

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DO
FÓRUM CENTRAL JOÃO MENDES JR. DA CAPITAL – SÃO
PAULO**

Ação Ordinária de Rescisão de Contrato**Processo nº 1005032-38.2015.8.26.0003****MARISA ROSANGELA BORZACHINI,**

brasileira, bancária, divorciada, portadora do RG nº 11.801.022-0 SSP/SP e do C.P.F. nº 010.165.698-07, residente e domiciliada na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Oneyda Alvarenga, nº 35, Apto. 44-A, bairro Jardim Saúde, CEP 04146-020, por seus advogados (**doc. 01**), vem, à presença de V. Exa., apresentar **CONTESTAÇÃO** em face da AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO DE CONTRATO em referência, pelas razões de fato e de direito aduzidas.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

I – DOS FATOS

1. A Ré adquiriu, em 12/12/2009, ainda “na planta”, da Autora SW05 Samambaia Empreendimento Imobiliário SPE Ltda., o apartamento nº 41 da Torre C2 do *Edifício Flamboyant* do *Condomínio Vila Arboreto*, situado nesta Capital, na Rua Samambaia, nº 571, no bairro da Saúde, pelo valor de R\$ 660.196,55, que deveria ser pago na forma pactuada na Cláusula 3 do Quadro Resumo do Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma Condominial – fl. 27.

2. Por sua vez, a Autora estava obrigada a entregar o imóvel até **30 de junho de 2012**, consoante disposto na Cláusula 4 do mesmo Quadro, prazo esse que poderia ser prorrogado unilateralmente em até 180 (cento e oitenta) dias em razão da ilegal cláusula de carência prevista no Capítulo G, Cláusula 10, da parte II do referido Contrato – fl. 48 (o qual, frise-se, na realidade só poderia ocorrer em caso de furto, força maior ou acontecimentos extraordinários, à luz da cediça jurisprudência pátria).

3. Até referida data (junho de 2012), a Ré vinha cumprindo assiduamente com suas obrigações relativas ao negócio, liquidando em dia todas as parcelas acordadas.

4. Contudo, chegou o tão esperado momento da finalização da obra e da entrega das chaves de seu imóvel, sem qualquer justificativa plausível, **o empreendimento não foi concluído**.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

5. De fato, conforme já **reconhecido** pela própria Autora na documentação acostada ao autos (fl. 74) e até mesmo pelo Poder Judiciário nos autos da ação nº 0015442-46.2013.8.26.0003 (**doc. 03**), **transitada em julgado** (em que são partes outra compradora do empreendimento e a SW05 Samambaia Empreendimento Imobiliário SPE Ltda.), o imóvel só veio a ser efetivamente entregue em meados de 2013, mais especificamente em **OUTUBRO DE 2013** (no caso da ora **Ré**, em 09/10/13), quando satisfatoriamente concluída e aprovada a última vistoria do seu apartamento, ainda que **sem a efetiva entrega das chaves**.

6. Nesse sentido, veja-se que a própria Autora reconhece ter a **Ré** “*realizado a VISTORIA DE ENTREGA da unidade em 09 de outubro de 2013*” (fl. 74), ou seja, **mais de 1 ano e 3 meses após o prazo contratualmente previsto** para tanto e 10 meses além do prazo de carência unilateral e ilegalmente estipulado.

7. Diante desse fato, e com base no cronograma de pagamentos disposto na Cláusula 3 do Contrato (fl. 27) – o qual estabelece o pagamento de parcela única no valor de R\$ 70.750,00 (a popularmente chamada “parcela das chaves”) para o mês “previsto” para a conclusão do empreendimento (à época, ainda junho de 2012) –, bem como na **exceção de contrato não cumprido**, a **Ré** imediatamente suspendeu o pagamento da “parcela das chaves” e demais parcelas vincendas, porquanto a construtora deixara de cumprir com suas obrigações.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

8. Cumpre salientar que este entendimento foi firmado juntamente com a Autora, **que NÃO se manifestou contrária à postergação do pagamento da referida parcela para a data em que efetivamente fosse entregue o imóvel com a disponibilização das chaves**, naquele momento ainda prevista para o final de dezembro de 2012 (porque acobertada pela ilegal cláusula de carência). O acordo foi firmado por meio de ligação telefônica e **e-mail enviado em 23 de maio de 2012 (doc. 04)** para a Sra. Tatiane da Sena, então funcionária da Autora que realizava todo o atendimento pós-venda.

9. Outrossim, é necessário esclarecer que todo o cronograma de pagamentos estipulado pela tabela da Cláusula 3 do Contrato (fl. 27) está montado justamente **com base na data de entrega do empreendimento inicialmente fixada em 30 de junho de 2012**.

10. Isso porque – e na hipótese de respeitado integralmente o quanto contratado –, chamado para entrega do imóvel (junho de 2012), caberia ao comprador realizar o pagamento da “parcela das chaves” e, *pari passu*, apresentar financiamento ou garantia do seu saldo devedor (cujas parcelas começariam a vencer em setembro de 2012).

11. Todavia, diante da absoluta **desídia da construtora no adimplemento de suas obrigações**, qual seria então a razoabilidade de obrigar a **Ré** (e os demais compradores) a **(a)** desembolsar o montante da “parcela das chaves” naquele momento (R\$ 70.750,00) e, ao mesmo tempo, **(b)** contratar um financiamento do saldo devedor – o que é

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

impossível sem a entrega do empreendimento – e começar a pagá-lo, sendo que não havia sequer uma estimativa plausível para a conclusão das obras? Realmente, nenhuma.

12. Note-se que a Autora, em sua exordial, curiosamente em momento algum relaciona a data que em deveria ter entregue o imóvel à **Ré** com o momento em que parou de receber as parcelas do preço, limitando-se a aduzir a esmos que “*a Requerida, injustificadamente, deixou de efetuar o pagamento das parcelas nas datas avençadas no contrato. Encontrando-se inadimplente, dando ensejo a aplicação da Cláusula 14 [do Contrato, sobre inadimplência] (...)*” – fl. 2.

13. Posteriormente, e já com uma maior segurança de que o empreendimento seria efetivamente entregue, ainda que com mais de 1 ano após a data pré-fixada para tanto, **passou a Ré a entrar em contato com a construtora a fim de iniciar as tratativas de financiamento do saldo devedor do imóvel**, como facultado pelo instrumento firmado, compensando-se com o quanto devido pela Autora a título de indenizações e lucros cessantes pelo atraso da obra.

14. Foi neste momento que foi surpreendida com a missiva do Sr. Jaques Douglas Jardim (**doc. 05**), representante da Autora, em 11/12/2013, com a proposta de pagamento de **R\$ 632.618,87** de saldo devedor, **sem apresentação de qualquer memória de cálculo e já descontados risíveis R\$ 13.743,54 a título de “compensação” por alugueis (lucros cessantes) no período de atraso da obra (1 ano e 3 meses).**

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

15. Diante dessa resposta, a **Ré** indagou a construtora sobre os índices utilizados no cálculo e critérios de mensuração das indenizações, sempre buscando regularizar o pagamento do preço do imóvel e, finalmente, receber as chaves de seu investimento (**doc. 06**). Pediu, também, por diversas vezes, a planilha financeira do saldo devedor imóvel, na qual estariam comprovados todos os cálculos utilizados e os pagamentos feitos, desde a primeira parcela até a atualização do saldo devedor para o valor então presente.

16. Todavia, nenhuma de suas solicitações foi atendida e as explicações seguiram repetitivas e nebulosas, tendo sido inclusive obrigada a **Ré** a queixar-se no PROCON (fls. 63-64), exigindo esclarecimentos da construtora sobre todo o ocorrido, a dizer: **(a)** justificativas pelo atraso na obra; **(b)** montante fixado a título de indenizações e lucros cessantes; **(c) critérios de atualização do saldo devedor e incidência de juros** durante a mora da entrega do empreendimento; **(d)** cobranças de IPTU e de condomínio antes da entrega das chaves; e, finalmente, **(e)** a cobrança das “taxas de corretagem”, inobstante o seu imóvel tenha sido adquirido “na planta”, diretamente no *stand* de vendas do empreendimento e sem a intermediação de corretores contratados para este fim.

17. Nada obstante, nenhuma dessas questões foi “*respondida a contento*”, como inveridicamente alega a Autora (fl. 3), tanto que a própria área de assuntos financeiros do PROCON foi taxativa ao reconhecer que “*a resposta apresentada pelo Fornecedor não atende satisfatoriamente o pedido formalizado no expediente e não comprova de forma inequívoca que não assiste razão o pedido formulado*” (**doc. 12**).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

18. Daí porque não restou alternativa à ora **Ré** se não ajuizar a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, em trâmite perante a 16ª Vara Cível deste Foro principalmente para, apurando-se o valor efetivamente devido, viabilizar o financiamento do saldo devedor.

19. De se salientar que, **até o momento**, isto é, passados mais de **3 anos** da data prevista para a entrega de seu apartamento, a **Ré segue privada de receber as chaves** e mudar-se para o imóvel cujas parcelas sempre **pagou em dia**, não tendo obtido o financiamento para liquidação do saldo remanescente apenas e tão somente porque a Autora apresenta cálculo totalmente irreal.

20. Vale ainda destacar que a **Ré**, a fim de apurar a validade do quanto vem sendo cobrado pela Autora, teve inclusive de contratar, por sua conta exclusiva, profissional autônomo especializado, o qual constatou **irregularidades no cálculo**, tais como a falta de congelamento do preço durante a mora exclusiva da construtora, a incidência de juros antes da entrega das chaves e, principalmente, os problemas na quantificação da indenização devidas, conforme se pode verificar do laudo anexo e dos cálculos realizados (**docs. 07 e 08**).

21. Nesse passo, diferentemente do quanto quer levar a crer a Autora, **não é a Ré** que está inadimplente com as suas obrigações e que se nega a pagar o preço contratado, o que supostamente justificaria um pedido de distrato e devolução de (pequena) parte do montante já pago pela **Ré** (frise-se, sem qualquer atraso).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

22. Pelo contrário, além de ter postergado de forma ilegítima a entrega da obra e ficado em mora por mais de 1 ano e 3 meses, a Autora, até o momento, em que pesem todos os pedidos da **Ré**, **não forneceu as informações necessárias – para a Ré ou mesmo para este MM. Juízo – sobre a constituição e o cálculo do saldo devedor apresentado**, inviabilizando, portanto, a análise e posterior pagamento deste montante com a transparência e boa fé que os contratos – sobretudo os de consumo – impõem.

23. Justamente por este motivo é que não devem prosperar os pedidos formulados na exordial (rescisão contratual om devolução de valor aviltante cumulada com “indenização” por supostos danos sofridos), uma vez que **exclusivamente** em razão de **inconsistências** na soma exibida **pela Autora** e na sua **desídia em apresentar as devidas justificativas** para o cálculo, a **Ré** está sendo privada de pagar a quantia que reconhece como devida.

24. Aliás, Exa., na esteira da prática que vem sendo adotada durante todo o processo de “negociação” e “apuração” dos valores, tamanha é a falta de transparência da Autora e sua vontade de rapidamente empurrar o quanto julga devido para a **Ré**, que está até mesmo se dispondo, de forma extremamente solidária, “*a majorar o percentual de devolução para 70% dos valores pagos pela Ré*” (fl. 11) em caso de distrato – como se esse percentual, por si só, já não fosse deveras aviltante.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

25. De toda forma, é importante salientar que a intenção da **Ré é e sempre foi** pagar o quanto efetiva e comprovadamente for devido pelo imóvel adquirido, tanto é que vem pagando, em dia, os carnês de IPTU e Condomínio relativos ao apartamento **mesmo sem nunca ter recebido as chaves**, e que não seriam, portanto, devidos, na esteira da jurisprudência amplamente sedimentada tanto do C. STJ como do E. TJ/SP.

26. Porém, certo é que, sem a apresentação de um saldo devedor confiável, com as devidas justificativas e memória de cálculo, não é possível anuir com o quanto está sendo cobrado pela Autora, principalmente quando há **indícios de irregularidades** nos cálculos, na linha do que foi apurado pela **Ré** e que poderá ser verificado em eventual prova pericial contábil.

27. Por fim, ainda que se pudesse entender pelo cabimento da rescisão contratual e da necessidade de distrato, o que se admite apenas *ad argumentandum*, cogente a devolução da **integralidade** (100%) do valor pago pela **Ré**, já que é cediço que o inadimplemento ocorreu por **culpa da construtora**, que não entregou o empreendimento dentro do prazo acordado e tampouco viabilizou o cálculo correto do saldo devedor, ou, no mínimo, houve descumprimento contratual de ambas as partes, configurando-se a culpa concorrente.

28. Estes são os fatos.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

II – PRELIMINARMENTE:

CONEXÃO

29. Inicialmente, cumpre destacar que, por força do disposto no art. 102 e seguintes do CPC, este processo possui conexão com a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100 (**doc. 02**), em trâmite perante a 16ª Vara Cível deste Foro.

30. Nas lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, conexão é:

*“(...) a causa de modificação da competência relativa (CPC 102). **Duas ou mais ações serão conexas quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir (próxima ou remota) (CPC 103).** (...) O objetivo da conexão é a reunião das ações para receberem julgamento conjunto, evitando-se decisões conflitantes (CPC 105).” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 13ª ed., p. 684 – destaques da Requerida.).*

31. E, em havendo conexão entre processos, ainda que seja matéria de ordem pública, é obrigação do réu argui-la em preliminar de contestação, consoante dispõe o art. 301, VII, do CPC.

32. No caso em tela, enquanto a presente Ação de Rescisão de Contrato objetiva o distrato do Instrumento de Compra e Venda firmado entre Autora e Ré com a devolução de apenas parte (50%) dos valores pagos em função da suposta falta de pagamento de parcelas, a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100 foi ajuizada justamente para que fosse apurado o valor efetivamente devido pela Autora, declarando-se a

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

nulidade de cláusulas contratuais e fixando-se, desde logo, indenização por atraso na entrega de obra. As questões são, portanto, absolutamente prejudiciais.

33. De fato, ambas as ações possuem a mesma *causa de pedir remota*, isto é, o mesmo direito em que se funda o pedido do autor - o Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Condominial (o “Contrato”). Utilizando-se uma vez mais dos ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Existindo duas ações fundadas no mesmo contrato, onde se alega inadimplemento na primeira e nulidade de cláusula na segunda, há conexão. A causa de pedir remota (contrato) é igual em ambas as ações, embora a causa de pedir próxima (lesão, inadimplemento), seja diferente.” (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 13ª ed., p. 438 – destaques da Ré).

34. E, em se tratando de ações cujo fundamento é um mesmo contrato (direito pessoal), estamos diante de ações cuja matéria é de competência relativa e, portanto, sujeita à modificação de competência que tratam o art. 102 e seguintes do CPC por força de conexão.

35. Outrossim, considerando que as ações conexas, ambas de competência territorial, atualmente correm em Juízos separados, poderá, inclusive, ser aplicado o quanto disposto no art. 106 do CPC.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

36. Por outro lado, apesar de ser matéria de ordem pública, já decidiu o C. STJ que “*Segundo orientação predominante, o CPC 105 deixa ao juiz certa margem de discricionariedade para avaliar a gravidade resultante da contradição de julgados e a conveniência da reunião de processos em virtude do desenvolvimento mais ou menos avançado que tenha alcançado cada um deles.*” (Ag. Nº 58184-5/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, 3ª Turma, j. 17/11/1994 – destaques da Ré).

37. No entanto, ainda que venha a ser exercida referida *discricionariedade*, também por essa vertente seria devido o reconhecimento da conexão e o julgamento simultâneo e conjunto dos processos, pois restam claros:

- a) a *gravidade resultante da contradição de julgados*: tratando ambas ações do mesmo contrato e de nulidades presentes em suas cláusulas, decisões conflitantes podem eventualmente acabar aplicando dispositivos considerados nulos e divergir quanto à interpretação do Contrato como um todo;
- b) a *conveniência na reunião de processos*: as questões permeiam o mesmo suporte fático e dependem da análise de pontos em comum a ambos os processos, tais como, por exemplo, a existência do atraso das obras e as demais violações contratuais ocorridas, isso sem falar em eventual perícia contábil que aproveitaria aos dois casos; e

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

- c) a fase de *desenvolvimento* praticamente idêntica dos processos, já que em ambos houve formação regular da lide, não tendo sequer sido proferido o despacho saneador e a consequente determinação de eventuais provas a serem produzidas.

38. Daí porque, comprovada a conexão existente entre a presente ação e a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, entende a **Ré** ser pertinente o julgamento simultâneo de ambas as ações.

III – MÉRITO DO DIREITO

III.1. - Da Relação de Consumo

39. De plano, cumpre destacar que a relação existente entre o **Ré** e a Autora, claramente, é **de consumo**, com sensível mitigação do *pacta sunt servanda* no que concerne a cláusulas que se afigurem contrárias às normas de ordem pública que visam a defesa da parte hipossuficiente de tais relações.

40. Com efeito, a **Ré** é consumidora final do imóvel vendido pela Autora, tendo recebido pronta e regulamentada sua relação contratual, sem poder efetivamente discutir, nem negociar, singularmente os termos e condições dos contratos.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

41. Trata-se, portanto, de típico “Contrato de Adesão”, pois à Ré não restou alternativa a não ser aceitar, praticamente em bloco, todas as cláusulas **unilateralmente elaboradas** no Instrumento Contratual, assumindo, assim, papel de simples aderente à vontade manifestada pela Autora.

42. Daí que, a teor do que dispõem os **artigos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor**, não há dúvida de que é de consumo a relação que surge entre as construtoras ou incorporadoras e os adquirentes de unidades imobiliárias, razão pela qual é inafastável a sujeição dos respectivos instrumentos às regras do referido diploma legal.

43. Este, aliás, é o entendimento tanto do E. TJ/SP (Processo nº 0001571-98.2012.8.26.0191) quanto do E. STJ (REsp nº 299.445) em casos análogos.

44. E como corolário lógico da sujeição da relação entre as partes às normas consumeristas, tem-se a inafastável observância da regra inserta no **art. 51 do CDC**, que comina a pena de **nulidade** às cláusulas contratuais que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”* (incisos I e IV) ou mesmo, se o caso, que *“subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código”* (o que a tanto equivale a subtração parcial imoderada).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

45. Outrossim, ainda que todos os documentos acostados pela Ré sejam suficientes para comprovar o quanto alegado, também em função da relação de consumo existente entre as partes, aplica-se ao caso a **distribuição dinâmica do ônus probatório**, nos termos do **art. 6º, VIII, do CDC**, recaindo tal ônus à Autora que melhor detém condições de produzir eventuais provas necessárias.

46. Estabelecida a premissa acima, qual seja, a sujeição da relação jurídica de direito material subjacente à demanda às normas do Código de Defesa do Consumidor, passa-se a discorrer sobre as normas especificamente aplicáveis ao caso concreto.

III.2 – Do Incontroverso Atraso na Entrega da Obra (Exceção do Contrato Não Cumprido)

47. Conforme já ventilado, alega vagamente a Autora que “*a Requerida, injustificadamente, deixou de efetuar o pagamento das parcelas nas datas avençadas no contrato. Encontrando-se inadimplente, dando ensejo a aplicação da Cláusula 14 [do Contrato, sobre inadimplência] (...)*” – fl. 2.

48. Ocorre, porém, que a ausência de pagamento encontra guarida primeiro no princípio da inexecução contratual previsto no art. 476 do Código Civil. Isso porque houve **atraso na entrega do imóvel de mais de 1 ano e 3 meses da data previamente fixada no contrato, o que autorizou a Ré a postergar o pagamento da vultosa “Parcela das Chaves” e do restante do saldo devedor.**

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

49. Com efeito, estabelece a Cláusula 4 do referido Instrumento que “*a data prevista para a entrega do imóvel é dia 30 de junho de 2.012, ressalvadas as condições decorrentes de força maior e de carência*” (fl. 28).

50. No entanto, como já confirmado inclusive pela própria documentação acostada pela a Autora (fl. 74), **as obras só vieram a ser concluídas e a última revisão para a suposta entrega de chaves realizada em 09 DE OUTUBRO DE 2013**, ou seja, transcorridos aproximadamente **1 ano e 3 meses da referida obrigação contratual**.

51. Vale destacar que, em caso análogo, ajuizado por outra compradora do mesmo empreendimento em face da ora Autora, a 3ª Câmara de Direito Privado do E. TJ/SP decidiu, por unanimidade, que **ficou comprovado o atraso na entrega do imóvel**, inclusive ensejador de danos materiais, lucros cessantes e danos morais (os quais, no caso específico da **Ré**, estão sendo atualmente discutidos nos autos da Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100). Confira-se trecho do v. acórdão (**doc. 03**):

“O compromisso de compra e venda firmado entre as partes previa como prazo de conclusão das obras 30.06.2012, com tolerância de 180 dias, mas o Habite-se foi expedido em 15.01.2013 e a compromissária compradora imitada na posse da unidade em julho de 2013.

No caso dos autos a empresa não comprovou ter ocorrido motivo de força maior ou caso fortuito a possibilitar prorrogação de prazo para entrega da obra, tentando apenas repassar ao consumidor o risco de sua atividade empresarial.” (Apelação nº 0015442-46.2013.8.26.0003, Des. Rel. DONEGÁ MORANDINI, j. 14/05/2015. – destaques da **Ré**).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

52. Note-se, pois, que, seja pela própria confissão da construtora no documento acostado à fl. 74, seja pela **decisão transitada em julgado do E. TJ/SP**, desde junho de 2012 a Autora encontra-se comprovadamente **em mora**, não tendo cumprindo com as obrigações contratuais assumidas **exclusivamente por sua culpa**.

53. É justamente em casos como o presente, em que há acordo bilateral de obrigações recíprocas (pagamento do preço e entrega do imóvel) não cumprido por uma das partes (Autora), que passa a ser aplicável a **exceção de contrato não cumprido** (*exceptio non adimpleti contractus*) pela parte lesada, a teor do art. 476 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

54. E foi exatamente o que fez a Ré que, diante da constatação do atraso na entrega de seu imóvel, **deixou inicialmente de pagar** o saldo devedor até que fosse efetivamente entregue as chaves de seu apartamento, **tendo inclusive notificado COM ANTECEDÊNCIA a Autora de sua (legítima) decisão** por meio de ligação telefônica e **e-mail enviado em 23 de maio de 2012 (doc. 04)** para a Sra. Tatiane da Sena, então funcionária da Autora que realizava todo o atendimento pós-venda da Ré.

55. Aliás, é mister destacar que a atitude da Ré encontra respaldo não só na legislação de regência como também na iterativa jurisprudência pátria. Confira-se, nesse sentido, o posicionamento do E. TJ/SP sobre a questão:

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

“Compromisso de venda e compra de imóvel em fase de construção – Demora na entrega do empreendimento - Pretensão de suspensão do pagamento de parcela até a entrega das chaves – Possibilidade – Observância da exceção do contrato não cumprido – Cláusulas contratuais contraditórias – Interpretação favorável ao adquirente – Inteligência do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor – Sentença mantida - Recurso não provido” (Apelação nº 0022402-24.2012.8.26.0562, Des Rel. ROBERTO MAIA, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 25/06/2013 – destaques da Ré).

56. Para melhor elucidar a matéria, confira-se trecho do v. acórdão:

*“De acordo com a correta fundamentação de primeiro grau, não se pode mesmo exigir que o apelado pague a prestação que, segundo o próprio contrato (cláusula 6.2 do Anexo I fls. 54), seria devida na entrega das chaves do imóvel, não obstante a cláusula 2.9 (fls. 32) disponha que a data de vencimento das parcelas de preço, bem como sua exigibilidade, não tem qualquer vínculo com o andamento ou conclusão da obra. Note-se que são cláusulas conflitantes, que devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao adquirente, ante a relação de consumo que impera nesta demanda (CDC, art. 47). Acresce a isso que não ocorreu nenhuma situação decorrente de caso fortuito ou força maior a justificar o atraso na consecução da obra. Nessas circunstâncias, **CIENTE DE QUE O EMPREENDIMENTO NÃO SERIA ENTREGUE NA DATA APRAZADA** (31.05.2012), mas bem após o prazo de tolerância de 180 dias (31.11.2012), com nova previsão para junho de 2013, **CORRETA A SUSPENSÃO DO PAGAMENTO ANTE A REGRA DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO**” . (destaques da Ré).*

57. Assim, na esteira deste entendimento, embora a Cláusula 8 do Capítulo E (fl. 48) do Contrato de Compra e Venda – que trata dos preços e prazos de pagamento – estabeleça a desvinculação entre a data prevista para pagamento das parcelas o cronograma de execução das obras, não se pode deixar de notar que a parcela única de R\$

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

70.750,00 e a parcela financiável de 426.825,00 **coincidem com a data prevista para a entrega** dos apartamentos, após realização de vistoria (junho e setembro de 2012, respectivamente).

58. Portanto, e levando em consideração também as práticas adotadas no mercado imobiliário, pode-se afirmar, com tranquilidade, que as parcelas estavam previstas para incidir somente quando da entrega das chaves, até porque, à luz do disposto no art. 47 do CDC, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas sempre de forma mais favorável ao consumidor.

59. Seja como for, o relevante é que, primeiro, foi a Autora quem **atrasou sem justificativa** cabível a entrega do empreendimento imobiliário contratado, tendo estado **em mora** desde o dia 30 de junho de 2012.

60. E nem se diga que referido atraso teria se dado em função de escassez de mão de obras, chuvas e falta de material, consoante fazem, em vão, todas as empresas do ramo imobiliário, ou mesmo que a mora teria se constituído apenas após dezembro de 2012, prazo este fixado pela ilegal cláusula de carência de 180 dias do contrato.

61. Primeiro, porque, na linha do processo já julgado em contrariedade aos interesses da ora Autora (0015442-46.2013.8.26.0003), “*a empresa [ora Autora] **não comprovou ter ocorrido motivo de força maior ou caso fortuito a possibilitar prorrogação de prazo para entrega da obra, tentando apenas repassar ao consumidor o risco de sua atividade empresarial.***” (destaques da Ré).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

62. É dizer, a referida cláusula de carência, por expressa disposição contratual apenas tem aplicabilidade, nos termos da cláusula 12, nos “casos de força maior ou caso fortuito”, o que em momento algum foi alegado ou sequer suscitado pela Autora.

63. Ademais, ainda que aplicável fosse a referida cláusula de carência: **(a)** trata-se de contrato de adesão, em que não foi dada ao consumidor a oportunidade de discutir uma a uma as disposições contratuais unilateralmente fixadas, de forma que a facilidade contratual, deliberadamente facultada à Autora em **atrasar a entrega das chaves**, não se coaduna com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor (arts. 47 e 51), não somente por ser desfavorável aos consumidores, mas também por gerar desequilíbrio contratual; e **(b)** uma vez descumprido também este prazo, nada mais razoável do que a mora ser fixada desde o primeiro momento de inadimplemento contratual, prévio à incidência da ilegal cláusula (junho de 2012).

64. Comprovada está, portanto, a **mora** da Autora na entrega da obra, que autorizou, no primeiro momento, a legítima recusa da **Ré** ao pagamento das parcelas devidas antes da conclusão do empreendimento pela exceção de contrato não cumprido.

65. De toda forma, é mister esclarecer que o pagamento do saldo remanescente é e sempre foi intenção da **Ré**, tanto é que segue pagando IPTU e Condomínio de sua unidade habitacional durante todo o período, mesmo sem ter tido o direito de pegar as chaves de seu imóvel e mudar-se.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

66. Porém, mesmo após a conclusão da obra, não consegue a **Ré** proceder ao pagamento da quantia efetivamente devida pelo simples fato de que a Autora apresentou cálculo do saldo devedor desprovido de razoabilidade, cobrando encargos indevidos e sem ter feito o devido desconto da indenização pelo atraso da obra e das parcelas indevidamente liquidadas pela **Ré**.

67. É o que se passa a expor.

III.2 – Do Motivo do Não Pagamento das Parcelas do Contrato: Inconsistência dos Valores Cobrados

68. Tendo a Autora se negado, por reiteradas vezes, a fornecer a respectiva memória de cálculo e índices de atualização do saldo devedor, inviabilizada está, de fato, a quitação do saldo devedor por parte da **Ré**.

69. Com efeito, após finalmente realizada a vistoria de entrega do imóvel em 09 de outubro de 2013, a **Ré** voltou a procurar a Autora para retomar o pagamento das parcelas que haviam sido suspensas em razão da exceção de contrato não cumprido.

70. Qual não foi sua surpresa, então, ao receber a primeira missiva da Autora (**doc. 05**), em 11/12/2013, dizendo que seu saldo devedor seria de **R\$ 632.618,87**, já supostamente descontados o congelamento do saldo devedor apenas entre janeiro e outubro de 2013 e a “compensação” de lucros cessantes com aluguel “*proporcional*” (?) de risíveis R\$ 13.743,54. Confira-se o cálculo apresentado:

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

<i>“Saldo Atualizado em 10/12/2012</i>	<i>R\$ 616.808,87</i>
<i>Saldo Atualizado em 10/10/2013</i>	<i>R\$ 667.033,22</i>
<i>Saldo Atualizado em 10/12/2013</i>	<i>R\$ 696.586,76</i>
<i>- Fixação do saldo até 10/10 (sic)</i>	
<i>- Compensação proporcional aluguel*</i>	<i>R\$ 13.743,54</i>
<i>Proposta Saldo final em 10/12/2013</i>	<i>R\$ 632.618,87 (...)</i>

**A compensação proporcional de aluguel eu calculei o valor pago efetivamente sobre o valor de mercado da unidade em R\$ 1.200.000,00 com uma remuneração mensal de 0,50%.”*

71. Inconformada, a **Ré** questionou os absurdos cálculos apresentados (tanto o principal quanto a “compensação” das indenizações), pedindo inclusive mais “*transparência na negociação*” (**doc. 07**), nada além de seu direito enquanto consumidora. Porém, como de praxe, nada disso foi atendido, tendo sido a **Ré** obrigada, conforme já aventado, a realizar reclamações junto ao PROCON, que pontuou inúmeros equívocos no cálculo (**doc. 12**).

72. Após a troca de notificações via PROCON, permanecendo a **Ré** na tentativa de resolver a situação e negociar referidos valores da forma amigável, recebeu novo cálculo fornecido pela Autora de seu saldo devedor em junho de 2014 (**doc. 09**), agora perfazendo o montante de **R\$ 879.725,30**, sendo R\$ 127.450,27 referentes à “parcela das chaves” e R\$ 752.275,03 relativos ao remanescente.

73. Em todos essas avaliações – e no quanto é possível analisar ante a falta de uma memória de cálculo elucidativa –, havia incontáveis vícios nos valores, que deixaram de considerar, de maneira satisfatória, desde a necessidade de pagamento de multa contratual pelo atraso na obra, até as perdas e danos sofridos, o congelamento do saldo devedor até a data do efetivo atraso, o *termo a quo* da incidência de juros e a ilegalidade da cobrança de “corretagem” e taxa SATI.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

74. Justamente por este motivo, e não tendo qualquer possibilidade de concordância com os números fornecidos, se viu obrigada a **Ré** a ajuizar a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, visando discutir o saldo devedor efetivamente devido, fixando-se, inclusive, as indenizações pertinentes a seu favor, bem como cancelar a desleal inscrição de seu nome nos órgãos de cadastro de inadimplentes que foi levada à frente pela Autora (**doc. 10**).

75. Feitos tais esclarecimentos, passa-se a expor, individualmente, cada uma das irregularidades constatadas no bojo dos cálculos do saldo devedor apresentados pela Autora, as quais **impedem** que a **Ré** liquide o saldo devedor.

III.2.1 – Do Não Pagamento de Multa Contratual

76. Inicialmente, os valores apresentados pela construtora para quitação de saldo devedor (quer **R\$ 632.618,87** em dezembro/13, quer **R\$ 879.725,30** em junho/2014) **não** envolveram o desconto da multa por inadimplemento contratual da Autora que até hoje resiste em entregar as chaves para a **Ré**, tendo permanecido em mora pelo atraso da obra por, **pelo menos**, 1 ano e 3 meses (que poderia até ser estendida até a presente data pela sua desídia em apresentar os cálculos devidos e viabilizar o pagamento do saldo do imóvel).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

77. Com efeito, consoante disposto na Cláusula 14 do Capítulo I do Contrato – que trata da Inadimplência contratual – aplica-se à “*falta de pagamento das parcelas constantes do item 3 do Quadro resumo (...)*” penalidade de “**juros de mora a (sic) razão de 1% (um por cento) ao mês e multa de natureza moratória, desde já pré-fixada em 2% (dois por cento), sobre o débito vencido devidamente atualizado (...)**”, além de outros absurdos percentuais na hipótese de iniciada a alienação de direitos a terceiros.

78. Todavia, como se pode observar, o Contrato prevê imputação de penalidades pelo inadimplemento **apenas aos compradores**, de forma que, em caso de mora por parte da construtora, esta estaria ilese e inatingível por referidas disposições.

79. Ora, à luz do disposto no Código de Defesa do Consumidor, principalmente em seus arts. 47 e 51, IV, não só devem ser consideradas **nulas** cláusulas como a presente, que estabeleçam obrigações abusivas ao consumidor, colocando-o em desvantagem excessiva, incompatíveis com a equidade contratual, como também deve referida penalidade pelo inadimplemento **ser aplicável igualmente à Autora**, até porque, como já falado anteriormente, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

80. Outro não é o entendimento já sufragado no âmbito do C. STJ, que, mesmo diante da ausência de cláusula expressa de inadimplemento especificamente quanto à construtora, reconhece a sua aplicação por **equidade** nos casos em que der causa à mora. Confira-se:

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

*“DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA (VENDEDOR). DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO USO DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO, A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA, DE LAUDO CONFECCIONADO EXTRAJUDICIALMENTE PELA PARTE VENCEDORA. DESCABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 19 E 20 DO CPC. **INVERSÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA MULTA EXCLUSIVAMENTE EM BENEFÍCIO DO FORNECEDOR, PARA A HIPÓTESE DE MORA OU INADIMPLENTO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. 1. Apesar de a rescisão contratual ter ocorrido por culpa da construtora (fornecedor), é devido o pagamento de aluguéis, pelo adquirente (consumidor), em razão do tempo em que este ocupou o imóvel. O pagamento da verba consubstancia simples retribuição pelo usufruto do imóvel durante determinado interregno temporal, rubrica que não se relaciona diretamente com danos decorrentes do rompimento da avença, mas com a utilização de bem alheio. Daí por que se mostra desimportante indagar quem deu causa à rescisão do contrato, se o suporte jurídico da condenação é a vedação do enriquecimento sem causa. Precedentes. 2. Seja por princípios gerais do direito, seja pela principiolgia adotada no Código de Defesa do Consumidor, seja, ainda, por comezinho imperativo de equidade, mostra-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Assim, prevendo o contrato a incidência de multa moratória para o caso de descumprimento contratual por parte do consumidor, a mesma multa deverá incidir, em reprimenda do fornecedor, caso seja deste a mora ou o inadimplemento. Assim, mantém-se a condenação do fornecedor - construtor de imóveis - em restituir integralmente as parcelas pagas pelo consumidor, acrescidas de multa de 2% (art. 52, § 1º, CDC), abatidos os aluguéis devidos, em vista de ter sido aquele, o fornecedor, quem deu causa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel. 3. Descabe, porém, estender em benefício do consumidor a cláusula que previa, em prol do fornecedor, a retenção de valores a título de comissão de corretagem e taxa de serviço, uma vez que os mencionados valores não possuem natureza de cláusula penal moratória, mas indenizatória. 4. O art. 20, § 2º, do Código de Processo Civil enumera apenas as consequências da sucumbência, devendo o vencido pagar ao vencedor as "despesas" que este antecipou, não alcançando indistintamente todos os gastos realizados pelo vencedor, mas somente aqueles "endoprocessuais" ou***

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

em razão do processo, quais sejam, "custas dos atos do processo", "a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico". Assim, descabe o ressarcimento, a título de sucumbência, de valores despendidos pelo vencedor com a confecção de laudo extrajudicial, mediante a contratação de perito de sua confiança. Precedentes. 5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp: 955134 SC 2007/0114070-5, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 16/08/2012 – destaques da Ré)

81. Em sendo assim, aplicando-se a legislação de regência e o entendimento amplamente sedimentado da C. Corte Superior, é cediça a aplicação de multa moratória mensal de 2% sobre o valor do imóvel, que **deveria ter sido descontada do saldo devedor apresentado pela Autora desde 30 de junho de 2012**, isto é, a data em que constituída sua mora.

82. Aliás, especificamente quanto ao valor da referida multa contratual, é mister esclarecer que deverá ser calculada **não** sobre o valor “de face” do contrato (R\$ 660.196,55), mas sim **pelo valor do imóvel à época da sua entrega**, correspondente, com base na avaliação da própria Autora (**doc. 05**), a R\$ 1.200.000,00, ou quando menos, sobre o preço de venda do imóvel à época.

83. E nem poderia ser de outra forma, pois o Instrumento firmado entre as partes é claro ao estabelecer na própria Cláusula 14 que os encargos deverão ser atualizados monetariamente, de modo que o cálculo com base no valor de face do contrato também acaba mitigando o próprio equilíbrio da relação contratual.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

84. Assim, caso a multa prevista na Cláusula 14 tivesse incidido a partir de junho de 2012 (data prevista no contrato para entrega do imóvel) e calculada considerando a data da entrega das chaves (outubro de 2013) e o valor do imóvel à época, o montante a ser descontado do saldo devedor corresponderia aproximadamente a **R\$ 245.165,32** (duzentos e quarenta e cinco mil reais). Veja-se:

Previsão de Entrega	Entrega da	Meses Atrasados	Valor da Avaliação	Multa Contratual (multa de 2% e juros de 1% a.m.)
Junho/12	Outubro/13	15 meses / 9 dias	R\$ 1.200.000,00	R\$ 245.165,32

85. Contudo, provavelmente objetivando, uma vez mais, beneficiar-se e fazer prevalecer o abusivo “contrato de adesão”, a Autora **nada descontou** a este título do saldo a ser quitado/ financiado pela Ré, o que, desde logo, se requer nos termos do art. 368 do CC.

III.2.2 – Do Pagamento a Menor de Indenizações pelo Atraso na Obra

86. Por outro lado, **embora tenha sido reconhecido pela própria Autora serem devidas indenizações por conta do atraso ocorrido**, o cálculo é de tal modo absurdo que merece ser revisto.

87. Isso porque, no cálculo apresentado em dezembro de 2013 (**doc. 05**), a Autora considerou a título de “*proporcional de aluguel*”, irrisórios **R\$ 13.743,54**, considerando 0,5% do valor do imóvel (R\$ 1.200.000,00) à época da conclusão da obra e, indevidamente, **(a)** a ocorrência de mora apenas a partir de dezembro de 2012 (após

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

período de carência) e **(b)** proporcionalmente o quanto, até aquele momento, teria sido pago pela Ré em relação ao valor do imóvel (?). Realmente de criatividade ímpar a Autora!

88. Todavia, referido cálculo não tem quaisquer condições de prosperar!

89. Primeiro porque referida facilidade contratual (carência de 180 dias), deliberadamente facultada à construtora em **atrasar a entrega das chaves**, apenas teria aplicabilidade se houvesse motivação (caso fortuito), nos termos da cláusula 12 do contrato firmado, o que não foi suscitado e sequer demonstrado pela Autora.

90. Não é demais lembrar que o E. Tribunal de Justiça de São Paulo interpretando exatamente o contrato relativo ao mesmo empreendimento, reconheceu na Apelação n. 0015442-46.2013.8.26.0003, que “*a empresa [ora Autora] não comprovou ter ocorrido motivo de força maior ou caso fortuito a possibilitar prorrogação de prazo para entrega da obra, tentando apenas repassar ao consumidor o risco de sua atividade empresarial.*” (destaques da Ré).

91. Ademais, e ainda que assim não fosse, certo é que tal prorrogação não se coaduna com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, não somente por ser desfavorável aos consumidores, mas também por gerar desequilíbrio contratual, já que não prevê multas ou outras penalidades para coibir o atraso.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

92. O prazo de tolerância de 180 dias, previstos nos termos contratuais, parece ter se tornado prática corriqueira entre as construtoras, que têm usado essa carência não como regra excepcional – por exemplo, quando efetivamente ocorrido um caso fortuito ou força maior (os quais, de qualquer forma, deveriam ser comprovados) –, mas sim como **indisfarçável técnica de venda**, supostamente garantindo (mas não cumprindo) prazo inferior de entrega do imóvel.

93. E nem se alegue que o atraso estaria justificado pela escassez de mão de obra qualificada no mercado e chuvas, fatos estes que, supostamente, legitimariam a famigerada cláusula de carência dos 180 dias, pois eventuais percalços encontrados durante a execução do empreendimento imobiliário são **riscos do próprio negócio, jamais podendo ser imputados ao consumidor** (como, repita-se, já decidido em caso envolvendo o empreendimento ora discutido – Apelação nº 0015442-46.2013.8.26.0003 - **doc. 03**, já transitada em julgado).

94. Portanto, observando-se os arts. 47 e 51, inciso IV, do CDC, e evidenciada a abusividade da carência injustificada de 180 dias, deve ser decretada a **nulidade da Cláusula 10 do Capítulo G da parte II do referido Contrato** (fl. 48) firmado entre as partes, de modo que a **mora da Autora**, e eventuais indenizações dela decorrentes, fique constituída desde junho de 2012, data prevista para entrega do imóvel.

95. Por outro lado, não há qualquer razoabilidade de se pagar (ou compensar do saldo) à **Ré** apenas um **proporcional (?)** do aluguel devido pelos lucros cessantes em razão de ainda não ter sido quitada a integralidade do preço do imóvel.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

96. Isso porque houve apenas dilação do prazo para pagamento em função da mora da Autora que, por sua culpa exclusiva, deixou de cumprir o acordo firmado. Tivesse a Autora adimplido com sua parte, o apartamento poderia estar quitado e a **Ré** nele vivendo ou mesmo o alugando para complementação de sua renda.

97. E, depois, porque pouco importa o pagamento integral do preço do imóvel, quando, a partir da entrega de chaves, teria a **Ré** a posse direta do apartamento e, nesse passo, poderia auferir a **integralidade** do valor do aluguel eventualmente estabelecido.

98. Em sendo assim, nos termos do art. 368 do Código Civil deve-se compensar o montante efetivamente devido a título de indenização, que deverá ser calculada considerando **(a)** o termo *a quo* do inadimplemento como sendo 30 de junho de 2012 e **(b)** a integralidade do valor de aluguel durante este período, calculado em 0,5% sobre **o valor atualizado do imóvel**, compensando-se com o valor

99. Registre-se que foi exatamente este o entendimento adotado pela 3ª Câmara de Direito Privado do E. TJ/SP ao julgar outro caso envolvendo este mesmo empreendimento na Apelação nº 0015442-46.2013.8.26.0003 (**doc. 03**).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

III.2.3 – Da Correção Monetária sobre o Saldo Devedor

100. Assim como indenizações pelo atraso ocorrido, também foi reconhecido pela Autora, no cálculo apresentado em dezembro de 2013 (**doc. 05**), a necessidade de congelamento da correção monetária incidente sobre o saldo devedor e parcelas vincendas enquanto não purgada a mora do atraso na entrega do imóvel.

101. Entretanto, o valor apresentado de **R\$ 50.224,35** (a título de “*fixação do saldo*”) que seria descontado do saldo devedor pelo congelamento da correção monetária, levou em consideração como termo *a quo* a cláusula de carência de 180 dias – já reputada nula e ilegal –, de forma que a atualização deixou de incidir apenas por 10 meses, em oposição aos 15 meses e 9 dias da efetiva mora (30 de junho de 2012 a 9 de outubro de 2013, data esta da última vistoria aprovada, ainda que não tenha a Requerida, até agora, retirado as chaves).

102. De fato, sendo a Autora a única responsável pelo atraso na entrega do imóvel, o congelamento do saldo devedor a partir de junho de 2012 seria medida de rigor, até porque não havendo qualquer adimplemento de prazo, seja o inicialmente previsto ou ainda o ilegal prazo de tolerância de 180 dias, nada mais razoável do que a fixação da mora se dar a partir do primeiro descumprimento contratual, que foi, inegavelmente, 30 de junho de 2012.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

103. Conforme bem decidido pelo E. TJ/SP, “os *acréscimos lançados sobre o débito histórico (juros e correção) não seriam exigíveis caso a obra tivesse sido entregue dentro do prazo ajustado, (...) cabendo a devolução do sobressalente aos adquirentes*” (Apelação nº 0018600-57.2011.8.26.0625, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. em 12/08/2014).

104. Ainda nesse mesmo sentido:

*“Apelação. Ação de reparação por danos materiais e morais. Compromisso de compra e venda de imóvel "na planta". Preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade "ad causam" da ré Trisul rejeitadas. Prazo de entrega da obra que somente se estende, nos limites da tolerância contratual, mediante prova concreta e específica da causa de força maior. No caso, houve mora da apelante, pelo extravasamento do prazo dilatado de 180 dias (expirado a partir de 28.01.2011), sem entrega da unidade negociada, a qual perdurará até a efetiva "entrega das chaves" (com o "Habite-se") aos autores-apelados. **Durante a mora, além de não fluir a correção monetária sobre os valores em aberto, respondem as Rés pelos danos emergentes** (despesas com moradia provisória, honorários convencionais dos advogados e valores pagos, pelo atraso, ao agente financiador) até a cessação da mora, com a correção monetária nos termos do voto. (...). Recurso parcialmente provido, uma vez rejeitadas as preliminares”* (Apelação Cível nº 0004677-85.2013.8.26.0562, 3ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. BERETTA DA SILVEIRA, j. 08/04/2014 – destaques da Ré)

“APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE. PRAZO DE TOLERÂNCIA ILEGAL. MULTA CONTRATUAL. SUSPENSÃO DOS ENCARGOS.

3. A mora, portanto, remonta a março de 2011, data a partir da qual se tornou exigível a entrega do imóvel objeto do negócio à autora. É a partir dessa data que deverá ser aplicada a multa contratual admitida pela sentença, bem como é a partir dessa data que se reputa indevido o acréscimo de juros ou qualquer outro encargo previsto para a hipótese de mora da compromissária compradora ao saldo devedor. Na falta de recurso das rés, fica excluída também a correção monetária do débito durante o período. 4. Dano moral. Embora a

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

questão cuide de inadimplemento contratual, risco inerente a qualquer negócio jurídico, é inegável a configuração do dano moral. Atraso injustificável. A compra da casa própria gera expectativas e esperanças que, no caso em exame, acabaram frustradas. A conduta das rés seguramente afetou a dignidade da adquirente, que não pode usufruir do bem adquirido no tempo esperado. 5. Indenização por dano moral fixada em R\$ 15.000,00. 6. Sucumbência recíproca a justificar a repartição das custas do processo e compensação da verba honorária advocatícia. Recurso parcialmente provido, nos termos explicitados.

(Apelação Cível nº 4002689-44.2013.8.26.0114, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CARLOS ALBERTO GARBI, j. em 5/08/2014 – destaques da Ré)

105. Nada obstante, tal congelamento aparentemente parou de ser computado em outros cálculos da Autora, o que reforça a ausência de critérios seguros que permitiram o pagamento do saldo devedor pela Requerida.

106. Por outro lado, conforme estabelece o art. 2, par. 1, 2, 3 e 4 da Lei n. 10192/2001 e arts. 46 e 47 da Lei n. 10.931/2004, a correção do saldo devedor e parcela dos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis com vigência inferior 12 meses é indevida e entre 12 e 35 meses deve ser anual e não mensal, sendo, outrossim, nulos quaisquer expedientes que, de forma direta ou indireta, resultem em efeitos equivalentes à redução desses prazos mínimos, como as parcelas de periodicidade inclusas com vencimento após a entrega das chaves.

107. Assim, deve-se considerar o congelamento do preço também entre junho e dezembro de 2012 (cláusula de carência), ou ainda a correta periodicidade da atualização, com amortização do saldo

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

devedor período a período e aplicação da correção monetária no valor das parcelas e no saldo devedor.

III.2.4 – Da Impossibilidade de Incidência dos Juros

108. Além disso, o simples relance dos cálculos apresentados pela Autora evidencia que estão sendo cobrados juros também sob o período em que o imóvel ainda não havia sido entregue, o que não é mais admitido, nos termos dos arts. 39, V, e 51, inciso IV e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor

109. A própria Secretaria de Direito Econômico a quem compete, por força do decreto n.º 2.181/1997, editar portaria com os procedimentos considerados abusivos, reconhece ser abusiva a incidência de juros antes da entrega das chaves por apresentar onerosidade excessiva ao comprador.

110. Por outro lado, e ainda que assim não se entenda, quando menos, devem ser extirpados os juros eventualmente incidentes durante o período de atraso, mais uma vez por aplicação da exceção do contrato não cumprido. Afinal, a *exceptio non adimpleti contractus* é circunstância que, no curso da vida do contrato, impede o seu funcionamento, suspendendo os seus efeitos (SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, vol. III, Fontes das Obrigações: Contratos, ed. Freitas Bastos, 4ª ed., pág. 171).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

III.2.5 – Da Devida Restituição da “corretagem” e da Taxa SATI

111. Além de todos os descontos que devem ser revistos e compensados antes do efetivo cálculo de quanto deve ser efetivamente pago pela Ré para quitar o saldo devedor do imóvel, também devem ser considerados nesses abatimentos o quanto indevidamente cobrado a título de corretagem e “Taxa SATI”.

112. Afora do preço total do imóvel previsto no Contrato (Cláusula 3), a Ré foi também obrigada a pagar, sem previsão contratual, para a consumação do negócio, “corretagem” e taxa SATI, no importe total de **R\$ 32.117,69**, conforme recibos da corretora Coelho da Fonseca e recibos e pagamentos de autônomos – RPA (**doc. 11**).

113. A cobrança desses valores causou estranheza à Ré, não somente diante da **ausência de prestação de qualquer serviço de corretagem**, pois ela própria se dirigiu ao *stand* da construtora para aquisição do imóvel, sem qualquer intermediação, mas também por configurar hipótese típica de “**venda casada**”, aliás, expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 39, I).

114. Assim, seja a que título for, é evidente a abusividade do repasse desses valores ao promitente-comprador, basicamente, **por quatro motivos: (I) a falta de devida informação nos informativos à época, configurando a prática abusiva violadora do art. 6º, III, do CDC; (II) a ausência de previsão contratual; (III) a contratação da corretora se deu pela própria Autora, sendo que os**

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

“corretores de plantão” eram verdadeiros prepostos da construtora; (IV) a imposição real de “venda casada”, em afronta ao art. 39, I, do CDC.

115. E como não poderia deixar de ser, o E. TJ/SP tem entendimento firme no sentido de ser devida a devolução dos valores indevidamente exigidos a título de corretagem e taxa SATI, justamente por se tratar de hipótese típica de “venda casada”, além de violar o direito do consumidor à devida informação.

116. Confira-se, dentre tantos, os seguintes julgados:

“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Atraso na entrega das chaves - Pedido de indenização por danos materiais (relativos a aluguel e condomínio) Necessidade do ressarcimento de tais valores eis que demonstrados os pagamentos- Cabimento ainda da devolução de valores relativos à comissão de corretagem e SATI (Serviços de Assessoria Técnico-Imobiliária) Entendimento da ocorrência de venda casada – Venda do bem condicionada à contratação de serviços de corretagem -. Necessidade da devolução dos valores pagos pelos compradores, mas de forma simples- Não incidência do pár. único do ar. 42 do CDC- Recurso parcialmente provido”. (Apelação Cível nº 0059220-27.2012.8.26.0577, 7ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Henrique Nelson Calandra, julgado em 02/09/2014 – destaques da **Ré**).

*“Compromisso de venda e compra. Denominado "prazo de tolerância" para entrega da obra. Não superveniência de eventos de força maior, que indiquem devesse ser aplicada a cláusula. **Comissão de corretagem: despesa que incumbe à vendedora, não aos consumidores-compradores.** Devolução simples, ausente má fé. Repetição de valores pagos a título da denominada "Taxa SATI " (...) Apelação dos autores provida em parte”.* (Apelação Cível nº 1020995-57.2013.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Cesar Ciampolini, j. 26/08/2014 – destaques da **Ré**).

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

117. De se salientar que a Autora é parte legítimas também com relação ao dever de restituir os valores indevidamente liquidados pela Ré a título de corretagem e taxa SATI, pois práticas como a presente ensejam responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecimento.

118. Confira-se, nesse sentido, o entendimento já sufragado do E. TJ/SP:

“Com relação aos valores de comissão de corretagem e assessoria, é de ser reconhecida a legitimidade da ré Leopard Even Empreendimentos Imobiliários Ltda. Isto porque, embora tais importâncias não tenham sido incluídas no contrato firmado entre as partes, foram pagas diretamente aos corretores e à empresa Lopes, sendo inequívoca a responsabilidade solidária da ré por tais valores, posto que os agentes (corretores), em nome da corretora, atuam no interesse da incorporadora (ré), a fim de levar o produto final (imóvel) ao público consumidor” (Apelação Cível nº 0208003-05.2010.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator PERCIVAL NOGUEIRA, j. 01/11/2012).

119. E nem se alegue que o direito da Ré à devolução dos valores pagos indevidamente a este título estaria prescrito, em razão da não observância do prazo trienal previsto no art. 206, §3º, IV, do Código Civil.

120. Na hipótese em exame, como bem defende a mais renomada doutrina e a jurisprudência, inclusive do C. STJ e do E. TJ/SP, **aplica-se o prazo geral de 10 anos previsto no art. 205 do Código Civil.** Confira-se:

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. (...)

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da "actio nata", o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negatização caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido”. (REsp 1276311/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, DJe 17/10/2011 – destaques da Ré)

“Compra e venda de imóvel. Ressarcimento de SATI e corretagem. Legitimidade da vendedora (arts. 7º p. ú. e 25 § 1º CDC). Pretensão sujeita a prazo prescricional decenal (art. 205 do CC). Vendedora informou comprador insuficientemente sobre corretagem e SATI. Ofensa ao dever de informar que enseja reembolso (arts. 6º III e 51 IV e § 1º I CDC). Atribuição de SATI e corretagem ao comprador feita incidentalmente no instrumento de compra e venda, Venda casada (art. 39 I CDC). Ressarcimento de SATI e corretagem devidos, conforme jurisprudência da 1ª Subseção de Direito Privado. Existência de previsão contratual expressa afasta má-fé e desautoriza reembolso em dobro (art. 42 p. ú. CDC). Recursos improvidos” (Apelação Cível nº 0019411-35.2013.8.26.0564, 7ª Câmara de Direito Privado, REL. DES. LUIZ ANTONIO COSTA, julgado em 01/09/2014 – destaques da Ré)

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

121. Ainda nesse sentido: Recurso Especial nº 1.297.607, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 12/03/2013. E ainda mais recentemente, os seguintes arestos: Processo nº 1009717-49.2014.8.26.0577, Relator Eduardo Razuk, 1ª Câmara de Direito Privado, j. em 25/11/2014; Processo nº 1001908-77.2014.8.26.0554, Relatora Ana Lucia Romanhole Martucci, 6ª Câmara de Direito Privado, j. em 17/11/2014; Processo nº 1054945-57.2013.8.26.0100, Relator Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/10/2014.

122. Isso porque, referido art. 206, §3º, IV, concerne à ação própria de enriquecimento sem causa, estatuída de modo subsidiário na nova normatização civil para as situações em que, a fim de evitá-lo, não se tenha erigido previsão própria. É dizer, referido prazo especial de três anos é concernente à previsão que se levou ao texto dos arts. 884 e 886 do Código Civil.

123. No caso concreto, todavia, pretende-se a compensação do quanto pago indevidamente pela **Ré**, de modo que a pretensão está sujeita à disciplina própria regulada pelo Código Civil (Capítulo III, Título VII, do Livro I da Parte Especial, arts. 876 a 883), sem prazo especial de prescrição, portanto sujeito ao prazo comum.

124. De fato, por não se tratar de uma pretensão de reparação civil, mas sim de hipótese de violação do contrato de venda e compra, o regime a ser aplicado é o do contrato, de modo que, enquanto não prescrita a pretensa principal (contrato), não pode prescrever a pretensão subsidiária.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

125. Portanto, comprovado o pagamento indevido com corretagem e “Taxa SATI” pela **Ré**, não pode também esse montante ficar de fora da compensação com o saldo devedor.

III.2.5 – Conclusão

126. Em meio a este cenário, nota-se que o que deu ensejo à propositura da presente ação de rescisão contratual não é uma questão de “*lapso temporal decorrido desde o vencimento da primeira parcela*” (fl. 03), de “*intuito de reverter a inadimplência perpetrada*” (fl. 03) da **Ré** ou mesmo por ter deixado de “*honrar os pagamentos das parcelas do preço*” (fl. 04), como de forma simplória quer colocar a Autora.

127. Na realidade, tanto a presente ação quanto a conexa Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100 tratam exclusivamente da incapacidade da Autora de cumprir com seus compromissos – está em mora desde 30 de junho de 2012 –, bem como de respeitar as normas consumeristas e negociar, com boa fé e de forma transparente, o saldo devedor do imóvel da **Ré**, considerando a necessidade de compensação de todas as indenizações a ela devida.

128. Isso posto, e consoante se pode verificar de toda a documentação acostada, em nenhum momento a **Ré** esquivou-se de cumprir com suas obrigações, sendo que é e sempre foi de seu interesse pagar o quanto devido e, finalmente, retirar as chaves de seu imóvel, após quase 6 anos de espera.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

129. Contudo, a desídia da construtora nunca a permitiu que assim fizesse, apresentando sempre cálculos confusos e desprovidos de razoabilidade, o que fez com que a **Ré** fosse inclusive obrigada ajuizar a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100.

130. Tanto isso é verdade que a Autora, agora à fl. 62, junta uma nova tabela de valores alegando que a **Ré** ainda possui um saldo a pagar de **R\$ 939.455,12 (!)**, desconsiderando toda e qualquer desconto e indenização devida por conta de sua mora.

131. E isso não é exclusividade de agora, porquanto, em um quadro comparativo entre o saldo devedor apresentado pela Autora em julho de 2014 e aquele apurado pela **Ré** na mesma data, já é possível notar gritante diferença, que não pode ser utilizado para intimidar o consumidor ao seu pagamento. Confira-se:

4 - Títulos em Aberto - Comparativo Construtora x Requerida

Construtora			
Parcela	Vencimento	V. Contratual	Valor até 18/07/2014
001/001-I	6/10/12	R\$ 70,750.00	R\$ 127,450.27
001/001-C	9/1/12	R\$ 426,825.00	R\$ 752,275.03

REQUERIDA		s/juros		e/juros
Parcela	Vencimento	V. Contratual	Valor até 10/07/2014	
001/001-I	6/10/12	R\$ 70,750.00	R\$ 89,092.96	R\$ 108,657.78
001/001-C	9/1/12	R\$ 426,825.00	R\$ 538,259.06	R\$ 619,429.03

137. Ora, como pode a **Ré** financiar um imóvel com tamanha discrepância de valores?

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

138. Ante todo o exposto, demonstrada a fragilidade da presente medida, deve ser reconhecido, ao término do julgamento conjunto da presente medida e da conexa Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, o efetivo saldo devedor, considerando-se os critérios adequados de incidência de correção monetária e juros moratórios, compensando-se ainda as indenizações pleiteadas, com o que poderá a **Ré** proceder à quitação do imóvel.

III.3 – Da Hipótese de Distrato

139. Na remota hipótese de que assim não se entenda – o que se admite apenas *ad argumentandum* – e entendendo este MM. Juízo pela necessidade de distrato do negócio jurídico, eventual devolução de valores para a **Ré não poderá ser inferior à integralidade (100%)** do quanto pago, em parcela única e devidamente corrigida, pois, por todo o exposto, não restam dúvidas de que o inadimplemento contratual se deu por culpa exclusiva da Autora.

140. Em situações em que o comprador não mais consegue suportar as obrigações referente à promessa de compra e venda de unidade imobiliária, ainda que em razão de mora originada **exclusivamente do vendedor**, tem lugar a incidência das normas que versam a respeito da **resolução do negócio**.

141. Com efeito, a ausência de pagamento das prestações para aquisição do imóvel constitui hipótese de rescisão do contrato, dando ensejo à restituição das partes ao *status quo ante* mediante

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

(a) a devolução do bem ao vendedor e (b) a restituição dos valores pagos, admitindo-se, **apenas quando o caso**, a retenção de percentuais pelo vendedor a título de indenização (o que não ocorre quando o inadimplemento se deu por sua culpa exclusiva).

142. O Código de Defesa do Consumidor, aplicável à relação jurídica entre a Autora e a Ré, assim dispõe no que concerne à rescisão de contratos de compra e venda de imóveis mediante pagamento em prestações:

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

143. Necessário atentar que o disposto no art. 53 do CDC, ao estipular que *“nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor”*, veda, igualmente, retenções que firam a **razoabilidade** e a **proporcionalidade**.

144. Sob o mesmo espírito, também o art. 51, II e IV, do CDC é **confirmatório** da necessidade de se evitar a subtração dos direitos do consumidor no que tange à restituição **equitativa** dos valores pagos, ao cominar a pena de **nulidade** de cláusulas contratuais que estabeleçam percentuais de retenção abusivos:

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

“Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos que:

(...)

II- subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia paga, nos casos previstos neste Código;

(...)

*IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em **desvantagem exagerada** ou seja incompatíveis com a boa-fé.”*

145. Em verdade, as aludidas disposições apenas e tão somente fazem eco ao entendimento vetusto da legislação civil que **veda** o enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil) e que limita o direito à recomposição do participante de um negócio resilido aos danos que efetivamente tenha suportado (art. 413 do Código Civil).

146. É dizer, mesmo sob a regência das normas do direito civil, a cominação decorrente do inadimplemento deveria ser **proporcional**, admitindo-se inclusive a sua redução equitativa pelo Magistrado se fixada de forma excessiva.

147. Em se tratando de imóvel adquirido mediante o pagamento de prestações, a devolução da integralidade dos valores ao consumidor adquirente de unidades imobiliárias quando há culpa concorrente de ambos os contratantes é medida de rigor, quaisquer que sejam as causas de cada um dos inadimplementos.

148. Nesta hipótese, vale dizer, de **rescisão contratual**, as partes retornam ao *status quo ante*, voltando a assumir as posições que detinham antes da celebração do negócio, feitas as devidas compensações visando corrigir eventual distorção do equilíbrio contratual.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

149. Daí que, não concretizado o negócio, é corolário lógico do retorno das partes ao *status quo ante* justamente a devolução do bem prometido à venda e do valor pago ao promitente comprador. Entendimento em sentido contrário levaria ao enriquecimento sem causa do alienante (art. 884 do Código Civil).

150. Tal enriquecimento indevido seria patente, aliás, pois o compromissário **vendedor**, além de ter novamente na sua esfera de disponibilidade o imóvel – para negociação com terceiros, inclusive –, ficaria com parte indevida do preço pago por uma compra que não se concretizou.

151. No caso dos autos, a Cláusula 14 dos instrumentos particulares assim dispôs sobre as consequências da rescisão contratual por **mora do comprador** (já que não há disposição similar para o vendedor):

*“14 - Que, a eventual falta de pagamento das parcelas constantes do item 3 (três) do Quadro Resumo, em seus respectivos vencimentos, caracterizará a “mora solvendi” do **COMPRADOR**, mediante notificação judicial ou extra judicial, concedendo-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para a purgação da mora, que se verificará mediante o pagamento do principal devidamente atualizado monetariamente, na forma prevista neste instrumento, juros de mora a razão de 1% (um por cento) ao mês e multa de natureza moratória, desde já pré-fixada em 2% (dois por cento), sobre o débito vencido devidamente atualizado e despesas de notificação (...).*

*14.1 - O não atendimento à notificação retro implicará na rescisão automática do presente instrumento, ocasião em que o **COMPRADOR** a título de cláusula penal, perderá em favor da **VENDEDORA** 50% (cinquenta por cento) de todas as importâncias já pagas, seja a que título for.*

14.2 – Fica reservada como clausula penal mínima, a quantia que

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

corresponder a 15% (quinze por cento) do valor do imóvel, a fim de cobrir todos os gastos decorrentes da comercialização da unidade objeto do presente imóvel.

*14.3 – Se a **VENDEDORA** pleitear a resolução do contrato e a retomada do imóvel alienado em razão do inadimplemento do **COMPRADOR** quanto ao pagamento do preço de aquisição da unidade autônoma, terá ele direito à restituição do percentual de cinquenta por cento (50%) do valor pago, feitas as seguintes deduções:*

- a) juros compensatórios, se tiverem sido cobrados;*
- b) juros moratórios e multa de mora, pagos quando de eventual purga de mora;*
- c) despesas de venda no valor de 10% do valor total da alienação;*
- d) contribuição ao PIS – sobre todas as quantias pagas pelo **COMPRADOR**;*
- e) Cofins – sobre todas as quantias pagas pelo **COMPRADOR**;*
- f) condomínio de utilização (valores devidos à data da desocupação);*
- g) luz e gás (valores devidos à data da desocupação);*
- h) IPTU (valores devidos à data da desocupação);*
- i) reparos necessários (...);*
- j) taxa diária de ocupação (...);*
- i) todos os tributos e leis sociais pagos em decorrência do recebimento das prestações do preço.*
- (...)*

*14.5 – O valor a ser devolvido ao **COMPRADOR**, será apurado e fixado no ato da rescisão, para lhe ser restituído em 4 (quatro) parcelas mensais, após a **VENDEDORA** transacionar o imóvel com terceiro (...).”.*

152. Resumindo o dispositivo contratual, a Autora, surpreendentemente, poderia “descontar” **50% de todas as importâncias já pagas**, seja a que título for, sem qualquer especificação de gastos, e, como se já não bastasse, todas as outras despesas relacionadas entre as alíneas “a” e “i”.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

153. Ora, não restam dúvidas de que referida cláusula viola **a mais não poder** o ordenamento jurídico, seja sob a ótica das normas aplicáveis às relações consumeristas (caso dos autos), seja sob a perspectiva do direito comum, tendo em vista que: **(a)** impõe percentuais de retenção **manifestamente ilegais**, subtraindo sensivelmente o direito do comprador à restituição do valor pago e **(b)** fixando, de forma ilegal, a devolução **parcelada** dos valores.

154. No caso concreto, a referida Cláusula 14 estabelece percentuais de retenção que **destoam dos referidos diplomas legais**. De acordo com a referida cláusula, a retenção dos valores acabaria por atingir **metade das prestações pagas** (50% do valor pago, mais deduções).

155. Destarte, tal cláusula **é nula de pleno direito**, justificando a atuação do Magistrado no sentido de reduzir o percentual de retenção a valores que respeitem as disposições da legislação consumerista e civil.

156. E nem se diga que a proposta “generosa” da Autora em majoração deste percentual para 70% (do que ainda seriam descontados supostas perdas e danos) modificaria de alguma forma o cenário, porquanto, no caso presente, **não pode ser devolvido menos que a integralidade (100%) dos valores pagos, em parcela única e devidamente atualizada.**

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

157. Primeiro, porque, como exaustivamente já demonstrado, observa-se que houve **atraso** na conclusão das obras pela Autora: embora prevista a entrega para a **junho de 2012**, a Ré somente realizou a vistoria final do imóvel em **09 de outubro de 2013**.

158. Evidentemente, a entrega do imóvel na data aprazada **poderia, no mínimo, atenuar** o *status* de inadimplência incorrido pela Ré. Pode-se dizer, assim, que, quando muito, houve culpa concorrente no atraso dos pagamentos.

159. Por outro lado, não se revela adequado exigir apenas da Ré o devido adimplemento de suas obrigações contratuais. Nesse caso, para o período posterior ao atraso das obras, pode-se dizer até mesmo que inexistia sua obrigação de quitar os débitos das parcelas em razão da mora da Autora, razão pela qual as parcelas faltantes não foram adimplidas no tempo anteriormente previsto.

160. Ademais, tivesse a Autora sido mais transparente nos cálculos apresentados e levado em consideração as compensações devidas (ainda que de forma parcial e razoável) pelos danos causados à Ré com o atraso de obra, não teria havido a necessidade de ingresso no judiciário para discussão dessas matérias na presente medida e na Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, porquanto a Autora tem condições de quitar o saldo devedor do Contrato.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

161. A culpa do inadimplemento, portanto, é em realidade exclusiva da Autora, o que não pode jamais ser desconsiderado quando da fixação do percentual de devolução dos valores pagos em eventual rescisão.

162. Em casos como o presente, em que há o inequívoco atraso na entrega de obra, agindo de forma determinante no inadimplemento contratual, o C. STJ já firmou o entendimento de que é devida a **restituição integral** (100%) ao comprador dos valores pagos em caso de rescisão. Confira-se:

*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MORA DA CONSTRUTORA PROMITENTE VENDEDORA - **RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS - CABIMENTO - IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DO IMÓVEL - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA, EM REGRA - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.** I - O consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos. II - Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior. III - Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes. IV - Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1129881/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 19/12/2011 – destaques da Ré).*

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, CUMULADA COM PERDAS E DANOS E DEVOLUÇÃO DE

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

*PRESTAÇÕES PAGAS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA EMPRESA PELO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. RESCISÃO PROCEDENTE. RESTITUIÇÃO INTEGRAL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. JUROS DE MORA. CÁLCULO. CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.062. CÓDIGO CIVIL ATUAL, ART. 406. INCIDÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS REJEITADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. CPC, ART. 21. I. *Procede o pedido de rescisão de compromisso de compra e venda, com a restituição integral, pela ré, das parcelas pagas, quando demonstrado que a incorporadora foi responsável pela frustração do contrato em virtude de atraso na conclusão da obra, afastada a hipótese de culpa concorrente (Súmula n. 7-STJ). II. Juros moratórios devem ser calculados na forma do art. 1.062 do Código Civil anterior até a vigência do atual, a partir de quando deve ser observado o art. 406. III. Se a autora postula na exordial a reparação por danos materiais e morais, além da restituição das parcelas pagas, cuidando-se de verbas de naturezas distintas, o acolhimento de apenas uma delas, com a rejeição das outras, implica em sucumbência parcial, a ser considerada na compensação ou fixação das custas processuais e honorários advocatícios. IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.*” (REsp 745.079/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJ 10/12/2007 – destaques da Ré).*

“INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. UNIDADES AUTÔNOMAS. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PRAZO DE ENTREGA. PREVISÃO DE DILATAÇÃO SEM NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO. LEGITIMIDADE. TERMO FINAL. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. INADIMPLEMENTO DA CONSTRUTORA. CARACTERIZAÇÃO. RECONHECIMENTO. RESCISÃO. DIREITO DA PROMITENTE COMPRADORA. RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS. IMPERATIVO LEGAL. MULTA INDENIZATÓRIA CONTRATUAL. PREVISÃO ENDEREÇADA EXCLUSIVAMENTE À ADQUIRENTE. ABUSIVIDADE. ILEGITIMIDADE. APLICAÇÃO REVERSA. IMPERATIVO LEGAL. EQUALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NEGOCIAL. EQUIDADE (CDC, ARTS. 4º E 51, IV E § 1º). COMISSÃO DE CORRETAGEM. REPETIÇÃO DO VERTIDO. INFORMAÇÃO ADEQUADA. ÔNUS TRANSMITIDO AO CONSUMIDOR

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADQUIRENTE. REPETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO. TERMO INICIAL. ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA MAS NÃO PROPORCIONAL, MODULAÇÃO. (AgResp nº 752.608-DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 28/08/2015 – destaques da Ré).

163. E, ainda que assim não fosse, tal como se, dado o contexto da relação contratual, o percentual de retenção **não poderá ser superior a 10%**. Nesse sentido, dentre tantos:

“Compromisso de compra e venda – Rescisão contratual – Distrato – Previsões abusivas – Nulidade frente as regras do Código de Defesa do Consumidor – Restituição dos valores pagos, com a retenção do percentual de 10% a título de indenização pelas perdas e danos decorrentes do desfazimento do negócio – Correção monetária sobre os valores pagos que deve incidir a partir dos respectivos desembolsos – Decisão mantida – Recurso improvido.” (Apelação Cível nº 1002710-42.2014.8.26.0565, Relator Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, j. 14/05/2015).

“RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS – Parcial procedência - Irrelevante o nome dado à pessoa jurídica (associação, cooperativa, etc) e a forma de ingresso dos associados, pois se está diante de relação material de natureza tipicamente imobiliária, firmada entre as partes com o fim de aquisição de imóvel, o que, consoante pacífica jurisprudência, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor - Distrato realizado – Possibilidade de revisão dos valores devolvidos – Coisa julgada não configurada - Matéria de ordem pública aquela referente ao reconhecimento de cláusulas abusivas que colocam o consumidor em situação de extrema desvantagem – Penalidades impostas que se mostram abusivas, especialmente o percentual de retenção e a forma de restituição dos valores pagos - Cabível a retenção de 10% dos valores pagos a título de indenização pelo desfazimento do negócio e das despesas suportadas pela ré com a administração do empreendimento – Devolução em uma única vez e de imediato – Correção do desembolso e juros de mora contados da citação – Sentença mantida – Recurso desprovido.”

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

(Apelação Cível nº 0027105-89.2012.8.26.0564, Relator Desembargador SALLES ROSSI, 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, j. 13/05/2015).

“Apelação. Cobrança. Resolução de compromisso de Compra e venda, após 5 meses da aquisição. Devolução de parcelas. Abusividade de cláusula constante do distrato. Determinação de retenção de apenas 10%. Imóvel que sequer chegou a ser entregue aos apelantes. Recurso provido.”

(Apelação Cível nº 0004818-12.2010.8.26.0562, Relator Desembargador MAURO CONTI MACHADO, 13ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO PRIVADO, j. 25/06/2015).

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Proposta feita pela Construtora para realização de novo contrato para aquisição de unidade maior no mesmo empreendimento – Distrato – Diante da vantagem auferida é indevida qualquer retenção pela vendedora das importâncias pagas - Resolução contratual do segundo contrato – Desistência dos compradores – Retenção de 10% das importâncias pagas - Comissões de corretagens e de assessoria técnico-imobiliária jurídica indevidas – Contratação de corretores feita pela vendedora, não se podendo transferir a obrigação pelo pagamento ao comprador como condição do negócio, por caracterizar venda casada, e não comprovação da prestação de assistência técnico-imobiliária – Inaplicabilidade do parágrafo único do art. 42 do CDC diante da controvérsia da questão - Dano moral – Não caracterização – Recurso provido em parte.”

(Apelação Cível nº 4005575-24.2013.8.26.0564, Relator Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, J. 23/06/2015).

164. Outrossim, igualmente **nula** é, ainda, a cláusula que confere à Autora o direito de efetuar o pagamento parcelado desta devolução, contado apenas a partir do momento em que houver a negociação do imóvel junto a terceiros.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

165. De fato, a devolução parcelada dos valores devidos mostra-se atentatória ao disposto no **art. 122 do Código Civil**, à medida em que permite que o recebimento do valor devido fique ao **exclusivo alvedrio do vendedor**, além de referida ferir, também, o disposto no art. 51, IX, do CDC, que igualmente reprime tal conduta.

166. Na esteira deste entendimento, o C. STJ, em julgamento realizado na sistemática dos “**recursos repetitivos**” (art. 543-C do CPC), decidiu que tal devolução **deve ser imediata**. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO.

*1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. **Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.***

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1300418/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/11/2013, DJe 10/12/2013 – destaques da **Ré**)

167. Ademais, cumpre destacar que a própria Autora reconheceu ser devido o pagamento imediato dos valores, tanto é verdade que se dispôs a depositar nos autos do processo, imediatamente, o valor (ainda que a menor) devido.

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

168. De qualquer forma, e com o afastamento da Cláusula 14 do Contrato, **nula de pleno direito**, deve-se determinar que a Autora proceda à devolução da integralidade (100%) do valor de forma **imediate**, em parcela única e devidamente atualizada.

169. Por fim, não merece qualquer consideração o pedido da Autora para recebimento de valores a título de indenização, por estar “privada” de usufruir de seu bem, pelo simples fato de que a **Ré** foi impedida de retirar as chaves e imitar na posse do imóvel. Ou seja, se há alguém que está impedindo o gozo de regular direito, é a Autora.

IV – PEDIDO

170. Por todo o exposto, e de tudo mais que dos autos consta, pede e espera a **Ré**:

- d)** preliminarmente, seja reconhecida a conexão entre a presente ação e a Ação Ordinária nº 1033536-54.2015.8.26.0100, julgando-se simultaneamente ambas as ações;
- e)** seja indeferida a presente ação de rescisão contratual, reconhecendo-se a culpa exclusiva pelo inadimplemento em função da mora da Autora na entrega da obra, em um primeiro momento, e, posteriormente, por não apresentar o cálculo correto do saldo devedor;
- f)** ou, quando menos, ainda que realizado o distrato, o seja, em atenção às peculiaridades do caso, determinada a devolução da integralidade (100%) dos valores pagos pela **Ré**, em parcela única e devidamente atualizada desde o desembolso;

CONDINI·TESCARI

ADVOGADOS ASSOCIADOS

g) seja condenada a Autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência.

171. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada de novos documentos que porventura se façam necessários no curso do processo, bem como prova pericial contábil para avaliação dos cálculos do saldo devedor do imóvel que vem sendo apresentado pela Autora.

172. Declaram os patronos da Ré, a teor do art. 365, IV, do CPC, **a autenticidade de toda a documentação acostada com a presente contestação**, responsabilizando-se pessoalmente por esta declaração.

173. Nestes termos, e requerendo, por derradeiro, que todas as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, necessária e exclusivamente, em nome de **Átila de Carvalho Beatrice Condini, OAB/SP nº 257.839, e Renato Mantoanelli Tescari, OAB/SP nº 344.847**, sob pena de **nulidade**,
pede deferimento.

São Paulo 25 de setembro de 2015.


Átila de Carvalho Beatrice Condini
OAB/SP nº 257.839


Renato Mantoanelli Tescari
OAB/SP nº 344.847