



# MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PT. Nº 161997/11

Vol.(s) 1

Ap.(s) 1

Nº Origem: 1870/11

Comarca: Capital

Área : CONSUMIDOR

Tema : PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM GERAL

Descrição do Assunto: APURAÇÃO DE EVENTUAL PRÁTICA ABUSIVA QUE TERIA SIDO COMETIDA PELA EMPRESA REPRESENTADA, CONSISTENTE NO ATRASO DA ENTREGA DAS UNIDADES HABITACIONAIS QUE COMERCIALIZA NO MERCADO DE CONSUMO

Interessados :

QUEIROZ GALVÃO DESENVOLVIMENTO EMPREENDIMENTO S/A

ERIC CALDERONI

SINDICATO DAS INCORPORADORAS DE IMÓVEIS – SECOVI-SP

**Resultado do Julgamento:**

REJEITADA A PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

## **DELIBERAÇÃO**

Em reunião realizada no dia 19/06/2012, o protocolado em epígrafe foi submetido a julgamento pela sessão plenária do Conselho Superior do Ministério Público, obtendo-se o resultado que vai acima especificado, por unanimidade, acolhido o voto vista da Conselheira Doutora DORA BUSSAB, que fica fazendo parte integrante desta deliberação, no que foi acompanhado pelo Conselheiro(a) relator(a) Doutor(a) PAULO MARCO FERREIRA LIMA e os demais Conselheiros.

Pelo voto dos Conselheiros Doutores Tiago Cintra Zarif, Walter Paulo Sabella, Vidal Serrano Nunes Júnior, Olheno Ricardo de Souza Scucuglia, José Antonio Franco da Silva e Mário Antônio de Campos Tebet, foi feita a observação de que acompanhavam o voto da Doutora Dora Bussab, apesar de se tratar de TAC celebrado em autos suplementares.

Participaram do julgamento os Conselheiros Doutores Dora Bussab, Gianpaolo Poggio Smanio, José Antonio Franco da Silva, Mário Antônio de Campos Tebet, Olheno Ricardo de Souza Scucuglia, Paulo Marco Ferreira Lima, Tiago Cintra Zarif e Vidal Serrano Nunes Júnior. Ausentes, justificadamente, os Doutores Nelson Gonzaga de Oliveira, e o Procurador-Geral de Justiça Doutor Márcio Fernando Elias Rosa. Presidiu a sessão de julgamento o Doutor Walter Paulo Sabella.

Providencie-se como de praxe.

São Paulo, 19 de Junho de 2012.

**GIANPAOLO POGGIO SMANIO**

Conselheiro/Secretário

## **CERTIDÃO**

Certifico que, tendo recebido os autos na mesma data acima mencionada, providenciei, em cumprimento ao r. despacho supra, a publicação do edital respectivo (Diário Oficial do dia 22/06/2012).

São Paulo, 22/05/2012, , André Luiz de França, Oficial de Promotoria.

## **TERMO DE REMESSA**

Aos 06/07/2012, em cumprimento ao r. despacho supra, faço a remessa destes autos à Comarca de origem (Capital – CONSUMIDOR), , André Luiz de França, Oficial de Promotoria.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PT 161997/11

Nº de origem: 1870/2011-1

**Assunto:** Pedido de Homologação de Termo de Compromisso de Ajustamento celebrado entre a **Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital e o SECOVI** - Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo.

Pedido de homologação de TAC – SECOVI – Cláusula de Tolerância para entrega dos imóveis, estabelecida unicamente em favor das empresas, em contratos de promessa ou compromisso de compra e venda de imóveis – Violação do equilíbrio contratual e de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor – Abusividade – necessidade de fixação de prazo único para entrega dos imóveis, como forma mais eficaz de se garantir a correta informação ao consumidor – empresas que devem assumir os riscos de sua atividade, assim como usufruem de seus lucros – 8 ações civis públicas em andamento, ainda não definitivamente julgadas, que pleiteiam a nulidade da cláusula de tolerância e a imposição de multa às empresas pelo atraso na entrega da obra – caso fortuito ou de força maior, provocador de atraso na entrega da obra, que deve ser comprovado pela empresa, conforme jurisprudência pacífica do E.STJ. TAC não homologado.

Tratam-se de autos suplementares, formados a partir de cópias extraídas do Inquérito Civil nº 1192/10-1, instaurado em face da empresa Queiróz



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Galvão Desenvolvimento Imobiliário S/A, Inquérito Civil este que se encontra em andamento perante a Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, tendo sido remetidos para este Conselho Superior apenas estes autos suplementares, que não se referem a nenhuma empresa especificamente considerada.

Os autos suplementares foram formados, para tentativa de resolução do problema, de uma forma geral, com relação a todas as empresas construtoras e incorporadoras do Estado de São Paulo, firmando-se Termo de Compromisso de Ajustamento com o SECOVI, por meio do qual este se comprometeu a orientar e informar seus associados e não associados, com relação à conduta a seguir sobre a matéria "sub judice".

A tentativa de resolução do problema, primeiramente, por meio de Termo de Compromisso de Ajustamento celebrado com o Sindicato, e não diretamente com as empresas, muito embora não venha a se constituir em título executivo que possa ser executado em face destas últimas, é salutar, atendendo aos princípios da rapidez, eficiência e economicidade, pois visa, e pode obter, o saneamento do mercado de uma forma geral, uniforme e voluntária pelas próprias empresas, prevenindo e evitando danos a interesses que cabem ao Ministério Público defender, sem prejuízo de, no futuro, em caso de necessidade, vir a se instaurar Inquéritos Cíveis ou Ações Cíveis Públicas em face de cada uma das empresas.

No entanto, muito embora se compreenda as razões que embasaram a solução, devidamente fundamentada, adotada pelos Nobres e Ilustres Promotores de Justiça subscritores do Termo de Compromisso de Ajustamento celebrado com o SECOVI, possuímos um entendimento diverso, o que é natural



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

acontecer no mundo do Direito, até porque, não raras vezes, os problemas da vida, que se refletem no mundo jurídico, comportam variadas formas de atuação, tudo dependendo da interpretação e da visão que se venha a ter, diante de um determinado caso concreto.

Da mesma forma, com todo o respeito devido ao entendimento esposado pelo Ilustre e Nobre Relator Conselheiro, Dr. Paulo Marco Ferreira Lima, dele discordamos parcialmente, tudo pelas razões a seguir expostas.

O Termo de Compromisso celebrado nestes autos aceitou a **“cláusula de tolerância”**, preocupando-se em melhorar e garantir a sua correta informação ao consumidor, bem como em regrá-la e, ainda, em estipular penalidades para o atraso na entrega da obra que vier a ocorrer mesmo após o seu prazo final.

Muito embora se tenha tomado conhecimento que esta **“cláusula de tolerância”** vem sendo adotada pelo mercado imobiliário, e aceita por Tribunais Estaduais (no STJ é difícil a questão chegar, em razão de sua Súmula 05, que não permite recurso especial, para interpretação de cláusula contratual), **não tendo sido, portanto, criada pelo Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmado nestes autos**, não há como se negar que este último, se homologado por este Conselho, conferirá a tal cláusula uma força ainda maior, posto que passará a mesma a ser tida como legítima até mesmo pelo Ministério Público de São Paulo, a quem compete, dentre outros fins, a defesa dos interesses indisponíveis (art.51, I, do CDC) e de cunho constitucional (art.5º, XXXII e 170, V, da CF) dos consumidores.

Ocorre que não obstante a sua adoção prática, pelo mundo empresarial e pela jurisprudência dos



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tribunais dos Estados, não há como se negar que a mesma viola o **equilíbrio contratual** que, por imposição legal inserida no art.4º, III, do CDC, deve existir nas relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores, no mercado de consumo, conforme foi recentemente decidido, em 12.06.2012, por unanimidade, por este Conselho Superior, ao julgar a promoção de arquivamento lançada nos autos do PT 12.223/12, de São Bernardo do Campo e que teve como Relator o Ilustre Conselheiro Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior.

Realmente, tal cláusula de tolerância, inserida nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, como um prazo de 90, 120 ou 180 dias, após o prazo final estabelecido para a entrega do imóvel, dentro do qual se admite o atraso da empresa na entrega da obra, sem qualquer justificativa e sem a imposição, a ela, de qualquer ônus, **não é igualmente estabelecida em favor do consumidor, que não goza do mesmo benefício, no tocante aos prazos fixados para o cumprimento de suas obrigações.**

Muito embora se saiba que empreendimentos de grande porte podem ficar sujeitos a imprevistos, decorrentes do mau tempo, por exemplo, é certo que tais imprevistos também podem ocorrer com o consumidor.

Realmente, pode o consumidor, no curso do contrato, vir a ser acometido de doença grave incapacitante para o trabalho, ou ser despedido de seu emprego sem justa causa, circunstâncias estas, exemplificativas, igualmente alheias à sua vontade.

No entanto, os contratos de promessa de compra e venda de imóveis não prevêm um prazo de tolerância, para o pagamento das prestações assumidas



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

pelo consumidor, após o término dos prazos estipulados para tanto, ficando os mesmos, ainda, e invariavelmente, sujeitos à multa, juros de mora e correção monetária, desde o primeiro dia de atraso.

O desequilíbrio, portanto, é manifesto, consubstanciando-se a cláusula de tolerância estabelecida somente em favor da empresa, em **cláusula abusiva e nula de pleno direito, nos termos do art.51, IV, do CDC**, segundo o qual **“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços, que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”**, presumindo-se exagerada, a cláusula que **“ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; ou 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.”** (art.51, § 1º, I, II e III, do CDC).

Ademais, constitui prática abusiva, vedada pelo art.39, XII, do CDC, deixar a empresa de **“estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação”**, sendo certo que, com o estabelecimento de cláusula de tolerância em seu favor, torna-se incerto e duvidoso, o real e específico prazo assumido para entrega do imóvel ao consumidor.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O correto seria, portanto, a fixação, pelas empresas, nos contratos, de um **único prazo** de entrega do imóvel, já se considerando e embutindo nele o prazo hoje usualmente concedido como de tolerância.

Compete à empresa assumir os ônus e os riscos de sua atividade empresarial, na mesma medida em que a executa para obtenção de seus lucros.

Não pode querer transferir ao consumidor, ainda que dentro de um determinado prazo, todo o ônus do atraso da obra, por fatores externos usuais, como são aqueles justificadores do denominado "prazo de tolerância".

Realmente, se a cláusula de tolerância, por até 180 dias, já vem sendo há anos adotada pelo mercado imobiliário, disto resulta a conclusão lógica e necessária, de que o atraso da obra, dentro deste período, **é absolutamente previsível** para as empresas, não sendo razoável, nem consentâneo com os princípios da boa fé e da equidade, que já não tenha, este mesmo mercado imobiliário, passado a adotar tal prazo de tolerância como inserido no prazo final de entrega da obra.

Ou seja, se os atrasos não fossem comuns, corriqueiros e previsíveis, dentro do estabelecido "prazo de tolerância", não se justificaria a inserção da cláusula de tolerância na maioria dos contratos.

Assim, o correto seria a empresa estabelecer um único prazo de entrega da obra, assumindo, a partir daí, em caso de atraso, os ônus disto advindos, tais como eventual rescisão contratual pedida pelo consumidor, ação indenizatória por perdas e danos, multas e juros porventura estabelecidos no contrato, etc.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Da mesma forma, se a empresa conseguir concluir a obra antes do prazo final fixado para a entrega, e o consumidor não quiser recebê-la antes do prazo fixado no contrato, se constitui em risco da empresa ter que arcar com os ônus disto advindos, ou seja, com os custos decorrentes da espera pelo recebimento do imóvel pelo consumidor.

O estabelecimento de um único prazo de entrega do imóvel no contrato se constitui, ademais, na forma mais eficaz de se evitar que o consumidor venha a ser surpreendido com o atraso na entrega do imóvel decorrente do prazo de tolerância em apreço, usualmente inserido apenas no contrato, e não informado previamente, na oferta ou na publicidade.

Muito embora se tenha tido a legítima intenção de melhor informar o consumidor, por meio do Termo de Compromisso de Ajustamento firmado, consideramos de difícil execução prática o cumprimento da obrigação, de informar o consumidor, a respeito da existência de um prazo de tolerância para a entrega do bem, além do prazo final estimado para tanto.

A ânsia de consumir vendas, e a difusão de vendedores pelo Estado, nos faz acreditar que, em vindo a se aceitar, como está no TAC, a possibilidade de dois prazos contratuais, um para entrega da obra e outro de tolerância, a tendência dos vendedores será a de continuar informando, como fazem hoje, a respeito da existência, apenas, do prazo de entrega da obra, deixando para o contrato, a ser visto posteriormente pelo consumidor, a informação a respeito do prazo de tolerância.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, nos parece que o mais correto, legal e justo seria o estabelecimento de apenas um prazo de entrega da obra, sendo razoável se exigir das empresas vendedoras uma previsão de seus riscos e, pois, a fixação de um único prazo para o cumprimento de sua obrigação principal, tal qual ocorre com o prazo de pagamento das prestações estabelecido com relação ao consumidor.

E mais, conforme nos foi informado, verbalmente e por escrito, por Oficial de Promotoria da Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, existem **9 ações civis públicas**, 8 das quais em curso, propostas pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, em sua composição anterior à atual, conforme cópias que seguem anexas, cujo um dos pedidos formulados foi, exatamente, a declaração de nulidade da cláusula de tolerância em apreço e a proibição de sua inserção em contratos futuros.

Em uma destas ações civis públicas ajuizadas, o Ministério Público conseguiu celebrar acordo com a empresa ré, Civic Engenharia e Construções Ltda., devidamente homologado pelo MM.Juiz da 15ª Vara Cível da Capital, em 24.08.2010, sendo certo que, por meio de tal acordo, tal empresa se comprometeu a se abster de inserir, em seus contratos, referida cláusula de tolerância, além de ter se comprometido a estipular multa, juros e correção monetária em seu desfavor, em caso de atraso na entrega do imóvel (vide em anexo).

A empresa Civic, conforme pesquisa por nós realizada junto à Internet, e ora anexada, possui vários empreendimentos entregues e outros em andamento, tratando-se de empresa que atua, portanto, regularmente,



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

no mercado de consumo, tendo aceito estabelecer, em seus contratos, um equilíbrio entre as partes, tal qual se objetiva nas ações civis públicas ajuizadas.

Dentre as demais 8 ações civis públicas ajuizadas, além desta em cujos autos se celebrou o acordo, **3 foram julgadas parcialmente procedentes em Primeira Instância**, para o fim de estabelecer encargos para a empresa em caso de atraso na entrega da obra, estando os processos em grau de recurso perante o E.TJESP; 2 foram julgadas improcedentes, também se encontrando em grau de recurso perante o E.TJESP; e **3 se encontram ainda em andamento, não tendo sido julgadas nem mesmo em Primeira Instância.**

Portanto, a atuação antes iniciada pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, consistente no ajuizamento de ações civis públicas, visando à nulidade da cláusula de tolerância e à imposição de encargos à empresa, pelo atraso na entrega da obra, se encontra, ainda, "**sub judice**", de forma que eventual homologação do TAC submetido a este Conselho Superior, poderia vir a prejudicar ou, no mínimo, criar um inconveniente para tais demandas, já que por meio de tal TAC se aceitou, como legítima, a cláusula de tolerância que ainda se visa, por meio de tais ações, invalidar.

Encontrando-se estas 8 ações civis públicas ainda em curso, nenhuma delas tendo sido ainda julgada em Segunda Instância, não se pode dar por perdida a batalha judicial, o que fatalmente ocorrerá se vier a ser homologado o TAC.

Pelas cópias que nos foram encaminhadas pela Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, pudemos observar que só a celebração do TAC já vem



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

sendo, inclusive, utilizada pelas empresas, em seus recursos ou contrarrazões, como argumento para tentativa de obtenção da improcedência das ações, tendo a Membro do Ministério Público oficiante que tentar argumentar no sentido inverso, uma vez que vem lutando, processualmente, pela procedência total destas ações, interpondo os recursos necessários a tanto.

Por só este fato já se vê que a homologação do TAC poderia complicar ainda mais as ações em curso, sendo certo que o inverso poderia beneficiá-las.

Ainda que existam decisões jurisprudenciais favoráveis à cláusula de tolerância, o fato é que nenhuma delas foi proferida em autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, nada impedindo que seus argumentos sejam diversos daqueles formulados em ações individuais e que, assim, por meio delas, se consiga obter uma modificação da posição jurisprudencial atualmente encontrada.

Não devemos dar por vencida uma luta que ainda podemos vir a ganhar, até porque embasada em corretos e jurídicos fundamentos.

Observamos, ainda, que a cláusula de tolerância, usualmente utilizada nos contratos de compromisso de compra e venda de imóvel, ao dispensar a empresa de ter que comprovar eventual caso fortuito ou de força maior, para poder atrasar na entrega da obra, retira, do empresário, o ônus de ter que comprovar a ocorrência de eventual caso fortuito ou de força maior, ônus este que lhe compete, conforme **jurisprudência atual, pacífica e firmada do E.STJ** que, em caso de atraso na entrega da obra, presume a responsabilidade do



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

fornecedor pelos prejuízos causados ao consumidor, responsabilidade esta que só fica afastada se for, pela própria empresa, devidamente comprovada a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, conforme art. 393 do CC (AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012; AgRg no Ag 1036023/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 03/12/2010; REsp 808.446/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2006, DJ 23/10/2006, p. 312; REsp 197.622/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 332; AgRg no REsp 735.353/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 365).

A dispensa do ônus da prova do caso fortuito e de força maior, pela empresa, dentro do prazo de tolerância, contraria o art.6º, VIII, do CDC, que estabelece justamente o inverso, ou seja, a facilitação da defesa do consumidor, mediante a inversão do ônus da prova a seu favor e não em favor do fornecedor.

Ou seja, se a empresa atrasa na entrega da obra, por caso fortuito ou de força maior, cabe a ela, para poder deixar de arcar com as conseqüências deste atraso, comprovar a ocorrência do caso fortuito ou de força maior, assim como ocorre com relação ao consumidor, para poder se desonerar dos ônus de eventual atraso no pagamento de suas prestações.

Assim, quer porque a cláusula de tolerância estabelecida somente em favor da empresa viola o equilíbrio entre as partes e, por conseqüência, dispositivos do CDC; quer porque o estabelecimento de



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

um prazo único de entrega da obra é obrigação da empresa, devendo ela arcar com os riscos de sua atividade empresarial, evitando ofertas enganosas; quer porque a homologação do TAC poderia vir a prejudicar ou, no mínimo, complicar as ações civis públicas propostas e ainda em curso, antecipando o final de uma batalha que ainda está no início; quer porque a cláusula de tolerância desonera a empresa, de ter que arcar com o ônus da prova do caso fortuito ou de força maior, nos termos da jurisprudência consagrada do E.STJ, somos desfavoráveis à homologação do TAC, não obstante se compreenda que, efetivamente, se tenha procurado, por meio dele, diminuir o prejuízo hoje sofrido pelo consumidores, com o grave problema de atraso das obras.

Relativamente às multas fixadas no TAC, para se evitar o atraso da empresa, muito embora se reconheça a necessidade e utilidade de suas fixações, como requisito absolutamente necessário para se conseguir obter o equilíbrio entre as partes contratantes, já que em geral os contratos prevêm multas e penalidades somente contra o consumidor, o fato é que a previsão delas, no TAC ora submetido à apreciação do Conselho Superior, teve como pressuposto o reconhecimento da legitimidade da cláusula de tolerância, tanto que foram fixadas somente para após o seu final, de forma que a análise do TAC, sob este aspecto, restou prejudicada.

Mesmo porque, o TAC só foi aceito pelo SECOVI, em virtude de conter todas as cláusulas nele previstas, não nos cabendo, portanto, proceder à análise individualizada de qualquer de suas disposições.

Assim sendo, deixamos de concordar com a homologação do TAC ora submetido à apreciação



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Conselho Superior, deixando-se, no entanto, de especificar as providências a serem tomadas, uma vez que o Inquérito Civil instaurado em face da empresa Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário, não foi remetido a este Conselho Superior, encontrando-se em andamento na Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, tratando os presentes autos de autos suplementares formados a partir daquele Inquérito Civil, apenas para o fim de formalização do TAC, inexistindo, ademais, elementos suficientes, nestes autos, para vir a ser traçada uma nova estratégia de atuação funcional com relação à matéria "*sub judice*".

São Paulo, 18.06.2012

Assinatura manuscrita em tinta roxa de Dora Bussab.

DORA BUSSAB

Procuradora de Justiça Conselheira