



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000814323

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1045013-45.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados [REDACTED] e [REDACTED], é apelado/apelante ESSEX INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram parcial provimento ao recurso dos autores e negaram provimento ao recurso da ré. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI E J.B. PAULA LIMA.

São Paulo, 24 de outubro de 2017

CESAR CIAMPOLINI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação com Revisão nº 1045013-45.2013.8.26.0100

Comarca: São Paulo – 41ª Vara Cível.

MM. Juiz de Direito Dr. Paulo Rogério Bonini.

Aptes/Apdos: [REDACTED]

Apda/Apte: ESSEX Investimentos Imobiliários Ltda.
 (TECNISA).

VOTO Nº 17.725

Ação de indenização, cumulada com pedido cominatório (acerca da cobrança de juros e correção monetária) movida por consumidores contra construtora e incorporadora imobiliária.

Incontroverso atraso na entrega da obra, posto que reconhecido pela ré. Defesa desta com apoio em mora preexistente dos autores no pagamento de prestações (art. 476 do Código Civil: “exceptio non adimpleti contractus”). A aplicação da “exceptio” em casos de direito do consumidor deve se dar com consideração do disposto no art. 6º, IV, do CDC, protetivo da parte mais fraca contra práticas abusivas do fornecedor, inclusive por omissão (“diálogo das fontes” – CLÁUDIA LIMA MARQUES). Parte do preço que, todavia, estava atrelada à contratação de financiamento pelo S.F.H. A leitura do art. 476 do Código Civil, no Direito do Consumidor, há que se dar à luz dos princípios da não onerosidade, da vedação de cláusulas que ponham o consumidor em posição excessivamente desvantajosa (CDC,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

art. 51, IV, e seu § 1º, III). Caso em que a exceção de contrato não cumprido, ao revés do que pretende a fornecedora, melhor pode ser invocada pelos consumidores, que não tiveram como contratar financiamento por estar a vendedora em mora com a Previdência Social, impedindo-lhes que obtivessem C.N.D., exigida por instituição financeira.

Invalidade da cláusula de tolerância por 180 dias na entrega da obra, se não ocorrentes fortuitos externos.

Danos materiais mandados indenizar à razão de 0,5% ao mês do valor do imóvel, como se apurar em execução de sentença.

Cabimento de indenização por dano moral, decorrente da frustração do sonho da casa própria.

Improcedência do pedido de congelamento da correção monetária; justiça, todavia, da substituição de índice setorial, mais gravoso, por índice geral de preços, no período da confessada mora.

Comissão de corretagem. Julgamento repetitivo, pelo STJ (REsp 1.599.511, PAULO DE TARSO SANSEVERINO) pela validade da transferência do encargo ao consumidor, desde que previamente informada, com anotação de seu valor, e com realce, quando da aquisição da unidade autônoma. Caso concreto em que isto não se deu.

Sentença de parcial procedência reformada, declarada a procedência da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ação em maior extensão do que reconhecido na origem. Apelo dos autores provido em sua maior parte. Apelação da ré desprovida.

RELATÓRIO.

Trata-se de julgar apelações contra r. sentença de parcial procedência (fls. 476/480) proferida em autos de ação de indenização, cumulada com pedido cominatório, movida por Marcelo Queiroz e sua esposa contra Essex Investimentos Imobiliários Ltda.

Eis o relatório sentencial:

“Ação de indenização por danos materiais e morais c.c obrigação de fazer proposta por [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] em face de **ESSEX INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (TECNISA)**, alegando, em síntese, ter adquirido junto à ré um imóvel ainda em construção, cujo prazo previsto para conclusão era 31/05/2012. Porém, até a data de propositura da ação, junho de 2013, o apartamento não lhes foi entregue. Afirmam que o atraso lhes causou diversos danos de natureza material e moral. Também alegam terem sido obrigados a arcar com serviços de corretagem, o que configuraria venda casada, além de nenhum serviço dessa espécie ter sido prestado. Pretendem:

a) o congelamento do saldo final do contrato, ou, alternativamente, a exclusão do saldo final valores acrescidos a título de juros e encargos moratórios até a efetiva entrega das chaves; b) condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais pelos lucros cessantes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em valor equivalente ao valor mensal da locação do imóvel até o momento da efetiva entrega aos autores; c) a devolução do valor desembolsado a título de comissão de corretagem (R\$ 18.963,58) e d) indenização por danos morais no valor de R\$ 20.000,00. Deu à causa o valor de R\$ 96.138,68, juntando documentos (fls. 40/117).

Deferida a antecipação da tutela e o congelamento do saldo final do contrato, afastando a incidência dos encargos moratórios, porém mantendo a incidência de correção monetária pelo índice INCC (fls. 118/119).

Citada, a ré ofereceu contestação (fls. 202/244) esclarecendo, inicialmente, que apesar do deferimento da antecipação da tutela, já havia enviado cartas aos compradores notificando que não iria cobrar encargos moratórios sobre as parcelas do contrato até 60 dias após o registro da especificação de condomínio e individualização das matrículas, o que ocorreria após a expedição do 'habite-se'. Aduz que cumpriu todas as obrigações, uma vez que já procedeu com a expedição do 'habite-se' em 20/02/2013 e aguarda apenas a quitação integral das parcelas pela parte autora para entregar as chaves. Preliminarmente alega falta de interesse de agir por parte dos autores, diante da notificação supramencionada. Afirmar a ilegitimidade para a devolução da taxa de corretagem, uma vez que teria sido paga a corretores alheios ao processo e desvinculados da pessoa da ré. No mérito, afirma que a parte autora se quedou inadimplente desde 01/10/2012, não tendo purgado a mora mesmo após praticamente um ano da expedição do 'habite-se'. Afirmar que seu próprio inadimplemento ocorreu apenas após os 180 dias previstos contratualmente, de forma que diante da anterioridade da mora dos autores resta configurada exceção do contrato não cumprido, o que exime a ré de responsabilidades. Afirmar que os autores não podem requerer lucros cessantes, danos morais e congelamento da correção



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

monetária uma vez que só poderiam ocorrer se a parte estivesse em dia com suas obrigações. Requer a improcedência da ação e a revogação da tutela antecipada.

Réplica às fls. 333/350.” (fls. 476/477).

A condenação da ré imposta pela r. sentença limitou-se à restituição do que os autores pagaram a título de comissão de corretagem. Sucumbência recíproca.

Embargos de declaração da ré (fls. 482/483) foram rejeitados (fl. 521).

Apelam primeiramente os autores (fls. 484/508), pela procedência total da ação, reconhecida a mora da construtora ré por não ter providenciado o necessário para que pudessem eles, como previsto contratualmente, em caso de não liberação de recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, contratar financiamento para pagamento do saldo do preço.

Aguardam, posto isso, a condenação da ré a pagar-lhes (a) indenização por danos materiais pelo atraso na entrega da obra, a partir de maio de 2012, data para tanto prevista, ou a partir de dezembro do mesmo ano, caso considerada válida a cláusula de tolerância de 180 dias, bem assim; (b) indenização por danos morais, no valor mínimo de R\$ 20.000,00. Postulam ainda declaração de ser indevido qualquer aumento do saldo devedor durante o período de atraso, determinando-se a restituição de valores pagos a maior.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apela também a ré (fls. 554/562), pela declaração de validade da transferência aos autores da comissão de corretagem, devendo a ação, conseqüentemente, ser tida por improcedente *in totum*. Alternativamente, pede a atribuição dos ônus sucumbenciais apenas aos autores, vencidos em muito maior parte, ainda que venha a ser confirmada a sentença.

Contrarrazões da ré a fls. 524/553. Levanta preliminares: *(a)* de intempestividade, na linha de precedentes deste Tribunal, por ter sido o recurso dos autores interposto sem que se aguardasse o julgamento dos embargos de declaração por ela, ré, ofertados; *(b)* de perda superveniente do interesse recursal, posto que “*enviou carta a todos os compromissários compradores, na qual tinha como objetivo informar que não iria realizar cobrança de encargos moratórios (juros moratórios e multa moratória) sobre as parcelas do contrato até 60 dias após o registro da especificação do condomínio, ou seja, individualização das matrículas do condomínio, que, diga-se de passagem, ocorre após a expedição do 'habite-se', nos termos abaixo. (...)*” (fl. 532).

Contrarrazões dos autores a fls. 566/573.

Neste Tribunal os autos, sobrevém petição dos autores (fls. 575/579) dando notícia do julgamento, em sede repetitiva, do REsp 1.599.511, relator o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, acerca da responsabilidade pela comissão de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

corretagem em casos como o presente.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Procede-se ao julgamento, em que pese o disposto nos arts. 14 e 1.046 do NCPC, consoante as normas do Código Buzaid, posto que a r. sentença apelada foi prolatada em sua vigência. Trata-se do princípio do isolamento dos atos processuais, que regula “*direitos adquiridos ao longo do processo que não podem ser atingidos pela nova legislação*” (JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, CPC Comentado, 3ª ed., págs. 71/72). Nesse sentido, STJ-Corte Especial, ED no REsp 600.874, JOSÉ DELGADO, cit. por THEOTONIO NEGRÃO e continuadores, CPC, 47ª ed., pág. 988.

Rejeito a primeira preliminar de intempestividade constante da resposta da ré. Ao contrário do lá afirmado, não é tranquila a jurisprudência deste Tribunal em prol de sua tese (a conferir, Ap. 1025890-27.2014.8.26.0100, PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO; Ap. 0017140-28.2009.8.26.0068, FÁBIO TABOSA; Ap. ROBERTO BEDAQUE; Ap. 0007991-17.2009.8.26.0356, ROMEU RICUPERO; Ap. 9187875-82.2008.8.26.0000, RUI CASCALDI).

Sucedede que o Superior Tribunal de Justiça,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

pro sua Corte Especial, consolidou entendimento a respeito, em julgamento de setembro de 2015:

"QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CORTE ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO ALTERAÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA. DESNECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. CONHECIMENTO DO RECURSO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA 418 DO STJ QUE PRIVILEGIA O MÉRITO DO RECURSO E O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA.

1. Os embargos de declaração consistem em recurso de índole particular, cabível contra qualquer decisão judicial, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de provimento eivado de obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535 do CPC), não possuindo a finalidade de reforma ou anulação do julgado, sendo afeto à alteração consistente em seu esclarecimento, integralizando-o.
2. Os aclaratórios devolvem ao juízo prolator da decisão o conhecimento da impugnação que se pretende aclarar. Ademais, a sua oposição interrompe o prazo para interposição de outros recursos cabíveis em face da mesma decisão, nos termos do art. 538 do CPC.
3. Segundo dispõe a Súmula 418 do STJ 'é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação'.
4. Diante da divergência jurisprudencial na exegese do enunciado, considerando-se a interpretação teleológica e a hermenêutica processual, sempre em busca de conferir concretude aos princípios da justiça e do bem comum, é mais razoável e consentâneo com os ditames atuais o entendimento que busca privilegiar o mérito do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

recurso, o acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), dando prevalência à solução do direito material em litígio, atendendo a melhor dogmática na apreciação dos requisitos de admissibilidade recursais, afastando o formalismo interpretativo para conferir efetividade aos princípios constitucionais responsáveis pelos valores mais caros à sociedade.

5. De fato, não se pode conferir tratamento desigual a situações iguais, e o pior, utilizando-se como *discrimen* o formalismo processual desmesurado e incompatível com a garantia constitucional da jurisdição adequada. Na dúvida, deve-se dar prevalência à interpretação que visa à definição do *thema decidendum*, até porque o processo deve servir de meio para a realização da justiça.

6. Assim, a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior.

7. Questão de ordem aprovada para o fim de reconhecer a tempestividade do recurso de apelação interposto no processo de origem.” (REsp 1.129.215, LUIS FELIPE SALOMÃO; grifei).

Observando a tese, em seguida a este julgamento: EDcl no AgRg no REsp 834.025, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (Corte Especial); AgRg no REsp 1.533.499, MAURO CAMPBELL MARQUES.

Assim, não alterado, como está relatado acima, o resultado da sentença pelo julgamento dos declaratórios, necessidade não havia de ratificação das razões de apelação. O recurso deve ser conhecido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A outra preliminar (de carência superveniente de interesse processual recursal, posto que, reconhecendo sua mora, a ré suspendeu a cobrança de encargos moratórios dos compradores) confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

Posto isso, antes de mais nada, há que se perquirir acerca da mora dos autores, afastada pela r. sentença.

Previu-se, no contrato de promessa de venda e compra celebrado entre fornecedora (fls. 43/83), que parte do pagamento do preço seria feito mediante emprego do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço dos autores, ou então “*mediante obtenção [por eles] de financiamento junto a agente financeiro do SFH ou qualquer entidade de crédito, observadas todas as cláusulas contratuais adiante e demais exigências legais*” (“quadro resumo”, fl. 45).

A obtenção de financiamento imobiliário, todavia, como se sabe, depende da apresentação, pelo pretendente, de documentos pessoais e relativos à construção.

Articulam os autores, no apelo, documentando-a por correspondências eletrônicas enviadas à ré, copiada no corpo das razões (fls. 489/491), a impossibilidade de obtenção de Certidão Negativa de Débito da construção para com o INSS, que somente teria sido disponibilizada aos interessados em 10



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de março de 2014. Sem a quitação previdenciária, não poderiam liberar recursos de consórcio imobiliários que buscavam junto à Porto Seguro.

As contrarrazões da ré, não negam o fato;
 passam ao largo dele.

Aduzem, como acima transcrito, para responder às consequências que os autores pretendem tirar da falta de pagamento dos encargos previdenciários (*i.e.*, mora dela, compradora), ter dispensado os consumidores de encargos moratórios. E, mais, que, “*não há como responsabilizar a ré pela demora na aquisição de um consórcio ou financiamento bancário, quando, em verdade, cabia apenas ao comprador providenciar a documentação necessária para tanto ou, então, quitar a parcela por meio de outros recursos, como recursos próprios, por exemplo*” (fl. 536). Daí a válida invocação, pretende a ré, da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 476 do Código Civil).

Não procede o argumento. Interpretar-se deste modo a cláusula contratual seria emprestar valor a disposição potestativa, vedada pelo art. 122 do Código Civil. De fato, se os compradores, para obter financiamento—uma das maneiras previstas no contrato para quitação do saldo (a outra era pela liberação do FGTS, como visto) — dependiam de providência (pagamento de contribuições ao INSS) que incumbia à vendedora, não pode esta arguir descumprimento contratual, se não havia feito a quitação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

previdenciária. A *exceptio* opera, sim, mas contra a ré.

De mais a mais, está-se frente a relação de consumo.

Incidem, portanto, o art. 51 e seu § 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

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

(...)

IV estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

(...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

(...)

III 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.”

A aplicação da *exceptio* nas relações de consumo, *rectius*, a leitura do art. 476 do Código Civil, no Direito do Consumidor, há que se dar à luz dos princípios decorrentes dessa codificação protetiva, naquilo que denomina diálogo das fontes:

Doutrina CLÁUDIA LIMA MARQUES:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, Recueil des Cours, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.).

O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.

'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato-solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).” (Manual de Direito do Consumidor, 2ª ed., pág. 89/90; grifei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Este Tribunal e, nele, esta 10ª Câmara, já tiveram oportunidade de aplicar a *exceptio* em relações consumeristas, contra o fornecedor que não entrega documentos ao consumidor:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA. MORA DA CONSTRUTORA REFERENTE À ENTREGA DO BEM E DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA OBTENÇÃO DO FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. Constatada a mora da Construtora na entrega da documentação referente ao imóvel para concessão do financiamento, o adquirente não está obrigado a pagar o preço e não poderá a vendedora exigir o adimplemento contratual, sendo aplicável *exceptio non adimpleti contractus* prevista no art. 476 do CC. Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP.” (Ap. 0005468-11.2011.8.26.0114, J.B. PAULA LIMA; grifei).

“Rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos – Ação julgada procedente e pedido reconvenicional improcedente – Ausência do devido registro da incorporação imobiliária – Insegurança no negócio que justifica a suspensão do pagamento das prestações avençadas – Aplicação da regra do 'exceptio non adimpleti contractus', prevista do art. 476, do Código Civil de 2002 (art. 1.092, do Código Civil de 1916) – Rescisão contratual que já se operou, inclusive com a reintegração da autora na posse do bem – Retenção das parcelas pagas – Inadmissibilidade – Comprovada a inadimplência contratual da vendedora – Devolução de todos os valores pagos à autora, sem qualquer desconto – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido, com a fixação da sucumbência recíproca.” (Ap. 0046004-46.2010.8.26.0002, PERCIVAL NOGUEIRA; grifei).

“Ação de indenização por danos materiais e morais cumulada com



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

obrigação de fazer – Compromisso de compra e venda de imóvel – Sentença de procedência parcial – Insurgência da requerida – Relação de consumo configurada entre as partes – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – '*Exceptio non adimpleti contractus*' – Dicção do disposto no artigo 476 do Código Civil – Ré que deve proceder à entrega aos autores da documentação necessária para a regularização do financiamento imobiliário – Decisão mantida – Recurso não provido. Ação de indenização por danos materiais e morais cumulada com obrigação de fazer – Compromisso de compra e venda de imóvel – Sentença de procedência parcial – Recurso adesivo dos autores – Revelia – Inocorrência – Contestação protocolada dentro do prazo legal – Lesão anímica – Não configuração – Decisão mantida – Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso de apelo da requerida e Nega-se provimento ao recurso adesivo dos autores.”

(Ap. 0002433-75.2012.8.26.0577, MARCIA DALLA DÉA BARONE, grifei).

“INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – Ação ordinária regressiva de indenização securitária – Contrato de seguro de carga – Cobertura recusada pela seguradora à transportadora segurada – Solicitação de documentos essenciais para a regulação dos sinistros desatendida – Obrigação contratual assumida pela segurada – *Exceptio non adimpleti contractus* – Exigibilidade do cumprimento da obrigação da ré suspensa enquanto não implementada providência afeita à autora – Improcedência mantida – Recurso improvido.” **(Ap. 1028072-20.2013.8.26.0100, CORREIA LIMA; grifei).**

“COMPRA E VENDA – Ação de resolução contratual c.c. reintegração de posse – Irregularidade da matrícula do imóvel – *Exceptio non adimpleti contractus* – Diante da irregularidade documental do imóvel, se o vendedor não pode transmitir a propriedade, não pode exigir o implemento da obrigação do réu, como deflui dos arts.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

1.092 do Código Civil/1916 e 476 do Código Civil/2002 – Um vez exercido pelo comprador o direito de suspender os pagamentos das prestações a partir da 10ª, sem incorrer em mora, obstando a cobrança, não há que se falar, por outro lado em prescrição, enquanto pendente a condição suspensiva – Improcedência da ação – Reconvenção – Inépcia pela falta da causa de pedir – Recurso provido em parte.” (Ap. 4031072-90.2013.8.26.0224, **ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR**; grifei).

Diante disso, tenho que procede a fundamentação do apelo dos autores, quando, sem contestação da parte contrária, articulam que não estavam em mora, posto que não poderiam ter obtido o financiamento previsto contratualmente, por causa do não pagamento de contribuições previdenciárias por parte da ré, a impedir a expedição de C.N.D.

Consequentemente, estando a autora em mora, a ação deveria ter sido julgada procedente em maior extensão do que o foi.

Passo a apreciar os pedidos do apelo dos autores.

Quanto à **indenização por danos materiais**, reconheço a existência de mora, desconsiderando o prazo de tolerância de 180 dias para entrega da obra, consoante jurisprudência assente nesta 10ª Câmara de Direito Privado (v.g., Aps. 1021279-11.2015.8.26.0451, **CARLOS ALBERTO GARBI**;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1033300-05.2015.8.26.0100, ELCIO TRUJILLO; 0023869-18.2012.8.26.0019, J.B. PAULA LIMA; 0057231-39.2011.8.26.0506, RONNIE HERBERT BARROS SOARES; e 0009509-92.2012.8.26.0564, de minha relatoria).

É que, não tendo se concluído o julgamento, pela Turma Especial de Direito Privado I, sob relatoria do Desembargador FRANCISCO LOUREIRO, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em curso a respeito deste e de outros temas relacionados a promessas de venda e compra de imóveis em construção, (IRDR 0023203-35.2016.8.26.0000; consulta feita ao *site* do Tribunal neste dia em que redijo voto, 1º de outubro de 2017), não é o caso de abrir-se mão de ponto de vista pessoal e desta Câmara. Mesmo porque ao incidente não se emprestou efeito suspensivo das demandas em curso. Cabe continuar aplicando, ao menos por ora, a jurisprudência da Câmara.

Reconhecida a mora da ré na entrega do imóvel (confessa, como visto), deve ela indenizar os autores a partir da data prevista no contrato para entrega da obra, isto é, 31 de maio de 2012 (contrato, fl. 45, *in fine*).

Consequentemente, deve a ré arcar com perdas e danos dos autores pela demora, que arbitro não do modo como pretendem no apelo, mas em 0,5% do valor real do imóvel, como se arbitrar em execução de sentença, consoante a jurisprudência



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

da Câmara, que exemplifico com o decidido, sob relatoria do Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI na Ap. 1019470-61.2014.8.26.0405.

Do julgado, copio:

“Mantém-se a sentença que fixou indenização, a título de lucros cessantes, no percentual equivalente a 0,5% sobre o valor do contrato atualizado. É o que o valor do dano sofrido pelos autores deve ser calculado sobre a unidade adquirida.

A esse respeito, convém lembrar o que decidiu o Tribunal, pelo voto do Desembargador CESAR CIAMPOLINI, no julgamento da apelação nº 9075940-71.2007.8.26.0000, de sua relatoria:

'... segundo a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE) a taxa de aluguel, ou seja, a razão entre os valores anunciados de aluguel e venda de imóveis, na cidade de São Paulo, foi, no último mês de janeiro, de 0,51% (disponível no link: <http://www.fipe.com.br>). Logo, verifica-se que a fixação da taxa de aluguel em 1% enriquece, sem causa para tanto, o proprietário do bem. Vale destacar que o dado estatístico acima tem origem fidedigna, uma vez que, a FIPE é entidade ligada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, conhecida, inclusive, pelos índices econômicos que edita como, por exemplo, o tão aplicado Índice de Preços ao Consumidor (IPC). Nessa mesma linha, o art. 15- A da Lei de Desapropriações (Del. 3.365/1941), com redação dada pela MP 1.577/1997, limita em 6% ao ano o valor dos juros compensatórios. Antes da edição da referida medida provisória a jurisprudência normalmente fixava os juros compensatórios em 12% ao ano. Portanto, a redução que se faz por este voto consiste também em opção legislativa tomada em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

situação análoga, posto que os juros compensatórios em desapropriação destinam-se, exatamente, a compensar o expropriado pela perda da posse do bem sem a prévia e justa indenização. Situação que, como se vê, guarda perfeita analogia ao caso dos autos' (TJSP j:14/08/2012).

É nesse sentido o entendimento do Tribunal, particularmente desta Câmara: Ap. n° 0349342-92.2009.8.26.0000 – rel. Des. ELCIO TRUJILLO j: 05/06/2012; Ap. 0015427-98.2010.8.26.0224 – rel. Des. SALLES ROSSI – j. 13/07/2011; Ap. 0001520-88.2010.8.26.0084 rel. Des. THEODURETO CAMARGO – j. 11/04/2012.”

Nessa linha, dentre centenas de julgados em casos assemelhados, confirmam-se estes, cujos acórdãos datam de agosto p. passado: Aps. 1005026-61.2014.8.26.0554, CARLOS ALBERTO GARBI; e 0024848-18.2013.8.26.0577, de minha relatoria. E este outro, de maio anterior: 1006411-45.2015.8.26.0704, do Desembargador GARBI.

Assim sendo, acolho o primeiro pedido recursal dos autores e condeno a ré a indenizar-lhes as perdas que sofreram pelo atraso na entrega da obra, desde 31/5/2012, até a data da efetiva transmissão da posse do apartamento, à razão de 0,5% do valor real deste, como se apurar em execução. Juros de mora a partir da citação. Correção monetária a partir da data do laudo, a se fazer na forma do art. 509, I, do NCPC.

O segundo pedido, de danos morais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

decorrentes da demora da entrega da casa própria, por igual encontra ressonância na jurisprudência da Câmara. Por exemplo, Aps. 1105848-96.2013.8.26.0100, ARALDO TELLES; 0014602-28.2012.8.26.0114, JOÃO CARLOS SALETTI; 1008538-79.2015.8.26.0566, J.B. PAULA LIMA; 0023869-18.2012.8.26.0019, RONNIE HERBERT BARROS SOARES; e 0024848-18.2013.8.26.0577, de minha relatoria.

Reformo a sentença no ponto e fixo a verba indenizatória em R\$ 20.000,00, *quantum* que tem prevalecido na Câmara, remetendo-me aos julgados acima. É verba, aliás, que os autores, como declaram, julgam que os satisfaz. Correção monetária da data do julgamento em segundo grau e juros da citação.

O terceiro, e último, pedido dos autores, de **congelamento de correção e juros no período de mora**, resta, por meu voto, acolhido em parte.

Não se pode mandar cessar a cobrança de correção monetária, que não é um *plus* que se acrescenta à dívida, mas mecanismo de manutenção do valor da obrigação ao longo do tempo (STJ, AgRg no REsp 1.300.928, MARIA ISABEL GALLOTTI). Pode, e deve, isto sim, enquanto durar a mora, ser afastada a correção por índice mais gravoso, que o são os setoriais, substituindo-se-os por índices gerais de atualização monetária (STJ, AgRg no REsp 726.017, RAUL ARAÚJO).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Neste Tribunal:

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Atraso inequívoco na entrega do imóvel adquirido pelo autor – Inexistência de justificativas razoáveis para a demora – Dever da ré de indenizar os danos materiais experimentados pelo demandante, correspondentes aos aluguéis pagos no período de atraso – Impossibilidade de cumulação de tal verba com lucros cessantes – Inocorrência de danos morais no caso em tela – Prejuízos de ordem extrapatrimonial não defluem de modo automático do inadimplemento, exigem descrição clara e objetiva dos sentimentos negativos do adquirente – Devolução da comissão de corretagem devida – Ressalvada a posição pessoal do Relator, o entendimento da Colenda Câmara, ao qual me curvo, é no sentido de que o repasse negocial da comissão de corretagem decorrente de serviço de intermediação contratado pela incorporadora constitui venda casada e é abusivo – Devida a exclusão do congelamento do saldo devedor durante o atraso – Cabível apenas a alteração do índice de correção no período da mora – INCC tem a função de resguardar o construtor de súbitas altas no preço de materiais de construção, e atraso injustificado nas obras permite a transferência do risco do autor às rés – Substituição pelo IGP-M, índice escolhido pelas partes para correção após a entrega das chaves – Redistribuição da sucumbência – Recursos parcialmente providos.” (Ap. 1000436-51.2015.8.26.0604, FRANCISCO LOUREIRO; grifei).

“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Ação revisional c.c. indenização por perdas e danos e repetição de indébito – Desfecho monocrático de parcial procedência para determinar a substituição do IGP-M pelo INCC até a efetiva entrega das chaves do imóvel, condenando a ré a restituir em dobro valores acrescidos a título de incidência de juros no período anterior à efetiva imissão do autor na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

posse do imóvel – Apelo da ré, repisando preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, pugnando pela caracterização de cerceamento de defesa determinado pelo julgamento antecipado da lide e, no mérito, refutando atraso na apresentação da documentação necessária à viabilização do financiamento do imóvel e aduzindo da legalidade do índice de correção monetária praticado após o habite-se – INÉPCIA – Não configuração, ausente ofensa à diretriz da dialeticidade recursal – CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Presença inequívoca de elementos de convencimento hábeis à formação do convencimento judicial – Poder de direção do juiz, sobre o qual pesa o dever de zelar pela rápida solução do litígio, devendo, inclusive, para tanto, indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias (CPC, art. 125, III). ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' – Alegação descabida – Irrelevância da subscrição do contrato com SPE constituída pela Construtora ré no propósito único e específico relacionado ao empreendimento objeto do litígio – Solidariedade dos integrantes da cadeia de consumo determinada pelo art. 7º, parágrafo único e 25, § 1º do CDC – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – Inobservância de obrigação acessória concernente à liberação de documentação necessária ao financiamento do saldo devedor, sobre o qual incidiram correção monetária e juros pela Tabela Price – Contexto probatório exaustivo a tal propósito – Alteração do índice de correção monetária, do INCC para o IGP-M plenamente legitimada nas circunstâncias, contratualmente pactuada – Ausência de insurgência recursal sob o enfoque da condenação à restituição dos valores exigidos por incidência de juros sobre o saldo devedor no período compreendido entre a emissão do habite-se e a efetiva imissão do autor na posse do imóvel – Repetição do indébito em dobro indevida na espécie – Ausência de má-fé – Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (Ap. 0117593-27.2012.8.26.0100, AIRTON PINHEIRO DE CASTRO; grifei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO.
 ATRASO NA ENTREGA. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Devolução de quantias pagas a título de comissão de corretagem. Consumidor que vai até o *stand* de vendas com intenção de apenas comprar o imóvel, e não contratar tal serviço. Vendedora como verdadeira contratante e beneficiária do serviço. Venda casada. Art. 39, I, CDC. Ressarcimento devido de forma simples. Precedentes. Atraso na entrega do imóvel configurado. –
 Afastamento das excludentes de responsabilidade. Fortuitos internos decorrentes do risco da atividade. Art. 927, parágrafo único, CC. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Arts. 12 e 14, CDC. –
 Ressarcimento de verbas denominadas 'CM repasse na planta'. Ausência de abusividade na cobrança. Precedentes. Termo inicial para devolução. – Índice de correção monetária aplicável ao valor do contrato. Não é lícito que a ré atualize as parcelas do contrato com base no INCC após a data em que deveria ter concluído as obras e entregue o imóvel aos autores. – Tendo a empresa ré dado azo ao procedimento, deverá arcar com a sucumbência e os honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido.” (Ap. 1000906-94.2014.8.26.0482, MARY GRÜN; grifei).

A questão não se coloca quanto aos juros, que, como asseverado pela ré, não foram cobrados após a data prevista para entrega da obra. E não poderiam tê-lo sido mesmo, a partir de 31 de maio de 2012. Eventual indébito de juros, todavia, se vier a ser provado em execução, será devolvido aos autores.

Assim, este outro pedido do recurso resta acolhido em parte, mantida a correção do saldo, mas pelos índices da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tabela Prática deste Tribunal, declarada a inexigibilidade dos juros a partir da data da mora. Eventuais indébitos serão corrigidos desde que tenha havido pagamentos sem causa; juros de mora da citação.

Fica, deste modo, por meu voto, julgado o recurso dos autores.

O recurso da ré, de sua parte, diz com a comissão de corretagem.

Decidiu, em sede repetitiva, o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I – TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II – CASO CONCRETO:

21. Im procedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

22. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.”
(REsp 1.599.511, PAULO DE TARSO SANSEVERINO; grifei e dei destaque em negrito).

Cumpre, pois, analisar o contrato celebrado entre as partes em 19 de agosto de 2011, que está a fls. 43/83, compondo-se de já longo quadro resumo (fls. 43/59) e de “instrumento particular de compromisso de venda e compra de unidade autônoma cláusulas contratuais”, tudo datado de 19 de agosto de 2011.

Nem uma palavra nele se lê acerca da pretendida transferência da comissão de corretagem aos compradores.

Isto só está em planilhas, documentos internos da ré, que não contém a assinatura destes (fls. 84/85), e ainda em contrato que as partes assinaram em 21 de janeiro de 2013,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

relativamente à aquisição de uma vaga na garagem do edifício.

Deste modo, descabida a transmissão da obrigação, que tradicionalmente incumbe ao vendedor, aos compradores. Na dicção do repetitivo, não houve prévia informação, com o destaque, de que aos autores incumbiria do valor da comissão de corretagem.

Deve-se negar provimento ao recurso da ré, portanto.

Diante do resultado que proponho ao julgamento dos recursos, a ação dos autores é julgada procedente em parte, cabendo os ônus sucumbenciais, diante do muito maior vulto dos pedidos acolhidos, integralmente à ré, com honorários de advogado de 20% do valor da condenação.

DISPOSITIVO.

Dou parcial provimento ao recurso dos autores, na forma da fundamentação supra.

Nego provimento ao recurso da ré.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais tratados, implícita ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

expressamente, no julgamento. Na hipótese, todavia, de apresentação de embargos de declaração, ficam as partes intimadas a se manifestar, no próprio recurso, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual.

CESAR CIAMPOLINI
Relator