



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
59ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA COMARCA DE NATAL
Av. Mal. Floriano Peixoto, 550, Centro- Natal/RN - CEP: 59.020-500 Fone/Fax: (0XX84) 3232-7171

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS CÍVEIS
NÃO ESPECIALIZADAS DA COMARCA DE NATAL/RN, A QUEM COUBER POR
DISTRIBUIÇÃO LEGAL,

CÓPIA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**, por intermédio da 59ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor da Comarca de Natal, Estado do Rio Grande do Norte, com endereço na Avenida Mal. Floriano Peixoto, 550, Centro - Natal/RN - CEP: 59.020-500, representada pelo seu Promotor de Justiça que ao final subscreve, vem, à presença de Vossa Excelência, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA
com pedido de antecipação de tutela

com fulcro nos artigos 129, inciso III da Constituição Federal; 82 da Lei nº 8.078/90; na Lei nº 7.347/85, e na Lei Orgânica do Ministério Público nº 141/96, em desfavor da **CAPUCHE SATELITE INCORPORAÇÕES LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.051.644/0001-58, na pessoa de seu representante legal, com sede na Rua Paulo Barros de Góis, 1840, Edifício Miguel Seabra Fagundes, Bairro Lagoa Nova, Natal/RN, CEP: 59064-460, pelos fatos e fundamentos doravante aduzidos:

I - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 129, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), estabelece, expressamente, que o Ministério Público tem legitimidade para a instauração de inquéritos e a propositura de ações civis públicas, com o objetivo de proteger o patrimônio público e social; o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, em consonância com o estatuído no artigo 127 da CF/88, que lhe incumbe de "defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis".

Seguindo a presente análise, faz-se relevante destacar que o artigo 82 da Lei nº 8.078/90 (CDC) confere a essa instituição legitimidade para defender interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (descritos no artigo 81, parágrafo único). Da mesma forma, a

Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) autoriza o *parquet* a intentar ação para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 1º, II).

Especificamente no que tange à definição dos conceitos de "interesses difusos e coletivos", o Código de Defesa do Consumidor cuida do assunto no inciso II do art. 81, assim mencionando:

Artigo 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:
(...)

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.(...).

Com efeito, vê-se delineado no art. 81, do CDC, a expressa conceituação das hipóteses fáticas relacionadas as demandas coletivas. Atrai a atenção para o caso ora versado a norma constante do inciso II do citado dispositivo legal, vez que contempla a categoria de consumidores ligados entre si a partir do vínculo contratual mantido com a Construtora Capuche, enquadrando-se, portanto, no preceito normativo apontado, in casu, "os *transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*".

Destarte, a tutela judicial presentemente almejada interessa indistintamente à totalidade dos consumidores que contrataram os serviços de cobertura de assistência médico-hospitalar da demandada.

Assim, a atuação do Ministério Público é legítima, face aos ditames inseridos na Constituição Federal e demais leis infraconstitucionais, apresentando como consectário o dever e a obrigação que tem o membro do *Parquet* de proteger e defender a sociedade de práticas abusivas que afrontam diretamente a legislação consumerista.

II. DOS FATOS

Trata-se, *in casu*, de Ação Civil Pública proposta em face de reclamação apurada no Inquérito Civil nº. 151/09- Z, em que o consumidor João Paulo Gomes de Souza relata ter adquirido um imóvel do empreendimento "Sun Gardens" junto à Construtora Capuche, ora demandada, o qual foi entregue em junho do ano de 2009 sem a expedição da documentação referente ao "Habite-se".

Narrou o Reclamante que o empreendimento entregue é composto por cerca de 240 (duzentos e quarenta) unidades autônomas e que a irregularidade supramencionada impede a obtenção de financiamento do imóvel junto às instituições bancárias. Ademais, relatou que a impossibilidade de quitação ou financiamento no momento da entrega implica em correção pelo índice IGPM e incidência de juros capitalizados de 1% ao mês sobre o saldo devedor.

A documentação juntada às fls. 05-07 demonstra a veracidade das informações prestadas pelo consumidor, conquanto confirma a incidência de juros e IGPM a partir da entrega do imóvel, embora desvincule o referido ato da expedição do "Habite-se", em claro afronte às

disposições legais aplicáveis à hipótese.

Instado a se pronunciar, o Grupo Empresarial Capuche informou **que a entrega do imóvel constitui o marco para a incidência do percentual de juros e correção pelo IGPM**, frisando que não há compromisso em relação à referida cobrança quando da expedição do “Habite-se”. **Em outras palavras, ratificou que a entrega do imóvel seria concretizada sem a providência em apreço** (fls. 16-17).

Às fls. 19-44 foi determinada a juntada de nova reclamação em face do Grupo CAPUCHE, dessa vez incluindo, além das irregularidades retro mencionadas, a imposição aos adquirentes do empreendimento “Residencial Caminho das Dunas” de pactuação de novo contrato para escolher entre duas formas de pagamento do saldo devedor do imóvel, quais sejam: com incidência do índice IGPM + 1% ou através de Tabela Price.

Em nova manifestação (fls. 47-48), a empresa demandada consignou que o novo contrato exigido visa permitir ao adquirente o regular trâmite de registro e aquisição do bem, segundo as exigências feitas pelo cartório imobiliário competente e pela Lei nº. 9.514/97. Quanto ao pagamento das despesas do cartório por parte do consumidor, foi esclarecido que há previsão contratual nesse sentido (cláusula 20). Sobre a utilização da Tabela Price nada foi dito.

À fl. 52, o Reclamante Márcio Farias registrou **que a maior parte dos problemas relatados haviam sido resolvidos, embora ainda subsistisse aquele referente à cobrança de juros e à entrega do imóvel sem o “Habite-se”**.

Solicitada a perícia contábil sobre os valores apresentados às fls. 38-41 (Residencial Caminho das Dunas – proprietário Sr. Márcio Farias), foi juntada simulação do valor do financiamento da quantia de R\$ 152.003,70, aplicando-se juros simples + IGPM (fls. 61-69) para fins de contraste com os valores calculados pela demandada com a incidência do índice IGPM, mais 1% (“forma de pagamento 1”), e com a Tabela Price (“forma de pagamento 2”). Segue tabela comparativa dos valores obtidos:

Forma de cálculo	Valor obtido
IGPM + 1% - juros composto	R\$ 323.039,85 (fls. 41-42)
Tabela Price	R\$ 289.691,62 (fls. 41-42)
Juros simples	R\$ 222. 271,21 (fl. 66)

Segundo a análise das tabelas constantes no laudo pericial contábil de fls. 61-69, vislumbra-se que a empresa demandada aplicou em suas opções de pagamento as formas de atualização monetária com juros compostos (“forma de pagamento 1”) e com base na Tabela Price (“forma de pagamento 2”). Tais formas de pagamentos só são permitidas para instituições financeiras devidamente autorizadas para funcionamento pelo Banco Central.

No mais, é curial ressaltar que a comprovação de que as ocorrências apontadas não se restringem a um fato isolado conduz à conclusão de que a empresa Capuche Satélite Incorporações Ltda. adota procedimento semelhante em relação a todos os seus empreendimentos, motivo pelo qual as medidas e pedidos requeridos na ação ora proposta também alcançam os direitos e interesses dos consumidores que adquiriram unidades autônomas em outras obras da Capuche.

Necessário se faz ressaltar, ainda, que além da abusividade praticada pela Construtora Capuche referente aos fatos supramencionados, após uma análise minuciosa do contrato celebrado com o consumidor, foram constatadas diversas abusividades tais como: cobrança de juros de mora fixados no dobro da taxa SELIC, disposta na cláusula 5; a rescisão do contrato, em caso de inadimplência pelo comprador de 03 (três) parcelas, quaisquer que sejam, consecutivas ou não, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, sem dispor sobre o envio de notificação pelo vendedor, na cláusula 7; a cláusula 9, que estabelece, em caso de atraso na entrega do imóvel por parte da Construtora, o pagamento mensal ao consumidor no valor de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor efetivamente pago, até a data da entrega da unidade imobiliária, não excedendo, em qualquer hipótese, no prazo máximo de apenas 6 (seis) meses; cláusula 9.5, que estabelece, em caso de desistência contratual, a restituição, por parte da Construtora, do valor pago ao comprador, com exceção do sinal e de forma parcelada; ausência do termo "Com Habite-se", como requisito para o recebimento da unidade imobiliária, disposto na cláusula 9.8; a ausência da especificação referente ao tipo de juros cobrados ao consumidor, na cláusula 10; cláusula 17.a.1, que dispõe, também, conforme já suso referido, acerca da retenção integral do valor do sinal, em caso de rescisão contratual; de igual forma, a disposição contida na cláusula 17.a.2 e 17.b.1, que obriga a restituição ao comprador de apenas 70% (setenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, e, ainda, de forma parcelada; a cobrança de taxa de cessão, decorrente da promessa de compra e venda a terceiros, calculada no valor de um salário mínimo vigente na época do evento, nos termos da cláusula 18.2; cláusula 25, na qual é estabelecido um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da entrega do imóvel, como garantia, em relação a qualquer defeito e/ou vício, oculto ou aparente; a instituição da cláusula penal nº 27, fixada no percentual de 10% (dez por cento);

Diante do exposto, considerando a lesividade das condutas perpetradas pela empresa demandada, e primando este Órgão Ministerial pela defesa dos interesses coletivos, principalmente no que pertine aos direitos consumeristas, interpõe-se a presente Ação Civil Pública, embasada nas provas colhidas e nos argumentos fáticos e jurídicos que passo a expor.

III. DO MÉRITO

III.1. Da entrega dos imóveis sem a expedição do "Habite-se": descumprimento contratual por parte da empresa Demandada – Ofensa aos direitos consumeristas.

De acordo com o narrado pelos Reclamantes João Paulo Gomes de Souza e Márcio Bezerra de Farias nos autos do Inquérito Civil nº. 151/09 Z (em anexo), os empreendimentos Sun Gardens e Caminho das Dunas foram entregues sem a prévia expedição do "Habite-se", informações estas confirmadas por meio das provas coligidas aos autos, as quais atestam a precedência da entrega dos imóveis em relação ao atendimento das normas técnicas e de segurança aplicáveis:

(...)O contrato celebrado entre Vossa Senhoria e a CAPUCHE SATÉLITE INCORPORAÇÕES LTDA estabelece claramente que a incidência de juros remuneratórios sobre o saldo se dá a partir da "entrega da unidade imobiliária"(...) não sendo feita qualquer referência à sua incidência a partir do "habite-se". Desta forma, tendo sido a unidade entregue, passa a incidir sobre o saldo devedor os juros remuneratórios de 1%(...). (e-mail enviado pela Demandada – fl.05).

(...) Em breve síntese, a presente reclamação trata do não reconhecimento pelo reclamante da conclusão da obra, uma vez que não está "regular" por não ter o "habite-se". Desta forma, pretende o reclamante esquivar-se do cumprimento regular do contrato através do não pagamento dos juros remuneratórios de 1% ao mês, incidentes sobre o saldo devedor, a partir da entrega da unidade. Primeiramente, esclarece a reclamada que inexistente qualquer impedimento legal quanto à entrega e ocupação do imóvel adquirido pelo Reclamante. A reclamada, incorporadora imobiliária e construtora com vasto histórico de inequívoco cumprimento de suas obrigações legais e contratuais, sempre atendeu às prescrições que lhe foram impostas. (informações prestadas pela Demandada às fls. 16- 17 do Inquérito).

Sobre a importância da documentação referente ao "Habite-se", vale citar as palavras de Aline Vieira, a qual detalha o procedimento e a função do documento em apreço:

A palavra habitar, segundo definições expressas em dicionários de Língua Portuguesa, significa ocupar, residir, tornar habitado, habitável. Provavelmente por seu sentido, uma variação da palavra foi escolhida para nomear importante documento que atesta a legalidade da construção de um imóvel, comprovando que o mesmo foi edificado seguindo-se as exigências impostas pela legislação local. Habite-se. O nome pode parecer estranho para um documento, mas se levarmos em consideração o que ele representa em uma transação imobiliária faz muito sentido. Emitida pela prefeitura, a certidão do Habite-se possui grande importância na hora de ratificar que seu imóvel foi legalmente construído e demonstrar sua existência do ponto de vista jurídico. Na prática, se tem Habite-se, pode alugar ou comprar sem medo de interdições e processos, afinal, o projeto inicialmente aprovado pela prefeitura foi seguido à risca, fato que facilita também futuros investimentos e transações com o imóvel. Funciona da seguinte forma: Antes da construção, o projeto deve ser apresentado e aprovado pela prefeitura, que, atestando a legalidade do diagrama, libera o documento de autorização ao início dos serviços, o alvará. Quando a obra atinge determinado nível – exigido pelo órgão competente para a expedição do Habite-se – o proprietário deve solicitá-lo, o qual somente será liberado mediante vistoria no imóvel para constatar se o que foi construído retrata o projeto acatado. As regras em todo o país observam princípios e requisitos básicos, podendo, contudo, cada município apresentar variações nas exigências para sua expedição. É importante saber que a Certidão do Habite-se não atesta segurança e qualidade da obra. Seu papel é provar que a construção está de acordo com o projeto. Atenção! Imóveis que não têm a certidão do habite-se perdem o valor na hora da venda, pois estão na condição de irregulares perante a prefeitura. Entidades que financiam a compra de imóveis exigem a certidão para que o empréstimo seja concedido. Estabelecimentos comerciais que não possuem a certidão do habite-se, não recebem alvará definitivo para funcionamento legal, tornando difícil a venda ou aluguel dos mesmos. A averbação do imóvel no Registro Geral de Imóveis, também só

poderá ser efetuada, mediante apresentação dessa indispensável certidão. (Disponível em <http://news.redemorar.com.br/?p=2015>. Acesso em 04 de julho de 2011). (Grifos nossos).

Assim, não cumpridas as determinações legais a respeito da documentação do “Habite-se” exigida pela Administração Pública local, torna-se manifesto o prejuízo do adquirente do imóvel, o qual se vê privado da possibilidade de adquirir financiamentos em face da irregularidade do bem, além de se ver desprotegido em virtude de possíveis desconformidades técnicas, as quais podem ocasionar, inclusive, intervenções judiciais em seu desfavor.

Vê-se, a propósito, que a conduta perpetrada pela Construtora Capuche afronta a legislação aplicável, conforme se depreende da Lei Complementar nº. 55 de 27 de janeiro de 2004, a qual institui o Código de Obras e Edificações do Município de Natal/RN e dá outras providências, proibindo, especialmente em seu art. 38, a habitação, ocupação ou utilização dos imóveis antes da expedição do Habite-se:

Seção III

Da expedição da certidão de características e habite-se

Art. 38 - O imóvel, qualquer que seja a sua destinação, só pode ser habitado, ocupado ou utilizado após a expedição da Certidão de Características e do Habite-se, devendo para tanto:

I – estar, a construção, completamente concluída;

II – haver a comprovação de que a obra executada tenha observado o projeto aprovado;

III – estar concluída, a calçada em todas as testadas, quando for o caso, e identificada, em local visível, a numeração do imóvel.

Parágrafo único - Fica condicionada a concessão do Habite-se ao plantio, de um espécime vegetal nativo, conforme orientação do órgão municipal competente, aqueles imóveis cuja calçada tiverem largura maior que dois metros e cinquenta centímetros (2.50m).

Art. 39 - A Certidão de Características e o Habite-se devem ser solicitados ao órgão municipal de licenciamento e controle, anexando ao requerimento a cópia do Alvará correspondente.

Art. 40 - Na hipótese da obra haver sido executada em desacordo com o projeto aprovado, pode o interessado solicitar sua legalização, desde que esta possa ser compatibilizada com os dispositivos desta Lei e com as demais normas da legislação em vigor.

Parágrafo único. Para os fins do previsto no *caput* do artigo, deve o interessado requerer a legalização, juntando uma cópia do projeto aprovado, indicando, desde logo, as modificações executadas e sujeitas à aprovação, além do Alvará expedido.

Art. 41 - As empresas concessionárias de serviços públicos, responsáveis pelo fornecimento de água e energia elétrica, só podem efetuar a ligação definitiva das novas edificações mediante a apresentação da Certidão de Características ou do Habite-se. (Grifos nossos).

Assim, em tendo sido entregues as unidades autônomas dos empreendimentos Sun Gardens e Caminho das Dunas em junho de 2009 e janeiro de 2010, respectivamente, conforme atestam as declarações de fl. 03 e a documentação emitida pela Demandada e enviada aos seus

clientes (fls. 76-77 e 79), torna-se evidente que os imóveis foram ocupados antes da data de expedição do Habite-se, a qual só veio a ocorrer em 17/09/2010 (fls. 80-87) no caso do segundo empreendimento. Quanto aos imóveis pertencentes ao Sun Garden, urge ressaltar que até o presente momento a referida regularização não foi providenciada (vide termo de declarações de fl.75, tomado em 08/07/2011).

Mas não é só. Com o seu agir, a Demandada também infringe diversas normas consumeristas, a exemplo do disposto no art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, o qual elenca, como direito básico do consumidor, a proteção contra práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços, e no art. 39, inciso VIII, do mesmo diploma legal, que claramente veda ao fornecedor de produtos e serviços colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, como sói ocorrer no caso concreto.

Portanto, constatada a inobservância de norma municipal a respeito da obrigatoriedade de expedição do Habite-se antes da habitação, ocupação ou utilização do imóvel, consoante os termos do art. 38, caput, da Lei Complementar nº. 55/04, fica evidenciada a prática abusiva perpetrada pela empresa Demandada.

No mais, urge transcrever aresto proveniente do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria debatida, em que é ressaltada a gravidade da ocupação do imóvel sem a providência do Habite-se, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. ALVARÁS DE LOCALIZAÇÃO E DE FUNCIONAMENTO. POSSIBILIDADE DE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS. – O funcionamento de estabelecimentos comerciais em edificações irregulares, sem alvarás de construção e sem habite-se, pode acarretar dano grave à ordem e à segurança públicas. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg na SLS 1.066/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2009, DJe 18/12/2009). (Grifos nossos).

Na mesma esteira, o Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte já emitiu posicionamento sobre a questão e posicionou-se pela impossibilidade do uso e ocupação do imóvel sem o referido Habite-se. De acordo com a decisão abaixo transcrita, da lavra do eminente Desembargador Vivaldo Pinheiro, ficou determinada, por unanimidade de votos, a suspensão do pagamento das parcelas pagas pelo imóvel, bem como o pagamento da taxa condominial e das despesas com IPTU, as quais foram imputadas à Construtora Agravada, responsável pela documentação em comento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. ENTREGA DAS CHAVES SEM A CONCLUSÃO DA OBRA E DESPROVIDO DE HABITE-SE. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS PAGAS PELO IMÓVEL ADQUIRIDO JUNTO À CONSTRUTORA RÉ, BEM COMO O PAGAMENTO DA TAXA CONDOMINIAL E AS DESPESAS COM IPTU, DEVENDO ESTES

SEREM ARCADOS PELA AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (TJRN, Agravo de Instrumento com suspensividade nº. 2011.000366-0, Rel. Des. Vivaldo Pinheiro, 3ª Câmara Cível, julgado em 29/03/11). (Grifos nossos).

Verifica-se, ademais, que o caso vertente guarda similaridade com a hipótese trazida à lume, conforme se extrai do seguinte trecho retirado do voto de lavra do relator Des. Vivaldo Pinheiro, vejamos:

(...) Ressalta-se que como a Construtora não finalizou a obra, nem cuidou de expedir o competente "habite-se", impossibilita que a agravada efetue o financiamento bancário do saldo devedor. Sendo assim, entendo ser razoável o pedido de suspensão do pagamento das parcelas pagas pelo imóvel adquirido junto à Construtora Ré, bem como o condomínio e as despesas com IPTU, visto não poder ainda exercer a posse efetiva do imóvel nem os poderes inerentes ao direito de propriedade. Além do mais, segundo o Superior Tribunal de Justiça – STJ, somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda. (REsp 660.229/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 14/03/2005, p. 378).(...).

Ainda sobre o Habite-se, salutares são também as demais ponderações contidas no corpo do acórdão retro mencionado:

Resta imperioso salientar que, a concessão do Habite-se pressupõe a análise prévia de viabilidade técnica, para averiguar se a obra preenche as especificações contidas no projeto encaminhado à Administração Pública. Ora, a falta deste título público representativo da regularidade e de segurança da construção, não raro, pressuposto para financiamento e comercialização de um imóvel, representa, sim, atraso na conclusão da obra, especificamente nos casos em que a negativa ou a ausência se deu por culpa da Construtora Agravada, como se evidencia no caso concreto. Conclui-se, portanto, que o comprador de imóvel tem o direito de receber o bem em perfeito estado, com instalações conformes aos padrões técnicos da Engenharia e às exigências da Administração Pública, sob pena de frustração da expectativa e da boa-fé depositadas no negócio. Sendo assim, a recusa ou a ausência da autorização de "Habite-se" por culpa da Construtora evidencia a irregularidade da construção, a inviabilizar o pleno exercício do direito de propriedade, configura inadimplemento. (Grifos nossos).

Face ao exposto, imperioso ressaltar a importante consequência da inexistência da providência da documentação referente ao Habite-se, haja vista que a não observância dessa formalidade induz à conclusão de irregularidade da obra, o que constitui óbice ao pleno exercício do

direito da propriedade e implica em inadimplemento contratual da Demandada.

A questão do inadimplemento contratual nos remete à persecução de sua compreensão dentro da seara consumerista, de forma a melhor compreender o referido fenômeno. Com efeito, aqui também tem lugar a aplicação do Princípio da *Exceptio Nom Adimplenti Contractus*, contemplado no Código Civil vigente no art. 476, o qual assim se apresenta:

Art. 476 CC: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Sobre o referido Princípio, explica Sílvio de Salvo Venosa¹ que “*nos contratos bilaterais cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro contratante perfaça a sua*”.

Destarte, em não havendo cumprimento integral de suas obrigações por parte da Capuche Satélite Incorporações Ltda. é perfeitamente lícito que os proprietários/consumidores sejam, pelo menos provisoriamente, desincumbidos do ônus advindo dos contratos firmados com a empresa Capuche para aquisição de unidades imobiliárias em seus empreendimentos, a exemplo do pagamento das parcelas, taxa condominial e IPTU.

Nesse desiderato, veja-se que a ausência de previsão expressa no contrato acerca da responsabilidade da empresa Demandada em arcar com o ônus referente à expedição do Habite-se não a exime de tal incumbência, máxime quando considerada a inexistência de qualquer cláusula que obrigue o consumidor a tanto (arts. 46 e 47 do CDC).

Na mesma linha, é preciso obter temperar que o art. 24 do CDC vaticina que “*a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor*”. O dispositivo em apreço molda-se à situação analisada, em que há a obrigação de entrega do imóvel construído pela empresa Demandada em total estado de adequação para uso e gozo, o que não ocorre senão quando da regular expedição do Habite-se.

Ora, não há como afirmar que o imóvel, leia-se: produto, está adequado quando não houve aferição de sua conformidade aos padrões técnicos de engenharia, certeza que só poderá ser obtida através da documentação competente.

Sobre o assunto alusivo à dispensa de termo expresso sobre a garantia legal de adequação, segue o escólio de Cláudia Marques, Antônio Benjamin e Bruno Miragem¹:

(...) O sistema do CDC introduz no ordenamento brasileiro uma garantia legal, imperativa, de adequação do produto. Tal garantia impede que se estipulem cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou mesmo atenuem as obrigações pelos vícios de inadequações, dispostos nos arts. 18 a 23. A garantia de adequação do produto é um verdadeiro ônus natural para toda a cadeia de produtores; a adequação do produto nasce com a atividade de produzir, de fabricar, de criar, de distribuir, de vender o produto. No

¹ *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2002, 2 ed. p. 394.

¹ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 354-355.

sistema do CDC, a garantia de adequação é mais do que a garantia de vícios redibitórios, é garantia implícita do produto, garantia de sua funcionalidade, de sua adequação, garantia que atingirá tanto o fornecedor direto como os outros fornecedores da cadeia de produção. Defendemos aqui uma garantia inerente ao produto (ob rem), em alguns aspectos semelhante à desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, a implied warranty, mas que, no sistema do CDC, adviria da atividade objetiva dos fornecedores (por isso solidários, pelo art. 18) e não só de fundo contratual. Garantia funcional de que o produto será adequado ao seu fim toda vez que ele (fornecedor) participa do processo produtivo. (...). O fim último da garantia de adequação instituída pelo CDC é o reequilíbrio da relação de consumo, especialmente da contratual, pois a garantia concentra-se no objeto do contrato, na sua prestação principal, que é o produto ou o serviço adequado ao fim que se destina. Assim, diferentemente do sistema de vício por insegurança, que visa ressarcir os danos sofridos pelo consumidor, a garantia no vício por inadequação visa satisfazer os interesses deste, forçando o cumprimento perfeito da prestação (conserto, art. 18, §1º, ou substituição do produto, art. 18, §1º, I), ou o reequilíbrio entre as prestações efetuadas (abatimento proporcional do preço, art. 18, §1º, III) ou evitar maiores danos ao consumidor e ressarcir os eventualmente já sofridos (através da rescisão contratual, devolução da quantia paga e eventuais perdas e danos, art. 18, §1º, II).(...). O fundamento, a origem primeira da garantia legal de adequação não é o contrato de consumo, mas a produção para o consumo, isto é, a participação do fornecedor na cadeia de produção de bens destinados ao consumidor e a confiança que qualquer produto colocado no mercado desperta legitimamente no consumidor, um dever legal, um novo ônus, com base na obrigatória boa-fé do fornecedor no mercado. Seria uma garantia implícita (no sentido literal de implied warranty), garantia natural do produto, garantia que o acompanharia desde o seu nascimento, sua fabricação, mas que só poderia ser utilizada pelo consumidor; portanto, só após o contrato de consumo. Esta idéia de garantia como elemento do próprio produto poderia explicar porque todos os fornecedores são responsáveis por ela, e não só aquele que contratou com o consumidor. A garantia, então, acompanharia o produto quando este fosse transmitido a sucessivos consumidores, durante a vida útil do bem (...). Teria assim o CDC instituído não só uma garantia de funcionamento do produto, mas uma garantia até certo ponto de durabilidade. (Grifos nossos).

Na mesma estirpe, segue lição de Rafael Peteffi da Silva sobre a situação peculiar do contrato consumerista, contida em sua obra "Teoria do Adimplemento e modalidades de inadimplemento atualizado pelo o Novo Código Civil"²:

(...)A legitimidade das expectativas do credor será critério utilizado pelo juiz quando, na concretização do princípio da boa-fé, exigir a

² Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rafael_Peteffi_da_Silva/Teoriaadimplemento.pdf. Acesso em 11 de julho de 2011.

atenção dos deveres anexos de conduta, mesmo que não expressamente incluídos no instrumento contratual ou contemplados em alguma norma casuística. Do mesmo modo, ainda na tarefa de concretizar o princípio da boa-fé objetiva, o juiz poderá limitar o exercício de posições jurídicas quando estes se configurem abusivos, mesmo que expressamente dispostos no contrato.(...). (Grifos nossos).

Logo, é patente que a aquisição de um imóvel desperta no adquirente a expectativa de que o bem em referência poderá, dentro os limites impostos pela ordem jurídica, ser utilizado plenamente, sem a obstaculização causada pela ausência de observância de normas legais e técnicas inerentes ao fornecedor. O fato da obra não estar adequada tecnicamente à habitação constitui, pois, quebra do Princípio da Boa-fé, o que acarreta prejuízos ao consumidor, o qual vê tolhido o seu direito de propriedade e de segurança.

Nesse ponto, importante e oportuno ressaltar que além de impedir a obtenção de financiamento bancário para pagamento da unidade imobiliária, a ausência de Habite-se também implica em falta de garantia de segurança do bem. Explica-se: é que embora a finalidade da documentação em apreço esteja voltada à adequação técnica da obra, tal providência também atesta, conseqüentemente, a segurança do empreendimento, haja vista que a fiel observância dos projetos inicialmente aprovados traduz-se em segurança para o adquirente do imóvel, vez que o Poder Público faz inspeção em toda a estrutura e verifica a adequação da obra ao projeto originariamente aprovado, implicando, ao final, em segurança para o consumidor.

De acordo com a documentação inserta nos autos, a documentação referente ao HABITE-SE só foi providenciada e apresentada após a entrega e habitação das unidades. Com relação ao condomínio Sun Gardens inexistente nos autos providência de regularização do empreendimento quanto ao Habite-se. Assim, o período de inadimplemento contratual nas duas hipóteses é diverso, por consectário, exige-se conseqüências jurídicas diferenciadas.

Infere-se, portanto, nos termos dos argumentos expostos no Agravo de Instrumento com Suspensividade nº. 2011.000366-0 – TJRN, que o descumprimento contratual por parte da Demandada e a aplicação do Princípio da Exceção do Contrato Não Cumprido resultam na possibilidade de suspensão do pagamento das parcelas do imóvel, da taxa condominial e das despesas com IPTU. Assim, tais medidas devem ser aplicadas da seguinte forma:

a) Em relação aos empreendimentos que já possuam o Habite-se, mas entregues de forma irregular, devem ser providenciadas as restituições, devidamente atualizadas, dos valores pagos a título de IPTU e taxa condominial durante o período em que o imóvel estava irregular (da entrega até a data da expedição do Habite-se). Quanto às parcelas do imóvel pagas na citada época, deve-se continuar aplicando o INCC ou o índice fixado no contrato até a entrega do imóvel com habite-se. Após a entrega, devidamente regularizada, é que empresa poderá ofertar ao consumidor a possibilidade de financiamento pela própria construtora. Neste caso, a empresa só poderá cobrar juros simples, não sendo permitido o uso da tabela price ou outra forma de cálculo que resulte em juros compostos.

b) Quanto aos empreendimentos que até o momento não encontram-se regularizados, além de providenciada a documentação do Habite-se, deve ser determinada a imediata suspensão do pagamento da taxa condominial e do IPTU,

devendo tais parcelas serem imputadas à empresa Demandada. No que tange aos pagamentos pretéritos das parcelas e taxas mencionadas já realizados pelos proprietários, devem as mesmas ser restituídas na forma do mencionado na letra "a" acima. Até a entrega, com habite-se, a correção deve ser feita pelo INCC. Após a entrega IGPM e juros simples.

c-) Ficando comprovado atraso na entrega do empreendimento, a multa aplicada deve ser a mesma imposta aos consumidores, nos termos da legislação vigente. (correção monetária, juros de mora de 1% e multa de mora de 2%);

Aliás, a observação supracitada deve ser aplicada em relação a todos os empreendimentos construídos e lançados pela empresa Demandada nesta Capital, considerando que a presente Ação Civil Pública também visa impedir que a prática ilícita ora evidenciada se repita futuramente.

III.2. Da impossibilidade de cobrança de juros a contar da entrega do imóvel em face da irregularidade do ato em questão

Da vasta argumentação acerca da irregularidade na entrega de vários empreendimentos da Construtora demandada, consubstanciada na ausência do Habite-se, o que enseja o inadimplemento contratual por parte da empresa e não do adquirente, verifica-se a impossibilidade da cobrança de juros a partir do marco temporal representado pela entrega do imóvel de forma irregular, em desacordo com a legislação.

Com efeito, narraram os consumidores João Paulo Gomes de Souza e Márcio Bezerra de Farias que passaram a ser cobrados juros no percentual de 1% a partir da entrega das suas unidades, embora ainda não tomadas todas as providências necessárias à regularização perante os órgãos competentes. Tais alegações foram confirmadas pela Capuche às fls. 05-07, 16-17, 47-48, e comprovadas pelos instrumentos de contratos de fls. 08-09 e 21-33, cujas Cláusulas 6 e 10, respectivamente, se apresentam:

6. Condições de Pagamento [tabela]:

Parcelas/Mensal

Complemento: Juros remuneratórios (após entrega das chaves): 1% (um por cento) sobre o saldo devedor

Cláusula 10- Juros Remuneratórios após o recebimento da unidade imobiliária: Na hipótese de o (a) COMPRADOR(A) receber a unidade imobiliária antes da quitação do valor previsto no ITEM 5 do QUADRO RESUMO, todas as parcelas vincendas serão apuradas pelo resultado do saldo devedor atualizado nos termos do *caput* da cláusula 6, acrescido dos juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas.

O que se percebe, todavia, é que, em virtude do inadimplemento contratual apontado, há espaço para aplicação do Princípio da Exceção do Contrato Não Cumprido, o que implica dizer que o consumidor pode suspender o cumprimento de suas obrigações frente à Construtora demandada enquanto não verificado o adimplemento por parte desta.

Assim, embora os imóveis tenham sido entregues aos proprietários, não é razoável e

nem possível que seja exigido dos mesmos o pagamento de juros a contar da entrega das chaves, uma vez que o referido ato foi irregular. Se a entrega só poderia se efetivar com o Habite-se, a sua realização sem a formalidade exigida não pode ser considerada ato perfeito e acabado, apto a configurar o cumprimento da obrigação que cabia à demandada por força do contrato.

Logo, a presente ação tem por escopo, também, a suspensão da exigência de juros remuneratórios cobrados antes da entrega do imóvel sem o habite-se. Com relação aos consumidores que já receberam seus imóveis e estão arcando com tais despesas, pugna-se pela devolução dos valores já pagos, na forma do art. 42, parágrafo único do CDC, o mesmo sendo feito em relação aos imóveis que foram entregues sem o Habite-se, mas que já foram regularizados, devendo a devolução ser calculada com base no período que compreende a entrega irregular e a efetiva expedição da documentação ora mencionada.

III.3. Da cobrança de juros compostos e da aplicação da Tabela Price: ilegalidade.

Consoante se depreende da documentação acostada no Inquérito Civil nº. 151/09 – Z (anexo), a empresa demandada propõe o pagamento das unidades imobiliárias adquiridas pelos consumidores de duas maneiras, a saber: com a aplicação da Tabela Price ou do índice IGPM + 1% (fls. 36-4).

A documentação fornecida pela construtora ao consumidor Márcio Bezerra de Farias (fls. 39-41) demonstra que o saldo devedor inicial de R\$ 152.003,70 salta para absurdos R\$ 323.039,85, quando da aplicação do índice IGPM + 1% (forma de pagamento 1), e R\$ 289.691,62, diante da utilização da Tabela Price (forma de pagamento 2).

Requerida a perícia contábil dos valores apresentados (fl. 54), além de realizada simulação com a aplicação de juros simples, também foi averiguada a metodologia dos cálculos realizados pela Demandada (fls. 61-69).

Segundo apontou o perito nomeado, na aplicação dos juros simples “(...) a taxa de juros é aplicada sobre o principal (valor emprestado) de forma linear, ou seja, não considera que o saldo da dívida aumenta ou diminui conforme o passar do tempo (...)” (fl.62), já em relação ao juros composto “ (...) os juros de cada período são somados ao capital para o cálculo de novos juros nos períodos seguintes. Nesse caso, o valor da dívida é sempre corrigido e a taxa de juros é calculada sobre esse valor (...)” (fl. 63). Constatou, ademais, que na “forma de pagamento 1”, correspondente aos valores calculados com base no índice IGPM + 1%, há atualização através de juros compostos (fl. 63).

Outros conceitos de suma importância para o deslinde do debate referem-se à prática do Anatocismo e à capitalização dos juros. Para melhor elucidação, fazemos uso das palavras do economista José Jorge Meschiatti Nogueira³, o qual assim expõe:

(...) É importante destacar que, na disciplina Matemática Financeira, a Capitalização de Juro significa a provocação dos mesmos efeitos do *juro sobre juro* pela aplicação do Juro Composto. Tal prática em Direito é chamada de anatocismo, palavra universal de etimologia grega, com relação de sinonímia com Juro Composto, um termo mais moderno, mas que não perde sua essência (...).

3 Tabela Price – Mitos e Paradigmas. São Paulo: Millennium, 2008, 2 ed., p. 18-19.

Ao analisar profundamente a obra de Richard Price, criador do sistema de amortização conhecido por "Tabela Price", o ilustre autor⁴ arremata consignando que

(...) Se ainda existirem dúvidas quanto à Capitalização de Juro Composto, via Tabela Price, a obra do seu criador termina de vez com a polêmica da questão, pois o próprio Richard Price escreve, de forma claríssima em seu livro, aliás, utilizado por mim incisivamente como instrumento de confissão, que suas *tabelas* são de Juro Composto. Logo, diante de tais provas, ninguém poderá dizer que a Tabela Price não possui o componente ilegal do Juro Composto, sinônimo de anatocismo, sob pena de contrariar o autor dos escritos. (...) (Grifos no original).

Percebe-se, pois, que a mesma prática é adotada pela Construtora Capuche nas duas formas de pagamento disponibilizadas ao consumidor (IGPM+1% e Tabela Price), uma vez que em ambas há aplicação de juros compostos, prática que se revela ilegal.

O laudo contábil requerido pelo Ministério Público apresentou o valor de R\$ 222.271,21 como resultado da atualização do saldo devedor de R\$ 152.003,70 por meio da aplicação de juros simples, demonstrando matematicamente a abusividade na cobrança realizada nos moldes eleitos pela Construtora Capuche. Segue tabela demonstrando numericamente o acréscimo no saldo devedor ocasionado por cada uma das formas de pagamento já mencionadas, devendo ser ressaltado que o cobrado a título de juros compostos na aplicação do IGPM + 1% chega, inclusive, a superar o quantum devido originalmente:

Forma de pagamento	Valor total	Total Juros
IGPM + 1%*	R\$ 323.039,85	R\$ 171.036,15
Tabela Price*	R\$ 289.691,62	R\$ 137.687,92
Juros Simples	R\$ 222.271,21	R\$ 70.267,51

* Valores obtidos a partir da tabela apresentada pela Construtora Capuche às fls. 40-41 do Inquérito em anexo.

Sobre a matéria, o Decreto nº. 22.626/33 cuidou de regular a capitalização de juros, permitindo sua prática apenas com periodicidade anual, conforme expressam os arts. 4º e 11 do diploma:

Art. 4º: é proibido contar juros dos juros. Esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Art.11: O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.

Fábio Konder Comparato⁵ expressa forte opinião a respeito da Lei da Usura, nomenclatura atribuída ao Decreto nº. 22.626/33, consignando que "A lei de usura, de 1933,

4 Ob. cit. p. 56.

5 Apud CANATO, Mônica Aparecida. Contratos do sistema financeiro da habitação: a onerosidade anti-social. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Coord. Cláudia Lima Marques. São paulo: Ed. RT, 2007, p. 331-332.

- *permanece em pleno vigor, e suas disposições não podem deixar de ser aplicadas, seja qual for o tipo de contrato ou a qualidade dos contratantes; não obstante a flagrante inadequação das normas legais às condições de vida econômica do país, nos últimos 40 anos, não compete ao magistrado sancionar o descumprimento da lei, a pretexto de desuso(...)*”.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editaram as Súmulas nº. 121/63 e 93/93, respectivamente, as quais são substanciais para compreensão do assunto:

Súmula nº. 121, STF: Capitalização de Juros - Convenção Expressa - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Súmula nº. 93, STJ: Cédulas de Crédito Rural, Comercial e Industrial - Pacto de Capitalização de Juros - A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.

A regra geral vigente é, portanto, no sentido de não ser admitida a capitalização de juros, em qualquer periodicidade, na esteira do entendimento sumulado pelo Pretório Excelso. As exceções ficam a cargo de legislação específica e da jurisprudência consolidada, a exemplo da Súmula nº 93, STJ e da dicção do art. 5º, caput, da Medida Provisória nº. 2.170-36, de 23 agosto de 2001, publicada no D.O.U em 24 de agosto de 2001, o qual vaticina, no mesmo sentido do anteriormente previsto na Medida Provisória nº. 2.170-35, que *“nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”*.

A respeito da permissividade de aplicação de capitalização de juros em relação à instituições financeiras pertencentes ao Sistema Financeiro de Habitação, as quais já admitiam a prática com periodicidade anual desde a edição do Decreto nº. 22.626, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CONTRATO BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ABERTURA DE CRÉDITO. EMPRÉSTIMO PESSOAL. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. 1. Tratando-se de operação bancária feita a cliente na qualidade de destinatário final, incide, no caso, o teor da Súmula 297 desta Corte: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". 2. No que respeita à capitalização mensal de juros, ela é legal em contratos bancários celebrados posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, desde que expressamente pactuada. No tocante aos contratos anteriores, a jurisprudência desta Corte a admite em periodicidade não inferior à anual, nos termos do Decreto 22.626/33, art. 4º. 3. Legal a cobrança da comissão de permanência na fase de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual e juros moratórios (Súmulas 30 e 294/STJ). 4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento. (AgRg no REsp 631.555/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL

GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL E CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MORA. ENCARGOS INCIDENTES APÓS A INADIMPLÊNCIA. 1.- As notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69) que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura). 2.- O acolhimento da pretensão recursal para que se conclua no sentido de que houve contratação em taxas superiores a 12% ao ano, nas Cédulas firmadas pelas partes, demandaria o reexame das provas dos autos, bem como a interpretação das cláusulas dos ajustes celebrados pelas partes, obstando a admissibilidade do especial as Súmulas 5 e 7 do STJ, sendo certo que esta Corte, no julgamento do Recurso Especial, considera os fatos tais como delineados pelo Acórdão recorrido. 3.- Permite-se a capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00) e que pactuada. 4.- Nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária. 5.- É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência nos contratos bancários, à taxa de mercado, desde que (i) pactuada, (ii) cobrada de forma exclusiva - ou seja, não cumulada com outros encargos moratórios, remuneratórios ou correção monetária - e (iii) que não supere a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada para a vigência do contrato; juros de mora; e multa contratual. 6.- Quanto à mora do devedor, a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 22/10/2008, pelo rito dos Recursos Repetitivos, DJe 10/03/2009, consolidou o entendimento de que a sua descaracterização dá-se apenas no caso de cobrança de encargos ilegais no período da normalidade. 7 - Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1159158/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011). (Grifos nossos).

À guisa de demonstração, segue acórdão do STJ sobre a total inaplicabilidade de juros capitalizados nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, situação que não se enquadra nas exceções acima relatadas:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO E COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. 1- Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, alterar as conclusões a que chegou o tribunal de origem acerca da capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força dos enunciados sumular n. 7/STJ. Precedente julgado sob o rito de recursos repetitivos. 2 - Legítima a cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial quando expressamente previsto no contrato de financiamento entabulado. Reconhecimento da ausência da contratação do CES pelo Tribunal de origem. Impossibilidade de alteração das conclusões (enunciados sumulares n. 5 e 7/STJ). Afastamento que se mantém. 3 - Argumentos constantes no agravo que não infirmam as conclusões manifestadas na decisão monocrática. 4 - Manifesta improcedência do recurso a fazer aplicada a multa constante no §2º do art. 557 do CPC. 4 - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (AgRg no REsp 949.150/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 27/06/2011). (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. JULGAMENTO DO RECURSO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE NÃO ACOLHIDAS PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NÃO ADMITIDA. CARTEIRA HIPOTECÁRIA NÃO CONFIGURADA. I - Ao contrário do que sustentado pela Agravante, as razões do Recurso Especial apontam explicitamente o dispositivo de lei federal que teria sido violado pelo Acórdão recorrido, tendo sido demonstrada, ademais, de forma articulada as razões da irresignação. De outra parte, aberta a passagem do especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, fica prejudicada a discussão respeito da correta demonstração do dissídio jurisprudencial. II - O artigo 557 do Código de Processo Civil tem sido utilizado diuturnamente para decidir os recursos interpostos perante esta Corte. É de se afirmar, portanto, que a tese jurídica suscitada nas razões do agravo regimental, referente à inconstitucionalidade e ilegalidade da norma em questão, não tem acolhida neste Superior Tribunal de Justiça. III - No caso vertente, conquanto afirme o Tribunal de origem que a empresa recorrente está vinculada ao Sistema Financeiro Nacional, não esclarece se o contrato poderia ser enquadrado como uma operação de "faixa-livre" ou se, de alguma outra forma, estaria vinculado à Carteira Hipotecária. Não há elementos que permitam concluir, portanto, pela insubmissão da avença ao Sistema Financeiro da Habitação. IV - É indevida a capitalização de juros, em qualquer periodicidade, nos contratos de mútuo bancário vinculados ao Sistema Financeiro Habitacional, mesmo que haja previsão contratual expressa, em face da inexistência de previsão legal autorizativa. Incidência da Súmula

121 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. V - Agravo improvido. (AgRg no REsp 1046474/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008). (Grifos nossos).

Em que pesem os argumentos e reconhecimento por parte de alguns Tribunais pátrios acerca da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº. 2.170-36⁶, é possível extrair, de plano, que a Empresa Demandada, na qualidade de pessoa jurídica não pertencente ao Sistema Financeiro Nacional, não é abrangida pelo permissivo contido no dispositivo suso citado, tampouco se encontra abrangida pelas situações elencadas pela Súmula nº. 93, STJ, sendo-lhe defeso, de qualquer maneira, a aplicação de juros capitalizados.

No mesmo quadrante, há de se considerar a inexistência de qualquer previsão contratual acerca da aplicação de juros capitalizados, o que impede a cobrança do consumidor a este título, à luz do que reza o art. 46, caput, do Código de Defesa do Consumidor, já mencionado linhas acima.

No mais, é assente na jurisprudência do Colendo Tribunal de Justiça deste Estado o entendimento acerca da abusividade na aplicação de juros compostos e da Tabela Price, esta última justamente em razão de utilizar a metodologia da capitalização composta de juros:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE HABITAÇÃO. RELAÇÃO CONSUMERISTA CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS ELENCADAS NA LEI. 8.078/90. REVISÃO CONTRATUAL. ADMISSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. PRÁTICA DE ANATOCISMO. UTILIZAÇÃO DA TABELA PRICE. VEDAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 121 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SALDO DEVEDOR QUE DEVE SER ATUALIZADO SEGUNDO O PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. FINANCIAMENTO CONDICIONADO À CONTRATAÇÃO DE SEGURO PERANTE INSTITUIÇÃO INDICADA PELA PARTE APELANTE. ABUSIVIDADE DE TAL DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 3º DO CPC E SÚMULA 14 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RAZOABILIDADE NO PERCENTUAL FIXADO CONSIDERANDO AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. EMENTA: CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATOS DE MÚTUO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO DE HABITAÇÃO. TABELA PRICE.

⁶ Tramita perante o Supremo Tribunal Federal a ADIN nº. 2.136, a qual ataca a legitimidade constitucional da MP nº. 2.170-36, em especial do seu art. 5º, caput ("Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano").

ANATOCISMO CONFIGURADO. SÚMULA 121 DO STF. EXCLUSÃO. SEGURO HABITACIONAL. VENDA CASA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo, devido a presença dos requisitos legais. II- A aplicação da Tabela Price importa na cobrança de juros disfarçados e compostos, configurando a hipótese de anatocismo, prática vedada em nosso ordenamento jurídico. Súmula 121 do STF: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. III - É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura venda casada, vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC. IV - Recurso conhecido. (TJRN, Ap. Cível nº. 2010.005803-3, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Exedito Ferreira, Data de Julgamento 22/03/2011). (Grifos nossos).

EMENTA: CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATOS DE MÚTUO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO CONTRATUAL. FINANCIAMENTO DE HABITAÇÃO. TABELA PRICE. ANATOCISMO CONFIGURADO. SÚMULA 121 DO STF. EXCLUSÃO. SEGURO HABITACIONAL. VENDA CASA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo, devido a presença dos requisitos legais. II- A aplicação da Tabela Price importa na cobrança de juros disfarçados e compostos, configurando a hipótese de anatocismo, prática vedada em nosso ordenamento jurídico. Súmula 121 do STF: "É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". III- É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC. IV - Recurso conhecido e desprovido. (TJRN, Ap. Cível nº. 2009.007684-8, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Dilermando Mota, Data de Julgamento 26/01/2010). (Grifos nossos).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO (SFH). TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS (ANATOCISMO) IMPLÍCITA. PRECEDENTES DESSA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA ABUSIVA. VEDAÇÃO. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL (CES). AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. TAXA EFETIVA E NOMINAL. ABUSIVIDADE. SEGURO HABITACIONAL. REAJUSTE UTILIZANDO OS ÍNDICES DAS PRESTAÇÕES MENSAIS. INAPLICABILIDADE.

MANUTENÇÃO DOS PARÂMETROS CONTRATUAIS. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. AMORTIZAÇÃO.FORMA CONTRATADA POSSÍVEL. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIA. LIMITAÇÃO EM 10% AO ANO. LEI 4.380/64. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESSA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 422 DO STJ. RECURSO DOS CONSUMIDORES CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJRN, Ap. Cível nº. 2010.007216-7, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Guilherme Cortez, Data de Julgamento 28/06/2011). (Grifos nossos).

Face ao exposto, constatada a abusividade e ilegalidade da aplicação dos juros compostos, da Tabela Price ou de qualquer outra forma de capitalização de juros no caso em tela, requer-se seja afastada a sua aplicação nos contratos firmados entre a Construtora Demandada e seus clientes em qualquer de seus empreendimentos presentes e futuros, bem como seja determinada a devolução, em dobro, dos valores já pagos indevidamente pelos consumidores a este título, a teor do contido no parágrafo único do art. 42 do CDC, *in verbis*:

Art. 42, parágrafo único, CDC: O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Por fim, insta mencionar que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte não visa extirpar totalmente a cobrança dos juros quando da ocasião da realização de financiamentos com a Construtora Demandada, de forma a ver a razoabilidade na cobrança de juros na forma simples, visto compreender que tal conduta constitui fator essencial para ordem econômica. Busca, por outro lado, tão somente adequar a conduta da Capuche à legislação.

III.4. Da modificação da Cláusula 5. Do impedimento da cobrança de juros de mora, em caso de pagamento fora do prazo, fixados no dobro da taxa SELIC vigente na data do pagamento.

A cláusula 5, do “Contrato Particular de Compra e Venda de Imóvel Residencial (apartamento), com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária em Garantia”, firmado entre o consumidor e a construtora Capuche, estabelece, em caso de pagamento fora do prazo, a cobrança de juros de mora fixados no dobro da taxa SELIC, vigente na data do pagamento, a seguir transcrita:

Cláusula 5 – PAGAMENTO FORA DO PRAZO.

Sobre o valor original das parcelas estipuladas no ITEM 5, do quadro do Resumo, quando não pagas nos seus respectivos vencimentos, incidirão os seguintes encargos moratórios: a) correção monetária, considerando-se o índice definido no QUADRO RESUMO; b) juros de mora fixados desde já no dobro da taxa SELIC vigente na data do pagamento; e c) multa de mora de 2% (dois por cento).

Entretanto, necessário se faz esclarecer que a utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros moratórios não se mostra juridicamente segura, pois não dá as partes o conhecimento prévio do índice, já que é determinada por Órgão do Poder Executivo, ou seja, a

- Taxa SELIC é determinada por ato unilateral da Administração, podendo sofrer variação de acordo com as determinações emitidas pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central, e segundo a necessidade do mercado.

Não pode, dessa forma, o consumidor ficar a mercê de um valor instável, variável a qualquer momento por determinação unilateral da administração, considerando que no momento da celebração de qualquer contrato as partes devem ficar cientes antecipadamente do ônus que sofrerá ao longo do pactuado.

Na mesma esteira, observa-se que o juro de mora fixados desde já no dobro da taxa SELIC vigente na data do pagamento, cobrado em caso de pagamento fora do prazo, é incompatível com a regra do art. 591 do Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, se não vejamos:

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

O artigo 406, do Código Civil dispõe que "*Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*". Atualmente, ocorre uma certa divergência em relação à aplicação da Taxa SELIC ou do Código Tributário Nacional.

Porém, entende-se, *in casu*, que a taxa de juros legais aplicáveis a mora no âmbito do Direito Civil, a partir da vigência do novo Código, é de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406, do referido diploma, considerando a disposição contida no Código Tributário Nacional, em seu artigo 161, §1º, bem como preconiza o artigo 5º, do Decreto nº 22.626/33, a saber:

Código Tributário Nacional:

Artigo 161 -

§1º - Se a Lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Decreto nº 22.626/33:

art. 5º - Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.

Sobre a inaplicabilidade da cobrança de juros fixados de acordo com a Taxa Selic, o Min. DOMINGOS FRANCIULLI NETTO, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 215.881-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU, seção I, de 19-06-2000, p. 133, assim se posicionou:

"A Taxa Selic para ser aplicada tanto para fins tributários como para fins de direito privado, deveria ter sido criada por lei, entendendo-se como tal os critérios para a sua exteriorização. Atenta contra o mezinho princípio da segurança jurídica a realização de um negócio jurídico em que o devedor não fica

sabendo na data da avença quanto vai pagar a título de juros, pois, não terá bola de cristal para saber o que se passará no mercado de capitais, em períodos subsequentes ao da realização do negócio, se repisado o aspecto de que os juros são entidades aditivas ao principal e não mera cláusula de readaptação do valor da moeda".

Arrematou seu voto o ilustre Ministro defendendo a aplicação do Código Tributário Nacional ao defender que *"a mora referida na segunda parte do art. 406 do CC/2002 somente pode ser composta com os juros previstos no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25/10/66), isto é, 1% ao mês ou 12% ao ano"*.

Sobre o assunto, dispõe o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Sendo o crédito fornecido ao consumidor pessoa física para a sua utilização na aquisição de bens no mercado como destinatário final, o dinheiro funciona como produto, implicando o reconhecimento da instituição bancária/financeira como fornecedora para fins de aplicação do CDC, nos termos do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90. Entendimento referendado pela Súmula 297 do STJ, de 12 de maio de 2004. DIREITO DO CONSUMIDOR À REVISÃO CONTRATUAL. O art. 6º, inciso V, da Lei nº 8.078/90 consagrou de forma pioneira o princípio da função social dos contratos, relativizando o rigor do "Pacta Sunt Servanda" e permitindo ao consumidor a revisão do contrato em duas hipóteses: por abuso contemporâneo à contratação ou por onerosidade excessiva derivada de fato superveniente (Teoria da Imprevisão). Hipótese dos autos em que o desequilíbrio contratual já existia à época da contratação uma vez que o fornecedor inseriu unilateralmente nas cláusulas gerais do contrato de adesão obrigações claramente excessivas, a serem suportadas exclusivamente pelo consumidor. **TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS. Ausente qualquer justificativa por parte do fornecedor para a imposição ao consumidor de taxa de juros excessiva como obrigação acessória em contrato de consumo, o restabelecimento do equilíbrio das obrigações exige a redução da taxa de juros remuneratórios fixada em contrato de adesão. Juros reduzidos para 12% (doze por cento) ao ano, com fundamento exclusivamente no disposto no art. 52, inciso II c/c os arts. 39, inciso V e 51, inciso IV, todos da Lei nº 8.078/90. [...]** JUROS MORATÓRIOS. Mantidos em 1% (um por cento) ao mês. MULTA MORATÓRIA. Mantida em 2% (dois por cento), porém, sobre o valor da parcela em atraso, nos termos do art. 52, parágrafo 1º, da Lei nº 8.078/90. COBRANÇA DE TARIFAS/OU TAXA NA CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO. ABUSIVIDADE. Encargo contratual abusivo, porque evidencia vantagem exagerada da

instituição financeira, visando acobertar as despesas de financiamento inerentes à operação de outorga de crédito. Inteligência do art. 51, IV do CDC. IOF. ABUSIVIDADE QUANTO À FORMA DE COBRANÇA. A cobrança do tributo diluído nas prestações do financiamento se afigura como condição iníqua e desvantajosa ao consumidor (CDC, art. 51, IV). (Apelação Cível Nº 70020790275, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 29/08/2007)

Em face do exposto, requer este Órgão Ministerial a modificação da cláusula 5, do “Contrato Particular de Compra e Venda de Imóvel Residencial (APARTAMENTO), com pacto adjeto de Alienação Fiduciária em Garantia”, celebrado entre o consumidor e a parte demandada, para, em caso de pagamento fora do prazo, a cobrança de juros de mora seja fixada no valor de no máximo 1% (um por cento) ao mês.

III.5. Da modificação da cláusula 7. Da inclusão da exigência de notificação ao consumidor, antes de ocorrer a rescisão contratual.

A cláusula 7, dispõe a respeito da falta de pagamento, por parte do comprador da unidade imobiliária, se não vejamos:

CLÁUSULA 7 - O não pagamento pelo (a) comprador de 03 (três) parcelas, quaisquer que sejam, consecutivas ou não, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, implicará na rescisão do contrato.

O disposto na cláusula 7 estipula de imediato a rescisão do contrato, em caso de inadimplência pelo comprador de 03 (três) parcelas, quaisquer que sejam, consecutivas ou não, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, sem dispor sobre o envio de notificação pelo VENDEDOR, com o estabelecimento de prazo para que ocorra o adimplemento da dívida pelo COMPRADOR.

Dessa forma, entende-se que a referida cláusula deveria estar de acordo com o estabelecido na cláusula 13, no que diz respeito a estipulação de prazo, em caso de mora do devedor, para o pagamento do débito existente. Conforme adiante transcrita:

Cláusula 13 – CONSTITUIÇÃO EM MORA E CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DA VENDEDORA.

Vencida e não paga, no todo ou em parte, qualquer obrigação assumida pelo COMPRADOR no presente contrato, a VENDEDORA, a qualquer tempo, o notificará, por carta registrada com aviso de recebimento – AR – remetida para o endereço do COMPRADOR declarado na proposta de compra, no presente contrato ou para outro endereço desde que a VENDEDORA tenha sido expressamente comunicada da mudança, para, em 10 (dez) dias, saldar o débito, sob pena de consolidar-se a propriedade da unidade

imobiliária em nome da VENDEDORA de acordo com o previsto nos itens seguintes:

13.1. Considera-se notificado o COMPRADOR pela simples aposição de assinatura de recebimento da carta registrada, independente da titularidade do seu signatário, bem como, pela publicação de edital em jornal local, quando atestar a finalidade prevista no caput.

13.2. Ultrapassado o prazo estipulado no caput e não purgada integralmente a mora, a VENDEDORA requererá ao Oficial do Registro de Títulos e Documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, ou ainda por edital, a intimação do COMPRADOR para, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias, pagar o valor devido referente às parcelas vencidas e as vincendas até a data do efetivo pagamento, acrescidas dos juros, das penalidades e dos demais encargos contratuais, além dos encargos legais, inclusive tributos, das contribuições condominiais imputáveis à unidade imobiliária, bem como das despesas de cobrança e intimação.

13.3. Ultrapasso o prazo definido no item anterior sem que tenha sido efetivado o pagamento devido, estará o COMPRADOR, para todos os fins, regularmente constituído em mora.

1. Certificada a constituição em mora do COMPRADOR pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, este promoverá o registro, na matrícula do imóvel objeto deste contrato, da consolidação da propriedade em nome da VENDEDORA.

Conclui-se, portanto, que a cláusula 7 deve estar relacionada com o disposto na cláusula 13, no que pertine ao estabelecimento do prazo de 10 (dez) dias para o consumidor saldar o débito, em caso do não pagamento de 03 (três) parcelas, quaisquer que sejam, consecutivas ou não, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, para, após decorridos o prazo estipulado, e após notificação ao comprador, ocorrer a rescisão do contrato.

Não pode o consumidor ser surpreendido com a rescisão imediata do contrato, sem antes ser notificado previamente, para tentar reverter a situação e saldar o débito com a empresa. Deve-se, assim, ser incluído na cláusula 7, o seguinte termo: “em caso de inadimplência pelo comprador de 03 (três) parcelas, quaisquer que sejam, consecutivas ou não, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, será enviada **notificação pessoal ao comprador, pelo VENDEDOR, com o estabelecimento de prazo para que ocorra o adimplemento da dívida. Não sendo a dívida quitada no prazo concedido, aplica-se o procedimento inserto na cláusula 13, implicando em rescisão automática do contrato.**”

III.6. Da nulidade da segunda parte da cláusula 9.3.

A cláusula 9.2 e 9.3 estabelecem, em caso de atraso na entrega do imóvel por parte da Construtora, o pagamento mensal ao consumidor no valor de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor efetivamente pago, até a data da entrega da unidade imobiliária, não excedendo, em qualquer hipótese, o prazo de 6 (seis) meses, conforme a seguir transcrita:

Cláusula 9 – ENTREGA DO EMPREENDIMENTO E DA UNIDADE IMOBILIÁRIA - RESPONSABILIDADE

TRIBUTÁRIA E CONDOMINIAL.

A VENDEDORA concluirá o empreendimento na data definida no ITEM 5 do QUADRO RESUMO, sendo que a unidade imobiliária apenas será entregue ao COMPRADOR mediante a inequívoca comprovação do regular e estrito cumprimento de toda e qualquer cláusula, parágrafo, termo e obrigação estipulados neste contrato, em seus aditivos, em eventuais acordos e/ou renegociações de dívida, principalmente, as referentes ao pagamento das parcelas, das repactuações e dos refinanciamentos porventura firmados.

9.1. Conferir-se à VENDEDORA a faculdade de exceder em até 180 (cento e oitenta) dias, além da data estipulada no ITEM 5 do QUADRO DE RESUMO, o prazo para concluir o empreendimento e entregar a unidade imobiliária.

9.2. Ultrapassado o prazo apontado no item 9.1. e responsabilizada a VENDEDORA pelo atraso na entrega da unidade imobiliária, o COMPRADOR, notificando-a formalmente, poderá vir a exigir-lhe o pagamento mensal do percentual de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor efetivamente pago até a data da notificação, o qual será pago a partir do trigésimo dia posterior a data do recebimento da notificação.

9.3. O pagamento estipulado no item 9.2., será devido até a data da entrega da unidade imobiliária, não excedendo, em qualquer hipótese, o prazo de 6 (seis) meses.

Todavia, tal estipulação coloca em desvantagem exagerada o consumidor, contrariando o disposto no art. 39, V, da Lei nº 8.078/90, tendo em vista que após seis meses de atraso por parte da Construtora, cessa o pagamento indenizatório pelo atraso, independentemente da entrega da unidade imobiliária, ou não, ferindo, assim, o princípio do equilíbrio contratual que deve existir entre o consumidor e o fornecedor.

Conforme jurisprudência já pacificada dos tribunais pátrios, a Construtora deve indenizar o adquirente do imóvel, até que seja emitida a carta de "habite-se", a saber:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXPEDIÇÃO DE CARTA DE "HABITE-SE". ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL. EXIGIBILIDADE "ATÉ A DATA DA CONCESSÃO E EMISSÃO DA CARTA DE HABITE-SE". CABIMENTO."

"1. É devida a multa prevista no contrato, para o caso de atraso na entrega do imóvel, equivalente a 0,5% (meio por cento) ao mês, exigível até a data da concessão e emissão da carta de "habite-se", como meio coativo a que a ré envide esforços para a concessão da mesma, mormente se a recusa da administração na outorga da referida autorização, se deu porque a construtora alterou a obra, em desconformidade com o projeto inicialmente aprovado."

"2. Recurso improvido."

O prazo de tolerância, de 180 dias, também tem que ser revisto, por afrontar o princípio da razoabilidade. Geralmente os empreendimentos são lançados e o prazo de entrega fixado no contrato é de 24 meses. No entanto, as construtoras inserem nova cláusula, de tolerância, acrescentando mais seis meses. No quadro de resumo, o principal do contrato, inserem um prazo que nunca é cumprido e no corpo do contrato colocam uma outra cláusula de prorrogação do prazo de entrega. Assim, em face ao princípio da razoabilidade e das normas consumeristas, o Ministério Público requer que além do prazo concedido no contrato, que a empresa possa acrescer a título de tolerância e prorrogação, no máximo 10% do número de dias programados para a entrega do empreendimento, sob pena de pagamento de multa no mesmo percentual destinado ao consumidor, ou seja, se o consumidor paga 2% de multa o fornecedor também deve arcar com o mesmo percentual no caso de não entregar a obra no prazo fixado no contrato.

III.7. Da nulidade da segunda parte da cláusula 9.5.a.

Por sua vez, a cláusula 9.5.a, do contrato em análise, também está em desacordo com os preceitos consumeristas que devem ser seguidos, considerando que, em caso de desistência contratual, a Construtora restitui o valor pago ao comprador, com exceção do sinal e de forma parcelada, conforme abaixo se destaca:

9.5. Evoluindo o evento extraordinário a ponto de impedir em absoluto a execução, a conclusão e a entrega do empreendimento e da unidade imobiliária, faculta-se ao COMPRADOR:

a) desistir da avença, restituindo-se-lhe o valor pago, à exceção do sinal, de forma parcelada em razão do número de prestações efetivamente pagas;

A REDAÇÃO DEVERÁ SER A SEGUINTE: a) desistir da avença, restituindo-se-lhe o valor pago, devidamente corrigido, no prazo máximo de 30 dias.

Ora Excelência, o valor a ser restituído, deve integrar todos os pagamentos efetuados pelo consumidor, não devendo ser excluído de forma alguma o valor pago referente ao sinal. Ademais, conforme mais adiante será debatido, importante se faz destacar que qualquer valor a ser restituído por parte da Construtora deve ser feito de forma integral, e no prazo máximo de 30 (trinta) dias, não se admitindo a restituição de forma parcelada.

Este é o entendimento:

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - INADIMPLEMENTO DA CONSTRUTORA - RESTITUIÇÃO IMEDIATA DAS PARCELAS QUITADAS PELO ADQUIRENTE, BEM COMO DO SINAL, COM A INCIDÊNCIA DA MULTA DE 10% E JUROS DE MORA - RECURSO IMPROVIDO”. “O injustificado atraso da construtora, que não entrega a unidade habitacional no prazo avençado, caracteriza a sua inadimplência e enseja a rescisão

do contrato de compra e venda, com a restituição imediata das parcelas quitadas pelo adquirente, **inclusive do valor pago a título de sinal**, já que a rescisão se deu por culpa da construtora. Configurada a inadimplência da vendedora, procede o pedido de condenação ao pagamento da multa contratual, no percentual contratado (10%) por não ter cumprido a obrigação no prazo estipulado, com o acréscimo de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, eis que convencionado tal percentual para a hipótese de inadimplemento". (TJ/MS – 4ª T. Cív., Ap. Cív. nº 2003.010414-3/0000-00, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julg.14.10.2003)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA C/C PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL - INADIMPLEMENTO COMPROVADO - INDEVIDO O ABATIMENTO DE 100% DO SINAL E DE 20% DO TOTAL DAS PARCELAS PAGAS, SE O ROMPIMENTO DO CONTRATO SE DEU POR INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA E NÃO DA ADQUIRENTE - RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - RECURSO NÃO PROVIDO - DECISÃO UNÂNIME”. (grifo nosso) “A alegação da apelante que o contrato prevê em caso de desistência do promitente comprador, que o promitente devolverá apenas 80% (oitenta por cento) das quantias pagas, além da retenção do total pago a título de sinal, não há que prosperar. É que o que ocorreu de fato que a apelada celebrou um contrato de promessa de compra e venda com a empresa apelante e esta não cumpriu no prazo estipulado, a entrega do imóvel, objeto do referido contrato. Sendo assim não há que se falar em retenção de qualquer valor, pois nesse diapasão não é o procedimento cabível”. (162590 PE 00300018320018170001, Relator: Eduardo Augusto Paura Peres, Data de Julgamento: 23/04/2009, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 86)

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - RESILIÇÃO PELO PROMITENTE-COMPRADOR - RETENÇÃO DAS ARRAS - IMPOSSIBILIDADE - DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS - PERCENTUAL QUE DEVE INCIDIR SOBRE TODOS OS VALORES VERTIDOS E QUE, NA HIPÓTESE, SE COADUNA COM A REALIDADE DOS AUTOS - MAJORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. A Colenda Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o promitente-comprador, por motivo de dificuldade financeira, pode ajuizar ação de rescisão contratual e, objetivando, também reaver o reembolso dos valores vertidos (EREsp nº 59870/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Barros, DJ 9/12/2002, pág. 281). 2. As arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja

finalidade é a entrega de algum bem, em geral determinada soma 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. 4. O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não revogou o disposto no artigo 418 do Código Civil, ao contrário, apenas positivou na ordem jurídica o princípio consubstanciado na vedação do enriquecimento ilícito, portanto, não é de se admitir a retenção total do sinal dado ao promitente-vendedor. 5. O percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras. 6. É inviável alterar o percentual da retenção quando, das peculiaridades do caso concreto, tal montante se afigura razoavelmente fixado. 7. Recurso especial improvido. (STJ Resp 1056704 MA 2008/0103209-1, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 28/04/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2009 RSTJ vol. 215 p. 473)

III.8. Da inclusão do termo “Com Habite-se”, na cláusula 9.8

No que pertine a cláusula 9.8., do contrato celebrado com o consumidor, ante todo o recorrido, através dos fatos e fundamentações jurídicas já exaustivamente debatidas, necessário se faz acrescentar o termo “Com Habite-se”, como pré requisito para o recebimento da unidade imobiliária, ficando assim demonstrado:

9.8. Concluído o empreendimento “COM HABITE-SE”, comunicar-se-á ao COMPRADOR para receber a unidade imobiliária, obedecidos os termos do caput desta cláusula.

III.9. Da inclusão do termo “juros simples”, na cláusula 10.

Observa-se na cláusula 10, a ausência da especificação referente ao tipo de juros cobrados ao consumidor, quando da apuração de todas as parcelas vincendas do saldo devedor atualizado, acrescidos dos juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas, na hipótese de recebimento da unidade imobiliária antes da quitação do valor previsto. Vejamos:

Cláusula 10 – JUROS REMUNERATÓRIOS APÓS O RECEBIMENTO DA UNIDADE IMOBILIÁRIA.

Na hipótese de o COMPRADOR receber a unidade imobiliária antes da quitação do valor previsto no ITEM 5 do QUADRO DE RESUMO, todas as parcelas vincendas serão apuradas pelo resultado do saldo devedor atualizado nos termos do caput da cláusula 6, acrescido dos juros remuneratórios de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas.

Dessa forma, os juros cobrados na cláusula em análise, refere-se a cobrança de juros

simples, e deve ser exposta com clareza ao longo de todo o contrato firmado pela Construtora. A respeito da vedação de capitalização composta, e o dever de incidência da cobrança de juros simples, o Tribunal de Justiça do Paraná já enfrentou a matéria, assim decidindo:

“AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - DECISÃO QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA EM JUROS SIMPLES PARA O RECÁLCULO DO FINANCIAMENTO HABITACIONAL, TENDO EM VISTA QUE É O ÚNICO SISTEMA QUE NÃO CARACTERIZA A INCIDÊNCIA DE CAPITALIZAÇÃO COMPOSTA - PRETENSÃO DOS APELANTES DE ADOÇÃO DO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO DE GAUSS - IMPOSSIBILIDADE - O MÉTODO DE AMORTIZAÇÃO GAUSS NÃO SE PRESTA PARA O RECÁLCULO DO FINANCIAMENTO, POIS CARECE DE CONSISTÊNCIA MATEMÁTICA - REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR DO MÚTUO HIPOTECÁRIO ANTES DA RESPECTIVA AMORTIZAÇÃO - LEGALIDADE - APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA OU DEMAIS ÍNDICES NÃO CONTRATADOS - IMPOSSIBILIDADE - FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL - MANUTENÇÃO DO IGF-M - REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA SIMPLES - INEXISTÊNCIA DE MORA - NÃO CONHECIMENTO DESTES CAPÍTULOS - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DA SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DA SÚMULA 306 DO STJ - SUCUMBÊNCIA MANTIDA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA NÃO PROVIDA.”

“O recurso deve ser conhecido, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Da exclusão da capitalização de juros e aplicação do Método de Gauss no cálculo dos juros.

Os autores pleiteiam a aplicação do Método de Gauss em substituição a Tabela Price para o cálculo dos juros, pois o referido método utiliza a forma simples e linear de cálculo.

Contudo, não merece qualquer reforma a parte da sentença recorrida que afastou a utilização da Tabela Price e determinou o cálculo dos juros pela forma simples.” (TJPR AC 6845521 PR 0684552-1, Relator: Marco Antônio Antoniassi, Data de Julgamento: 24/11/2010, 14ª Câmara Cível. Data de Publicação: DJ: 548)

Assim, a cláusula 10 deve ser estipulada nos seguintes termos:

Cláusula 10 -- JUROS REMUNERATÓRIOS APÓS O RECEBIMENTO DA UNIDADE IMOBILIÁRIA COM HABITABILIDADE

Na hipótese de o COMPRADOR receber a unidade imobiliária antes da quitação do valor previsto no ITEM 5 do QUADRO DE

RESUMO, todas as parcelas vincendas serão apuradas pelo resultado do saldo devedor atualizado nos termos do caput da cláusula 6, acrescido dos juros remuneratórios. **NA FORMA SIMPLES**, de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas.

III.10. Da modificação da cláusula "17.a.1", "17.a.2" e "17.b.1"

Com relação a cláusula 17, vejamos:

Cláusula 17 - RESTITUIÇÃO DE VALORES .

A restituição e retenção de valores recebidos em caso de rescisão contratual, rege-se pelos seguintes termos:

a) para a VENDEDORA:

a.1) o direito de reter integralmente o valor do sinal, bem como, 30% da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas pelo COMPRADOR, a título de ressarcimento de despesas administrativas, publicitárias, de corretagem, elaboração do contrato e dispêndio para efetuar nova venda;

a.2) a obrigação de restituir ao COMPRADOR 70% (setenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, que será feita em prestações correspondentes ao exato número de parcelas pagas em valor atualizado, caso tenha havido reajuste nas parcelas quitadas, de acordo com as regras definidas neste contrato.

b) para o COMPRADOR:

b.1) o direito de receber 70% (setenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, que será feito em prestações correspondentes ao exato número de parcelas pagas em valor atualizado, caso tenha havido reajuste nas parcelas quitadas, de acordo com as regras definidas neste contrato.

Com relação à cláusula 17.a.1, conforme já discutido anteriormente, não deve haver, em caso de rescisão contratual, a retenção integral do valor do sinal, e sim a restituição de todos os valores pagos, possibilitando a retenção de no máximo o título de ressarcimento de despesas administrativas, publicitárias, de corretagem, elaboração do contrato e dispêndio para efetuar nova venda, de 20% das prestações pagas, incluído o sinal. Ficando a cláusula desta da seguinte forma:

a.1) o direito de reter, no máximo, 20% da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas pelo COMPRADOR, inclusive o sinal, a título de ressarcimento de despesas administrativas, publicitárias, de corretagem, elaboração do contrato e dispêndio para efetuar nova venda;

Na mesma esteira, deve ser modificada a cláusula 17.a.2, para que o valor a ser restituído seja de no mínimo 80% (oitenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, e no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em parcela única, e não como estipula a cláusula contratual em análise. Devendo ser esta modificada assim:

a.2) a obrigação de restituir ao COMPRADOR, no mínimo, 80%

(oitenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, que será feito de forma integral, em valor atualizado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias;

Neste sentido, são os entendimentos jurisprudenciais:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES ADIMPLIDAS DE FORMA IMEDIATA E EM PARCELA ÚNICA.

1 - Abusiva a disposição contratual estabelecendo, em caso de resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das prestações pagas de forma parcelada.

2 - Com a resolução, retornam as partes contratantes à situação jurídica anterior ("status quo ante"), impondo-se ao comprador o dever de devolver o imóvel e ao vendedor o de ressarcir as prestações até então adimplidas, descontada a multa pelo inadimplemento contratual.

3 - Precedentes específicos desta Corte.

4 - AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL E LHE DAR PROVIMENTO. (AgRg no REsp 677177 PR 2004/0099220-8. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Julgamento: 01/03/2011. TERCEIRA TURMA. Dje: 16/03/2011)

RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA - CLÁUSULA DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS - ABUSIVIDADE - ARTS. 115, DO CC DE 1916, E 51, DA LEI 8.078/90 - RETENÇÃO DE 10% DO PREÇO PAGO PELO VENDEDOR - ARRAS JÁ COMPENSADAS - DEVOLUÇÃO IMEDIATA - FRUIÇÃO DO IMÓVEL - ALUGUEL DEVIDO - RETENÇÃO AUTORIZADA. (...) Rescindido o negócio, deve ser devolvida a parcela recebida pela vendedora em uma só vez, fazendo as partes retornarem ao status quo ante. Tendo o comprador usufruído do imóvel, e estando expressamente convencionado no contrato, autoriza-se a retenção de valor correspondente ao aluguel pela fruição" (TAMG - Apelação Cível 401226-6, Rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 27/8/2003)

Compra e venda - Imóvel - Prestações - Rescisão - Parcelas pagas - Devolução. Contrato de compra e venda de bem imóvel a prestações - Rescisão unilateral pelo contratante - Aplicação de multa penal - Devolução imediata do valor das parcelas pagas - Imóvel sem edificação - Não configuração a fruição. Tratando-se de aquisição de bem imóvel, tendo o adquirente desistido do negócio, é cabível a devolução imediata das parcelas pagas, deduzida a multa de 10% pela desistência. Tratando-se de imóvel sem edificação não se pode exigir valor indenizatório a título de fruição. (1ª Turma Recursal de Uberlândia - Rec. nº 070206265588-2 - Rel. Juiz Edison Magno de Macedo)

Neste diapasão, tratando-se do mesmo objeto, a cláusula 17.b.1 resta-se abusiva por estabelecer o direito de recebimento de apenas 70 % (setenta por cento) da quantia total paga, de forma parcelada, quando já é de entendimento majoritário que o valor recebido pelo consumidor, deve girar em torno de 80% (oitenta por cento) a 90 % (noventa por cento), sendo eles pagos em parcela única, a saber:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEVOLUÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO. PERCENTUAL. REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE MORA DA PARTE RÉ. 1. Em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas a título de indenização pelas despesas decorrentes do próprio negócio. 2. Incide a Súmula n. 7 do STJ quando a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. Na hipótese em que a rescisão contratual deuse por iniciativa do comprador, por não mais suportar o pagamento das parcelas, e em que se busca a restituição de valores superiores aos fixados na apelação, o termo inicial dos juros moratórios deve ser o trânsito em julgado, pois inexiste mora anterior da ré. 4. Agravo regimental provido. (AGRESP 200702891380 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1013249. Relator: João Otávio de Noronha. Quarta Turma. DJE: 08/06/2010)

EMENTA: PROMESSA DE COMPRA E VENDA. MORA. NOTIFICAÇÃO. PURGAÇÃO DA MORA. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. 1. SE O EQUIVOCO CONSTANTE DA NOTIFICAÇÃO NÃO CAUSOU NENHUMA DIFICULDADE AOS DEVEDORES, NÃO SENDO A CAUSA DO LITIGIO, O ERRO INSIGNIFICANTE NA GRAFIA DO VALOR DEVIDO NÃO É MOTIVO SUFICIENTE PARA SUA INEFICACIA. 2. EMBORA ADMISSIVEL A PURGAÇÃO DA MORA NA AÇÃO DE RESOLUÇÃO, EM CASOS TAIS, E COM MAIS RAZÃO NA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO INTENTADA ANTES, DEVE O DEPOSITO SER SUFICIENTE. A INSUFICIENCIA DOS DEPOSITOS IMPEDE SE ATRIBUA EFEITO LIBERATORIO. 3. APLICAÇÃO DO ARTIGO 924 DO CC, PARA REDUZIR A RETENÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELA PROMITENTE VENDEDORA A 10% DAS PRESTAÇÕES PAGAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E PARCIALMENTE PROVIDO. VOTO VENCIDO. (RESP 199600119830 RESP - RECURSO ESPECIAL - 89241. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. QUARTA TURMA. DJ: 19/08/1996)

Assim, a cláusula 17.b.1, deve ser modificada nos seguintes termos:

b.1) o direito de receber, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço, que será feito em parcela única, em valor atualizado, no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

III.11. Da nulidade da cláusula 18.2

Outro abuso se constata na chamada TAXA DE CESSÃO da promessa de compra e venda a terceiros, calculada no valor de um salário mínimo vigente na época do evento, nos termos da cláusula 18.2, senão vejamos:

Cláusula 18 – CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL.

Desde que esteja em dia com suas obrigações contratuais, inclusive as referentes ao pagamento das parcelas, dos tributos, dos encargos condominiais e dos cobrados pelas concessionárias de serviços públicos, o COMPRADOR poderá ceder para terceiros sua posição no presente contrato, mediante preenchimento de ADITIVO DE CESSÃO, o qual exige, para concretizar seus efeitos, forma, expressa e plena concordância e anuência da VENDEDORA, sob pena de, não atendida a exigência, considerar-se sem efeito a cessão, bem como, rescindido de pleno direito este contrato, independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial.

18.2. Estipula-se, para fins de concretização dos termos do caput, o pagamento da TAXA DE CESSÃO, a cargo do COMPRADOR em favor da VENDEDORA, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época do evento.

Ora, é de se observar que a cessão de promessa de compra e venda, como, aliás, de qualquer contrato, não tem óbice na legislação vigente, e não traz à promitente vendedora, usualmente, despesas além da redação de um novo instrumento, ou perante o cartório local, sobretudo se o ajuste primitivo estava registrado.

É daí que se situa eventual cobrança por parte da incorporadora, ou seja, ligada aos exatos custos com o repasse, apurados caso a caso. A contrario sensu, importa em verdadeiro enriquecimento sem causa, tomado às custas do hipossuficiente, e novamente desproporcional, a fixação de uma elevada quantia preliminar. Nesse norte, colhe-se a respeito inúmeras decisões jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. REVISÃO CONTRATUAL. TAXA DE TRANSFERÊNCIA. É abusiva a cobrança de taxa de transferência, equivalente a 2% do valor do contrato, para o caso de cessão contratual a terceiros. Afastada a repetição do indébito. Sucumbência mantida. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70030147417, Rel. Des. Rubem Duarte, j.29.9.2010)

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SUBSTITUIÇÃO DO CUB PELO INPC ENQUANTO FATOR DE CORREÇÃO APÓS A

CONCLUSÃO DAS OBRAS. ÍNDICE SETORIAL QUE, ULTIMADA A CONSTRUÇÃO, NÃO MAIS REFLETE A REALIDADE CONTRATUAL. PERIODICIDADE DA ATUALIZAÇÃO. ANUALIDADE, NOS TERMOS DO § 1º DO ART. 28 DA LEI N. 9.069/95, MAS COM INCIDÊNCIA DO RESÍDUO INFLACIONÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, § 2º DA LEI N. 9.514/97 C/C ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170/36. IMPOSSIBILIDADE. ENCARGOS PARA A INADIMPLÊNCIA. CUMULATIVIDADE ENTRE OS JUROS DE MORA E A MULTA MORATÓRIA. TODAVIA, ÓBICE A INCIDÊNCIA DE UM SOBRE O OUTRO. HIPÓTESE DE RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO. TAXA DE TRANSFERÊNCIA DO CONTRATO A TERCEIROS. ILEGALIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. PROVA DO ERRO. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em compromisso de compra e venda de imóvel adquirido parceladamente, a utilização do CUB, índice de correção monetária previsto na medida provisória n. 1.950/2000 (convertida em Lei n. 10.192/01), não tem cabimento se já foram encerradas as obras da edificação, impondo-se a sua substituição pelo INPC. Entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte Estadual.

Na sistemática dos contratos firmados sob a égide da Lei n. 9.069/95, a periodicidade do reajuste deve ser anual (art. 28, §1º da norma e REsp 160504, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), sem prejuízo, todavia, da cobrança do resíduo inflacionário (Apelações Cíveis n. 2007.062814-6).

O anatocismo mensal, com fundamento no art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36, de 23.08.01 (decorrente da MP n. 1.963-17, de 30.03.00), é permitido somente aos membros do Sistema Financeiro Nacional e, em tese, aos financiamentos de imóveis a prazo, desde que feitos por instituições bancárias atuantes de acordo com as regras do Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, por força do art. 5º, § 2º da Lei n. 9.514/97, nos contratos celebrados após 31.03.00. Depreendendo não ser esse o caso, os juros incidem na forma simples, consoante a regra comum do art. 4º do Decreto n. 22.626/33.

Em hipótese de atraso, os juros e a multa moratória convivem, mas é absolutamente proibida a incidência de um sobre o outro, sob pena de a base de cálculo contemplar um *bis in idem* entre as penas que majora, por evidente, o seu teto legal.

A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção, desta Corte, é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Precedentes (REsp nºs 134.636/DF, 330.017/SP, 292.942/MG e 158.193/AM) (AgRg no Ag n. 660801,

Rel. Min. Jorge Scartezini, j.17.5.2005).

É abusiva a chamada taxa de transferência da promessa de compra e venda a terceiros, pois a incorporadora não pode exigir do comprador nada além das despesas rigorosamente apuradas com a aludida cessão.

Desnecessária a prova do erro (art. 877 do CC/2002 / art. 965 do CC/1916) para fins de devolução dos valores cobrados a maior em decorrência da inclusão de encargos abusivos no contrato, sobretudo quando a própria divergência acerca da sua exigibilidade se assemelha ao engano escusável da parte de quem indevidamente se dispôs a quitá-los.(AC 512908 SC 2010.051290-8. Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgamento: 01/02/2011.TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. COMISSÃO DE 3% SOBRE A CESSÃO DE DIREITOS (ARTIGO 51, IV E §1º, III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) NOS CONTRATOS DE ADESÃO DENOMINADOS, RESPECTIVAMENTE, DE: “PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO COM FINANCIAMENTO”, “INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA, COM CLÁUSULA DE NOVAÇÃO E OUTRAS AVENÇAS” E “PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO”.

Quanto à anuência da incorporadora de imóveis à cessão de direitos a terceiros, também é abusiva a obrigação de pagar taxa ou comissão, a qualquer título. Isto porque, no ramo imobiliário, é comum a cessão ou sub-rogação de direitos, sem que haja qualquer prejuízo financeiro às empresas incorporadoras, quando o cessionário cumpre os requisitos cadastrais exigidos. **Ademais, eventuais despesas com pesquisa cadastral e a impressão dos contratos são inerentes ao exercício da atividade econômica da empresa vendedora, por isso não compete ao cedente custeá-las, ainda mais quando a incorporadora de imóveis não participou ou intermediou o negócio jurídico celebrado com o terceiro. Portanto, é ilegítima a cobrança de percentual sobre o valor do imóvel, pela simples anuência na transferência dos direitos de que é titular o promitente comprador. Recurso conhecido e não provido. Unânime.**

(TJDF AI 20110020168308AGI, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 10/10/2011, DJ 20/10/2011 p. 176)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACÇÃO DECLARATÓRIA E COMINATÓRIA - DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - INEXISTÊNCIA DE PERIGO DE DANO INVERSO.1.A FALTA DE PROVA DE ATIVIDADE DA PROMITENTE VENDEDORA DE IMÓVEL, QUE JUSTIFIQUE A COBRANÇA DE TAXA DE

TRANSFERÊNCIA (CESSÃO DE DIREITOS), PERMITE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA QUE A EMPRESA SE ABSTENHA DE COBRÁ-LA DO CONSUMIDOR (PROMISSÁRIO COMPRADOR/CEDENTE). 2. PROVADA A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DOS AUTORES E HAVENDO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, A PAR, AINDA, DA REVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO, DEFERE-SE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. 3. NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO POR INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RÉ.”

A prova documental carreada é suficiente para demonstrar a existência de cláusula contratual integrante do negócio jurídico entabulado entre as partes que estabelece a obrigação do promitente comprador de pagar uma taxa de transferência no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado do contrato em caso de cessão de direitos.

O valor de R\$ 8.751,10, cobrado pela construtora a título de taxa de transferência, corresponde a 5% (cinco por cento) do valor histórico do contrato (R\$ 175.022,00). Constata-se, pois, a verossimilhança das alegações da parte autora que indicaria uma provável violação do contrato perpetrada pela parte ré.

Ademais, ainda que fossem considerados corretos os valores cobrados, a cláusula contratual que autoriza sua cobrança deveria passar pelo crivo do Código de Defesa do Consumidor.

Uma análise inicial do caso permite asseverar que para que seja válida a cobrança decorrente da taxa de transferência deverá a construtora demonstrar a causa que a justifica. Havendo saldo devedor perante a construtora e vedado o financiamento bancário por cláusula contratual, é prerrogativa desta avaliar e até rejeitar a substituição do devedor. Contudo, não lhe é permitido cobrar valores decorrentes desta substituição que se deu pela exclusiva comunhão de esforços envolvendo o cedente e o cessionário dos direitos decorrentes do contrato.

Admitir a cobrança de uma alta taxa de transferência apurada através de um percentual incidente sobre o imóvel sem qualquer atividade da construtora que a justifique é cancelar o enriquecimento sem causa. Ademais, sob a perspectiva do estatuto consumerista, a cláusula sob análise estaria possivelmente contaminada pelo vício da nulidade decorrente do desequilíbrio contratual provocado por restrição a direito inerente a natureza do contrato somada a onerosidade excessiva imposta ao consumidor com a limitação à transferência dos seus direitos decorrentes do negócio jurídico (art. 51, IV, e § 1º, II e III do CDC).

(TJDF AI 184662720108070000 DF 0018466-27.2010.807.0000, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 19/01/2011, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/01/2011, DJ-e Pág. 76)

In casu, diante da abusividade da cobrança, sem nenhum motivo em contrapartida, deve ser extirpada do contrato a cláusula 18.2, já debatida.

III.12. Da modificação da cláusula 23.

Por conseguinte, mister se faz acrescentar termos essenciais na cláusula 23, a seguir transcrita:

Cláusula 23 – DESAPROPRIAÇÃO.

Em caso de desapropriação da unidade imobiliária alienada fiduciariamente, a VENDEDORA, na qualidade de proprietária fiduciária, assume o direito de haver do poder expropriante a indenização correspondente, importando na solução da dívida e liberando o saldo, se houver, em favor do COMPRADOR.

Na disposição contida na cláusula 23 do contrato, deve ser seguida a mesma fundamentação disposta nas cláusulas anteriores, no que diz respeito a restituição dos valores pagos, sendo estipulado que, em caso de desapropriação, os valores devem ser restituídos, devidamente corrigidos, **no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a consecução do ato.**

A cláusula 23, deve, portanto, ser redigida da seguinte forma:

“Em caso de desapropriação da unidade imobiliária alienada fiduciariamente, a VENDEDORA, na qualidade de proprietária fiduciária, deverá restituir ao comprador, no prazo máximo de 30, os valores despendidos com a compra do imóvel, assumindo o direito de haver do expropriante a indenização correspondente.

III.13. Da nulidade da segunda parte da cláusula 25, referente ao termo: “vício oculto ou aparente”.

A cláusula 25 dispõe que:

Cláusula 25 – GARANTIA E ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

A VENDEDORA confere garantia de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da entrega da unidade imobiliária, em relação a qualquer defeito e/ou vício, oculto ou aparente, nela existente.

A Cláusula deverá conter a seguinte redação: “A vendedora confere garantia de 05 anos contados da entrega da unidade imobiliário, em relação a qualquer defeito ou vício nela existente.”

Diante do disposto na cláusula 25 do contrato, é estabelecido um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da entrega do imóvel, como garantia, em relação a qualquer defeito e/ou vício. Entretanto, se faz necessário retirar o termo referente a constatação do vício oculto, considerando que neste caso **o prazo é contado a partir da data em que o vício for detectado.**

No caso de vício oculto, somente no momento em que este se mostrar patente é que começa a correr o prazo da decadência. É natural que seja assim porque o consumidor não pode ficar inibido de exercer a pretensão de redibir, ou de pedir abatimento do preço, sem que antes conheça o vício, que só pode ocorrer a partir do momento em que vier a conhecê-lo, ou seja, por ocasião da utilização normal do produto ou do serviço.

É notório que tratando-se de vício oculto o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. Este dispositivo possibilita que a garantia legal se estenda, conforme o caso, a três, quatro, cinco anos, etc, pois o prazo encontra-se relacionado a vida útil do produto comercializado. Isso é possível porque não há, de propósito, disposição indicando o prazo máximo para aparecimento do vício oculto.

Destaca-se, *in casu*, em se tratando de vício oculto, o prazo de garantia contar-se-á do momento da ciência do vício, e não de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da entrega do imóvel, conforme disposto na cláusula 25.

Ante o exposto, o termo referente a vício oculto ou aparente, deve ser extirpado da cláusula 25, considerando a abusividade quanto ao prazo de garantia estipulado.

III.14. Da nulidade da cláusula 27 – Cláusula Penal.

No que diz respeito ao descumprimento dos termos do contrato em análise, a cláusula 27 fixa um percentual de 10% (dez por cento), a título de multa, conforme a seguir transcrita:

Cláusula 27 – CLÁUSULA PENAL.

Em caso de descumprimento dos termos do presente contrato, fixa-se o percentual de 10% (dez por cento), a título de multa, calculado sobre o saldo devedor atualizado até a data do evento, conforme estabelecido neste contrato, a ser pago pela parte CONTRATANTE responsável.

O conceito de cláusula penal envolve a sua natureza de obrigação acessória, que é imposta diante do descumprimento total ou parcial do que foi pactuado contratualmente. Uma característica essencial é que o prejuízo não precisa ser demonstrado para legitimar a sua cobrança. O descumprimento, pois, é suficiente.

Após uma análise perfunctória do contrato em debate, observa-se que as cláusulas 5 e 17, estipulam em caso de inadimplência, a incidência de juros de mora fixados desde já no dobro da taxa SELIC, multa de mora e correção monetária; e, em caso de rescisão contratual, a retenção no valor de 30% (trinta por cento) da quantia total representativa das parcelas pagas, respectivamente.

Veja-se, que de certa forma, os consumidores, em caso de descumprimento contratual, seja com relação a inadimplência, seja com relação a rescisão contratual, já arcam com custos referentes às referidas condutas. Estabelecer uma cláusula penal, em caso de descumprimento, além das cláusulas já estipuladas, seria onerar excessivamente o consumidor duas vezes pelo mesmo fato gerador.

Decorre desses atributos a concepção de que um mesmo fato não é capaz de ensejar a

cobrança de múltiplas vantagens, tais como é possível se constatar no contrato em comento. Sendo assim, uma multa fixada pela rescisão contratual aplicada em conjunto com a cláusula penal constitui *bis in idem*, porque uma mesma situação restaria penalizada juridicamente mais de uma vez, o que revela vantagem excessiva em relação ao consumidor (comprador).

Sobre o assunto, vejamos:

“AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.1. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.2. DESPROPORÇÃO ENTRE O PREÇO PACTUADO E O VALOR DE MERCADO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. VALOR PACTUADO LIVREMENTE. INVIABILIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. LIBERDADE DE CONTRATAÇÃO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS QUE DEVE SER RESPEITADA.3. CLÁUSULA REFERENTE À CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. EXCLUÍDA.4. REAJUSTE ANUAL DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO INPC.5. CLÁUSULA PENAL DE 10%. SOBRE O VALOR DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.6. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS E MULTA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 53, DO CDC.53CDC7. DIREITO DE RETENÇÃO DO BEM ATÉ A INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A lei consumerista, seja em sua redação original, seja após a alteração realizada pela Lei nº 9.298/96, previu a incidência de “*multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações*” sobre o “*valor da prestação*”, não sobre o direito corrigido do contrato, havendo uma diferença substancial nessas determinações. Ou seja, ao prever a incidência de multa de mora sobre o valor da parcela inadimplida, a lei a está fixando sobre a parcela mensal do contrato que foi inadimplida, para o caso de pagamento em atraso.

Todavia, no contrato em comento, não foi estabelecida multa moratória, mas, “*cláusula penal de 10% (Dez por cento) sobre o direito corrigido desse contrato*” (Cláusula 4ª – fl. 50-v), ou seja, estabeleceu cláusula penal para o caso de rescisão do contrato, após a inadimplência de 03 (três) parcelas.

A cláusula penal é uma obrigação acessória, também conhecida como multa convencional ou sanção civil, que se impõe à parte pelo descumprimento da obrigação contratual parcial ou total. A cláusula penal destina-se a evitar o inadimplemento da obrigação principal, ou o retardamento de seu cumprimento. Serve, ainda, como forma objetiva de fixação das perdas e danos.

A sua existência ou eficácia depende da obrigação principal, por essa razão é considerada uma obrigação acessória. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da

obrigação principal. Por outro lado, 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. Uma característica da cláusula penal é que não há necessidade de comprovação de perdas, ou seja, para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor demonstre o prejuízo. Basta o descumprimento contratual. Por outro lado, ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. Portanto, nenhum óbice à cláusula penal estabelecida em 10% (dez por cento) sobre o valor da obrigação contratual.

Todavia, evidencia-se nula de pleno direito a cláusula 5ª, do contrato originário, pois estabelece a perda de 70% (setenta por cento) das parcelas pagas pelo inadimplente, se der causa à rescisão contratual.

Vejamos:

“A rescisão do presente compromisso provocado pelo OUTORGADO(S) aplicar-se-á o disposto no Decreto Lei 6.756 de 19/12/1979, sendo devolvido ao mesmo 30% (trinta por cento) dos valores já pagos, acrescidos de correção monetária legal. Não serão passíveis de indenização as obras por ventura realizadas pelo Outorgado(s), tais como construções, aterros, ligações de água, luz, etc., sendo-lhe no entanto facultada a remoção de construções existentes sobre o imóvel”.

Assim, a fixação de multa por rescisão contratual e aplicação da cláusula penal, prevista contratualmente, implica em *bis in idem*. Mesmo que a cumulação não evidenciasse dupla condenação, ainda assim seria incabível a manutenção da cláusula penal com as sanções impostas na cláusula 5ª, *caput*, primeira parte e § 2º.

(TJPR AC 6994067 PR 0699406-7, Relator: Ângela Khury Munhoz da Rocha, Data de Julgamento: 31/05/2011, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 659)

Assim, considerando que é vedado a Construtora exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, conforme dispõe o art. 39, V, do Código de Defesa do Consumidor, a Cláusula 27, do contrato em análise deve ser considerada nula de pleno direito.

IV - DO DANO MORAL COLETIVO

Como instrumento da democracia participativa, a Ação Civil Pública é a via processual adequada para impedir a ocorrência ou reprimir danos aos bens coletivos tutelados, podendo também servir como instrumento de reparação dos ilícitos já consumados (tutela ressarcitória).

O amparo à pretensão de indenização pelos danos morais sofridos é extraído do art.

5º, X, da Carta Magna e dos arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, os quais vaticinam a obrigação de reparar daquele que causa prejuízos de ordem patrimonial ou moral a outrem.

Por seu turno, o Ministério Público tem a função, dentre outras elencadas no art. 129, III, da CF/88, de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Na legislação especial encontramos também o art. 6º, II, do CDC, cujo escopo é resguardar o consumidor contra os danos de ordem patrimonial e moral causados pelo fornecedor de produtos e serviços, garantindo a efetiva prevenção e reparação pelas lesões individuais, coletivas e difusas.

A maior parte dos doutrinadores considera que o fundamento primário da reparação nesses casos está no erro da conduta do agente, no seu procedimento contrário às normas. A ofensa a um bem jurídico também justifica essa responsabilidade, existindo uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o dano causado. Nesse diapasão, seguem as palavras de Leonardo Roscoe Bessa⁷:

A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação a direitos coletivos e difusos. O valor imposto pelo juiz é destinado ao fundo criado pelo art. 13 da Lei n 7.541/85 (Ação Civil Pública). O caráter da condenação é exclusivamente punitivo. Não se objetiva a reparação de dano material, embora seja possível (e recomendável) cumular pedidos reparatório e indenizatório por *dano moral coletivo*. O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida a fundos nacional e estadual, foi basicamente de reprimir a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa atividade repressiva judicial, surgem os efeitos – a função do instituto- almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social. (Grifos nossos).

Assim, há dano moral coletivo quando a lesão causada pelo agente alcança interesses extrapatrimoniais ligados à coletividade, tais como o meio ambiente, a qualidade da vida e saúde da coletividade e as relações consumeristas.

Sobre o dano causado de forma difusa, acrescenta o mestre José Carlos Barbosa Moreira⁸, segundo o qual:

Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a "quota" de um e onde começa a de outro.

7 *Dano Moral Coletivo*. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 59, edição de Julho-Setembro. fl. 108.

8 *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos*, em *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*, S. Paulo, Saraiva, 1984.

Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todas; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade. Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos graves à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do "interesse coletivo" na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos.

Quanto à exigência de comprovação da dor e sofrimento na hipótese de dano moral coletivo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de dispensar a sua comprovação, de acordo com o que se extrai dos arestos abaixo:

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORAL COLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA UFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO - LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. 4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo. 5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento o Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão. 5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010). (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL.

INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.(REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147). (Grifos nossos).

No mesmo passo, importante frisar que a comprovação da existência de culpa não se faz necessária, de acordo com o arts. 12 e 14 do CDC, bastando apenas a configuração do dano.

Ante o exposto, é possível conceber que a submissão dos consumidores às práticas abusivas perpetradas pela Construtora Capuche, consistentes nas abusividades contratuais, na entrega de unidades imobiliárias sem o cumprimento das regras técnicas e legais incidentes, bem como na aplicação de capitalização de juros nos financiamentos dos consumidores que adquiriram ou podem vir a adquirir unidades imobiliárias nos seus empreendimentos, geram um dano moral de caráter coletivo, haja vista que a referida conduta é contrária às normas e princípios aplicáveis ao caso, conforme amplamente demonstrado no corpo desta inicial.

Ademais, não se pode olvidar do caráter pedagógico da condenação, que atua como fator inibidor de futuras condutas contrárias ao ordenamento jurídico vigente.

Desta feita, requer-se a Vossa Excelência a condenação da empresa CAPUCHE SATÉLITE INCORPORAÇÕES LTDA. ao pagamento do valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais causados aos consumidores, o qual deverá ser remetido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor instituído pela Lei Estadual nº 6.872/97. É o que se requer.

V - DA CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA

A preocupação ensejadora do presente tópico mantém estreita relação com a utilidade prática do provimento judicial buscado.

Com efeito, procurou-se explicar ao longo desta exordial que a pretensão primordial do Ministério Público do Rio Grande do Norte, além de fazer cessar as condutas lesivas já verificadas, é justamente impedir que as práticas ilegais sejam reiteradas, voltando a se repetirem em relação a mais consumidores.

Nessa estirpe, foi frisada a importância da observância das normas legais e técnicas, mormente no que se refere à expedição do Habite-se, o qual colateralmente garante a segurança da edificação e resguarda os consumidores contra futuras limitações ao exercício do direito de propriedade. De igual forma, a abusividade na cobrança de juros capitalizados, em qualquer de suas formas, ofende frontalmente o direito básico consumerista de proteção em face de métodos comerciais coercitivos ou desleais e contra práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV, CDC).

Vislumbra-se, portanto, pleito relativo à verdadeira tutela inibitória, com o fim precípua de impedir não apenas a continuidade do ilícito, como também a sua prática e reiteração futura.

Sobre a aptidão do instituto em questão para a finalidade ora proposta, válidas são as lições de Guilherme Marinoni, vejamos:

Não há razão para não admitir que alguém tenha a sua vontade constringida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito de praticar ilícitos e danos, sendo possível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do "poluidor-pagador", por exemplo. A modalidade mais pura de inibitória, que é justamente aquela que se dá com a interferência judicial antes da prática de qualquer ilícito, vem sendo aceita em vários países preocupados com a efetividade da tutela dos direitos. (...). Além disso, não é possível esquecer que o art. 5º, XXXV, da CR, afirma que "nenhuma lei excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", com o nítido intuito de viabilizar a tutela inibitória, ou seja, a tutela capaz de garantir a inviolabilidade de um direito que está sendo ameaçado de lesão. (...). Admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer instrumentos processuais capazes de torná-la realidade, e os operadores jurídicos e doutrinadores obrigados a ler as normas processuais de modo a torná-las efetivas. Isto quer dizer, em outras palavras, que a doutrina processual está obrigada a elaborar dogmaticamente o perfil da tutela inibitória, até porque esta é, sem dúvida alguma, absolutamente imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos mais importantes do homem. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica – arts. 462, CPC e 84, CDC*. Ed. RT, São Paulo: 2000, p. 85/88). (Grifos nossos).

E mais, o caso concreto requer a fixação de multa apta a desestimular a reiteração da conduta ilícita, bem como fomentar o dever de observância dos ditames legais e técnicos e o respeito aos direitos do consumidor. Sobre tal possibilidade, a qual encontra-se contemplada nos arts. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, citamos mais uma vez o mestre Luiz Guilherme Marinoni, para o qual

O legislador tem o dever de instituir procedimentos judiciais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos, bem como a adequada participação dos cidadãos na reivindicação e na proteção dos direitos. Acontece que o legislador não pode prever, *a priori*, as técnicas processuais ideais para os casos conflituivos, até porque as necessidades do direito material e da vida das pessoas variam conforme as peculiaridades das diversas situações. Por essa razão, o legislador, ao editar as regras processuais, resolveu deixar de lado a rigidez das formas ou a idéia de traçar técnicas processuais abstratas. A solução foi estabelecer regras que conferissem *maior poder ao juiz, dando-lhe a oportunidade de conformar o processo segundo as peculiaridades dos casos concretos*. Exemplo disso se

encontra nos artigos 84 do CDC e 461 do CPC. Como se sabe, tais artigos, voltando-se para a possibilidade de imposição de um fazer ou de um não-fazer, permitem que o juiz conceda a tutela específica ou determine providências que assegurem resultado prático equivalente (*caput*). Além disso, dá-se ao juiz o poder de, segundo as circunstâncias do caso concreto, ordenar sob pena de multa (§§ 4º) ou decretar medida de execução direta (que estão somente exemplificadas nos §§ 5º), tanto no curso do processo (§§ 3º) quanto na sentença (§§ 4º). Além disso, o juiz pode, na fase de execução, aumentar ou diminuir o valor da multa, ou ainda alterar a modalidade executiva prevista na sentença. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória e Remoção do Ilícito*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/5041/tutela-inibitoria-e-tutela-de-remocao-do-ilicito>. Acesso em 06/05/2011). (Grifos nossos).

Pelo exposto, requer-se a condenação da Capuche Satélite Incorporações Ltda. em obrigação de não fazer, consistente na abstenção da prática de entrega de empreendimentos sem a prévia expedição da documentação referente ao Habite-se, bem como da aplicação de capitalização de juros através de qualquer forma ou nomenclatura (Tabela Price, Juro Composto, etc.) sobre o saldo devedor das unidades imobiliárias comercializadas, proibindo-se, em consequência, a inserção de qualquer cláusula contratual permissiva da referida prática, sob pena de imposição de multa de R\$ 10.000,00 por cada empreendimento entregue sem Habite-se, contrato com cláusula permissiva de aplicação de capitalização de juros, ou prática que, embora não respaldada contratualmente, enseje as citadas condutas ilícitas.

VI - DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada encontra guarida no ordenamento jurídico no art. 273 do Código de Processo Civil, então aplicável à Ação Civil Pública por força do disposto no art. 19 da Lei nº. 7.347/85, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Para obtenção do provimento antecipatório é preciso, contudo, que a parte demonstre a presença dos requisitos da verossimilhança e do *periculum in mora* / abuso de direito / manifesto propósito protelatório do réu.

Quanto à verossimilhança dos fatos alegados, este requisito encontra-se preenchido através do cotejo probatório acostado aos autos. A documentação constante no Inquérito Civil nº. 151/09 e os argumentos sustentados ao longo desta peça inicial demonstram cabalmente que a empresa Capuche adota conduta contrária às normas legais, lesando diversos direitos dos consumidores.

Já no que pertine ao *periculum in mora*, insta mencionar que a urgência do pleito reside na perpetuação do dano causado aos consumidores, os quais continuarão ou ainda poderão ser lesionados nos seus direitos em razão das práticas abusivas perpetradas pela Capuche caso não haja determinação judicial no sentido de impedir a entrega e habitação de imóveis sem a certidão de conformidade técnica fornecida através do Habite-se. De igual maneira, não se pode olvidar que a oneração excessiva advinda da cobrança de juros capitalizados constitui, igualmente, prejuízo aos adquirentes das unidades autônomas, os quais acabam por sacrificar outras searas da sua vida para cumprir com suas obrigações, mesmo que essas se revelem abusivas.

Quanto à questão do Habite-se, vale frisar, Douto Julgador, que estamos aqui a tratar também da segurança dos consumidores, direito este que está sendo ameaçado em razão da inexistência de observância das normas técnicas e legais por parte da empresa Demandada. Não é demais lembrar que um empreendimento construído em desconformidade com os projetos e determinações aprovados pela autoridade pública competente compromete a garantia de segurança que todo o procedimento administrativo que autoriza a construção visa assegurar.

Ademais, é preciso considerar que a demandada é uma empresa de grande porte, com imenso poder de captação de clientela, de forma que a cada dia novos consumidores farão adesão aos seus contratos e serão prejudicados pelas práticas ilegais relatadas, fazendo-se necessária a inibição das mesmas.

Outrossim, inexistente a possibilidade de ocorrência de danos de difícil reparação à Capuche ante seu grande poderio econômico, embora o mesmo não possa ser dito em relação à vasta gama de consumidores atingidos pelas suas condutas, incontestavelmente insossuficientes e carentes de proteção judicial imediata.

Dessa forma, requer-se o deferimento do pedido de tutela antecipada para determinar que a Capuche Satélite Incorporações Ltda., sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cujos valores deverão ser revertidos ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei Estadual nº. 6.872/97:

- a) suspenda imediatamente a entrega aos adquirentes de qualquer empreendimento que ainda não possua a documentação referente ao Habite-se, ou seja, o empreendimento só pode ser considerado regular após a emissão do habite-se pelos órgãos competentes;
- b) em relação aos empreendimentos já entregues e que estão irregulares em relação à documentação acima citada, seja imposta multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, por empreendimento verificado nessa situação, esta calculada da data da entrega até a expedição da documentação do Habite-se;
- c) apresente, em 10 (dez) dias, a lista de todos os empreendimentos já construídos ou em fase de construção e lançamento na cidade de Natal/RN;
- d) em relação aos proprietários que já tenham recebido os seus imóveis em empreendimentos sem o Habite-se, seja determinada a suspensão do pagamento das parcelas das unidades imobiliárias, das taxas condominiais e do IPTU, em vista do inadimplemento contratual por parte da Construtora Demandada, consoante explanado no tópico II.1, devendo a demandada arcar com as taxas e impostos cobrados antes da emissão do habite-se e que a prestação volte a ser corrigida pelo

índice inserido no contrato, anteriormente a entrega do imóvel;

e) seja afastada provisoriamente a incidência dos juros, quando previsto contratualmente que estes serão calculados a partir da entrega dos imóveis, em relação àqueles empreendimentos irregulares, somente sendo permitido o acréscimo ora versado quando da plena regularização da documentação do Habite-se;

f) que seja modificada a cláusula 5 para, em caso de pagamento fora do prazo, a cobrança de juros de mora sejam fixados no valor de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, para o caso de inadimplemento a demandada só possa cobrar multa de 2%, possibilitando a permanência dos juros moratórios no percentual máximo de 1% ao mês;

g) que seja incluída na cláusula 7, o seguinte termo: “em caso de inadimplência pelo comprador de 03 (três) parcelas consecutivas, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, implicará na rescisão do contrato, mediante o envio prévio de notificação pessoal ao comprador, pelo VENDEDOR, com o estabelecimento de prazo para que ocorra o adimplemento da dívida.”

h) que seja extirpado da cláusula 9.3 o termo: “não excedendo, em qualquer hipótese, o prazo de 6 (seis) meses”, referente ao pagamento mensal do percentual de 2% (dois por cento) do valor efetivamente pago, a título de indenização ao comprador, em caso de atraso na entrega da unidade imobiliária. Devendo ficar disposta da seguinte forma: “9.3. O pagamento estipulado no item 9.2., será devido até a data da entrega da unidade imobiliária”;

h.1) Modificação da cláusula 9.1, possibilitando a demandada inserir a seguinte cláusula: Confere-se à VENDEDORA a faculdade de prorrogar o contrato em até 10% do número de dias previsto no QUADRO DE RESUMO (PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL). Não entregando a unidade no prazo máximo conferido nesta cláusula, deverá a demandada pagar multa no valor de 2% dos valores despendidos pelo comprador, até a entrega do empreendimento. (2% mesmo percentual pago pelo consumidor)

i) que seja extirpado da cláusula 9.5.a o termo: “a exceção do sinal, de forma parcelada em razão do número de prestações efetivamente pagas”. Devendo ficar disposta da seguinte forma: “9.5. Evoluindo o evento extraordinário a ponto de impedir em absoluto a execução, a conclusão e a entrega do empreendimento e da unidade imobiliária, **faculta-se ao COMPRADOR:**

a) desistir da avença, restituindo-se-lhe o valor pago, devidamente corrigido, no prazo máximo de 30 dias”;

j) Que seja incluído o termo “Com Habite-se”, na cláusula 9.8, devendo ficar disposta da seguinte forma: “9.8. Concluído o empreendimento “**COM HABITE-SE**”, **comunicar-se-á ao COMPRADOR para receber a unidade imobiliária, obedecidos os termos do caput desta cláusula**”;

k) Que seja incluído o termo “juros simples”, na cláusula 10, devendo esta ficar disposta da seguinte forma: “**Cláusula 10 – JUROS REMUNERATÓRIOS APÓS O RECEBIMENTO DA UNIDADE IMOBILIÁRIA.**

Na hipótese de o **COMPRADOR** receber a unidade imobiliária antes da

quitação do valor previsto no ITEM 5 do QUADRO DE RESUMO, todas as parcelas vincendas serão apuradas pelo resultado do saldo devedor atualizado nos termos do caput da cláusula 6, acrescido dos juros remuneratórios, NA FORMA SIMPLES, de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas”.

l) Modifique a cláusula “17.a.1”, “17.a.2” e “17.b.1”, para que a restituição dos valores pagos pelo comprador seja feita de forma integral, com inclusão do valor pago a título de sinal, no percentual mínimo de 80% (oitenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço da unidade imobiliária, e no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em parcela única.

m) que seja suspensa, a título de antecipação de tutela, e posteriormente declarada nula, na análise do mérito da presente ação, a cobrança da Taxa de Cessão, disposta na cláusula 18.2, em decorrência de sua abusividade;

n) Que seja incluído na cláusula 23, o termo: “restituição dos valores pagos, devidamente corrigidos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a consecução do ato”, devendo ficar disposta da seguinte forma: “Em caso de desapropriação da unidade imobiliária alienada fiduciariamente, a VENDEDORA, na qualidade de proprietária fiduciária, deverá restituir os valores pagos, corrigidos, pelo comprador no prazo máximo de 30 dias.

o) que seja suspensa, a título de antecipação de tutela, e posteriormente declarada nula, na análise do mérito da presente ação, a CLÁUSULA PENAL nº 27, em decorrência de sua abusividade;

p-) Nulidade da cláusula 25 referente a a garantia de 180 dias a contar da entrega da unidade, devendo constar o seguinte: “A vendedora confere garantia de 05 anos contados da entrega da unidade imobiliária, em relação a qualquer defeito ou vício nela existente” . Faz-se necessário retirar o termo “vício oculto” visto que, neste caso, o prazo só se inicia a partir do momento em que o vício oculto for detectado, devendo ser levado em conta a vida útil do produto.

q-) Nulidade da cláusula 7.2 que estipula honorários advocatícios em desfavor do consumidor no percentual de 20%. É matéria pacífica na jurisprudência que honorários advocatícios apenas são cabíveis após a instauração de procedimento judicial, não sendo devidos, portanto, em casos de cobrança extrajudicial;

r) seja dada ampla divulgação dos termos da decisão antecipatória aos consumidores que adquiriram unidades autônomas nos empreendimentos construídos pela demandada através de remessa de notificação e publicação de nota em jornal de grande circulação no Município do Natal/RN, durante quatro dias seguidos, nesses compreendidos um final de semana, em local e tamanho que permitam a fácil visualização do leitor, a fim de garantir a efetividade do provimento judicial;

s) seja comprovada, documentalmente, o cumprimento das medidas acima requeridas, no prazo de 10 (dez) dias a contar da intimação.

VII – DO PEDIDO FINAL

Ex positis, amparado no lastro probatório acostado aos autos anexos e nos fundamentos jurídicos aduzidos, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO a total procedência da ação, conforme abaixo requerido:

a) a citação da Construtora Demandada para, querendo, apresentar a defesa que entender cabível;

b) a publicação de edital no Diário Oficial do Estado, para possibilitar a intervenção de possíveis interessados, em atenção à norma contida no art. 94, da Lei nº 8.078/90;

c) a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90;

d) sejam concedidos, em caso de indeferimento da medida antecipatória, ou tornados definitivos, no caso de concessão, os provimentos pleiteados no ponto VI desta exordial, referente ao pedido de antecipação de tutela, no sentido de determinar à Capuche, sob pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de atraso no cumprimento da decisão, cujos valores deverão ser revertidos ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei Estadual nº 6.872/97:

d.1) suspenda imediatamente a entrega aos adquirentes de qualquer empreendimento que ainda não possua a documentação referente ao Habite-se, ou seja, o empreendimento só pode ser considerado regular após a emissão do habite-se pelos órgãos competentes;

d.2) em relação aos empreendimentos já entregues e que estão irregulares em relação à documentação acima citada, seja imposta multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, por empreendimento verificado nessa situação, esta calculada da data da entrega até a expedição da documentação do Habite-se;

d.3) em relação aos proprietários que já tenham recebido os seus imóveis em empreendimentos sem o Habite-se, seja determinada a suspensão do pagamento das parcelas das unidades imobiliárias, das taxas condominiais e do IPTU, em vista do inadimplemento contratual por parte da Construtora Demandada, consoante explanado no tópico II.1;

d.5) seja afastada provisoriamente a incidência dos juros, quando previsto contratualmente que estes serão calculados a partir da entrega dos imóveis, em relação àqueles empreendimentos irregulares, somente sendo permitido o acréscimo ora versado quando da plena regularização da documentação do Habite-se, conforme requerido no pedido de tutela antecipada

d.6) que seja modificada a cláusula 5 para, em caso de pagamento fora do

prazo, a cobrança de juros de mora sejam fixados no valor de 1% (um por cento) ao mês, para que a demandada só possa cobrar, em razão do inadimplemento, multa de 2%, permitindo-se a permanência dos juros moratórios no percentual máximo de 1% ao mês;

d.7) que seja incluída na cláusula 7, o seguinte termo: “em caso de inadimplência pelo comprador de 03 (três) parcelas consecutivas, ou de qualquer parcela por prazo superior a 90 (noventa) dias, implicará na rescisão do contrato, mediante o envio prévio de notificação pelo VENDEDOR, com o estabelecimento de prazo para que ocorra o adimplemento da dívida pelo COMPRADOR”;

d.8) que seja extirpado da cláusula 9.3 o termo: “não excedendo, em qualquer hipótese, o prazo de 6 (seis) meses”, referente ao pagamento mensal do percentual de 2% (dois por cento) do valor efetivamente pago, a título de indenização ao comprador, em caso de atraso na entrega da unidade imobiliária. Devendo ficar disposta da seguinte forma: “**9.3. O pagamento estipulado no item 9.2., será devido até a data da entrega da unidade imobiliária**”;

d.8.1) **Modificação da cláusula 9.1, possibilitando a demanda inserir a seguinte cláusula: Confere-se à VENDEDORA a faculdade de prorrogar o contrato em até 10% do número de dias previsto no QUADRO DE RESUMO (PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL). Não entregando a unidade no prazo máximo conferido nesta cláusula, deverá a demandada pagar multa no valor de 2% dos valores despendidos pelo comprador, até a entrega do empreendimento.**

d.9) que seja extirpado da cláusula 9.5.a o termo: “a exceção do sinal, de forma parcelada em razão do número de prestações efetivamente pagas”. Devendo ficar disposta da seguinte forma: “**9.5. Evoluindo o evento extraordinário a ponto de impedir em absoluto a execução, a conclusão e a entrega do empreendimento e da unidade imobiliária, faculta-se ao COMPRADOR:**

a) **desistir da avença, restituindo-se-lhe o valor pago, corrigido, no prazo de 30 dias;**

d.10) Que seja incluído o termo “Com Habite-se”, na cláusula 9.8, devendo ficar disposta da seguinte forma: “**9.8. Concluído o empreendimento “COM HABITE-SE”, comunicar-se-á ao COMPRADOR para receber a unidade imobiliária, obedecidos os termos do caput desta cláusula**”;

d.11) Que seja incluído o termo “juros simples”, na cláusula 10, devendo esta ficar disposta da seguinte forma: “**Cláusula 10 – JUROS REMUNERATÓRIOS APÓS O RECEBIMENTO DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. Na hipótese de o COMPRADOR receber a unidade imobiliária antes da quitação do valor previsto no ITEM 5 do QUADRO DE RESUMO, todas as parcelas vincendas serão apuradas pelo resultado do saldo devedor atualizado nos termos do caput da cláusula 6, acrescido dos juros remuneratórios, NA FORMA SIMPLES, de 1% (um por cento) ao mês, dividido pelo número de parcelas vincendas**”.

d.12) Modifique a cláusula “17.a.1”, “17.a.2” e “17.b.1”, para que a restituição dos valores pagos pelo comprador seja feita de forma integral, com inclusão do valor pago a título de sinal, no percentual de no mínimo 80% (oitenta por cento) da quantia total representativa das parcelas devidamente pagas do preço da unidade imobiliária, a título de ressarcimento pelas despesas de publicidade, corretagem, etc, desde que comprovadas, devendo os valores serem restituídos no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em parcela única.

d.13) que seja suspensão, a título de antecipação de tutela, e posteriormente declarada nula, na análise do mérito da presente ação, a cobrança da Taxa de Cessão, disposta na cláusula 18.2, em decorrência de sua abusividade, devendo a demandada restituir, em dobro, os valores despendidos com a taxa de cessão;

d.14) Que seja incluído na cláusula 23, o termo: “**restituição dos valores pagos, devidamente corrigidos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a consecução do ato**”, devendo ficar disposta da seguinte forma: “Em caso de desapropriação da unidade imobiliária alienada fiduciariamente, a VENDEDORA, na qualidade de proprietária fiduciária, deverá restituir os valores pagos pelo comprador no prazo máximo de 30 dias.

d.15) que seja suspensão, a título de antecipação de tutela, e posteriormente declarada nula, na análise do mérito da presente ação, a utilização de CLÁUSULA PENAL, conforme item 27, em decorrência de sua abusividade,

d.15.1) Nulidade da cláusula 25 referente a a garantia de 180 dias a contar da entrega da unidade, devendo constar o seguinte: “A vendedora confere garantia de 05 anos contados da entrega da unidade imobiliária, em relação a qualquer defeito ou vício nela existente”. Faz-se necessário retirar o termo “vício oculto” visto que, neste caso, o prazo só se inicia a partir do momento em que o vício oculto for detectado, devendo ser levado em conta a vida útil do produto.

d.15.2) Nulidade da cláusula 7.2 que estipula honorários advocatícios em desfavor do consumidor no percentual de 20%. É matéria pacífica na jurisprudência que honorários advocatícios apenas são cabíveis após a instauração de procedimento judicial, não sendo devidos, portanto, em casos de cobrança extrajudicial;

d.16) seja dada ampla divulgação dos termos da decisão antecipatória aos consumidores que adquiriram unidades autônomas nos empreendimentos construídos pela Demandada através de remessa de notificação e publicação de nota em jornal de grande circulação no Município do Natal/RN, durante quatro dias seguidos, nesses compreendidos um final de semana, em local e tamanho que permitam a fácil visualização do leitor, a fim de garantir a efetividade do provimento judicial;

d.17) seja comprovada, documentalmente, o cumprimento das medidas acima requeridas, no prazo de 10 (dez) dias a contar da intimação.

e.1) em caso de descumprimento que seja aplicada multa de R\$ 40.000,00 por cada empreendimento entregue sem Habite-se, contrato com previsão de aplicação de capitalização de juros, ou prática verificada nesse sentido, mesmo que sem respaldo contratual, e demais abusividades constatadas no contrato e impugnadas na presente ação;

e.2) declarar a nulidade das cláusulas questionadas na presente ação existentes nos contratos firmados ou que venham a ser firmados entre a demandada e os consumidores

e.3) condenar a empresa Demandada ao pagamento de indenização pelos danos morais causados ao consumidores em virtude da sua conduta ilegal, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), devendo tal valor ser convertido ao Fundo Estadual de Defesa ao Consumidor, instituído pela Lei Estadual nº 6.872/97.

e.4) condenar a demandada ao pagamento, em dobro, na forma do art. 42, parágrafo único, CDC, dos valores pagos pelos consumidores a título de juros capitalizados ou juros remuneratórios exigidos a partir da entrega irregular dos imóveis comercializados pela Construtora Capuche, nos termos do discorrido nos pontos II.1 (letras "a" e "b") e II.2 da exordial;

f) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, em face do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 e art. 87 da Lei 8.078/90;

g) a comunicação dos atos processuais nos moldes definidos no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e art. 41, inciso IV, da Lei 8.625/93, na sede da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor, localizada na Avenida Floriano Peixoto, 550, Centro, CEP 59.012-500, Natal/RN, com vista mediante entrega pessoal dos autos.

Pretende provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, em especial a prova documental.

Dá-se à causa o valor de R\$ 200.000,00 para os fins legais e de alçada.
Termos em que,
requer deferimento.

Natal/RN, 23 de fevereiro de 2012.


ALEXANDRE MATOS PESSOA DA CUNHA LIMA
59ª Promotoria de Justiça