



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2

014.0000682512

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0105908-57.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado CONSTRUTORA CRESCER S.A., é apelado/apelante A. S..

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Recurso da ré não provido. Apelo do autor provido.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 21 de outubro de 2014.

Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI
– RELATOR –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 16.747 APELAÇÃO Nº 0105908-57.2011.8.26.0100

COMARCA : SÃO PAULO (25ª VARA CÍVEL CENTRAL DA CAPITAL)

APELANTES : CONSTRUTORA CRESCER S/A; A. S.

APELADOS : OS MESMOS

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DA UNIDADE HABITACIONAL. PRAZO DE TOLERÂNCIA. PREVISÃO ABUSIVA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. DEVOLUÇÃO. DANO MORAL. RECONHECIMENTO. SUCUMBÊNCIA DA RÉ. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. APELO DO AUTOR PROVIDO.

1. **Compromisso de venda e compra. Prazo de tolerância. Abusividade. Eventuais intercorrências fazem parte do risco do empreendimento. Cabe ao vendedor considerar eventuais intercorrências na estipulação do prazo para a entrega da unidade.**
 2. **Prazo de tolerância. A estipulação de prazo de tolerância demonstra a prévia intenção de não entregar as unidades no prazo estabelecido. Má-fé. Engodo empregado contra o adquirente. Cláusula que coloca o compromissário comprador em desvantagem exagerada. Proibição. Princípio da boa-fé (art. 51, do CDC).**
 3. **Demora injustificada na entrega da unidade habitacional. Perdas e danos. Lucros cessantes. Manutenção do quanto fixado na sentença (0,5% por mês sobre o valor do imóvel) desde janeiro de 2011.**
 4. **Comissão de corretagem. Valor não devido. Contratação que ofende o CDC (art. 39). Devolução mantida.**
 5. **Dano moral. Reconhecimento. Fixação da indenização com moderação (R\$ 20.000,00).**
 6. **Sucumbência. Aplicação do art. 21, parágrafo único, do CPC.**
- Recurso da ré não provido. Apelo do autor provido.**

1. A sentença proferida pelo Doutor SAMUEL FRANCISCO MOURÃO NETO julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade da cláusula n. 8.1 do contrato, condenar a ré a pagar ao autor multa compensatória de R\$ 550,00 por mês de atraso e a devolver ao autor o valor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de R\$ 680,00, pago a título de correção de corretagem, reconhecendo a sucumbência recíproca.

A ré recorreu da sentença. Alegou, em síntese, que o prazo de tolerância é válido, assim como é devida a comissão de corretagem.

O autor também recorreu para pedir a condenação da ré em indenização equivalente ao prejuízo moral sofrido, bem como sua condenação nas verbas da sucumbência.

Ambos os recursos foram respondidos.

É o relatório.

2. As partes celebraram compromisso de venda e compra de unidade habitacional a ser construída. O autor assumiu a obrigação de pagar o preço e a ré, de entregar o imóvel até dezembro de 2010 (fls. 46).

Não aproveita a impugnação da ré quanto ao reconhecimento de ilegalidade da cláusula contratual que prevê tolerância de 180 dias após a data marcada para a entrega do apartamento (cláusula 8.1 fls. 52).

O prazo de tolerância é estipulado em razão da imprevisibilidade de ocorrências que podem comprometer o andamento das obras. Contudo, tais intercorrências integram o risco do empreendimento da ré e já é (ou deveria ser) por ela considerado quando da fixação do prazo final de entrega. Daí por que a cláusula não se sustenta, quiçá porque a ré nada trouxe aos autos que pudesse justificar o atraso da obra.

Exigências administrativas para construção e para a entrega do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imóvel (como a concessão da licença da habitação - *habite-se*), bem como a dificuldade de encontrar mão-de-obra especializada, são circunstâncias conhecidas pela ré, empresas que se dedica à construção e comercialização de imóveis (de acordo com seu estatuto social) e, portanto, deveriam ter sido consideradas no momento da contratação, quando fixada a data prevista para a entrega do imóvel ao autor.

Nesse passo, relevante notar que o consumidor também está sujeito a uma série de imprevistos que podem lhe comprometer a pontualidade do pagamento, mas nem por isso o contrato de adesão firmado entre as partes deixa margem para o atraso da prestação, de modo que a compromissária vendedora passa a ocupar uma posição privilegiada na relação contratual, pois para o cumprimento da sua obrigação principal entrega do imóvel não há prazo efetivo e mesmo considerada a entrega para além da tolerância contratual, não há fixação de multa moratória (fls. 49/52).

Prometido à venda o imóvel com a estipulação de prazo certo para a sua entrega, deve o compromissário vendedor, que tem recebido as prestações pactuadas, entregá-lo no prazo estipulado, não podendo se eximir de cumprir a obrigação contratualmente assumida perante o compromissário comprador.

Na verdade verifica-se que a vendedora desde a assinatura do contrato não intenciona entregar a unidade no prazo estabelecido. Conta o prazo de tolerância como se fosse prazo em seu favor, quando na verdade o prazo é do adquirente. Age de má-fé ao enganar o adquirente com a promessa de entrega em data que sabem desde o início que não será



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

observada, porque se valem da *tolerância* prevista como termo final da obrigação.

Penso que esse prazo de *tolerância*, que é praticado no mercado imobiliário, deve ser admitido quando devidamente comprovado pela devedora da obrigação que motivos fortuitos justificaram a demora. Deve comprovar que se empenhou no cumprimento da obrigação no prazo, que deu início às obras em tempo suficiente a levar a cabo a obrigação que assumiu, que motivos fora do seu controle determinaram o atraso e que agiu, destarte, com a boa-fé objetiva que se reclama dos contratantes. Não pode se valer do prazo de *tolerância* sem a adequada justificativa, como se fora exercício potestativo de um direito que o contrato e a lei não reconhecem. O que se vê, efetivamente, é que o consumidor-adquirente é enganado com a previsão deste prazo no contrato, instituído pelo vendedor como verdadeira reserva mental.

Portanto, a cláusula que prevê o prazo de tolerância para a entrega das obras coloca o compromissário comprador em desvantagem exagerada, de modo que à luz do princípio da boa-fé e de acordo com o previsto no art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, não deve ser levada em consideração para indicar o termo inicial da mora do compromissário vendedor.

A esse respeito, vale destacar o voto do Desembargador BERETTA DA SILVEIRA em caso semelhante: “*A relação jurídica mitigada na espécie submete-se, inegavelmente, ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, visto que a autora, na qualidade de compromissária*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compradora, apresentou-se perante a requerida, promitente vendedora, para aquisição de imóvel de índole residencial (ou não comercial) como destinatária final (e não com o ânimo de revenda). E a vulnerabilidade da primeira perante a última, do ponto de vista construtivo-financeiro, é flagrante, uma vez que as informações essenciais do processo de edificação e de sua viabilidade econômica concentram-se na figura do empreendedor. Feita essa anotação e considerando os termos do contrato celebrado entre as partes (fls. 25/59), observa-se que, ao tempo da demanda, já havia sido extrapolado não apenas o prazo ordinário de entrega da obra (fevereiro de 2011 fls. 31), mas também o lapso extraordinário de 180 (cento e oitenta) dias corridos, instituído na cláusula XXII (prazo esse que, embora não declinado no contrato, serve justamente para desonerar a construtora no caso de eventual fortuito ou motivo de força maior que possa atrapalhar o processo construtivo). Quanto ao tema, improcede a alegação da demandada, no sentido de que as excludentes da responsabilidade civil acima referidas trariam ao caso a indeterminação do tempo de entrega da obra. Face à paridade que deve reinar nas relações comutativas, não se mostra lícito que o empreendedor seja privilegiado, ainda que residualmente, com a previsão de, em última instância, não ter de obedecer a prazo algum, em detrimento do consumidor que já desembolsou determinado valor e não viu o “sonho da casa própria” realizado. Outrossim, o construtor, pelo conhecimento técnico e empírico que possui, tem condições de antever que pode ocorrer certo atraso na conclusão das obras. E, justamente por isso, procede à inserção contratual da tradicional cláusula de tolerância (na espécie, fixada em 180 cento e oitenta dias corridos). Eventuais disposições contratuais em sentido da possibilidade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
indeterminação do prazo de conclusão da construção mostram-se angularmente contrárias ao sistema consumerista definido pela Lei nº 8.078/90, principalmente quando considerado seu artigo 51, § 1º. Ou seja, o negócio jurídico de compromisso de compra e venda de imóvel realiza-se a termo (ainda que minimamente variável) e não sujeito a condição, como busca sustentar, em essência, a recorrente ... E não resta dúvida de que, em situações como a ora veiculada, há de se considerar a teoria do risco profissional do empresário (in casu, o construtor)” (Ap. n. 0196696-20.2011.8.26.0100, dj. 30.07.2013).

Como restou caracterizado o atraso injustificado na entrega do imóvel a partir de janeiro de 2011, é dever da ré ressarcir o autor dos prejuízos causados por não ter usufruído o bem adquirido.

Esta indenização corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhes foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação. Nesse sentido é a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “*CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO. PRECEDENTES. (...) - A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido” (REsp n. 644.984/RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 16.08.2005).

E também é a jurisprudência do Tribunal:

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AÇÃO PROPOSTA PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR. INADIMPLENTO CONTRATUAL DA PROMITENTE VENDEDORA. IMÓVEL NÃO ENTREGUE NO PRAZO ACORDADO. RESCISÃO CONTRATUAL CORRETA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA PELO INADIMPLENTO CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. DESCABIMENTO. ÔNUS DA CONSTRUTORA DE FISCALIZAR SUA OBRA. APLICAÇÃO DA MULTA CONTRATUAL PELO INADIMPLENTO. NÃO CABIMENTO. INADIMPLENTO ABSOLUTO POR PARTE DA CONSTRUTORA. ATRASO DE MAIS DE ANO NA ENTREGA DO IMÓVEL. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (Ap. n. 038342-58.2009.8.26.0554, rel. Des. Theodureto Camargo, j. 08.02.2012)

“Venda e compra de imóvel em construção. Pedido de danos materiais e morais. Ausência de nulidade por julgamento ultra petita. Atraso comprovado na entrega que configura inadimplemento contratual apto a ensejar a indenização remuneratória pelo tempo que os autores não conseguiram ocupar o imóvel após o prazo da entrega a título de lucros



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cessantes. Necessidade de se adequar o valor da condenação ao pedido inicial. Impossibilidade de aplicação analógica da multa em hipótese para a qual não há previsão contratual. Condenação bem indenização remuneratória e em multa por descumprimento contratual que configura bis in idem. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte” (Ap. n.0053616-22.2011.8.26.0577, rel. Des. Maia da Cunha, j. 27.09.12)

Nesse passo, a ré deve pagar ao autor indenização equivalente a uma renda mensal pela não utilização do imóvel durante o período da mora, qual seja do prazo final marcado para a entrega da unidade habitacional (janeiro de 2011) até a efetiva entrega das chaves.

Observo, outrossim, que a sentença fixou o percentual de 0,5% por mês sobre o valor do imóvel e como não há recurso do autor nesse sentido, fica mantida a decisão.

No que toca à comissão de corretagem, oportuno lembrar o voto do Desembargador CESAR CIAMPOLINI, no julgamento da apelação nº 0104733-91.2012.8.26.0100, de sua relatoria: *“O mais das vezes, aliás, em casos como o dos autos, o que ocorre é que a construtora monta stand de vendas no local do empreendimento, em seu próprio interesse e, de algum modo, às vezes sub-reptício, ou ao menos com 'informações insuficientes' a respeito, na dicção do art. 12 mencionado, repassa o custo da intermediação, ou parte dele, ao consumidor...”* (TJSP j. 17/09/2013).

O autor pagou a referida comissão (fls. 45), mas não consta a entrega do contrato de prestação dos serviços correspondente ou a nota fiscal respectiva, o que poderia justificar a cobrança em questão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A par disso, não há qualquer indicativo de que estes serviços tenham sido efetivamente prestados em favor do autor e tampouco de que foram tidos como facultativos, à escolha do adquirente.

A contratação forçada, imposta ao comprador do imóvel, está definida como prática abusiva no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. Há nesta prática que tem se verificado no mercado imobiliário reflexos perniciosos não só de natureza civil, mas também de natureza fiscal, visto que oculta o real valor da venda do imóvel e imputa o pagamento dos serviços de corretagem a pessoa diversa do contratante.

A ré prevaleceu-se da fraqueza do adquirente para lhe impor a contratação de serviços que, na verdade, não existiram. O consumidor não tem escolha e acaba por aceitar as condições impostas ilicitamente pelo vendedor e seus prepostos. Daí por que está configurado o direito à restituição, que deve ser providenciado com correção monetária desde o desembolso e com acréscimo dos juros de mora de 1% a partir da citação (art. 219, CPC).

No mais, é inegável que o inadimplemento da ré causou o prejuízo moral alegado na petição inicial. A compra da casa própria gera expectativas e esperanças que acabaram frustradas, sendo que o autor, por certo, teve que remanejar a vida por conta do inadimplemento, que excedeu o razoável e frustrou suas expectativas.

A ré, sem dúvida, abusou da boa-fé dos autores e tal conduta, com segurança, afetou sua dignidade. Assim, embora se cuide de inadimplemento contratual risco inerente a qualquer negócio jurídico ,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

justifica-se o pedido de reparação por danos morais. O Tribunal já decidiu nesse sentido:

“Indenização por danos materiais e morais - Instrumento particular de promessa de venda e compra de imóvel, com previsão do prazo de 180 dias de carência para entrega das chaves. Atraso caracterizado. Dano material e moral configurados. Alegação de força maior e caso fortuito para justificar a entrega do imóvel fora do prazo, que não pode ser aceita, posto que as alegações das Rés se inserem no risco normal assumido pela atividade que desenvolvem. Verba honorária contratualmente estabelecida, que não vincula o Juiz. Sentença reformada em parte. Recurso do Autor provido em parte para condenar as Rés no dano moral experimentado, fixado em R\$ 10.000,00, e para adequação dos honorários ao disposto no § 3º do artigo 20 do CPC, assim como o das Rés, este para limitação da verba indenizatória pelo atraso na entrega” (Ap. n. 0056468-29.2009.8.26.0564, rel. Des. João Pazine Neto, j.

22/02/2011)

“Isto porque, o procedimento inadequado das rés ocasionou angústia e desgosto aos autores, pois é notório que quem adquire o imóvel, contrai dívidas e efetua o pagamento regular das prestações, sente-se frustrado por não poder dispor do bem, sofrendo aflição psicológica, em razão do prolongado martírio de espera pela entrega da casa própria. Consequentemente, os danos extrapatrimoniais se fazem presentes” (Ap. n. 0044332-77.2008.8.26.0000, rel. Des. João Francisco Moreira Viejas, dj 14.03.12)

“Indenização por danos materiais e morais. Compromisso de compra e venda de imóvel em construção. Apelados já firmaram contrato de financiamento com instituição financeira. Entrega das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

chaves não ocorreu. Inobservância do lapso cronológico pactuado. Pagamento de aluguéis, a partir do atraso, apresenta-se adequado. Comportamento irregular da recorrente frustrou os recorridos, prolongando o martírio e trazendo aflição psicológica. Danos morais presentes. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Apelo provido em parte” (Ap. n. 0001671-13.2011.8.26.0248, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 06/10/2011)

Justificada a indenização por dano moral, o valor do ressarcimento deve ser fixado com moderação, conforme orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *“A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”* (REsp. n. 305566/DF, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 22.05.2001).

Daí por que entendo que o arbitramento na quantia de R\$ 20.000,00 revela-se razoável e está de acordo com a orientação desta Câmara em casos semelhantes.

O valor será atualizado desta decisão (Súmula nº 362 do STJ), vencendo juros do evento data prevista para a entrega do imóvel.

Por fim, tem razão o autor ao pedir a condenação da ré nas verbas de sucumbência. Seu decaimento foi ínfimo, de modo que incide a regra do art.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
21, parágrafo único, do CPC, devendo a ré pagar as custas e as despesas processuais, além da verba honoraria advocatícia, fixada em 15% sobre o valor líquido da condenação.

3. Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DOU PROVIMENTO** ao apelo do autor para condenar a ré a pagar indenização pelo dano moral e alterar as verbas de sucumbência, tudo como explicitado.

Desembargador **CARLOS ALBERTO GARBI**
RELATOR