



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inquérito Civil sob o n ° 14.0161.0001870/2011.

1

RECORRENTES: ERIC CALDERONI

RECORRIDO: PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO  
CONSUMIDOR DA CAPITAL

VISTOS e etc

Trata-se de inquérito civil instaurado pelo  
D. Representante do Ministério Público, Dr.  
Silvio Hiroshi Oyama, com o fito de apurar a  
notícia de que a empresa Queiroz Galvão  
Desenvolvimento Imobiliário S/A adotaria  
prática comercial revestida de ilicitude,  
atrasando o prazo de entrega das unidades de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

que comercializa, inclusive mediante financiamento.

O D. Promotor de Justiça infra citado instaurou o presente procedimento investigatório através de Portaria (fls.02/04), tendo em vista o encaminhamento de representação (fls. 05 e ss.)

Tendo em vista a adoção de medidas para minorar o desequilíbrio dos consumidores nas contratações realizadas pelas incorporadoras, houve celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Secovi-SP (fls. 18 e ss.), por meio do qual foram impostas obrigações e deveres a serem insertos nos contratos com vistas à redução da desequiparação verificada.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Referido TAC teve repercussões desfavoráveis por parte da sociedade civil, da Associação dos Mutuários e de I. Representantes do Ministério Público, que afirmaram, consonantemente, a possibilidade de advirem consequências desastrosas do arquivamento do presente procedimento por conta do compromisso firmado pelas partes.

É o relatório.

Decido.

Pela não homologação do referido TAC e a conseqüente continuidade do presente inquérito civil.

Com efeito, o inquérito civil é procedimento competente para a averiguação de danos de



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

dimensão coletiva, hipótese tratada nos presentes autos.

Isso porque, discute-se, em apertada síntese, o desequilíbrio contratual existente entre os consumidores adquirentes de unidades imobiliárias e as incorporadoras que, dotadas de imenso poderio econômico, impõem cláusulas contratuais manifestamente desfavoráveis em contrato de adesão.

O Termo de Ajustamento de Conduta realizado por esta Instituição, ainda que tenha como escopo a proteção dos consumidores impondo, por exemplo, medidas de publicidade quanto aos prazos de entrega das unidades, obrigação de informação por parte das incorporadoras aos consumidores adquirentes





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

de unidades e a imposição de cláusulas penais, acaba por inviabilizar o direito de ação dos consumidores e por permitir que, diante das multas irrisórias impostas, as incorporadoras se vejam encorajadas de descumprir os prazos avençados.

Inicialmente, necessário delinear o porquê do entendimento acima esposado. Senão vejamos.

O prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias nos contratos de compra e venda de imóvel e na alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, quando admitida, baseia-se na ponderação do julgador acerca de eventos imprevistos, a título de caso fortuito



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ou força maior, que imponham, por si mesmos, o atraso das obras.

Nessas circunstâncias, tendo em vista os interesses envolvidos na questão e a invencibilidade dos eventos motivadores do descumprimento do avençado, aceitável, com ressalvas, que o consumidor suporte o atraso na entrega da unidade por ele adquirida.

Na perspectiva do consumidor, ainda que a razoabilidade imponha a aceitação de tais ocorrências, a tolerância se transforma em injustiça, principalmente porque, alinhavada essa questão com os outros tantos problemas enfrentados nesse tipo de contratação, a priori, tem o adquirente a sensação de arcar com as desvantagens sozinho.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

É um dos motivos pelos quais isso ocorre é a evidência de que diante da incorporadora e da magnitude financeira que tais conglomerados ostentam, restam poucas alternativas de negociação ao consumidor.

Ainda, mister ressaltar que a aquisição de unidades imobiliárias, principalmente na modalidade financiamento, exige planejamento financeiro do consumidor, uma vez que se tratam, no mais das vezes, de valores substanciais envolvidos.

Assim, ainda que haja uma admissão jurisprudencial da cláusula de tolerância, presente constantemente nos contratos celebrados com as incorporadoras, não se faz



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

adequado que se admita, na via do TAC, a presença de tais cláusulas nos contratos de forma irrestrita.

Ao menos, admitindo-se a possibilidade de sua presença condicionada a eventualidade de caso fortuito ou força maior, com restrições, ainda, ao impacto que isso causaria aos consumidores.

Com relação às cláusulas penais, necessário, ao menos, a revisão dos valores fixados no TAC.

Isso porque, na medida de serem tais cláusulas hipóteses de prefixação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento dos contratos, deve o seu valor objetivar, ainda





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

que hipoteticamente, valores que sejam adequados aos prejuízos sofridos com o descumprimento do contrato.

Há certa celeuma quanto a mensuração dos valores que devem ser atribuídos a essas cláusulas, posto que há disciplinamento no Código Civil que difere do adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil prevê que o limite da cláusula penal é o valor da obrigação principal, enquanto que o Código de Defesa do Consumidor dispõe terem essas cláusulas limite máximo de 2%.

Diante do disciplinamento legal, o valor fixado no TAC a título de cláusula penal



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

compensatória está de acordo com o permissivo legal. No entanto, com vistas a cláusula penal moratória prevista, muitas são as objeções.

Doutrina atual sobre o tema costuma prever uma função social na cláusula penal, tanto porque esta pode ter seus valores alterados equitativamente pelo juiz em algumas circunstâncias, quanto pela sua finalidade essencial de assegurar o adimplemento contratual dos termos avençados.

Assim, diante da finalidade do instituto, necessário que os valores fixados reflitam (ou busquem refletir) a realidade dos prejuízos que podem vir a ser experimentados pela parte que



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

arcará com as desvantagens advindas do inadimplemento, primariamente, e, secundariamente, que promovam o desencorajamento do inadimplemento voluntário da obrigação pactuada.

O valor constante no termo realizado não reflete o prejuízo do consumidor. Muito pelo contrário, a irrisoriedade deste acaba compensando o inadimplemento por parte das incorporadoras.

O valor de 0,5% (cinco décimos por cento) do valor já pago pelo consumidor sequer pagaria o aluguel que este teria que arcar para se realocar por conta do atraso nas obras, principalmente porque a proporção maior do

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

valor do imóvel é devida quando da entrega das chaves.

A mera existência do TAC nesses termos, além de inviabilizar as pretensões individuais dos consumidores na busca dos prejuízos efetivamente sofridos, pode os expor ao descumprimento reiterado do contrato por parte dos conglomerados imobiliários, que se vêem agasalhados por essa solução administrativa favorável se comparada aos custos que poderiam advir de discussões judiciais sobre a respectiva lide, no caso individual.

Com relação aos deveres impostos de publicidade, exceto na parte em que admitem os termos contrários a este voto, não vejo





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

óbices ao TAC celebrado, reiterando, apenas, as objeções acima realizadas.

Portanto, tendo em vista a não homologação do TAC realizado, voto pelo prosseguimento do inquérito civil.

São Paulo, 30 de maio de 2012



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PT 161997/11

Nº de origem: 1870/2011-1

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

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

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



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

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





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

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



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

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

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





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

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





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

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

10



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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

11





## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

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

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

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



## MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

São Paulo, 18.06.2012