



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2014.0000735XXX**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000XXX-15.2014.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes KAIAPÓ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e KAMAYURÁ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, são apelados THALES (OMITIDO) e FÁBIA (OMITIDO).

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACCOIA E VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 14 de novembro de 2014.

**Carlos Alberto de Salles**

**Relator**

Assinatura Eletrônica

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação n. 1000XXX-15.2014.8.26.0562

Comarca: Santos

Apelantes: Kamayurá Empreendimentos Imobiliários Ltda. e  
Kaiapó Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Apelados: Thales **(OMITIDO)** e Fábria **(OMITIDO)**

Juíza sentenciante: Thaís Cabaleiro Coutinho

VOTO N. 41XX

*INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. Sentença de procedência, condenadas as rés a indenizarem os autores por danos materiais, arbitrados diariamente em 0,1% (um décimo percentual) do valor de venda do imóvel, atualizado pelo INCC, pela mora entre 01 de março de 2010 e 18 de abril de 2012. Reforma em parte.*

*1. Conhecimento da apelação das rés. Cumprimento dos requisitos do artigo 514, incisos II e III, do Código de Processo Civil. Recurso admitido.*

*2. Atraso em obra. Lucros cessantes presumidos. Inexistência de excludentes de responsabilidade. Fatos que não configuram caso fortuito ou força maior. Embargo do Ministério Público do Trabalho. Error in eligendo das rés, pela contratação da construtora que foi embargada pelo MPT. Excesso de chuvas e carência de mão-de-obra e de materiais que são previsíveis, tendo em vista o porte do empreendimento e a experiência das rés. Mora das construtoras caracterizada. Ausência de impugnação dos termos inicial e final. Manutenção dos termos da sentença, configurada a mora entre 01 de março de 2010 e 18 de abril de 2012. Danos materiais presumidos, nos termos do artigo 395 e da jurisprudência do STJ. Fixação da indenização, pela sentença, em 0,1% (um décimo percentual) do valor atualizado do contrato, por dia de atraso, por aplicação analógica de cláusula contratual em favor das vendedoras. Analogia afastada. Cláusula prevista para casos de resolução contratual, por mora do comprador. Redução da indenização para o valor de 0,6% (seis décimos percentuais) do valor atualizado da venda, pelo INCC, por mês de atraso. Fixação com base nas regras de experiência.*

*Sentença reformada, tão somente para alterar a fórmula de cálculo do valor da indenização, arbitrados os danos materiais em 0,6% (seis décimos percentuais) do valor atualizado do contrato, pelo INCC, por mês de atraso da construção, entre 01 de março de 2011 a 18 de abril de*

*2012. Sucumbência das rés mantida (art. 20, §3º, CPC).  
Recurso parcialmente provido.*

A r. sentença de ps. 127/132, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido de indenização por danos materiais em atraso de obra, em face de Kamayurá Empreendimentos Imobiliários e Kaiapó Empreendimentos Imobiliários, condenando as rés a pagarem aos autores indenização de 0,1% (um décimo percentual), por dia, sobre o valor do preço de venda do imóvel, valor atualizado pelo INCC, desde novembro de 2009 até a data do mês de cada prestação, com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês da citação.

Inconformadas, apelam as rés (ps. 135/148), alegando, em síntese, que teria havido caso fortuito ou força maior no caso, em razão de embargo do Ministério Público do Trabalho às obras, o que demandou a substituição da empresa contratada para sua execução; de excesso de chuvas nos anos de 2009, 2010 e 2011; e carência de mão-de-obra e de materiais, todos fatos imprevisíveis e que atrasam o cronograma das obras, sendo justificável a mora, nos termos das cláusulas 9.11 e 9.12 do contrato. Afirmam também que o valor da indenização seria excessivo, por ser calculado pela incidência de multa moratória de 0,1% (um décimo percentual) por dia de atraso, valor em muito superior a qualquer razoabilidade ou mesmo rentabilidades de aplicações financeiras, de forma que poderia ser reduzido, nos termos do artigo 413 do Código Civil, sob pena de configurar enriquecimento sem causa dos apelados (art. 884, CC). Além disso, sustentam que a incidência da multa não seria prevista contratualmente em favor dos compradores, mas apenas em caso de rescisão contratual e manutenção indevida da posse do imóvel pelos compradores. Requerem o afastamento da indenização, pela força maior, ou, subsidiariamente, sua redução, no máximo a 0,5% (cinco décimos percentuais) por mês de atraso.

Contrarrazões a ps. 153/170, com preliminar de inadmissibilidade recursal, pois mera reiteração dos argumentos da contestação, conforme disposto pelo artigo 514 do Código de Processo Civil.

Recurso regularmente processado.

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso comporta provimento em parte.

Preliminar – cabimento da apelação das rés

Preliminarmente, afasta-se a alegação dos autores, em contrarrazões à apelação das rés, de que o recurso seria inadmissível, por repetir os mesmos argumentos e fundamentos da contestação.

Nos termos do artigo 514, incisos II e III, do Código de Processo Civil, o recorrente deve, em seu apelo, expor os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão à lide. O recurso das rés atende a esses requisitos: expõe os fundamentos e requer que a sentença seja reformada, para se julgar totalmente improcedente a demanda.

Mesmo que os fundamentos jurídicos para impugnar a sentença sejam idênticos aos expostos na contestação, as rés impugnaram especificamente o dispositivo da sentença, devolvendo a apreciação da matéria ao tribunal. Dessa forma, o recurso deve ser conhecido, afastando-se a preliminar de inadmissibilidade.

Atraso na entrega das obras: indenização devida e valor reduzido

As apelantes apelam tão somente alegando que o atraso teria sido justificável, em razão da ocorrência de uma série de casos fortuitos ou de força maior, e que o valor da indenização deveria ser reduzido, pela não previsão da incidência da cláusula penal a que a sentença as condenou, ou em razão de sua abusividade, para fixação em valor mais equilibrado.

Primeiramente, sem razão as apelantes quanto à ocorrência de excludentes de responsabilidade, por caso fortuito ou força maior.

Alegam, primeiro, que teria havido demora justificável em razão de embargo do Ministério Público do Trabalho à obra, por equívocos da empresa contratada para executar a obra. Trata-se de fatos cuja responsabilidade é compartilhada pelas apelantes com a empresa em questão, já que foi escolha delas a contratação da construtora. Tendo havido problemas no respeito à legislação trabalhista e conseqüentemente sido a obra embargada, como afirmam, respondem as apelantes pelos danos causados a terceiros, os consumidores apelados, pelo *error in eligendo* da empresa de construção.

Da mesma forma, inexistente caso fortuito no excesso de chuvas no período referido. De início, porque as apelantes não provaram que os índices pluviométricos excederam as médias mensais nos períodos indicados, ônus que lhes cabia. Além disso, o excesso de chuvas não é fato imprevisível, tendo em vista os períodos do ano em que são mais comuns chuvas torrenciais, especialmente no verão do

sudeste brasileiro. Por fim, grande parte do período indicado já é além do término do prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias previsto na cláusula 9.1.2., de forma que casos fortuitos eventualmente aí acontecidos não isentam as vendedoras da responsabilidade pelo atraso na entrega das obras.

O último argumento aduzido como caracterizador de caso fortuito é a carência de mão-de-obra especializada e de materiais, em razão do aquecimento do mercado. Trata-se de fator previsível, do qual possuem conhecimento e controle as apelantes, empresas especializadas do setor, com uma série de empreendimentos imobiliários realizados.

Portanto, realmente configurada a mora das apelantes pelo atraso na entrega do imóvel aos apelados. Como não impugnam os termos inicial e final da mora, fixados pela sentença, eles devem ser mantidos da forma determinada, isto é, de 01 de março de 2010 a 18 de abril de 2012.

**De fato, atrasada a entrega do imóvel adquirido pelos apelados, a indenização é devida pelo período da mora, nos termos do artigo 395 do Código Civil. E, segundo precedentes do C. STJ, os danos materiais na hipótese de atraso na conclusão da obra e entrega das chaves são presumidos e merecem reparação.**

Confira-se:

*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. (STJ, 3ª T., 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).*

A r. sentença arbitrou a indenização por danos materiais em 0,1% (um décimo percentual) do valor da venda, por dia atraso, com base na cláusula contratual 10.8, alínea “j”.

Respeitado o entendimento divergente da il. magistrada prolatora da sentença, entretanto, tem-se que a previsão contratual não é aplicável ao caso dos autos. De fato, o dispositivo contratual invocado não é aplicável ao caso, apesar das disposições consumeristas que dispõem sobre a igualdade de condições de contratação entre os fornecedores e os consumidores (art. 51, CDC).

A cláusula 10.8 e suas alíneas apenas incidem em caso de resolução contratual, com a retomada do imóvel pela vendedora, após a mora do comprador. Nem os apelados requereram a rescisão do contrato nem a sentença dispôs sobre sua resolução. Assim, inaplicável a fórmula de cálculo da indenização arbitrada pela r. sentença, de multa diária de 0,1% (um décimo percentual) do valor atualizado da venda.

Subsidiariamente, os apelados requerem a fixação da indenização entre 0,6% (seis décimos percentuais) e 1% (um por cento) do valor atualizado do contrato. As apelantes, por sua vez, pleiteiam a fixação em o máximo de 0,5% (meio por cento) do valor atualizado da venda.

Os apelados não comprovam que o valor de venda de



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imóveis no mesmo condomínio seja a quantia que afirmam na inicial, de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), nem a estimativa do aluguel em 0,8% (oito décimos percentuais) seja baseada nas qualidades e na localização do imóvel.

Dessa maneira, é de rigor fixar – pelas regras de experiência – indenização em valor mensal correspondente a 0,6% (seis décimos percentuais) sobre o valor atualizado do contrato, no período correspondente à mora das apelantes, ou seja, de 01 de março de 2010 a 18 de abril de 2012. O valor da venda será atualizado mensalmente, desde novembro de 2009 pelo INCC, como decidido pela r. sentença, com base na cláusula 6.2, "a", do contrato de compra e venda.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao apelo, reformando-se a sentença, tão somente para alterar a fórmula de cálculo da indenização dos danos materiais, reduzida da multa diária de 0,1% (um décimo percentual) do valor da compra, para a taxa mensal de 0,6% (seis décimos percentuais) do valor de venda do imóvel, atualizado pelo INCC de novembro de 2009, incidindo mensalmente entre 01 de março de 2010 a 18 de abril de 2012, com juros de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

Mantém-se a condenação sucumbencial das apelantes, tendo em vista os apelados terem ficado vencidos apenas quanto ao pedido principal, condenadas as rés no pedido subsidiário, na forma do artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.

CARLOS ALBERTO DE SALLES  
Relator