



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.00006XXXX

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº XXXXXX-XX.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes JOSÉ (Omitido) e outra, são apelados MARIANINHA EMPREENDIMENTOS S.A, VERNONIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA e ROSSI RESIDENCIAL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL BRANDI (Presidente sem voto), HENRIQUE NELSON CALANDRA E LUIZ ANTONIO COSTA.

São Paulo, 26 de setembro de 2014.

Ramon Mateo Júnior
relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 4**XXX**

Apelação nº **XXXXXX-XX**.2013.0114

Apelantes: José **(Omitido)** e **outra**

Apelados: Marianinha Empreendimentos S/A e **outros**

Comarca: Campinas

Juiz Sentenciante: Fábio Henrique Prado de Toledo

PROMESSA DE COMPRA E VENDA – Indenização por danos morais e materiais – Atraso na entrega do imóvel – Sentença que julgou parcialmente procedente – Apelo dos autores - Validade da cláusula de tolerância, que prevê prorrogação de 180 dias para a entrega do imóvel – Mora da ré caracterizada até a entrega das chaves, ocorrida em fevereiro/2013 – Correção monetária que não deve incidir durante o período de mora da construtora – Não verificação de prescrição relativamente à comissão de corretagem, cujo numerário deverá ser restituído aos autores – Condenação das rés, ainda, à devolução dos valores referentes à taxa condominial cobrada antes da imissão na posse do imóvel – Cabimento de fixação de lucros cessantes, no percentual de 0,5% sobre o valor do contrato, até a entrega das chaves – Inocorrência de danos morais – Ônus sucumbenciais a ser arcados pelas rés – Apelo parcialmente provido.

José (Omitido) e outra ajuizaram ação de indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes, em face de Rossi Residencial S/A, Marianinha Empreendimentos S/A e Vernonia Empreendimentos Imobiliários Ltda. Alegam que celebraram com a ré *Instrumento Particular de Compra e Venda e Outras Avenças*, estando a ré em mora no cumprimento de suas obrigações contratuais. A entrega do imóvel estava prevista para julho/2011, e que, para tanto, deveriam efetuar o pagamento de R\$ 430.696,12, referente à

aquisição. O valor seria pago mediante parcelamento, financiamento, e R\$ 16.193,92, a título de comissão de corretagem. No mês em que o imóvel deveria ser entregue, os autores foram informados do atraso. As chaves foram entregues em 21/02/2013. Em decorrência do atraso das obras, houve incidência de correção monetária de acordo com o INCC, o que aumentou consideravelmente o valor do débito. Requerem: a) a declaração da abusividade da alínea 'a' a cláusula 11ª e parágrafo primeiro da cláusula 16ª do contrato, tornando indevida a aplicação da correção monetária do saldo residual devedor pelo índice INCC-FGV, a partir da data prevista, e contratada para a conclusão do empreendimento (15/junho/2011); ou, subsidiariamente, a partir da data de encerramento do prazo de 180 dias, previsto na cláusula 16ª, § 1º, do contrato, com a condenação das rés a devolverem todo o valor desembolsado, decorrente da correção abusiva do INCC após 15/6/2011, ou, subsidiariamente, a partir do encerramento do prazo de tolerância; c) ainda, subsidiariamente, em ambas as hipóteses, caso seja reconhecida a abusividade da correção do saldo residual pelo índice do INCC após o prazo para a conclusão da obra, entenda necessária a substituição por outro índice; d) cumulativamente, a condenação solidária das rés ao pagamento de multa por mora contratual, estipulada em 2% sobre o valor do contrato celebrado entre as partes, perfazendo o montante de R\$ 8.613,92; e) cumulativamente, a condenação solidária ao pagamento de ressarcimento pelos danos morais; f) cumulativamente, a condenação solidária das rés ao pagamento de lucros cessantes, correspondente ao valor equivalente ao aluguel do imóvel adquirido, no importe de R\$ 3.445,56; g)

cumulativamente, a declaração de inexigibilidade do valor cobrado e pago a título de comissão de corretagem, bem como a condenação da devolução em dobro do indébito; h) cumulativamente, declaração da abusividade da cobrança da taxa de condomínio antes da entrega das chaves, e, conseqüentemente, a condenação das rés na devolução em dobro dos valores pagos a esse título.

A ação foi julgada parcialmente procedente, nos termos da sentença de fls. 505/520, para: a) reconhecer a mora das rés no período de 15 de outubro de 2011 a 04 de junho de 2012; e, por consequência, afastar a incidência de juros e correção monetária sobre o saldo devedor dos autores nesse período; b) condenar as rés a ressarcir aos autores o valor pago a maior, a título de juros e correção monetária, incidentes indevidamente sobre o saldo devedor, enquanto perdurou a mora, o que será corrigido monetariamente desde a data do pagamento a maior, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, contados da citação; c) condenar as rés a pagar aos autores a indenização pecuniária prevista na cláusula 12^a, 'c', consistente na multa de mora de 2% sobre o valor total do contrato, sendo que esse valor deve ser corrigido monetariamente desde quando se fez devido (15 de outubro de 2011) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, da citação.

Inconformados, porém, apelaram os autores (fls. 524 e seguintes), alegando: a) aplicação do Código de Defesa do Consumidor; b) haverem aderido a cláusulas preestabelecidas; c) que a publicidade e a oferta do prazo contratual vinculam o fornecedor; d) esclarecem que o fator

determinante para a aquisição do apartamento foi a data prometida para a entrega; e) que o parcelamento do preço foi projetado para encerrar-se próximo à entrega das chaves, e que a correção do saldo residual pelo INCC deveria ser até junho/2011; f) estar caracterizada a mora das rés, sendo descabida a afirmação de que eles não receberam as chaves do imóvel quando da expedição do habite-se, por não ter quitado o saldo devedor; g) que a data da individualização da data das matrículas das unidades autônomas é imprescindível para a obtenção de financiamento imobiliário; h) que houve dano moral; i) que a condenação das rés em lucros cessantes é de rigor; j) ser abusiva o pagamento da comissão de corretagem pelos compradores; certo que não houve prescrição a esse respeito, motivo pelo qual postulam a devolução do numerário, em dobro; k) que o pagamento das taxas condominiais antes do ingresso na posse não pode subsistir, especialmente porque as chaves do imóvel somente foram entregues em fevereiro/2013.

Efetuada o preparo, o recurso foi processado e contrariado.

É o relatório.

O apelo comporta parcial provimento.

1. Da validade da cláusula de tolerância

Objetivam os autores obter indenização por

danos materiais e morais, não só porque as rés-apeladas teriam descumprido o prazo estipulado para a entrega do apartamento, mas também em decorrência de cobrança de valores por eles (autores) reputados ilegais (comissão de corretagem, taxa condominial antes da posse do imóvel, aplicação do INCC após o prazo estabelecido para a entrega do imóvel).

Por outra colocação, não buscam os autores a rescisão da avença, até porque o imóvel já foi entregue.

Descabida a pretensão de declarar a insubsistência da cláusula de tolerância (cláusula 16^a, parágrafo primeiro – fl. 75), por abusividade.

A inserção, no contrato, de prazo adicional para a conclusão da obra, a favor da construtora ou incorporadora, constitui praxe imobiliária, reiteradamente usada e aceita socialmente, que, a bem da verdade, já teria adquirido força de costume.

Conquanto persistam questionamentos acerca da ilegalidade da cláusula de tolerância, fundados na desvantagem excessiva ao consumidor, ao qual se impõe prazo maior para a entrega do imóvel, a orientação prevalecente nos Tribunais, à qual se filia este relator, é no sentido de inexistir abusividade ou ilegalidade, máxime quando sua redação for clara e objetiva.

Ademais, não pode ser considerada como uma mera liberalidade conferida à construtora para atrasar a entrega da obra. Consubstancia em hipótese de prorrogação do prazo, a ser invocada quando houver justo motivo.

De toda forma, a licitude desse dispositivo contratual tem por fim precípua conferir à construtora um elastério temporal, reduzindo a possibilidade de mora, diante de várias circunstâncias imprevisíveis que podem provocar o retardamento da obra de grande porte.

Destarte, não há falar em ilegalidade ou abusividade da cláusula que prevê prazo de tolerância, motivo pelo qual tem-se que a mora, no caso, iniciou-se em 15 de outubro de 2011, já considerados os 180 dias, até a data da expedição da entrega das chaves, ocorrida em fevereiro/2013.

2. Atraso na entrega do imóvel

Houve, efetivamente, atraso na entrega do imóvel.

E, sempre debaixo da mais acatada vênua do magistrado sentenciante, que entendeu haver a mora cessado com a expedição do *habite-se*, em junho de 2012, deve ser modificada a sentença monocrática, nesse ponto específico.

Eis que, conquanto o *habite-se* tenha sido expedido em junho/2012, a entrega das chaves aos autores somente foi levada a efeito em fevereiro/2013.

A assertiva das apeladas, no sentido de que a entrega das chaves estaria condicionada à quitação do preço pactuado, inclusive eventual saldo residual, deve ser aceita com reservas.

Embora não se possa desconsiderar a alegação

da ré, no sentido de que a entrega da unidade estaria atrelada à quitação do saldo do preço, o fato concreto e irrecusável é que os autores somente receberam as chaves posteriormente à expedição do habite-se.

Pese a expedição do habite-se, não há prova nos autos de que a obra estivesse pronta e acabada. Eis que, ainda após a emissão do certificado de conclusão da obra, é possível que a unidade autônoma fique retida para ajustes finais e de acabamento, inviabilizando a utilização do bem pelo proprietário temporariamente.

Ou, por outra colocação, a concessão do *habite-se* pela municipalidade não acarreta, de pronto e de plano, a posse direta do comprador no imóvel. Tal circunstância somente ocorrerá quando a Prefeitura aprovar as condições da unidade condominial, após regular vistoria

Também não houve comprovação, pela ré, do atraso da quitação da unidade pelos autores.

Desta forma, considerada a ausência de justificativa hábil para a entrega das chaves após o termo contratual, o atraso deve ser considerado a partir da data do término do prazo de tolerância, ocorrido em outubro/2011, até a data da entrega das chaves.

3. Da comissão de corretagem

Os autores pagaram a quantia total de R\$16.193,92, a título de comissão de corretagem.

A tese da prescrição, suscitada pela ré, e acolhida pelo digno magistrado sentenciante, com

fundamento no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não se sustenta.

Note-se que o enriquecimento sem causa rege a pretensão como princípio e não como regra jurídica. O objetivo dos autores é a restituição dos valores derivados do contrato.

A ação, portanto, possui natureza jurídica condenatória.

Inaplicável, portanto, o triênio legal, estatuído no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. O prazo para postular, pois, a restituição do numerário indicado nos autos é de dez anos (art. 205, do Código Civil).

Neste diapasão, jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em aresto do digno Ministro Sidnei Beneti (REsp n. 1.297.608-RS, j. 12/3/2013):

“Direito Civil. Prescrição. Compromisso de Compra e Venda. Ação de condenação à restituição de valores pagos, após a rescisão voluntária do compromisso de compra e venda. Matéria não julgada na ação de rescisão contratual. Prescrição geral. Inteligência dos arts. 205, 206, § 3º, IV e V, do Código Civil. Recurso Improvido. 1. A restituição dos valores pagos, diante da rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, constitui consectário natural do próprio desfazimento do negócio. 2. A pretensão ao recebimento de valores pagos, que não foram restituídos diante de rescisão judicial, por sentença que não tenha decidido a respeito da restituição,

submete-se ao prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205 do Código Civil, e não ao prazo de 3 (três) anos, constante do art. 206, § 3º, incisos IV e V, do mesmo diploma 3. Recurso Especial Improvido."

Bem por isso, a pretensão deduzida nos autos não se encontra prescrita, restando afastada a prefacial de prescrição, que extinguiu o feito, com julgamento do mérito.

Em virtude de o pedido estar maduro para julgamento, com espeque no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, que autoriza o Tribunal apreciar as questões *"suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro"*, passa-se à análise do tema relativo à responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem.

O contrato de corretagem é assim conceituado pelo art. 722 do Código Civil: *"Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas."*

Cuida-se, portanto, de verdadeira intermediação, para a celebração de outros contratos, pela qual o corretor aproxima de seu cliente, pessoas interessadas na celebração de uma avença.

Não há definição legal de qual das partes será

a responsável pelo pagamento da respectiva comissão.

Na hipótese, a despeito de os autores haverem efetuado o pagamento da comissão de corretagem, a ré não foi procurada pelo consumidor, mas foi contratada em *stand* próprio.

Evidente que a própria construtora organiza o *stand* de vendas, disponibilizando aos interessados corretores ou empresa de intermediação imobiliária de sua confiança, para prestar serviços de assessoria imobiliária, atraindo o consumidor.

Observe-se que o fato de os compradores ter ciência acerca da corretagem não é suficiente para haver consentido com seu pagamento, máxime por não ser tecnicamente possível ao consumidor recusar tal serviço naquela oportunidade.

Nesse sentido, uma vez que a ré compeliu os autores a efetuarem o pagamento da comissão de corretagem, deve restituir o valor pago, ainda que o pagamento tenha se destinado a empresa diversa.

A partir do momento em que o consumidor dirige-se ao *stand* de vendas, à toda evidência, não possui interesse em contratar corretor, cujo serviço mostrava-se desnecessário.

Segue-se, pois, que a devolução da quantia paga pelos autores é de rigor, notadamente porque a própria ré, e seu empreendimento, foram os beneficiários diretos do serviço prestado pelos funcionários do *stand*.

Destarte, aos autores-apelantes não pode ser

carreada a responsabilidade e a obrigação de desembolsar tal numerário, porquanto não contrataram a ré por intermédio de um corretor.

O dispositivo contratual que responsabiliza o autor pelo pagamento da comissão de corretagem não pode mesmo subsistir, sobre ser abusivo e violar os princípios da boa-fé objetiva e da transparência.

Devem, portanto, ser devolvidos aos autores os valores relativos à comissão de corretagem por eles despendidos, de forma simples e não em dobro.

4. Da devolução da taxa de condomínio cobrada antes da entrega das chaves da unidade autônoma

Pesem as alegações da ré, **as despesas condominiais não podem ser cobradas do condômino antes de sua imissão na posse, por não haver fruição dos serviços prestados pelo condomínio, determinantes da contribuição respectiva.**

Com efeito, a ré concentrou, até fevereiro/2013, a propriedade e a posse do imóvel em questão.

Deste modo, não havia mesmo fundamento para cobrança das despesas condominiais antes da entrega das chaves, porque estabelece ao comprador desvantagem manifesta.

Conferir, a esse propósito, aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. Somente quando já tenha recebido as chaves e passado a ter assim a disponibilidade da posse, do uso e do gozo da coisa, é que se reconhece legitimidade passiva ao promitente comprador de unidade autônoma quanto às obrigações respeitantes aos encargos condominiais, ainda que não tenha havido o registro do contrato de promessa de compra e venda. Sem que tenha ocorrido essa demonstração, não há como se reconhecer a ilegitimidade da pessoa em nome de quem a unidade autônoma esteja registrada no livro imobiliário. Precedentes. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido." (STJ - REsp 660229/SP - rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA - DJ 14/03/2005).

Destarte, **merece acolhida o inconformismo dos autores, para determinar a restituição do valor relativo às despesas condominiais cobradas antes da imissão na posse do imóvel**, cujo numerário deverá ser arbitrado em sede de liquidação de sentença.

5. Lucros cessantes

Evidenciado, no caso, o atraso na entrega do imóvel.

A orientação pretoriana, inclusive do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido do cabimento de lucros cessantes, em hipóteses desse jaez, os quais

guardam identidade com o dano emergente experimentado pelos compromissários compradores, ainda que a finalidade do imóvel não fosse lucrativa.

Os autores-apelantes, com efeito, sujeitaram-se a circunstâncias adversas, até o recebimento das chaves, eis que tiveram que pagar aluguel, ou morar em imóvel de terceiro, ou mesmo perderam lucros derivados do aluguel do bem adquirido.

Presumida, portanto, a ocorrência de lucros cessantes, em razão dos prejuízos experimentados pelo comprometente comprador.

Demasia não será sublinhar que o prejuízo é *in re ipsa*, ou seja, independe de prova de haverem os autores residido, até a entrega das chaves, de aluguel, ou mesmo de que locariam o imóvel.

No entanto, o valor indenizatório deve equivaler a 0,5% ao mês, do valor do contrato entabulado pelas partes, devido a partir de outubro/2011, até a data da entrega das chaves.

6. Danos morais

Não há cogitar-se de prejuízo à honra dos autores, malgrado o atraso das obras.

O descumprimento de cláusulas contratuais não implica, de pronto e de plano, danos morais, notadamente na hipótese em tela. Os autores, com efeito, não demonstram nenhum abalo excepcional, derivado do inadimplemento contratual, além do dissabor, que lhe é ínsito.

Para o descumprimento contratual, há o instituto da indenização por danos materiais, que não se confundem com os danos morais. Conferir, a propósito, o seguinte aresto:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O simples atraso na construção de imóvel prometido a venda não acarreta, por si só, dano moral. Recurso especial não conhecido” (STJ RE nº 592.083-RJ 4ª Turma - Min. Cesar Asfor Rocha j. em 03.08.2004).

Nesse ponto, portanto, a sentença não comporta reforma.

7. Correção monetária e saldo residual

Ressalte-se que a correção monetária não incide durante o período da mora, que medeia entre 15 de outubro de 2011, até a entrega das chaves.

Pela mesma lógica de raciocínio, o cálculo do saldo residual pelo INCC deve ser até outubro de 2011, já computado o prazo de tolerância de 180 dias, cuja legalidade já foi declarada acima.

8. Pagamento em dobro

Por fim, não se vislumbrando de má-fé das rés na cobrança indevida dos valores mencionados no voto, que deverão ser restituídos aos autores, descabe falar em restituição em dobro.

9. Conclusão

Em conclusão, a sentença comporta reforma parcial, dando-se parcial provimento ao apelo dos autores: a) declarar que a mora da ré é a partir de outubro/2011 até a data da entrega das chaves, ocorrida em fevereiro/2013; b) afastar o reconhecimento da prescrição da pretensão de devolução do valor pago a título de comissão de corretagem, que deverá ser restituído aos autores; c) declarar ilegítima a cobrança de taxa condominial antes da imissão dos autores na posse do imóvel, cujo valor também deve ser a eles restituído; d) condenar a ré ao pagamento de lucros cessantes, correspondentes a 0,5% do valor do contrato, desde a caracterização da mora, até a entrega das chaves.

Por fim, considerando que os autores sucumbiram em parte mínima do pedido, deverão as rés arcar com os ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00.

Ante o exposto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao apelo.

RAMON MATEO JUNIOR

Relator