***abuso do direito de defesa***.

No caso concreto, ao analisar os documentos constantes dos autos do inquérito, é possível vislumbrar prova inequívoca que leve à formação da convicção do magistrado baseada em verossimilhança, principalmente através do que pode ser extraído dos documentos juntados em anexo, tais como cópia do contrato de compromisso de compra e venda dos imóveis, dados de reclamações junto ao órgão de Defesa do Consumidor –PROCON, bem como a ata da audiência para tentativa de formalização de termo de ajustamento de conduta, que restou sem adesão por parte da ré.

A concretização do dano à coletividade é evidente, e, dentre os direitos básicos do consumidor (CDC, art. 6º, VI), está a efetiva prevenção dos danos. E é neste sentido que deve ser interpretado o § 4º do artigo 51, acima citado, a fim de que seja assegurado os direitos dos consumidores na forma do controle abstrato de cláusulas contratuais, ou seja, controle prévio de contratos de adesão.

Ainda em relação à concessão da antecipação dos efeitos da tutela ao caso concreto, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor prevê a sua incidência:

> *Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer,* ***o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.***

O parágrafo § 3º do referido dispositivo é ainda mais explícito quanto a concessão liminar da tutela:

> *§ 3° Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.*

Deste modo, tratando-se o pedido de uma obrigação de não fazer requer-se, a título de antecipação dos efeitos da tutela pretendida até o deslinde final da presente demanda:

a) A suspensão imediata dos efeitos da cláusula 16º, alíneas b, b e d, no sentido de impedir a perda do sinal pago pelo compromissário comprador, a aplicação da multa compensatória de 10% (dez por cento) do valor do contrato e a indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) ao mês do valor atualizado do contrato;
b) Determinar à ré que não efetue retenção superior ao patamar fixado pelo Superior Tribunal de Justiça;
c) Determinar a ré a devolver o valor pago, nos casos de desistência de contrato (rescisão), tudo devidamente corrigido, em uma única parcela, nunca em prazo superior a trinta (30) dias ao desfazimento do negócio.

VII – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Tratando-se de relação de consumo, aplicam-se as regras insertas no CDC, em especial àquelas que atribuem à inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando sua versão for verossímil e este for hipossuficiente perante o fornecedor, *ex vi* do art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, *verbis:*

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
> (...)
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Cumpre destacar que pela possibilidade do juiz inverter o ônus da prova, em respeito à teoria dinâmica do ônus da prova, tal também constitui um direito do consumidor para facilitar sua defesa no processo, desde que presente, conforme leitura do dispositivo legal supratranscrito, um dos seguintes requisitos: a) verossimilhança da alegação do consumidor (conduta ilícita praticada pela requerida, demonstrada pelos documentos anexos, inclusive, autos de infração lavrados pelo órgão de fiscalização do serviço prestado) sua hipossuficiência (dificuldade em provar o ocorrido, pois a empresa possui a maior parte da documentação), aferida segundo as regras ordinárias de experiência.

Nesse sentido, verifica-se sem maiores dificuldades a consubstancialidade destas duas previsões legais através da análise do caso em tela, sendo, portanto, imperiosa a inversão do ônus da prova.

VIII – DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer o Ministério Público e a Defensoria Pública a procedência da presente Ação Civil Pública, em especial, para declarar nulas de pleno direito as cláusulas questionadas e de declarar como abusivas as práticas questionadas da ré, notadamente para:

A - O recebimento e autuação da presente ação e dos documentos que a acompanham observando-se as prerrogativas conferidas à Defensoria Pública e ao Ministério Público, tais como, intimação pessoal em qualquer processo ou grau de jurisdição ou instância administrativa, com a entrega dos autos com vista e a contagem em dobro de todos os prazos (art. 128, inciso I, da Lei Complementar 80/94);

B - Conceder a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, à vista do que dispõem os artigos 18 da Lei nº 7.347/85 e 87 da Lei nº 8.078/90;

C - Seja citada a requerida, para, querendo, apresentar resposta no prazo legal, sob pena de sofrer os efeitos da revelia;

D - CONCEDER A TUTELA DE URGÊNCIA, nos termos do art. 84 e seus parágrafos do CDC, e art. 300 e seguintes do CPC, sob pena de multa diária, para que seja compelida a requerida a:

d.1) A suspensão imediata dos efeitos da cláusula 16º, alíneas b, b e d, no sentido de impedir a perda do sinal pago pelo compromissário comprador, a aplicação da multa compensatória de 10% (dez por cento) do valor do contrato e a indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco por cento) ao mês do valor atualizado do contrato;

d.2) Determinar à ré que não efetue retenção superior ao patamar fixado pelo Superior Tribunal de Justiça;

d.3) Determinar a ré a devolver o valor pago, nos casos de desistência de contrato (rescisão), tudo devidamente corrigido, em uma única parcela, nunca em prazo superior a trinta (30) dias ao desfazimento do negócio.

E – a **PROCEDÊNCIA DA PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA** para, no mérito declarar nula de pleno direito as cláusulas 16º e suas alienas a, b, b, c de, e § 5º, alínea a que prevejam: a perda da quantia paga referente ao sinal do negócio; multa compensatória em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato; perda de 20% (vinte por cento) do valor das parcelas pagas; indenização de 0,25% (zero vírgula vinte e cinco

por cento) ao mês do valor atualizado do contrato; e de restituição de forma parcelada dos saldos a levantar.

F - Condenar a ré em devolver o valor pago, nos casos de desistência de contrato (rescisão), tudo devidamente corrigido, em uma única parcela, nunca em prazo superior a trinta (30) dias ao desfazimento do negócio.

G - Determinar, por sentença, que a ré cumpra espontaneamente o julgado, fixando o prazo máximo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado, para cumprimento espontâneo, sob pena de multa, notadamente nos casos em que há necessidade de devolução de valores.

H - Determinar a ré que se abstenha (obrigação de não fazer) de incluir as cláusulas combatidas nos contratos futuros, ou cláusulas com teor assemelhado, sob pena de multa cominatória no valor a ser determinado por Vossa Excelência, a cada descumprimento, a ser revertido ao Fundo de Defesa do Consumidor do Estado do Tocantins.

I - Requer, ainda, a inversão do ônus da prova e de que a ré seja condenada ao pagamento das custas processuais, diligências e verbas honorárias, tudo a ser recolhido ao Fundo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins – FUNDEP.

J - Seja publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam, caso queiram, intervir no processo como litisconsortes ativos, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, de acordo com o exposto no art. 21 da Lei Federal n. 7.347/85 c/c art. 94 da Lei Federal n. 8078/90.

L - Com a inicial os documentos relacionados e cópia das principais peças do inquérito civil público.

K - A produção de todas as provas em direito admitidas, pois, embora já haja prova pré-constituída do alegado, protesta, igualmente, pela produção de prova documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial, que se fizerem necessárias ao pleno conhecimento dos fatos.

M - A condenação da requerida nas custas processuais e honorários advocatícios a serem revertidos ao Fundo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins – FUNDEP.

Embora haja determinação para identificação do valor da causa, vê-se que o objeto da lide, por estar atrelado à imposição de fazer e não fazer comporta parâmetros certos, porém o direito que se busca tutelar, qual seja defesa dos consumidores, tem valor inestimável. Portanto, para fins apenas de atendimento ao art. 292, do Código de Processo Civil, dá-se à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

Palmas/TO, 02 de agosto de 2017.

Kátia Chaves Gallieta
Promotora de Justiça
Titular da 23ª Promotoria de Justiça da Capital

Maciel Araújo Silva
Defensor Público
Coordenador do Núcleo de Defesa do Consumidor – NUDECON

DPE/TO – Quadra 502 Sul, Av. Joaquim Teotônio Segurado, ao lado do Fórum, Palmas/TO CEP: 77.021-654-Telefones: (63)3218-6975 / e-mail: nudecon@defensoria.to.gov.br
MPE/TO – 202 Norte, Conjunto 03, Av. LO-04 c/ Av. Teotônio Segurado, S.130 – Palmas/TO CEP: 77006-218 – Telefone: (63) 3216-8875 / e-mail: prom23acap@mpto.mp.br