



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.000053XXXX

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº XXXXXX-XX.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados PAULO (Omitido) e outra, são apelados/apelantes SPASSO MOOCA EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA. (PDG), KLABIN SEGALL S/A. (PDG), AGRE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. (PDG), AGRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A. (PDG) e SETIN EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram parcial provimento aos recursos, vencido, em parte, o 3º Juiz, que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e EGÍDIO GIACOIA.

São Paulo, 26 de agosto de 2014

CARLOS ALBERTO DE SALLES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação nº: **XXXXXX-XX**.2012.8.26.0100

Comarca: São Paulo

Apelantes/Apelados: Paulo (**Omitido**) e outra

Apelantes/Apelados: Spasso Mooca Empreendimento
Imobiliário SPE Ltda. e outras

Juiz sentenciante: Henrique Maul Brasília de Souza

VOTO Nº: 29**XX**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APARTAMENTO ADQUIRIDO "NA PLANTA". ATRASO NA ENTREGA. REVELIA. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DE TODAS AS RÉS (TEORIA DA ASSERÇÃO). DANO MORAL. AUSÊNCIA. MULTA EM DESFAVOR DA VENDEDORA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. TERMO FINAL DA OBRIGAÇÃO: ENTREGA DAS CHAVES. TERMO INICIAL DOS JUROS: FIM DO PRAZO CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. PROCEDÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA: VALIDADE. FORTUITO INTERNO. COMISSÃO DE CORRETAGEM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. Insurgência contra sentença de parcial procedência. Sentença reformada.

Recurso de apelação dos autores:

- 1. Revelia. Inviável o decreto de revelia se a parte corrige a irregularidade no prazo que lhe foi conferido para tanto. Precedente.*
- 2. Legitimidade de partes deve ser verificada a partir de exercício teórico de acordo com as informações da inicial (Teoria da Asserção). Sendo as apelantes em tese responsáveis pelo empreendimento, são parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.*
- 3. Dano moral. Atraso de apenas três meses na entrega das chaves configura mero descumprimento contratual, impassível de geral dano moral.*
- 4. Multa por atraso. Inviável a aplicação de multa contratual por atraso no pagamento de parcelas do preço em desfavor das rés sem prévia manifestação expressa de vontade a respeito.*
- 5. Termo final da obrigação da ré corresponde à data da efetiva entrega das chaves do imóvel aos autores, não se limitando à expedição do "habite-se".*
- 6. Termo inicial de incidência dos juros na condenação à restituição de comissão de corretagem: data da citação (art. 405, CC).*
- 7. Lucros cessantes. Atraso na entrega de imóvel gera presunção de dano material, em razão de impossibilidade de uso do bem pelo promitente comprador. Precedentes do STJ. Recurso do autor parcialmente provido.*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Recurso de apelação das rés:

8. Cláusula de tolerância. É válida cláusula que estabelece prazo de carência de 180 dias para entrega do apartamento. Precedente.

9. Teoria da imprevisão. Não há fortuito externo a afastar a responsabilidade das rés pelo atraso, pois as circunstâncias alegadas (escassez de mão de obra e chuvas) não fogem, ou não deveriam fugir, ao seu poder de absorção e reação, à luz da teoria do risco empresarial.

*10. Comissão de corretagem. Prescrição. **Prazo prescricional aplicável às pretensões de restituição de comissão de corretagem indevidamente pagas é de 10 anos (art. 205, CC).** Legitimidade das rés. Responsabilidade objetiva da vendedora na qualidade de fornecedora (art. 12, CDC) que torna irrelevante o fato de o serviço ter sido prestado por terceiros. Pagamento indevido. Ausência de informação adequada torna inviável a cobrança dessas verbas (art. 6º, III, CDC). Recurso da ré parcialmente provido. Recursos das partes parcialmente providos.*

Trata-se de ação de indenização por atraso na entrega de imóvel adquirido "na planta" extinta sem resolução de mérito em relação às rés Klabin (PDG), Setin, Agra (PDG) e Agre (PDG), e julgada parcialmente procedente em relação à ré Spasso Mooça (PDG) para declarar nula a cláusula 4.4.2 do contrato firmado entre as partes, e condená-la ao pagamento de multa de 6% sobre o valor do imóvel contratado, bem como a restituir R\$30.169,64, relativos à comissão de corretagem.

Inconformadas, apelam ambas as partes.

Os autores, sustentam, em suma, que teriam se operado os efeitos da revelia no caso, pois a contestação apresentada não veio acompanhada da procuração das rés. Pugnam pela reforma quanto à ilegitimidade passiva das rés, indenização pro dano moral, aplicação da multa por mora, termo final da obrigação para que corresponda à data da entrega das chaves, termo inicial dos juros para que corresponda à data de celebração do contrato e procedência do pedido de indenização por lucros cessantes.

As rés pretendem o reconhecimento da prescrição em relação à comissão de corretagem, bem como ilegitimidade passiva para restituírem esses valores ou, subsidiariamente, improcedência deste pedido. Argumentam ser válida a cláusula que estabelece tolerância para cumprimento da obrigação e que escassez de mão de obra e chuvas exacerbadas no período são fortuitos externos, a afastar sua responsabilidade.

Tendo sido os recursos bem preparados e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrarrazoado o dos autores (fls. 322/330), encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

Prosperam em parte ambas as irresignações, pelos fundamentos e nos limites que seguem.

Iniciando pelo recurso de apelação dos autores, observa-se que as rés não são reveis, posto que, embora tenham deixado de apresentar as procurações juntamente com a contestação, uma vez intimadas em sentença (fl. 247), sanaram no prazo a irregularidade (fls. 249/264).

Diferentemente do recurso, não era o caso de decretar diretamente a revelia sem antes conferir às rés oportunidade de corrigir o problema, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Revelia. Art. 13 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. Havendo identificação de que o documento existente nos autos não servia como procuração, estando, assim, irregular a representação processual, cabível aplicar o art. 13 do Código de Processo Civil, sendo necessário que se atribua prazo razoável para que seja regularizada antes do decreto de revelia (REsp nº 162.074/MT, de minha relatoria, DJ de 19/4/99).

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 627.792/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2005, DJ 03/04/2006, p. 331 – sem destaque no original.)

Superado esse ponto, razão assiste aos autores no que toca à ilegitimidade passiva das corrés Klabin, Setin, Agra e Agre reconhecida em sentença.

Isso porque a legitimidade de partes deve ser aferida a partir de juízo hipotético realizado com base nas informações da petição inicial, de modo a identificar se aquele contra quem se dirige o pleito pode, em tese, vir a ser responsabilizado nos termos do pedido (Teoria da Asserção).

A realização desse exercício conduz à conclusão de que, em razão de serem supostamente fornecedoras (de acordo com o conceito do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie), todas as rés são partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda. O raciocínio se aplica tanto ao pleito de rescisão quanto ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de restituição da comissão de corretagem.

No que toca ao dano moral, a sentença não comporta reparo. A despeito de o atraso na entrega da obra ter restado incontroverso, trata-se de mero inadimplemento contratual que, por si só, não tem o condão de gerar dano extrapatrimonial passível de indenização.

Os demandantes, ao firmarem compromisso para a entrega futura de bem, estavam sujeitos às áleas corriqueiras dos negócios jurídicos que envolvem construção de imóveis. A entrega do imóvel atrasou apenas três meses após prazo de carência, e sequer se alegou a ocorrência de circunstância anormal no período que tivesse submetido os apelados a situação humilhante, vexatória, atentatória de sua dignidade ou honra.

Por essas razões, esta Câmara tem se posicionado pela inexistência de dano moral em casos análogos:

Ação de resolução contratual, c.c, ressarcimento de valores pagos e indenização por dano moral – Atraso na entrega do imóvel - Ilegitimidades bem apreciadas – Código de Defesa do Consumidor aplicação – Discussão - Irrelevante – Relação de consumo - Prescrição afastada - A pretensão de rescisão contratual, com lastro em descumprimento obrigacional, sujeita-se ao prazo comum das ações pessoais – Em casos como o presente, em que o lapso prescricional havia transcorrido em patamar menor do que a sua metade quando diminuído pelo novo Código Civil, a incidência da redução somente será iniciada a partir da sua entrada em vigor – Jurisprudência pacífica do STJ - Devolução das parcelas pagas – (...) Mero inadimplemento contratual não gera indenização por dano moral – Indenização indevida - Sentença reformada em parte – Recursos providos em parte. (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0024023-40.2010.8.26.0590, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 7.2.2012, sem destaque no original).

Os autores pretendem também a majoração do valor da multa fixada em sentença, de modo a corresponder exatamente à penalidade à qual estariam sujeitos em caso de atraso no pagamento das parcelas do preço. Os réus reiteraram sua contestação nesse ponto, pugnando pela improcedência total da demanda.

Ressalvado o entendimento do magistrado sentenciante, certo que o dispositivo do contrato de promessa de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compra e venda invocado não estabelece obrigação de pagamento de multa por atraso para a vendedora, somente para os compradores.

E, embora os autores afirmem que a disposição deveria ser invertida em nome do que denominam simetria de obrigações, tal não tem sido o entendimento desta C. Câmara. Repetidamente, tem-se decidido que a aplicação de cláusula penal depende de expressa previsão contratual:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO, REPETIÇÃO DE INDÉBITO E LUCROS CESSANTES. 1.- Atraso na entrega do imóvel compromissado à venda às autoras. Mora contratual configurada. Possibilidade, no caso, do ingresso da via rescisória, ante a comprovação do inadimplemento parcial. Devolução dos valores pagos pelas compradoras, com a rescisão da avença, que deve ser integral, apartando-se qualquer retenção pelas vendedoras. Retenção de valores autorizada contratualmente devida apenas para a hipótese de mora ou inadimplemento das compradoras, hipótese inócurrenente no caso dos autos. 2.- Indenização por lucros cessantes. Possibilidade. Aquisição do imóvel, embora para fins residenciais, que tinha como pressuposto a desocupação da unidade anteriormente habitada pelas autoras e instalação, no local, do escritório do cônjuge da coautora. 3.- Multa compensatória. Hipótese não prevista para o descumprimento contratual imputado à compromissária-vendedora. Inadmissibilidade, na espécie, de fixação do encargo sem expressa autorização contratual. Composição das perdas e danos das compromissárias-compradoras, ademais, efetivada na forma do art. 389 do Código Civil. Precedentes da Câmara. 4.- Danos morais. Inadmissibilidade. Atraso na entrega do imóvel, sem qualquer anormalidade, que sinaliza mero aborrecimento, desprovido de conteúdo próprio dos danos morais. Precedentes da Câmara. SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO ART. 252 DO R.I. APELOS IMPROVIDOS (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0151433-28.2013.8.26.0100, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 9.4.2013, sem destaque no original).

O entendimento se justifica à medida em que é possível interpretação mais favorável ao consumidor – o que implicaria em tese na declaração de abusividade de cláusula que favorecesse em demasia uma das partes –, mas não autoriza a criação judicial de nova cláusula (art. 423, CC; arts. 47, 51, CDC).

Assim, reforma-se a sentença neste tocante, para



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afastar a obrigação de pagamento de multa, em razão da ausência de previsão contratual.

Corretos os autores ao sustentarem que o termo final da obrigação da ré corresponde à data da entrega das chaves.

Embora no momento da expedição do “habite-se” o imóvel já estivesse teoricamente em condições de uso pelos compradores, não há demonstração de que o lapso temporal transcorrido entre aquela data e a efetiva entrega (5.8.2011 – fl. 91) tenha decorrido de culpa do consumidor.

Assim, as rés não se desincumbiram do ônus da prova que lhes competia (art. 333, II, CPC; art. 6º, VIII, CDC):

Apelação. Ação indenizatória. Compromisso de compra e venda de imóvel na planta. Caso fortuito e força maior. Ausência de comprovação. Culpa a gerar o dever de indenizar. As desculpas ofertadas pela recorrente exibem-se imaturas e divorciadas da solidez do verdadeiro empresário que conhece seu negócio e deve, com bastante previsão, evitar surpresas irreais. O excesso de chuvas e a escassez de mão de obra são fatores que devem ser levados em conta no momento em que se estabelece o prazo para a entrega da obra, não podendo ser utilizados para prorrogar a tolerância contratual. No caso, houve mora da apelante, pelo extravasamento do prazo dilatado de 180 dias (expirado a partir de março de 2011) sem entrega da unidade negociada, a qual perdurará até a efetiva entrega das chaves ao autor-apelado. O momento de cessação da mora somente se concretizou com a efetiva imissão dos requerentes na posse do bem, após as vitórias necessárias e a aprovação pelos mesmos, formalizada no ato de entrega das chaves. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0041360-05.2012.8.26.0224, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 26.11.2013 – sem destaque no original.)

Portanto, houve mora da ré, que a purgou somente em agosto/2011.

Já no que toca ao termo inicial da incidência de juros sobre a condenação ao pagamento de comissão de corretagem (prejudicado o pleito quanto à aplicação de multa contratual, que foi afastada), correta a sentença ao determinar que correspondesse à



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

data da citação (setembro/2012 – fl. 92 verso), em razão da aplicação ao caso do art. 405 do Código Civil.

Ainda, assiste razão aos promitentes compradores quanto à indenização por lucros cessantes decorrentes da indisponibilidade do bem desde a data prometida até a efetiva entrega das chaves.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o dano material na hipótese é presumido e merece reparação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador. 2. Agravo regimental não provido. (3ª Turma, AgRg no Ag 1319473/RJ – Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/06/2013 – sem grifos no original).

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 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. (STJ - Resp 644.984/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. de 05/09/2005 – sem grifos no original).

AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp 1.202.506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. 7/02/2012).

Diante da inexistência de demonstração documental do montante que seria alcançado com a locação do imóvel, de rigor fixar – pelas regras de experiência – indenização em valor mensal correspondente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, no período correspondente à mora da apelada, isto é, de junho a agosto/2011, considerando-se válida a cláusula que estabelece prazo de tolerância de 180 dias, da qual se tratará adiante.

As rés iniciam seu recurso pugnando pelo reconhecimento de prescrição quanto ao pedido de restituição da comissão de corretagem paga por ocasião da celebração do contrato de promessa de compra e venda, sustentando aplicação do prazo trienal.

Tal regra, porém, não se aplica, eis que não se trata de enriquecimento sem causa (art. 206, §3º, IV, CC), posto que os corretores que intermediaram a venda efetivamente prestaram serviços e, portanto, fariam em tese jus a remuneração.

Tampouco se trata de reparação civil (art. 206, §3º, V, CC), uma vez que não se está diante de responsabilidade extrapatrimonial, **e sim de pretensão de reparação de dano contratual, à qual se aplica a prescrição decenal:**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COM FUNDAMENTO EM DIREITO DE NATUREZA PESSOAL. PRESCRIÇÃO DECENAL. DECISÃO

MANTIDA.

- 1. Aplica-se o prazo de prescrição decenal (art. 205 do CC/2002) quando o pedido de reparação civil tem por fundamento contrato celebrado entre as partes.*
- 2. O prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 incide apenas nos casos de responsabilidade civil extracontratual. Precedentes.*
- 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1401863/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/11/2013)*

Prosseguindo, com razão as rés no que toca à tolerância de 180 dias contratualmente prevista cláusula 4.4.2 (fl. 38), eis que se revela razoável à vista do projeto do empreendimento. Tal prazo tem, ademais, sido reiteradamente aceito por esta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Compromisso de compra e venda – Ação ordinária de revisão contratual – Decisão agravada que concedeu a tutela antecipada para impedir o reajuste do saldo devedor a partir de dez/2010 em razão de atraso na entrega da obra – Inconformismo – Acolhimento parcial – Atraso comprovado – Congelamento do saldo devedor amparado por jurisprudência deste Tribunal e desta Câmara – Não obstante, deve se considerar o prazo de tolerância previsto em contrato, contando-se o impedimento do reajuste a partir de jul/2011 – Decisão parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0215065-37.2012.8.26.0000, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 5.2.2013 – sem destaque no original).

A fundamentação da sentença não prevalece, já que o objetivo da disposição contratual invocada é fornecer à incorporadora legítima margem de reação diante de problemas no andamento da obra que possam acarretar reações em cadeia e gerar atraso global, corriqueiros em construções de grande porte, como no caso.

Isso, porém, não afasta a responsabilidade das rés pelo atraso no período que se seguiu ao término da tolerância mencionada, uma vez que a cláusula contratual que permitia a prorrogação do prazo de entrega por tanto tempo quando durasse o caso fortuito ou motivo de força maior é claramente abusiva e não pode ser aplicada:

Apelação - Indenização por danos materiais e morais -

Instrumento particular de promessa de venda e compra de imóvel. Validade da cláusula de tolerância de 180 dias. Abusividade da cláusula que impõe prazo indeterminado em decorrência de caso fortuito e força maior. Mora contratual configurada - Alegação de pendências administrativas. Fatos previsíveis. Riscos profissional do empresário. Cláusula penal inexistente. Impossibilidade de fixação de ofício pelo magistrado. Admitida a indenização a título de locação de imóvel, que deve referir-se ao lapso entre o dia seguinte ao esgotamento do prazo de tolerância e o da efetiva entrega das chaves - Apurada em liquidação de sentença - Inadimplemento dos compradores. Desacolhimento. Ausência de provas. Entrega das chaves que, no caso, não se confunde com o "habite-se" - Juros compensatórios - Não cabimento da cobrança antes da entrega das chaves - Incidência do IGP-M somente a partir da entrega do imóvel - Diferenças que deverão ser apuradas em liquidação de sentença, cuja devolução deve ser de forma simples. Sucumbência recíproca - Sentença reformada. Recurso parcialmente provido (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0208105-90.2011.8.26.0100, rel. Beretta da Silveira, j. 26.3.2013, sem destaque no original).

A esse respeito, as rés argumentam que não teriam tido culpa pelo atraso em razão de situação mercadológica imprevisível (escassez de mão de obra) e chuvas anormais no período que se seguiu à celebração do contrato de promessa de compra e venda com os autores.

Entretanto, não tendo realizado qualquer demonstração dos impactos de referida conjuntura comercial para o empreendimento em questão, não prospera o apelo nesse tocante. As genéricas alegações – desprovidas de qualquer comprovação, ainda que mínima – de que a situação mencionada se enquadraria na chamada teoria da imprevisão não podem ser acolhidas. O aquecimento do mercado era (ou deveria ser) previsível para empresas do ramo.

Se as rés não tinham condições de evitar seus efeitos antes que ocorressem, ou prontamente reagir para minimizá-los uma vez deflagrada a crise, devem responder pelos prejuízos que daí advieram (a título de lucros cessantes, como já explanado), já que não há evidências de se tratar de situação que fugiu à normalidade:

Rescisão contratual c/c devolução de parcelas pagas e indenização por perdas e danos materiais e morais. Contrato

particular de promessa de compra e venda. Rescisão contratual que deve ser realizada judicialmente. Prazo de entrega do imóvel que não foi cumprido pela Ré. Prazo dilatatório para entrega do imóvel que somente pode ser utilizado mediante prova de força maior ou caso fortuito, situação não evidenciada nos autos. Sentença de procedência em parte mantida. Recurso não provido (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0006851-71.2009.8.26.0606, rel. des. João Pazine Neto, j. 24.9.2013 – sem destaque no original).

Do que até aqui se expôs, conclui-se que, a partir de junho/2011 (inclusive), houve mora da ré.

Por fim, mantém-se a sentença relativamente à devolução da comissão de corretagem.

Não vinga a tese de ilegitimidade passiva da vendedora para restituição das verbas de corretagem e assessorias mencionadas. As rés, na qualidade de fornecedoras, respondem independentemente de culpa pelos danos decorrentes de defeitos de apresentação do produto e pelas informações insuficientes ou inadequadas veiculadas para a concretização da venda (art. 12, CDC).

Assim, e considerando ainda que a atuação de corretores imobiliários no estande de vendas se deu como mero acessório do contrato de promessa de compra e venda que veio a se concretizar, é evidente que o consumidor pode demandar a vendedora para ressarcimento dessa despesa.

Ressalta-se, em complemento, que não houve informação adequada a respeito do conteúdo da assessoria técnico-imobiliária, quer no momento da celebração do contrato de promessa de compra e venda, quer em juízo, violando dever legalmente estabelecido (art. 6º, III, CDC). A respeito:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO. 1.- Matéria preliminar. Nulidade do processo por inobservância do litisconsórcio necessário. Cônjuge do autor que, embora tenha figurado na avença, não foi incluída na relação processual. Irrelevância. Contratante, na espécie, que é a advogada do feito e que, se não desejou litigar em causa própria, é porque não tem interesse na demanda. Impossibilidade de forçar a contratante a figurar no polo ativo da demanda. Precedentes. 2.- Taxa SATI e taxa de

corretagem. Exigência da Taxa SATI, na espécie, considerada abusiva, dada a ausência de clara informação sobre a sua exigibilidade e destinação. Hipótese, ainda, de confusão com os valores devidos a título de corretagem. Devolução acertada do montante quitado a título da Taxa SATI. Precedentes da Câmara. 3.- Devolução em dobro dos valores. Inadmissibilidade. Má-fé na cobrança do montante não configurada. Inteligência do disposto no art. 940 do Código Civil. Precedente da Câmara. 4.- Indenização por danos morais. Reparação devida. Inscrição do nome do autor perante os órgãos de proteção ao crédito por dívida indevida. Lesão extrapatrimonial caracterizada, dispensando-se, ainda, a prova do dano (in re ipsa). Valor da indenização (R\$-8.000,00). Preservação. Observância das diretrizes impostas pelo art. 944 do Código Civil. Juros legais aplicados ao montante indenizatório desde o apontamento. Adequação. Incidência do enunciado pela Súmula 54 do STJ. 5.- Sucumbência recíproca. Derrota do autor no que toca aos pedidos para a restituição das verbas de corretagem e a devolução em dobro dos valores solvidos. Circunstância que autorizava a incidência do disposto no art. 21 do Código de Processo Civil. SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO ART. 252 DO RITJSP. RECURSOS IMPROVIDOS (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, apelação nº 0001713-03.2012.8.26.0224, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 8.10.2013 – sem destaque no original).

Outrossim, as rés, a quem incumbiria o respectivo ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) não lograram demonstrar que os compradores foram alertados como deveriam a respeito da cobrança, o que a torna indevida. Em outras palavras, o repasse direto ao consumidor dos valores devidos a título de comissão de corretagem, do modo como foi feito, configura conduta ilegítima do fornecedor, novamente por afronta ao direito à informação clara e precisa.

Como é sabido, de acordo com os usos (art. 724, CC), os valores devidos a título de corretagem são custeados pelo vendedor e não pelo comprador. A transferência do encargo ao consumidor é possível, mas deve haver cláusula expressa nesse sentido e, em se tratando de relação de consumo, como a presente, com o devido destaque no compromisso de adesão (art. 54, §4º, CDC).

Ausente qualquer comprovação no sentido de terem os compradores contratado os serviços, ou sido adequadamente alertados da cobrança, o valor devido a título de corretagem deve ser restituído. Os consumidores não podem ser surpreendidos, ainda



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mais com valores dessa monta, que não podem ser desconsiderados.

Desse modo, a ausência de previsão contratual e a falta de prévia informação do destino dos valores pagos justificam o reconhecimento da abusividade da cobrança e o dever de devolução das quantias despendidas a esse título pelos requerentes.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento a ambos os recursos para julgar parcialmente procedente a ação indenizatória para (i.) condenar as rés ao pagamento de indenização por lucros cessantes correspondentes a 0,5% do valor do contrato atualizado de junho/2011 a agosto/2011 (inclusive), acrescidos de juros de mora desde a citação; e (ii.) condenar as rés à restituição das verbas de intermediação no valor histórico de R\$30.169,64, corrigidos monetariamente desde o desembolso e acrescidos de juros de mora desde a citação.

Em razão da sucumbência recíproca (rejeitados os pedidos declaratório de nulidade de cláusula e aplicação de multa por mora das rés), cada parte segue arcando com metade das custas processuais e os honorários de seus respectivos patronos.

CARLOS ALBERTO DE SALLES
Relator



Apelação nº: **XXXXXX-XX.2012.8.26.0100**

Comarca: São Paulo

Apelantes/Apelados: Paulo **(Omitido)** e outra

Apelantes/Apelados: Spasso Mooca Empreendimento
Imobiliário SPE Ltda. e outras

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO – Nº 21.XXX

Peço vênia para divergir parcialmente da D. Maioria no tocante ao início da mora, no que diz respeito à indenização por lucros cessantes, posto que considerado o prazo de tolerância de 180 dias.

Concordo com o deferimento aos promitentes compradores da indenização por lucros cessantes decorrentes da indisponibilidade do bem, fixado em valor mensal correspondente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato.

Entretanto, limita-se a divergência ao período da mora fixado no voto condutor entre Junho a Agosto de 2011, considerando válida a cláusula que estabelece o prazo de tolerância de 180 dias.

Considero que, ausente força maior ou caso fortuito devidamente demonstrados, não poderia a empreendedora valer-se do prazo de tolerância.

Penso de rigor que a mora deverá ser computada no caso dos autos a partir do prazo originalmente previsto no contrato para a entrega da obra. Com a devida vênia, a questão deve ser examinada à luz da natureza do prazo de tolerância, que como tal é excepcional. A solução da controvérsia deve passar pelas regras da hermenêutica, devendo ser analisadas as peculiaridades de cada caso.

Na clássica obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, o Mestre CARLOS MAXIMILIANO lecionava:

“427- XII. Oriente-se o intérprete pelo fim econômico, prático ou efetivo que o estipulante, ou as partes, pretenderam atingir por meio do ato jurídico ou da simples cláusula; ressalve o modo particular de utilidade que determinou os interessados a convirem na obrigação; procura realizar, em conjunto e plenamente, os objetivos colimados pelo testador, ou por todos os contraentes. Não é só na Hermenêutica legal que o processo teleológico merece ficar no primeiro plano e se lhe não conhece superior em eficácia (1).” – (Forense, 9ª Edição, 3ª tiragem, p. 349/350 - grifei).

Feitas estas considerações, a regra seria a entrega da obra no termo certo, previamente estipulado pelo próprio construtor, já que inegável ter, com a prefixação da data, alimentando a expectativa de recebimento do imóvel.

Entretanto, o empreendedor poderá valer-se do prazo de tolerância para a conclusão da obra, sem os efeitos da mora, desde que comprove a efetiva ocorrência de força maior. Caso não produzida ou não aceita referida prova, de incumbência da construtora, estará reconhecida a mora da vendedora, desconsiderado o prazo de tolerância então estipulado.

Em conclusão, tem-se por não abusiva a estipulação no contrato de compromisso de compra e venda do prazo de tolerância para a entrega do imóvel.

Porém, por ser excepcional, obriga a parte que pretender dela fazer uso, a comprovar a efetiva ocorrência do motivo de força maior, para se livrar dos riscos da mora. Ausente esta prova, de rigor o reconhecimento da inidoneidade do uso do prazo de extensão, devendo ser declarada em mora a construtora a partir do primeiro dia subsequente ao originalmente assinalado para entrega do imóvel.

Desta forma, na hipótese em julgamento, ausente a prova de força maior, responderá a construtora pela mora, nos precisos termos do voto do ilustre Relator, considerando, no entanto, o período que vai desde o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

primeiro dia subsequente ao originalmente previsto para entrega imóvel, até a ocorrência da disponibilização efetiva do bem, com a entrega das chaves..

Ante o exposto, renovada vênia, pelo meu voto e por estes fundamentos também dou parcial provimento ao recurso dos autores em maior extensão, na forma e para os fins acima.

EGIDIO GIACOIA
3º Juiz

