



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2013.0000XXXX

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº XXXXXX-XX.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes L. (Omitido) e outra, é apelado CALGARY INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. (TECNISA)

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Por votação unânime, negaram provimento ao recurso da ré e por maioria de votos deram parcial provimento ao recurso dos autores, vencido o Revisor que o provia em menor extensão. Fará declaração de voto o Revisor. ."**, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARALDO TELLES (Presidente sem voto), COELHO MENDES E ROBERTO MAIA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2013.

CARLOS ALBERTO GARBI

– RELATOR –

[DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº XXXX

APELAÇÃO COM REVISÃO Nº XXXXXX-XX.2013.8.26.0100

COMARCA : SÃO PAULO (18º VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL)
 APELANTES : L. (Omitido) e outra
 APELADA : CALGARY INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA. (Tecnisa)

APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE. MORA. CLÁUSULA PENAL. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. DANO MORAL CARACTERIZADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. DEVOLUÇÃO DA CORRETAGEM E DA SATI. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL.

1. Pretensão da ré ao reconhecimento da ilegitimidade para responder pela devolução da corretagem e comissão de assessoria técnica imobiliária. Os autores representam a parte vulnerável na cadeia de consumo em exame. Não podem, portanto, ficar sujeitos às relações obrigacionais mantidas entre os fornecedores. Diante da prova do prejuízo sofrido, devem ser indenizados por qualquer dos fornecedores em virtude da solidariedade existente entre eles no dever de reparar. A busca é pela reparação efetiva e rápida, de modo a proteger o consumidor, hipossuficiente na relação (art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor). Assim, nestas circunstâncias, a ré, que escolheu seus fornecedores, é parte legítima para o pedido indenizatório e deve responder objetivamente pelos danos causados aos autores.

2. Comissão de corretagem e serviços imobiliários. A contratação forçada dos serviços pelo comprador do imóvel representa prática abusiva, definida no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. O consumidor não tem escolha e acaba por aceitar as condições impostas ilicitamente pelo vendedor e seus prepostos. Daí o direito de restituição que deve ser reconhecido.

3. Verificada a culpa exclusiva da ré pelo atraso na entrega da unidade prometida à venda, é seu dever, nos termos do art. 389 do Código Civil, ressarcir os autores pelos lucros cessantes que deixaram de usufruir em decorrência do atraso na entrega do bem. Ocorre que, no caso em exame, as partes pactuaram cláusula penal moratória expressa e especificamente para a hipótese de atraso na obtenção do auto de conclusão de obras e respectiva entrega da unidade aos adquirentes, prefixando o valor das perdas e danos nessa situação, de modo que não pode ser arbitrada indenização pelos lucros cessantes, como pretendido pelos autores, sob pena de bis in idem.

4. Embora a questão cuide de inadimplemento contratual, risco inerente a qualquer negócio jurídico, é inegável a configuração do dano moral. Atraso injustificável e superior ao razoável. Houve, sem dúvida, abuso da boa-fé do adquirente, que despendeu significativa quantia e não pode usufruir do bem, não entregue.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5. Considerando as circunstâncias apontadas, revela-se razoável arbitrar a indenização em R\$ 10.000,00, valor que atende à moderação que se reclama nestes casos e está muito próximo aos valores adotados em condenações desta natureza.

6. Juros de mora de 1% devidos desde a citação. Responsabilidade contratual. Art. 219 do CPC.

7. A sucumbência mínima de uma das partes autoriza a impor a outra o ônus de pagar as despesas do processo e os honorários advocatícios (art. 21, p. único, CPC).

Recurso dos autores parcialmente provido nos termos explicitados. Recurso da ré não provido.

1. – Apelaram as partes da sentença proferida pelo Doutor **Sidney da Silva Braga** que julgou parcialmente procedente o pedido para: *a-*) confirmar a antecipação da tutela e suspender a exigibilidade da prestação com vencimento para dia 01/01/2013 até a expedição do “*habite-se*”, sem acréscimo de juros ou outros encargos de mora; *b-*) determinar a devolução da corretagem – R\$ 10.398,92 – corrigida e com juros de mora; *c-*) e para condenar a ré ao pagamento de 0,5% sobre o valor pago pelos autores até o momento, corrigido da mesma forma prevista no contrato e com juros desde a citação, admitida a compensação com o saldo devedor.

Os autores sustentaram que tem direito a receber indenização pelos lucros cessantes, em razão da privação da coisa do imóvel até o momento, no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

valor de 0,8% sobre o valor do imóvel, bem como pelos danos morais sofridos. Sustentaram, ainda, que verificada a sucumbência mínima, deve a ré arcar sozinha com o pagamento das custas e honorários, já que foi ela que deu causa ao ajuizamento demanda.

A ré, por sua vez, sustentou que não tem legitimidade para devolver o valor pago pelos autores a título de corretagem, que, ademais, não podem ser devolvidos em razão da manutenção do contrato. Sustentou, mais, que os juros de mora são devidos somente após o trânsito em julgado condenação e que os honorários advocatícios devem ser imputados integralmente aos autores ou, alternativamente, reajustados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

As partes responderam aos recursos.

É o relatório.

2. – As partes celebram contrato de compromisso de compra e venda que tem como objeto a unidade 169 do Condomínio *Bosque da Vila*, empreendimento da ré na cidade de Cotia – SP, pelo preço de R\$ 240.501,08, com entrega prevista para 31 de agosto de 2012, admitido o prazo de tolerância de 180 dias (fls. 77/100).

No dia 05/11/2012, a ré confessou a existência de problemas operacionais na realização das obras e prorrogou unilateralmente o prazo de conclusão para setembro de 2013 (fls. 107). Contudo, a despeito de ter adiado a entrega do apartamento, não suspendeu a cobrança das prestações pactuadas, inclusive daquela com vencimento para janeiro de 2013 e que demandaria a contratação de financiamento (fls. 105 e 108), razão pela qual os autores



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ajuizaram ação de indenização cumulada com pedido de obrigação de fazer.

Admitido o processamento da demanda o pedido foi, ao final, julgado parcialmente procedente, ensejando a interposição dos presentes recursos.

Os autores entendem que à indenização estipulada pela sentença deve ser cumulada condenação ao pagamento de lucros cessantes, equivalente a 0,8% do valor do imóvel, por mês de privação do seu uso.

Verificada a culpa exclusiva da ré pelo atraso na entrega da unidade prometida à venda, é seu dever, nos termos do art. 389 do Código Civil, ressarcir os autores pelos lucros cessantes que deixaram de usufruir em decorrência do atraso na entrega do bem, indenização esta que corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação, independentemente da finalidade afirmada pelos autores.

Ocorre que, no caso em exame, as partes pactuaram cláusula penal moratória expressa e especificamente para a hipótese de atraso na obtenção do auto de conclusão de obras e respectiva entrega da unidade aos adquirentes (cláusula 7.4 – fls. 83), prefixando o valor das perdas e danos nessa situação, de modo que não pode ser arbitrada indenização pelos lucros cessantes, como pretendido pelos autores, sob pena de *bis in idem*.

Nesse sentido a lição de CARLOS ROBERTO GONÇALVES “*com a estipulação da cláusula penal, expressam os contratantes a intenção de livra-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e da sua liquidação.*”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A convenção que a estabeleceu pressupõe a existência de prejuízo decorrente do inadimplemento e prefixa o seu valor” (Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações, 7ª edição; Ed. Saraiva, 2010, São Paulo – p. 407).

Foi o que corretamente consignou a sentença: *“De outro lado, procede o pedido de indenização pelas perdas e danos decorrentes do atraso da obra. No entanto, no caso dos autos, a indenização não deve se dar através de fixação de alugueres mensais, como pretendem os autores, uma vez que o contrato celebrado entre as partes possui cláusula específica a respeito, verdadeira prefixação de perdas e danos, que deve ser respeitada, nada tendo de abusiva ou ilegal. Com efeito, nos termos da cláusula 7.4 (fls. 83/84), findo o prazo de tolerância sem que tenha sido expedido o “habite-se”, a ré pagará aos autores a multa de 0,5% ao mês de atraso, calculados sobre o valor efetivamente pago e quitado pelos autores, corrigidos na mesma forma do contrato, compensando-se com o saldo devedor que ainda esteja em aberto. Essa é a indenização a que têm direito os autores.” (fls. 213/219).*

E, apesar da mora, não houve inadimplemento absoluto a justificar qualquer compensação pela quebra do contrato e inexecução definitiva da obrigação. Sobre o tema, oportuno lembrar, novamente, a doutrina de CARLOS ROBERTO GONÇALVES: *“que a lei distingue entre a cláusula penal relativa ao inadimplemento e a cláusula penal relativa à mora ou à violação de qualquer dever acessório de conduta. No primeiro caso (art. 410), a prestação incluída na cláusula penal não se soma à indenização estabelecida na lei. O credor não pode exigir ao mesmo tempo, como assevera ANTUNES VARELA, le principal et la peine, mas pode optar livremente por uma ou por outra. No segundo caso (art. 411), o credor pode cumular a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

prestação fixada na cláusula penal com o pedido de execução forçada da prestação da dívida” (Direito Civil Brasileiro, vol. II, ed. Saraiva, p. 389).

Os autores, ademais, não comprovaram qualquer prejuízo decorrente do atraso na entrega do apartamento, de modo que a aplicação da pena convencional estipulada no contrato é suficiente a reparar os danos decorrentes da mora da ré.

Pretendem os autores, ainda, que a ré seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

A compra da casa própria gera expectativas e esperanças que, no caso em exame, acabaram frustradas. A conduta da ré, que, postergou a entrega do apartamento por mais de um ano, seguramente atingiu a dignidade dos adquirentes, que não puderam usufruir do bem adquirido no tempo esperado, mesmo tendo pago regularmente as prestações vencidas até então. Assim, embora a questão trate de inadimplemento contratual – risco inerente a qualquer negócio jurídico –, justifica-se o pedido de reparação por danos morais. Já decidiu nesse sentido o Tribunal em casos semelhantes:

“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” (TJSP – Ap. nº 0044332-77.2008.8.26.0000 - rel. Des. João Francisco Moreira Viejas – j. 14.03.12).

“Indenização por danos materiais e morais. Compromisso de compra e venda de imóvel em construção. Apelados já firmaram



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrato de financiamento com instituição financeira. Entrega das chaves não ocorreu. Inobservância do lapso cronológico pactuado. [...] 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” (TJSP – Ap. nº 0001671-13.2011.8.26.0248 – rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda - j. 06/10/2011).

É certo que a indenização deve ser fixada com moderação. Neste ponto, importante o esclarecimento de SÉRGIO CAVALIERI FILHO: *"Na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano"* (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros, 2003, 5ª ed., pág. 108).

A indenização por danos morais considera a natureza do dano, a capacidade econômica do ofensor e do ofendido e também o caráter pedagógico da reprimenda que poderá, assim, evitar novos abusos, ou seja, a dosimetria deve mostrar-se adequada à frustração e ao constrangimento experimentados pela parte e atender ao binômio mitigação da dor e desestímulo da reiteração de atos da espécie.

Considerando as circunstâncias apontadas, revela-se razoável arbitrar a indenização em R\$ 10.000,00, valor que atende à moderação que se reclama nestes casos e está muito próximo aos valores adotados em condenações desta natureza de acordo com a orientação da jurisprudência, corrigidos a partir do julgamento deste recurso, nos termos da Súmula n. 362 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De outra parte, debate-se a ré quanto à devolução da comissão de corretagem e de assessoria técnica (TCI).

Inicialmente, alegou que não é parte legítima para responder pela referida restituição, pois não recebeu tais valores, sendo que o pagamento foi realizado a terceiros, para remunerar serviços por eles prestados.

Sucedede que a escolha dos prestadores de serviços que atenderiam aos compradores foi realizada unilateralmente pela ré. Tratando-se de unidade futura, adquirida na planta, os autores não puderam escolher o corretor de vendas que lhe conviesse. Compareceram ao *stand* de vendas e divulgação do empreendimento da ré, em nome de quem a corretora TECNISA atuava perante os adquirentes, que, seguramente, não fizeram distinção entre as empresas atuantes na cadeia de fornecimento.

Como esclarece Flávio Tartuce: *“Deve-se atentar que, no fato do serviço ou defeito, há evidente solidariedade entre todos os envolvidos na prestação, não havendo a mesma diferenciação prevista para o fato do produto, na esteira do que consta dos arts. 12 e 13 do CDC. Isso porque é difícil diferenciar quem é o prestador direto e o indireto na cadeia de prestação, dificuldade que não existe no fato do produto, em que a figura do fabricante é bem clara [...] Na verdade, a tarefa de identificação de quem seja o prestador direto não poderia trazer a impossibilidade de tutela jurisdicional da parte vulnerável [...] Tais conclusões, sem dúvida, ampliam muito a responsabilidade dos parceiros de prestação.”* (Manual de Direito do Consumidor, Direito Material e Processual, Ed. Método, 2012, p. 153/154).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os autores representam a parte vulnerável na cadeia de consumo em exame e não podem, portanto, ficar sujeitos às relações obrigacionais mantidas entre os fornecedores. Diante da prova do prejuízo sofrido, devem ser indenizados por qualquer dos fornecedores em virtude da solidariedade existente entre eles no dever de reparar. A busca é pela reparação efetiva e rápida, de modo a proteger o consumidor, hipossuficiente na relação (art. 6º, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor). Assim, nestas circunstâncias, a ré, que escolheu seus fornecedores, é parte legítima para o pedido indenizatório e deve responder objetivamente pelos danos causados aos autores.

A esse respeito, 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 [...] Certo, ainda, que há, no caso concreto... solidariedade passiva entre a construtora apelante e a corretora. A ação tanto poderia ser proposta contra a construtora, quanto contra a empresa intermediadora, que recebeu os valores, quanto contra ambas, em litisconsórcio passivo*” (TJSP – j. 17/09/2013).

Há nesta prática distorcida e ilícita 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imputa o pagamento dos serviços de corretagem a pessoa diversa do contratante. Decorrem desse desvio efeitos nocivos que alcançam outras pessoas e o interesse público a impor a censura e a condenação aplicadas na sentença.

Não fosse por isso, a empresa escolhida pela ré para realizar a publicidade do empreendimento e administrar a venda das respectivas unidades – TECNISA S/A. – figura como sua sócia quotista, conforme demonstra a ficha cadastral simplificada obtida junto a JUCESP (fls. 52), cujo endereço da sede informado no contrato – Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3.144, 3º andar, Jardim Paulistano (fls. 58) – corresponde àquele da sede da TECNISA, e não àquele informado na referida ficha cadastral.

Dessa forma, é inegável a legitimidade da ré para figurar no polo passivo da demanda, inclusive para responder ao pedido de devolução da comissão de corretagem e consultoria técnica.

Os documentos juntados às fls. 55/57 demonstram que os autores desembolsaram a quantia de R\$ 10.398,92 correspondente às comissões dos profissionais identificados como Edson e Wesley, além daquela devida à própria TECNISA, sem que lhes fosse entregue a cópia dos contratos de prestação de serviço de corretagem e de assessoria técnica imobiliária que justificam a cobrança em questão. E embora o referido documento não tenha indicado nenhuma cobrança a título de SATI, é certo que a comissão devida à TCI corresponde aos serviços de consultoria imobiliária que afirma ter prestado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não há, todavia, qualquer indicativo de que estes serviços tenham sido efetivamente prestados em favor dos autores e tampouco de que foram tidos como facultativos, à escolha dos adquirentes. A contratação forçada, imposta ao comprador do imóvel, representa prática abusiva e está definida no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

A ré prevaleceu-se da fraqueza dos adquirentes 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.

Nesse sentido o entendimento do Tribunal em casos semelhantes:

“Apelação. Ação de repetição de indébito. Compromisso de compra e venda de bem imóvel. Empreendimento "na planta". Comissão de corretagem e prêmios aos funcionários da requerida, empresa contratada pela construtora-vendedora para promoção comercial do condomínio. Verbas de responsabilidade exclusiva da vendedora, tendo em vista que os autores, em resposta a divulgação publicitária, compareceram ao estande de vendas da construtora e, ali, foram atendidos por prepostos da requerida, que não desempenharam, portanto, qualquer atividade de aproximação útil. Devolução de valores devida. Igual desfecho aos prêmios, por serem acessórios da corretagem. Taxa de Serviço de Assistência Técnica Imobiliária (SATI). Venda casada. Devolução igualmente necessária” (TJSP - Ap. 0133577-51.2012.8.26.0100 - rel. Des. Beretta da Silveira - j. 07/05/2013).

“A contratação no mesmo ato da compra e venda imobiliária com outros de intermediação (corretagem) e de assessoria imobiliária (assessoria jurídica) sobre o mesmo empreendimento implica reconhecer a denominada "venda casada", vedada pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 39, inciso I.” (TJSP, Ap. n. 0183974-85.2010.8.26.0100, rel. Des. Clóvis Castelo, j. 30-07-2012).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Cobrança de serviços de assessoria técnico imobiliária. Ausência de informação adequada e clara sobre o serviço, contratado por mera nota em proposta de compra. Ausência de clara distinção em relação ao serviço de corretagem. Cobrança indevida. Restituição determinada. Não incidência do art. 42, § único do Código de Defesa do Consumidor. Sucumbência recíproca. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.” (TJSP, Ap. n. 9212356-17.2005.8.26.0000, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 07-06-2011).

“Taxa SATI. Serviço de Assessoria Técnico Imobiliária. Ilegalidade confirmada. Nota inserida na planilha de cálculo sem qualquer discriminação específica quanto ao teor de tais serviços. Desrespeito ao dever de informação prevista no CDC. Cobrança afastada. Direito à restituição simples. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.” (TJSP, Ap. n. 0145152-90.2011.8.26.0100, rel. Des. Paulo Alcides, j. 30-08-2012).

E ainda: *TJSP - Ap. 0206573-86.2008.8.26.0100 - rel. Des. Percival Nogueira - j. 01/03/2012; TJSP - Ap. 0003938-38.2007.8.26.0299 - rel. Mendes Pereira - j. 03/07/2013.*

Daí o direito de restituição que deve ser reconhecido aos autores das quantias que pagaram indevidamente (R\$ 4.265,30 + R\$ 1.937,76 + R\$ 4.195,56 – fls. 57), com acréscimo de juros de mora de 1% exatamente nos moldes fixados pela sentença, porque em se tratando de responsabilidade contratual, o termo inicial da incidência dos juros de mora deve ser computado a partir da citação (art. 219, CPC).

Diante do resultado dos recursos interpostos, verifica-se que a sucumbência dos autores foi mínima, de modo que, nos termos do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve a ré arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. – Pelo exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso dos autores para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, bem como ao pagamento das custas do processo e dos honorários advocatícios nos termos explicitados; NEGO PROVIMENTO ao recurso da ré.

DES. CARLOS ALBERTO GARBI

– RELATOR –

[DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE]