

COMENTÁRIO A ACÓRDÃO

*Julio César Coelho Pallone**

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Rescisão - Imóvel objeto de Incorporação imobiliária - Falta de arquivamento no Registro de Imóveis dos documentos previsto no art. 32 da Lei 4.591/64 - Cláusula expressa prevendo a possibilidade de a incorporação vir a ser registrada no período de construção - Inadmissibilidade- Disposição considerada não escrita - Ofensa ao princípio de ordem pública - Devolução do que recebeu do contratante em valores corrigidos - Decisão mantida - Inteligência do art. 53 do CDC.

O art. 32 da Lei 4.591/64 ao dispor sobre as obrigações e direitos do incorporador estabelece, dentre outras providencias legais, que aquele somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado no cartório de Registro de Imóveis o título de propriedade do terreno, ou promessa irrevogável e irretratável de compra e venda, certidões negativas de impostos, histórico dos títulos de propriedade, e outros documentos elencados pelo aludido artigo. No caso as unidades foram negociadas sem que tais providências que deveriam anteceder as vendas fossem tomadas, havendo no contrato cláusula expressa prevendo a possibilidade de a incorporação vir a ser registrada no 'período de construção'. Não poderiam as partes disciplinarem contra disposição expressa de Lei, como foi feito. A cláusula que afronta a Lei é tida como não escrita.

Daí concluir-se que foi a incorporadora quem deu causa à rescisão no ponto em que fez inserir no contrato cláusula que violenta princípio de ordem pública, e como decorrência devida a devolução do que recebeu do contratante em valores corrigidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 244.275-2/1, da Comarca de Jundiaí; em que são apelantes Fortazzo - Projetos e Construções Ltda. e outra, sendo apelado Raphael Zalaf Júnior: Acorda, em

* Aluno do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor das Faculdades Nobel de Maringá. Advogado militante na comarca de Maringá (PR).

9º Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Cuida-se de apelação interposta de r. sentença que deu pela procedência, julgado conjuntamente pelo princípio da conexão, duas ações processadas pelo rito ordinário que objetivando a declaração de rescisão de instrumento particular de promessa de venda de direitos sobre domínio útil de parte ideal de terreno e contrato de construção por administração autônoma em condomínio, construção sob o regime de preço de custo, condenou as apelantes na devolução ao apelado que dele receberam por conta da avença que foi firmada pelas partes, em valor corrigido de cada desembolso, acrescido de juros da mora, respondendo as apelantes pela sucumbência. O autor centrou a causa do pedido na circunstância de, tendo aderido a contrato de construção de unidade condominial adquirida das rés, estas não cumpriram com a obrigação devida de levar a registro a incorporação, na forma do preceituado no art. 32, da Lei 4.591 de 16.12.64. As apelantes pleiteiam a reforma da r. decisão recorrida, entendendo que esta não deu a devida e correta solução ao pedido, porque, pelo próprio contrato, os contratantes, admitem a possibilidade de a incorporadora proceder ao registro da incorporação, durante o período da construção, cláusula que foi pelo recorrido, por consentimento expresso, não podendo ele, então sustentar o pedido em inadimplência das recorrentes, que será satisfeita no curso do contrato, constando essa circunstância de cláusula do ajuste que foi celebrado entre as partes.

O recurso veio a este Tribunal contra-arrazoado e devidamente preparado.

É o relatório.

As partes firmam o contrato que vai a fls. Dos autos e que se constitui em instrumento particular objetivando e isso disciplinando, a construção de um edifício em condomínio a preço e custo, sendo o recorrido compromissário-comprador de uma unidade a ser edificada e integrante da aludido condomínio. O recorrido, compromissário-comprador, notificou as rés, incorporadora e construtora, dizendo de seu desejo de dar o compromisso que firmara por rescindido, inconformado com o não cumprimento pelas contratantes de determinação legal, qual seja, a de levar a registro a incorporação. Com a notificação, pleiteava o contratante a devolução do que pagara à conta do contrato, devidamente corrigido desde a data de cada desembolso. Desatendido, aforou a ação com o mesmo fundamento, dada pela procedência pelo r. sentença recorrida. Essa respeitável decisão, ora recorrida, veio fundada, no ponto em que manda as rés devolverem o que receberam do recorrido, em valores corrigidos, no art.

53, da Lei 8.078/90, que considera nula de pleno direito as cláusulas que estabeleçam perda total de prestações pagas em benefício do credor, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante o pagamento em prestações. Na verdade, 'venia concessa', do entendimento do i. Juiz sentenciante, não foi posto em exame esse questionamento que, de resto, seria corolário, do deste do pedido. O que o autor na demanda questiona é a violação de texto de lei, pelo que alega, por parte das recorrentes que, promovendo a incorporação de um edifício não levou os atos de incorporação à registro. Tal procedimento, afrontoso à lei, no entendimento do recorrido, levaria a resolução do compromisso que ele firmara.

Esse o ponto, ao que se tem do pedido, a ser equacionado. A devolução, ou não, das parcelas é questão dependente do desate a ser a ele dado, se favorável, ou não á tese do autorrecorrido.

O Art. 32, da Lei 4.591, de 16.12.64, ao dispor sobre as obrigações e direitos do incorporador, estabelece, dentre outras providencias legais, que aquele somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de registro de imóveis, o título de propriedade do terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda; certidões negativas de impostos, histórico dos títulos de propriedade e outros documentos que vão referidos no aludido artigo. No caso, pelo que se tem do contrato, as unidades foram negociadas sem que tais providências, que deveriam anteceder às vendas, fossem tomadas. Poder-se-ia argumentar, como o faz a recorrente que, no contrato havendo cláusula expressa prevendo a possibilidade de a incorporação vir a ser registrada na 'período da construção', as partes disciplinaram, elas próprias, sobre a adoção dessas medidas, suprimiram, por disposição de vontade dos contratantes, a determinação legal.

Tal entendimento, entretanto, não merece fomento jurídico. É que informa a doutrina que o direito contratual vem sustentado em três princípios básicos e que o estruturam: a) o princípio da autonomia da vontade; b) o princípio da supremacia da ordem pública e, c) o princípio da obrigatoriedade da convenção, limitado, tão-somente, pela escusa do caso fortuito ou força maior. Comentando esses princípios basilares, o Prof. Washington de Barros Monteiro, em 'Curso de Direito Civil'. Direito das Obrigações, 2ª parte, Saraiva, 1972. p. 9, leciona: 'O natural, que fixa o campo da atividade individual, é estabelecido pelo segundo princípio, da supremacia da ordem pública, que proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes'. Por princípios de ordem pública, há que se entender aqueles que, como no caso, regem o condomínio em edificações. Não poderiam as partes, então, disciplinarem contra disposição expressa de lei, como foi feito. A cláusula que afronta a lei é tida como não escrita. Mesmo levando-se em linha de conta que o recorrido, na qualidade de

contratante, firmou o ajuste no qual continha tal cláusula, há que se entender também, que mesmo não se podendo considerar o contrato firmado como de adesão, em seu preciso sentido, ainda assim, as cláusulas estavam impressas e pré-ordenadas, sendo a anuência uma decorrência da assinatura do contrato.

Com isso, conclui-se, então, que foi a apelante quem dera causa à rescisão, no ponto em que fez inserir no contrato, e esse o cerne do pedido, cláusula que violenta princípio de ordem pública. Como decorrência, então, e agora se conclui como o fez a r. sentença recorrida, é devida a devolução do que o recorrido pagou à recorrente, como a determinada na r. sentença recorrida, que fica mantida por esses fundamentos. No mais, a sucumbência veio bem decretada, porque a apelante foi vencida no pleito, e a honorária veio bem fixada no percentual de 15% da condenação.

Nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença recorrida por tais fundamentos.

O julgamento teve a participação dos Dês. Riem-do Brancato (pres. Sem voto), Celso Bonilha e Accioli Freire, com votos vencedores.

São Paulo, 10 de novembro de 1994. - Octávio Helene, relator".

(Ap. 244.275-2/1 - (9ª Câm. Civ. Do TJSP. - j. 10.11.94 - ReI. Dês. Octávio Helene, in RT 719/136).

COMENTÁRIOS

1. DAS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E DETERMINAÇÃO DAS QUESTÕES QUE SERÃO OBJETO DE ANÁLISE

Temos que coube a 9ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciar em grau de recurso, a Apelação Cível sob nº 244.275-2/1, interposta pela firma FORTAZZO PROJETOS E CONTRUÇÕES L TDA e outra, sendo apelado RAPHAEL ZALAF JÚNIOR.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição que deu pela procedência, de uma ação ordinária visando obter uma declaração de rescisão de instrumento particular de promessa de venda de direitos sobre domínio útil de parte ideal de terreno.

A decisão atacada pelo apelo deflagrado pelas firmas construtora e incorporadora condenou as Apelantes na devolução ao Apelado do que dele receberam por conta da avença que foi celebrada entre as partes, em valor de cada desembolso, acrescido de juros de mora, respondendo ainda aquelas empresas pelo ônus da sucumbência.

Assim, temos que o Acórdão em exame, prolatado pela 9ª Câmara Cível do TJSP, trata-se de hipótese de contrato de construção administração autônoma em condomínio, construção sob o regime de p de custo.

Em tais modalidades de construção tem a construtora incorporadora a obrigação de levar a registro a incorporação, na forma do estatuído no art. 32, da lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, como imposição de ordem pública.

No presente caso, temos que aquelas empresas deixaram de cumprir com aquela exigência legal e se negaram amigavelmente de rescindir o contrato de promessa de venda com o autor e ainda sustentaram ao arrepio do art. 53, da lei 8.078/90 de que tinham o direito de ficar com o total das parcelas pagas pelo promissário comprador.

Portanto, em nossos comentários procederemos a uma análise relações de consumo de maneira geral diante da celebração de contrato atualidade contendo cláusulas abusivas e a forma com que o direito do consumidor vem enfrentando esse problema

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS NOVAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Hodiernamente, o que se constata é a ocorrência da massificação das relações de consumo detectada pela velocidade dos meios de comunica, de tal sorte que vêm exigindo do mundo jurídico novas posturas visa proteger a sociedade como um todo, tornando-a mais justa fundamentalmente possibilitar o equilíbrio nas relações jurídicas.

Como nos ensina, Cláudia Lima Marques¹ "na sociedade consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em gra quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase toda relações contratuais entre empresas e consumidores".

Portanto, nas relações de consumo, entre o passado e o presente o que se nota é que passamos da fase da preponderância da autonomia vontade, donde prevalecia a idéia de valor da vontade, como fonte única I o nascimento de direitos e obrigações decorrente da relação jurídica contratual, para uma nova situação, ou seja, para novas relações contratuais onde praticamente predominam os chamados contratos de adesão contratos contendo cláusulas gerais contratuais.

¹ Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 2ª Edição, São Paulo, Editora Revista Tribunais, 1995, p. 40.

Assim, cada vez mais temos as relações de massa inserida em uma sociedade de consumo cada vez mais complexa e competitiva.

Assim, o individualismo se curva ao interesse coletivo, exurgindo a idéia de uma maior proteção à sociedade, com o aparecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, sobreleva o interesse coletivo sobre o individual.

Nesse sentido, Arruda Alvim², identifica claramente esta nova situação mostrando que "esta transmutação está envolta e está condicionada pelos anseios resultantes do movimento de massas que domina o mundo contemporâneo, ostensivamente desde o limiar deste século, para o que vem sendo idealizados novos instrumentos de acesso coletivo à Justiça...".

E, conclui, o Professor Nelson Nery Júnior³, que o direito do consumidor constitui "uma tendência de hoje, diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo fenômenos e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranho àquelas relações objeto de regramento pelo microssistema".

O que se nota é que referido microssistema é detentor de princípios próprios e regramento especial que o distingue do direito individual.

3. DA NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E O CDC

Os autores do CDC tomaram a liberdade de apresentar logo no art. 2º o conceito de consumidor, ou seja, "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Sendo que equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Temos que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao prescrever, em seu art. 3º que "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" sem sombra de dúvidas que acabou por optar no sentido de conferir máxima abrangência ao conceito.

² Tratado de Direito Processual Civil, São Paulo, Editora Revista Tribunais, 1990, volume 1, p. 108.

³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1995 4ª edição, p. 285.

Em sentido mais claro, prescreve James Marin⁴ que "fornecedor é todo ente que provisione o mercado de consumo, de produtos ou serviços".

Assim, no acórdão que ora se examina, temos que a empresa construtora Fortazzo - Projetos e Construções Ltda., e a incorporadora, ao divulgar publicamente o seu empreendimento para venda ao grande público, se colocaram na condição de fornecedoras diante do CDC.

Por outro lado, a pessoa física do Sr. Raphael Zalaf Junior, quando tomou a liberdade de celebrar contrato de aquisição de direitos por instrumento particular com aquelas empresas, sem sombra de dúvidas de que se colocou na condição de consumidor.

No referido instrumento particular, duas cláusulas deram azo a um futuro litígio entre as partes contratantes. A primeira, onde o consumidor concordava que tinha que cumprir suas obrigações independentes da construtora e a incorporadora cumprirem as determinações do art. 32 da lei 4.591, de 16.12.64, ou seja, de que não precisariam levar a registro público imobiliário a incorporação, com a apresentação de toda a documentação regular.

A segunda, era no sentido de que, caso ocorresse a rescisão do contrato por culpa do promissário comprador, este perderia todas as parcelas pagas em favor da construtora incorporadora do empreendimento.

Da questão das exigências previstas no art. 32 da Lei 4.591/94.

O consumidor, a posteriori, percebendo que os fornecedores não procediam com o registro da incorporação cuja parte já estava negociada, e preocupado com o destino do seu investimento tomou a liberdade de proceder uma notificação antes de se buscar qualquer outro tipo de solução, visando uma possível regularização e constatando o desinteresse, propondo a rescisão do negócio jurídico, e de receber o que já havia pago devidamente atualizado monetariamente e restituindo a coisa negociada aos vendedores no estado em que se encontrava.

Infelizmente, nem sequer houve resposta da notificação, por parte da construtora incorporadora fato que ensejou o ajuizamento da ação visando obter como prestação jurisdicional, a rescisão contratual.

É evidente que as firmas responsável pelo empreendimento, ao inserirem nos compromissos de venda relativo as unidades autônomas que seriam negociadas a primeira condição isentando-as desde logo de cumprirem a determinação legal prevista no art. 32 da lei 4.591/94, na verdade violaram disposição de ordem pública.

O art. 32 daquele ordenamento prescreve:

⁴ Código do Consumidor Comentado, São Paulo, Editora Revista Tribunais, 1995, p. 31.

“O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de registro de imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações, impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção devidamente registradas”.

Pelo que se verificou, deixaram as firmas construtora e incorporadora de cumprir de plano a primeira determinação legal, fato que por si só colocava o negócio jurídico celebrado com o Apelado em total 111 segurança.

E diante disso é que tomou a decisão de buscar a rescisão do seu negócio, cumulada com o pedido de restituição dos valores pagos devidamente atualizados.

É evidente que a cláusula que protegia a incorporadora construtora, era de nenhuma valia diante da infração literal da lei dos Condomínios e III corporações.

Da ineficácia de imposição da perda das parcelas pagas em favor das empresas construtora incorporadora.

Outro fato que também acabou configurando cláusula abusiva foi o fato de que as empresas construtora/incorporadora tomaram a liberdade de inserir no contrato de promessa de venda de direitos sobre domínio útil de parte ideal de terreno, condição de perda pelo consumidor das parcelas pagas em caso de rescisão de contrato por culpa do promissário comprador e Apelado.

Novamente aqui se verificou que as partes avançaram contra dispositivo literal da lei 8.078-90, pois isso contraria frontalmente o que dispõe o art. 53 do CDC, verbis:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestação, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito às 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”.

Acerca do assunto, Nelson Nery Júnior⁵, doutrina que "para as compras a prestação, sejam de móveis ou imóveis, o Código não permite que

⁵ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1995, 4ª edição, p. 377

se pactue a perda total das prestações pagas, no caso de retomada do bem ou resolução do contrato pelo credor, por inadimplemento do consumidor. A norma proíbe ipso facto, o pacto comissório que faculte ao fornecedor ficar com o bem, no caso de inadimplemento do consumidor".

Ressalta ainda, Eduardo Arruda Alvim "em nossa opinião, cláusula que tal, seria ineludivelmente nula de pleno direito ante os termos genéricos do inc. IV, do art. 5], deste Código. Todavia, esse art. 53, põe fim a qualquer controvérsia, demonstrando a especial preocupação do legislador em disciplinar especificamente esta hipótese, talvez em razão da lamentável frequência com que as cláusulas desse teor aparecem no dia a dia".

O que se verificou é que as empresas construtora incorporadora, de forma esperta, e mediante ardil, na condição de fornecedoras, induziram o consumidor a celebrar um contrato contendo claramente, duas cláusulas consideradas abusivas e totalmente contra *legem*.

No entanto, o nosso CDC traz um sistema de defesa de proteção ao consumidor, de sorte que estabelece limitações às práticas abusivas de fornecedores (art. 39 e incisos), bem como, enumera cláusulas abusivas que considera nulas de pleno direito (art. 51), além de limitar os efeitos dos contratos de adesão (art. 54), de tal forma que exige que as cláusulas que implicarem em limitação dos direitos do consumidor sejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (art. 54 § 4º).

Portanto, com tais disposições temos que Código do Consumidor ofusca a possibilidade do êxito da esperteza, da intenção maliciosa ou enganosa, da imposição do poder de um contratante em relação ao outro.

4. DAS CONCLUSÕES

4.1. Consoante se verifica da simples leitura do venerando acórdão, temos que a "vexata quaestio" se posicionava no sentido de que tinha ou não a incorporadoral construtora infringido o art. 32 da lei 4.591/94 ao postergar o registro do empreendimento junto ao cartório imobiliário e, em decorrência disso, teriam que proceder a devolução dos valores pagos na forma pedida pelo Autor.

4.2. Na verdade, à luz do melhor direito, constata-se que o Apelado simplesmente aderiu a um contrato já pré-formulado pelas empresas construtoral incorporadora, onde estava imposto de plano a desobrigação do cumprimento das exigências do art. 32 da lei 4.591/94 e a perda automática das parcelas pagas em caso de rescisão da avença celebrada entre as partes.

4.3. O Juízo monocrático, houve por bem julgar procedente a Ação de Rescisão de Contrato interposta pelo Apelado Raphael Zalaf Junior,

escudado em dois fundamentos básicos, ou seja, considerou como cláusula não escrita a que desobrigava as empresas Apelantes de depositar junto ao Cartório Imobiliário a documentação exigida pelo art. 32 da lei de Condomínios e Incorporações, pois se tratava de norma cogente de tal sorte que as partes não podem dispor de forma diferente da lei.

4.4. Por outro lado, com fundamento no art. 53 da lei 8.078/90, considerou nula de pleno direito a outra cláusula que previa a perda das parcelas pagas pelo Apelado em caso de rescisão do negócio, determinando a devolução das prestações pagas atualizadas a partir do desembolso.

4.5. A 9ª. Egrégia Câmara Cível do TJSP de forma unânime recebeu a apelação das firmas responsáveis pelo empreendimento e negou provimento ao recurso, confirmando "in totum" a decisão do juízo "a quo", admitindo:

4.5.1. Que existiu entre o Autor da Ação e incorporadora/construtora, um contrato negocial, em razão estabeleceu para ele uma relação de consumo.

4.5.2. Como também, deveria existir entre as partes contratantes, uma relação de equilíbrio contratual, o que vale dizer, entre a Construtora/Incorporadora, empresas de grande porte e de outro lado, uma pessoa física, na condição de consumidora de seus produtos, na área da construção civil.

4.5.3. No caso *sub judice*, ficou constatado que ficou configurado a existência de cláusulas abusivas inseridas em contrato pré-formulado em flagrante infração as disposições literais da lei 4.591/94 e ao Código do Consumidor.

4.5.4. Donde se concluir que a E. 9ª Câmara Cível do TJSP, ao manter a sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição, apreciou e julgou a matéria enfatizada pelo Autor e Apelada, com precisão e segurança, ao admitir correta a infração aos arts. 32 da lei 4.591/64 e 53 da lei 8.078/90, reconhecendo que as empresas Construtora/incorporadora violaram disposições legais de ordem pública.

4.5.5. Portanto, a solução à apelação proposta pelo eminente Desembargador Octávio Helene, está em perfeita consonância com a melhor doutrina e jurisprudência majoritária, acerca de contratos de adesão, que nas hipóteses de conter cláusulas abusivas, equivocadas ou dúbias, há que interpretá-las de uma forma mais favorável ao consumidor, considerada a parte mais fraca na relação de consumo, fato que somente foi possível coma declaração da invalidade das duas cláusulas encartadas no contrato do autor da ação, permitindo a decretação da rescisão contratual retomando as partes ao *Status quo ante*.

4.5.6. Assim, perante a realidade das relações de consumo de massa

uma nova postura é exigida do Direito, e dos operadores do Direito. O julgador não pode mais ficar indiferente às desigualdades, ao abuso do direito, à lesão contratual, ao abuso do poder econômico, tendo o mesmo uma grande arma contra tais desmandos, que é o Código de Defesa do Consumidor, e no caso em exame, foi muito bem aplicado pelos ímprobos componentes da 9ª. Câmara do TJSP.