



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1115709-38.2015.8.26.0100**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Rescisão do contrato e devolução do dinheiro**
 Requerente: **[REDACTED] e outro**
 Requerido: **Scopel SPE - 04 Empreendimentos Imobiliários e outros**

CONCLUSÃO

Em **12/01/2017** faço os presentes autos conclusos ao MM. Juiz Dr. Rodrigo Galvão Medina. Eu, _____, subscrevi.

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Rodrigo Galvão Medina**

Vistos.

[REDACTED] e [REDACTED] movem a presente ação judicial com pedido liminar - contra a SPE 04 Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outras asseverando, em apertada síntese, que em "(...) 23 de janeiro de 2014, os Autores celebraram com as Rés o "Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de lote Residencial" doc.1. objetivando a futura unidade lote 17 da quadra 24, integrante do "Loteamento Reserva Santa Maria 2", ou conforme extrato financeiro "Reserva Santa Maria Nature" pelo preço certo e ajustado R\$ 212.652,00 (duzentos e doze mil, seiscentos e cinquenta e dois reais). Quando da aquisição, os Autores questionaram o funcionário das Rés, a respeito da entrega do imóvel, este, representando as Rés, garantiu que a loteadora gozava de muita reputação e experiência no mercado, e, todas as datas de lançamentos, início de obra são planejadas e que NÃO havia a menor chance da obra atrasar. E, ainda, salientou que ele poderia imediatamente construir no lote adquirido, pois já era imitado na posse do imóvel naquele ato. Vale dizer, que a escolha pelos Autores, da aquisição desse imóvel, só se deu em razão da imediata permissão da construção no lote adquirido, que coincidiria com os seus planos pessoais. Corroborando com todo o exposto, a cláusula 10, deixa cristalino, que os Autores são imitados no ato da assinatura do contrato na posse, vejamos:

Cláusula Décima – Da Imissão Na Posse:

O(s) comprador(es) é(são) imitados(s), neste ato, na posse do imóvel, podendo nele executar benfeitorias, respeitadas as restrições contidas neste contrato. Esta posse, no entanto, será exercida em caráter precário até que esteja plenamente cumprido este contrato.

Porém, quando os Autores iniciaram as atividades no lote adquirido foram surpreendidos com a notícia de que não poderiam ainda, construir no lote adquirido, pois as Rés não haviam finalizado as obras de infraestrutura do loteamento, razão que não havia possibilidade de construção. As Rés, criam um grande engodo para os consumidores, obviamente para alavancar as vendas e prometer algo que não cumprirão, pois na cláusula 13, as Rés são claras, na medida que restringem a posse, a finalização das infraestruturas, vejamos:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

c) Fica expressamente proibida a habitação no lote antes da concessão do “habite-se” pela Prefeitura Municipal, bem como antes da ligação na rede de distribuição água potável a ser primeiramente implantada no empreendimento, mesmo que a construção tenha sido licenciada pela Prefeitura Municipal.

Porém, a grande questão então, é quando as obras seriam finalizadas?! De acordo com o contrato, NÃO HÁ UM PRAZO CERTO E DETERMINADO! Ficando assim, os consumidores ao bel prazer das Rés, em serem imitados na posse do imóvel. Note-se, que no contrato, NÃO EXISTE NENHUMA CLÁUSULA A RESPEITO DO PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL, sendo as Rés totalmente OMISSAS neste sentido, maculando o contrato de vício, contrariando o CDC, como será demonstrado mais adiante. Desta forma, o contrato é completamente obscuro, não há informação clara e precisa a respeito do prazo da execução e finalização das obras. Qual a entrega do imóvel?! Há prazo de carência?! O da Lei nº 6.766/79?! Qual consumidor, em sua posição de hipossuficiente, saberá o prazo estipulado na lei?! É dever das Rés informar bem o consumidor, determinando uma data de entrega. Obviamente as Rés induziram os Autores, na medida que os imitiram na posse na assinatura do contrato, alegando que imediatamente já poderiam construir no imóvel, o que não ocorreu, vejamos, doc. 05. Ou seja, se os Autores compraram com a promessa de que poderiam construir imediatamente no lote, tanto que foram imitados imediatamente na posse do imóvel, fica comprovado que foram enganados, pois até hoje mais de 12 meses não podem ainda construir em seu imóvel. As Rés não podem deixar de prestar essas informações, que são informações básicas, o consumidor tem o direito básico, protegido por lei a ter informações claras. Ou seja, as Rés, no momento da aquisição se valeram e se beneficiaram da informação de que a construção nos lotes era imediata, POR ÓBVIO, QUE ISSO SERVIU COMO ATRATIVO PARA A VENDA DOS IMÓVEIS, mas, no próprio contrato, também dispõem de forma diferente e conflitante, que aos olhos dos consumidores hipossuficientes não conseguem perceber tamanha ilegalidade, má-fé mesmo! Qualquer pessoa de boa-fé, é levada a erro, a um engodo por parte das Rés, que de maneira obscura, abusiva e ilegal, fere os direitos dos consumidores. Note-se, que os Autores honraram pontualmente com todos os seus compromissos, o que torna a situação mais frustrante e, agora, viram-se lesados, tendo sua vida pessoal sofrido transtornos diante da inadimplência das Rés, bem como da total falta de informação. Ressalta-se, que do preço total pactuado para a aquisição do lote, os Autores já efetuaram o pagamento de R\$ 60.744,92, doc. 03. Ora, Excelência, as Rés nunca prestaram informações idôneas, sobre a entrega efetiva do lote, o que também levava a crer que o loteamento já estava concluído, essa afinal, era a expectativa de todos aqueles que aguardavam ansiosamente desfrutar das promessas da loteadora. Deve-se considerar, ainda, que inicialmente as Rés informaram que o lote estava apto a ser utilizado quando da aquisição do mesmo, o que não estava! Portanto, durante a execução do contrato a situação vivenciada pelos Autores se mostrou bastante diversa das promessas realizadas, pois as Rés sequer agiram com transparência perante aos Autores para informar quando seria disponibilizada a entrega do imóvel prometido. Por estas razões, os Autores não têm mais interesse na manutenção do contrato, razão que iniciaram com as Rés, tratativas de distrato de forma amigável, mas estas informaram que restituiriam apenas 20% dos valores pagos. Veja, que a conduta das Rés, é completamente abusiva, ilegal e imoral, que merece ser rechaçada! A conduta das Rés, em querer reter mais que 10% dos valores pagos a elas, caracteriza, claramente uma conduta abusiva e ilegal, na medida em que fere o disposto no Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 51 e 53, que prevê que toda cláusula que gera desequilíbrio contratual, trazendo ônus excessivo a uma das partes deve ser considerada nula de pleno direito. A postura das Rés é deletéria, trazendo aspectos humilhantes e destoantes do que se espera de um bom relacionamento amparado pela BOA-FÉ e TRANSPARÊNCIA contratual. O sentimento excruciante de derrocada vivenciado pelos Autores é ampliado, diante de seu adimplemento contratual, frente às mentazes alegações das Rés, que somente serviram para justificar a postura desleal, com que trataram os Autores. Com todo o exposto, necessária a intervenção do Poder Judiciário na presente relação, com o fim de coibir


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

eventuais abusos e condutas ilegais por parte das Rés, que por si só, provou tentar levar vantagem exagerada”. Requereram assim fosse “imediatamente concedida a TUTELA DE URGÊNCIA, sem a oitiva da parte contrária, com o fito de que as rés SUSPENDAM A EXIGIBILIDADE DAS PARCELAS VINCENDAS e, conseqüentemente, se abstenham de incluir/excluir o nome dos Autores no banco de dados do Serviço de Proteção ao Crédito - SPC/SERASA e seus respectivos congêneres, bem como suspenda a obrigação dos Autores de pagar as despesas com o imóvel, tendo em vista que nunca foi imitado na posse do imóvel, sob pena de multa diária a ser arbitrada por este douto juízo, haja vista a rescisão contratual que se pretende”. Como pretensão principal requereram fosse declarada “a rescisão do “Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de lote Residencial” doc.1. objetivando a futura unidade lote 17 da quadra 24, integrante do “Loteamento Reserva Santa Maria 2”, bem como a anulação das cláusulas 6 - Da rescisão e seus itens a; b; c; d; d1; d2; d3; e; e1; e2; e3; e4; f e cláusula 10 -imissão da posse, por serem abusivas e a condenação das Rés a restituir aos Autores e em parcela única, o valor de R\$ 74.065,51,correspondente ao equivalente a 100% (cem por cento) dos valores pagos, com a corretagem (R\$ 60.744,92+R\$13.320,59) por esta aquisição pelos Autores, tendo em vista a culpa exclusiva das Rés na presente rescisão, devido a sua posição de inadimplente perante os Autores, em razão da falta de informação acerca da efetiva entrega do imóvel e, sua consequente liberação para construção, ou, ainda, pelo latente atraso de entrega do imóvel, valor este devidamente corrigido monetariamente a partir de cada desembolso, além da incidência de juros legais de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação até a data do efetivo pagamento”.

Juntaram documentos.

Devidamente citadas, as co-rés ofereceram respostas asseverando em última análise que: “Inicialmente, vale esclarecer que os Autores aderiram a contrato de compromisso de compra e venda para aquisição de lote inserido em área de loteamento ainda não finalizado, cuja infraestrutura e aprovação final pela Prefeitura Municipal obedecem ao cronograma de obras apresentado pela Ré SP-04. Ressalta-se que o cronograma da obra é aprovado pela Prefeitura Municipal, nos termos do contrato e da Lei n.º 6.766/79, que dita sobre o parcelamento do solo. Segundo esta Lei, o projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, a quem compete também fixar diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, etc., indicando-as na planta do projeto do loteamento que lhe for apresentado para adequação e posterior aprovação. No contrato firmado entre as partes, ora sub judice, observa-se que não houve ajuste de um termo para a efetiva entrega do lote com toda a infraestrutura. Isso porque a Municipalidade, competente por estabelecer as diretrizes da construção do empreendimento e execução das obras de infraestrutura, verificando a necessidade, pode prorrogar o cronograma inicialmente aprovado por ela até o limite estipulado pela Lei n.º 6.766/79, nos termos do artigo 9º. Nesse sentido, dita a alínea “a.1” da Cláusula 8º do contrato firmado entre as partes:

“a.1) As obras de infra-estrutura referidas nos itens acima, serão realizadas pela VENDEDORA em conformidade com o cronograma físico aprovado pela Prefeitura Municipal”.

Nesse passo, é importante frisar que as obras de infraestrutura foram concluídas dentro do prazo determinado em lei, ou seja, 04 (quatro) anos, no entanto, aguardam a expedição do Termo de Verificação de Obra (TVO), pela Prefeitura, conforme cópia do protocolo de pedido (doc. 01). Por oportuno, é importante esclarecer que não há nos autos nenhuma prova de que houve promessa de que as obras nos lotes poderiam ser imediatamente iniciadas. Pelo contrário, os Autores demonstraram ter plena ciência de que as obras dependem da expedição do “habite se” pela Prefeitura Municipal, bem como da aprovação do projeto a ser apresentado à Municipalidade. Em termos gerais, as construções nos lotes só poderão ser iniciadas após a emissão do Termo de Verificação de Obra (TVO), pela Prefeitura Municipal, momento em que os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

proprietários poderão buscar as aprovações dos projetos e expedição do Habite-se para início das construções individuais. Assim, não está configurado o inadimplemento contratual da Ré, eis que sempre atuou em consonância com a Lei n.º 6.766/79. Ressalta-se que os Autores, no momento da aquisição do lote, tiveram plena ciência de que as construções somente poderiam ser iniciadas a partir da expedição do TVO, pela Prefeitura. Não obstante, é importante reforçar que as obras previstas em contrato foram totalmente finalizadas, no entanto a Prefeitura Municipal ainda não expediu o TVO diante da inexecução de obra necessária a ser realizada por concessionária de serviço público. Ou seja, a única questão pendente refere-se à interligação da rede interna de esgoto à rede externa que deveria ser construída pela concessionária responsável, no caso, a SABESP, até o ano de 2011, entretanto, a mesma não concluiu a referida obra até o momento, sob a justificativa de problemas havidos com o consórcio composto por diversas empreendedoras na região, cujas tratativas estão em andamento (doc. 02). Ressalte-se, Excelência, que a interligação não foi possível única e exclusivamente por ausência de obra de empresa estatal, que a Ré não possui qualquer ingerência. Diante da inexecução da obra da referida concessionária (SABESP), Corrê SP-04 provocou o GRAPROHAB (em 05.11.2014 e em outras oportunidades posteriores) para autorizar outra forma de coleta do esgoto, ainda que temporária, até que a concessionária (SABESP) cumprisse com sua obrigação, questão esta que ainda está em discussão, conforme documentos ora anexados. Assim, os compradores poderiam utilizar da prerrogativa estabelecida no item “e” da Cláusula Décima Segunda, mas para tanto, deve-se aguardar o aval do GRAPROHAB, para que os compradores possam apresentar projetos de edificação da fossa séptica.

“e) O(s) comprador(es) está(ão) ciente(s) de que enquanto não forem implantadas e interligadas a rede de distribuição de água potável e a rede de esgotos em cada lote, o abastecimento de água deverá ser feito através de poço freático, e os esgotos tratados e dispostos no terreno através de fossa séptica e poço absorvente distanciados de 30 (trinta) metros de poço freático, de acordo com a NBR 7229/92 e 93 da ABNT. Os projetos de edificações e obras deverão conter os projetos detalhados da fossa séptica (NBR 13.969/97) ou de outro processo de tratamento, desde que aprovado pela SABESP ou outra concessionária local, e de acordo com o sistema de infiltração do seu afluente”.

Ou seja, as obras internas de infraestrutura, previstas no contrato firmado, foram totalmente concluídas dentro do prazo legal, mas a operação do empreendimento depende da concessionária (SABESP), que não cumpriu sua obrigação, não podendo a Ré ser responsabilizada por ato e falha exclusiva de terceiros. Dessa forma, é inconcebível se atribuir a Ré, ora Contestante, qualquer espécie de inadimplemento contratual frente aos Autores, mormente algum que pudesse determinar a declaração judicial de rescisão contratual por culpa da Ré, implicando, pois, o decreto de improcedência da ação. Primeiro porque as obras previstas em contrato foram concluídas dentro do prazo legal de 4 (quatro) anos. Segundo porque a operação do empreendimento depende da autorização da Prefeitura Municipal, sendo esta questão claramente prevista no contrato.

“Décima Terceira

c) Fica expressamente proibida a habitação no lote antes da concessão do “habite- se” pela Prefeitura Municipal, bem com antes da ligação na rede de distribuição de água potável a ser primeiramente implantada no empreendimento, mesmo que a construção tenha sido licenciada pela Prefeitura Municipal”.

Em suma, não houve nenhuma irregularidade na conduta da Ré, sendo certo que a pretensão autoral decorre de um simples descontentamento, que não pode, em hipótese alguma, ser conferido a contestante. Portanto, não resta configurada a violação ou inexecução do contrato por parte da Ré, nem a ocorrência de nenhum ato ilícito, devendo ao final todos os pleitos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

formulados ser afastados”.

Juntaram documentos.
 A autora ofereceu réplica.
 Relatados.

Fundamento e decido.

Autorizado pelo teor do artigo 355, inciso I, do novo Código de Processo Civil, passo agora ao julgamento antecipado da lide aforada.

A presente ação judicial merece prosperar parcialmente.

Em primeiro lugar, no campo do direito material, subsumíveis, no caso concreto, as normas cogentes e imperativas - de ordem pública e de interesse social inseridas no Código de Defesa do Consumidor, vez que relação jurídica nitidamente consumerista veio de unir a figura da autora, na qualidade de **consumidora**, pessoa física que adquire produto como destinatária final (artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor) e a figura das co-rés, na qualidade de **fornecedoras**, pessoas jurídicas que desenvolvem a incorporação imobiliária, mediante remuneração em dinheiro, dentro do **mercado de consumo** (artigo 3º, par. 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Neste sentido, a doutrina (Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, in “Incorporação Imobiliária à luz do CDC”, editora Saraiva, 2002, 1ª edição, página 236):

“Forçoso reconhecer, portanto, que há relação de consumo na incorporação imobiliária. Dessa forma, não se pode negar que, diante da configuração do incorporador como fornecedor, do adquirente como consumidor e da unidade autônoma como produto, o contrato de incorporação imobiliária é de consumo”.

Outra não é o teor da Conclusão n. 01, aprovada por unanimidade no Painel II, no 4º Congresso Brasileiro do Direito do Consumidor, realizado em Gramado-RS, em Março de 1998:

“O contrato de incorporação, embora regido pelas normas e princípios que lhe são próprios (lei 4591/64), fica também subordinado à disciplina do CDC sempre que as unidades imobiliárias forem destinadas ao usuário final”.

Subsumível, ainda, no caso concreto e agora no campo do direito processual, o disposto no artigo 6º, inciso VIII, do mesmo diploma legal - inserido no capítulo referente aos direitos básicos do consumidor -, o qual tem a seguinte redação:

“São direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Assim, partindo-se da premissa legal básica que reconhece, expressamente, a vulnerabilidade social, cultural e econômica do consumidor dentro do mercado de consumo e em face do fornecedor - artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor -, as figuras dos autores há de receber, em caráter obrigatório, do nosso atual Ordenamento Jurídico, as benesses de uma interpretação ao mesmo mais favorável.

E tal, sem se olvidar do conteúdo do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Neste sentido:

“Assim, na ação que versa sobre relação de consumo, o juiz tem que facilitar a defesa do consumidor e em havendo hipossuficiência ou verossimilhança, decretar a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

inversão do ônus da prova” (“Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor”, Frederico da Costa Carvalho Neto, editora Juarez de Oliveira, 1ª edição, 2002, página 170).

Em petição inicial, os autores asseveraram que em “(...) 23 de janeiro de 2014, os Autores celebraram com as Rés o “Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de lote Residencial” doc.1. objetivando a futura unidade lote 17 da quadra 24, integrante do “Loteamento Reserva Santa Maria 2”, ou conforme extrato financeiro “Reserva Santa Maria Nature” pelo preço certo e ajustado R\$ 212.652,00 (duzentos e doze mil, seiscentos e cinquenta e dois reais). Quando da aquisição, os Autores questionaram o funcionário das Rés, a respeito da entrega do imóvel, este, representando as Rés, garantiu que a loteadora gozava de muita reputação e experiência no mercado, e, todas as datas de lançamentos, início de obra são planejadas e que NÃO havia a menor chance da obra atrasar. E, ainda, salientou que ele poderia imediatamente construir no lote adquirido, pois já era imitado na posse do imóvel naquele ato. Vale dizer, que a escolha pelos Autores, da aquisição desse imóvel, só se deu em razão da imediata permissão da construção no lote adquirido, que coincidiria com os seus planos pessoais. Corroborando com todo o exposto, a cláusula 10, deixa cristalino, que os Autores são imitados no ato da assinatura do contrato na posse, vejamos:

Cláusula Décima – Da Imissão Na Posse:

O(s) comprador(es) é(são) imitados(s), neste ato, na posse do imóvel, podendo nele executar benfeitorias, respeitadas as restrições contidas neste contrato. Esta posse, no entanto, será exercida em caráter precário até que esteja plenamente cumprido este contrato.

Porém, quando os Autores iniciaram as atividades no lote adquirido foram surpreendidos com a notícia de que não poderiam ainda, construir no lote adquirido, pois as Rés não haviam finalizado as obras de infraestrutura do loteamento, razão que não havia possibilidade de construção. As Rés, criam um grande engodo para os consumidores, obviamente para alavancar as vendas e prometer algo que não cumprirão, pois na cláusula 13, as Rés são claras, na medida que restringem a posse, a finalização das infraestruturas, vejamos:

c) Fica expressamente proibida a habitação no lote antes da concessão do “habite-se” pela Prefeitura Municipal, bem como antes da ligação na rede de distribuição água potável a ser primeiramente implantada no empreendimento, mesmo que a construção tenha sido licenciada pela Prefeitura Municipal.

Porém, a grande questão então, é quando as obras seriam finalizadas?! De acordo com o contrato, NÃO HÁ UM PRAZO CERTO E DETERMINADO! Ficando assim, os consumidores ao bel prazer das Rés, em serem imitados na posse do imóvel. Note-se, que no contrato, NÃO EXISTE NENHUMA CLÁUSULA A RESPEITO DO PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL, sendo as Rés totalmente OMISSAS neste sentido, maculando o contrato de vício, contrariando o CDC, como será demonstrado mais adiante. Desta forma, o contrato é completamente obscuro, não há informação clara e precisa a respeito do prazo da execução e finalização das obras. Qual a entrega do imóvel?! Há prazo de carência?! O da Lei nº 6.766/79?! Qual consumidor, em sua posição de hipossuficiente, saberá o prazo estipulado na lei?! É dever das Rés informar bem o consumidor, determinando uma data de entrega. Obviamente as Rés induziram os Autores, na medida que os imitiram na posse na assinatura do contrato, alegando que imediatamente já poderiam construir no imóvel, o que não ocorreu, vejamos, doc. 05. Ou seja, se os Autores compraram com a promessa de que poderiam construir imediatamente no lote, tanto que foram imitados imediatamente na posse do imóvel, fica comprovado que foram enganados, pois até hoje mais de 12 meses não podem ainda construir em seu imóvel. As Rés não podem deixar de prestar essas informações, que são informações básicas, o consumidor tem o direito


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

básico, protegido por lei a ter informações claras. Ou seja, as Rés, no momento da aquisição se valeram e se beneficiaram da informação de que a construção nos lotes era imediata, POR ÓBVIO, QUE ISSO SERVIU COMO ATRATIVO PARA A VENDA DOS IMÓVEIS, mas, no próprio contrato, também dispõem de forma diferente e conflitante, que aos olhos dos consumidores hipossuficientes não conseguem perceber tamanha ilegalidade, má-fé mesmo! Qualquer pessoa de boa-fé, é levada a erro, a um engodo por parte das Rés, que de maneira obscura, abusiva e ilegal, fere os direitos dos consumidores. Note-se, que os Autores honraram pontualmente com todos os seus compromissos, o que torna a situação mais frustrante e, agora, viram-se lesados, tendo sua vida pessoal sofrido transtornos diante da inadimplência das Rés, bem como da total falta de informação. Ressalta-se, que do preço total pactuado para a aquisição do lote, os Autores já efetuaram o pagamento de R\$ 60.744,92, doc. 03. Ora, Excelência, as Rés nunca prestaram informações idôneas, sobre a entrega efetiva do lote, o que também levava a crer que o loteamento já estava concluído, essa afinal, era a expectativa de todos aqueles que aguardavam ansiosamente desfrutar das promessas da loteadora. Deve-se considerar, ainda, que inicialmente as Rés informaram que o lote estava apto a ser utilizado quando da aquisição do mesmo, o que não estava! Portanto, durante a execução do contrato a situação vivenciada pelos Autores se mostrou bastante diversa das promessas realizadas, pois as Rés sequer agiram com transparência perante aos Autores para informar quando seria disponibilizada a entrega do imóvel prometido. Por estas razões, os Autores não têm mais interesse na manutenção do contrato, razão que iniciaram com as Rés, tratativas de distrato de forma amigável, mas estas informaram que restituiriam apenas 20% dos valores pagos. Veja, que a conduta das Rés, é completamente abusiva, ilegal e imoral, que merece ser rechaçada! A conduta das Rés, em querer reter mais que 10% dos valores pagos a elas, caracteriza, claramente uma conduta abusiva e ilegal, na medida em que fere o disposto no Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 51 e 53, que prevê que toda cláusula que gera desequilíbrio contratual, trazendo ônus excessivo a uma das partes deve ser considerada nula de pleno direito. A postura das Rés é deletéria, trazendo aspectos humilhantes e destoantes do que se espera de um bom relacionamento amparado pela BOA-FÉ e TRANSPARÊNCIA contratual. O sentimento excruciante de derrocada vivenciado pelos Autores é ampliado, diante de seu adimplemento contratual, frente às mendazes alegações das Rés, que somente serviram para justificar a postura desleal, com que trataram os Autores. Com todo o exposto, necessária a intervenção do Poder Judiciário na presente relação, com o fim de coibir eventuais abusos e condutas ilegais por parte das Rés, que por si só, provou tentar levar vantagem exagerada”.

Tal realidade nos remete ao fenômeno da “quebra antecipada do contrato”, muito bem esmiuçado por Francisco Eduardo Loureiro, em artigo intitulado “Responsabilidade Civil no Compromisso de Compra e Venda” inserido na obra colegiada “Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais”, sob a coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva, editora Saraiva, 2009, 2ª edição, páginas 225/226, assim consignada:

“Questão ligada à entrega da posse do imóvel, interessante e atual, a ser abordada como pressuposto da resolução é a da quebra antecipada do contrato. Há situações em que se pode deduzir conclusivamente, que o contrato não será cumprido, de tal forma que não seria razoável aguardar o vencimento da prestação, ou brigar o contratante fiel a cumprir, desde logo, a prestação correspectiva. Não há, propriamente, quebra da prestação principal, ainda não vencida, mas sim quebra da confiança no cumprimento futuro, pautada em elementos objetivos e razoáveis. Admite-se, em tais casos, a resolução do contrato, desde logo. Tomem-se como exemplos casos recentes em que se contratou a aquisição futura de apartamento, a ser construído, mediante pagamento parcelado. Aproximando-se a data da entrega da unidade, sem que nem as fundações do edifício estivessem concluídas, razoável supor que a unidade não seria entregue na data aprazada, ou próxima. Viável a resolução, abrindo desde logo ao adquirente a possibilidade de reaver os valores pagos e exonerar-se dos pagamentos vincendos. No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é possível o inadimplemento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

9ª VARA CÍVEL

PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

antes do tempo sempre que o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, diante dos dados objetivos existentes, que não haverá cumprimento. Evidenciada a impossibilidade da prestação, há quebra da confiança e desaparece o interesse social na manutenção de um vínculo que somente gerará lesão ao contratante inocente. Foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo o seguinte, a respeito do tema:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Resolução do contrato por atraso na entrega da obra – Quebra antecipada por violação positiva do contrato – Descompasso entre o cronograma e o andamento da obra, com clara indicação de não entrega e o na data prevista – Inadimplemento antecipado da obrigação da empreendedora – Efeito “extinctio” da sentença resolutória – Restituição integral, atualizada e imediata das parcelas pagas – Ação procedente – Recurso improvido (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, AC 306.617.4/1-00, j. 2-2-2006)”.’

Em segundo lugar, pela conjugação dos elementos de convicção angariados aos presentes autos, ainda em fase processual postulatória do feito e por meio da produção judicial de prova eminentemente documental, tem-se que no mundo sensível houve de fato um gritante atraso na entrega da obra prometida pelas co-rés aos autores.

Atraso que se dá até os nossos dias.

Note-se que o habite-se ou o certificado de conclusão de resume-se somente numa **“Autorização da Prefeitura, segundo a finalidade específica a que se destina, para que um imóvel recém-edificado ou reformado possa ser ocupado. A concessão desse direito dá-se mediante vistoria de regularidade, por ter sido executada sua construção de conformidade com o projeto devidamente aprovado, tendo sido satisfeitas as condições estabelecidas pela lei”** (“Dicionário Jurídico”, Volume 2, de Maria Helena Diniz, editora Saraiva, 1998, 1ª edição, página 702), não possuindo o condão em absoluto de substituir a efetiva entrega das chaves aos moradores, com sua consequente imissão na posse do bem imóvel adquirido.

Em contestações, as co-rés asseveram, em última análise, que: “Inicialmente, vale esclarecer que os Autores aderiram a contrato de compromisso de compra e venda para aquisição de lote inserido em área de loteamento ainda não finalizado, cuja infraestrutura e aprovação final pela Prefeitura Municipal obedecem ao cronograma de obras apresentado pela Ré SP-04. Ressalta-se que o cronograma da obra é aprovado pela Prefeitura Municipal, nos termos do contrato e da Lei n.º 6.766/79, que dita sobre o parcelamento do solo. Segundo esta Lei, o projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, a quem compete também fixar diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, etc., indicando-as na planta do projeto do loteamento que lhe for apresentado para adequação e posterior aprovação. No contrato firmado entre as partes, ora sub iudice, observa-se que não houve ajuste de um termo para a efetiva entrega do lote com toda a infraestrutura. Isso porque a Municipalidade, competente por estabelecer as diretrizes da construção do empreendimento e execução das obras de infraestrutura, verificando a necessidade, pode prorrogar o cronograma inicialmente aprovado por ela até o limite estipulado pela Lei n.º 6.766/79, nos termos do artigo 9º. Nesse sentido, dita a alínea “a.1” da Cláusula 8º do contrato firmado entre as partes:

“a.1) As obras de infra-estrutura referidas nos itens acima, serão realizadas pela VENDEDORA em conformidade com o cronograma físico aprovado pela Prefeitura Municipal”.

Nesse passo, é importante frisar que as obras de infraestrutura foram concluídas dentro do prazo determinado em lei, ou seja, 04 (quatro) anos, no entanto, aguardam a expedição do Termo de Verificação de Obra (TVO), pela Prefeitura, conforme cópia do protocolo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

9ª VARA CÍVEL

PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de pedido (doc. 01). Por oportuno, é importante esclarecer que não há nos autos nenhuma prova de que houve promessa de que as obras nos lotes poderiam ser imediatamente iniciadas. Pelo contrário, os Autores demonstraram ter plena ciência de que as obras dependem da expedição do “habite se” pela Prefeitura Municipal, bem como da aprovação do projeto a ser apresentado à Municipalidade. Em termos gerais, as construções nos lotes só poderão ser iniciadas após a emissão do Termo de Verificação de Obra (TVO), pela Prefeitura Municipal, momento em que os proprietários poderão buscar as aprovações dos projetos e expedição do Habite-se para início das construções individuais. Assim, não está configurado o inadimplemento contratual da Ré, eis que sempre atuou em consonância com a Lei n.º 6.766/79. Ressalta-se que os Autores, no momento da aquisição do lote, tiveram plena ciência de que as construções somente poderiam ser iniciadas a partir da expedição do TVO, pela Prefeitura. Não obstante, é importante reforçar que as obras previstas em contrato foram totalmente finalizadas, no entanto a Prefeitura Municipal ainda não expediu o TVO diante da inexecução de obra necessária a ser realizada por concessionária de serviço público. Ou seja, a única questão pendente refere-se à interligação da rede interna de esgoto à rede externa que deveria ser construída pela concessionária responsável, no caso, a SABESP, até o ano de 2011, entretanto, a mesma não concluiu a referida obra até o momento, sob a justificativa de problemas havidos com o consórcio composto por diversas empreendedoras na região, cujas tratativas estão em andamento (doc. 02). Ressalte-se, Excelência, que a interligação não foi possível única e exclusivamente por ausência de obra de empresa estatal, que a Ré não possui qualquer ingerência. Diante da inexecução da obra da referida concessionária (SABESP), Corré SP-04 provocou o GRAPROHAB (em 05.11.2014 e em outras oportunidades posteriores) para autorizar outra forma de coleta do esgoto, ainda que temporária, até que a concessionária (SABESP) cumprisse com sua obrigação, questão esta que ainda está em discussão, conforme documentos ora anexados. Assim, os compradores poderiam utilizar da prerrogativa estabelecida no item “e” da Cláusula Décima Segunda, mas para tanto, deve-se aguardar o aval do GRAPROHAB, para que os compradores possam apresentar projetos de edificação da fossa séptica.

“e) O(s) comprador(es) está(ão) ciente(s) de que enquanto não forem implantadas e interligadas a rede de distribuição de água potável e a rede de esgotos em cada lote, o abastecimento de água deverá ser feito através de poço freático, e os esgotos tratados e dispostos no terreno através de fossa séptica e poço absorvente distanciados de 30 (trinta) metros de poço freático, de acordo com a NBR 7229/92 e 93 da ABNT. Os projetos de edificações e obras deverão conter os projetos detalhados da fossa séptica (NBR 13.969/97) ou de outro processo de tratamento, desde que aprovado pela SABESP ou outra concessionária local, e de acordo com o sistema de infiltração do seu afluente”.

Ou seja, as obras internas de infraestrutura, previstas no contrato firmado, foram totalmente concluídas dentro do prazo legal, mas a operação do empreendimento depende da concessionária (SABESP), que não cumpriu sua obrigação, não podendo a Ré ser responsabilizada por ato e falha exclusiva de terceiros. Dessa forma, é inconcebível se atribuir a Ré, ora Contestante, qualquer espécie de inadimplemento contratual frente aos Autores, mormente algum que pudesse determinar a declaração judicial de rescisão contratual por culpa da Ré, implicando, pois, o decreto de improcedência da ação. Primeiro porque as obras previstas em contrato foram concluídas dentro do prazo legal de 4 (quatro) anos. Segundo porque a operação do empreendimento depende da autorização da Prefeitura Municipal, sendo esta questão claramente prevista no contrato.

“Décima Terceira

c) Fica expressamente proibida a habitação no lote antes da concessão do “habite-se” pela Prefeitura Municipal, bem como antes da ligação na rede de distribuição de água potável a ser primeiramente implantada no empreendimento, mesmo que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

construção tenha sido licenciada pela Prefeitura Municipal”.

Em suma, não houve nenhuma irregularidade na conduta da Ré, sendo certo que a pretensão autoral decorre de um simples descontentamento, que não pode, em hipótese alguma, ser conferido a contestante. Portanto, não resta configurada a violação ou inexecução do contrato por parte da Ré, nem a ocorrência de nenhum ato ilícito, devendo ao final todos os pleitos formulados ser afastados”.

Ora, tal bandeira não consegue seduzir este Juízo na medida em que os riscos da atividade desempenhada devem ser assumidos pelo empreendedor/fornecedor; jamais transferido aos seus clientes/consumidores.

Entender de forma diversa seria o mesmo que transmitir ao consumidor, de maneira iníqua e desproporcional, os riscos das atividades empresárias por aqueles que exploram o mercado e já embutem no preço de seus produtos e serviços tais circunstâncias negativas que são suportadas, de forma difusa, pelos consumidores.

Neste sentido, a doutrina:

“Como se vê, a responsabilidade do incorporador, sem se falar no contrato, decorre da própria lei, que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ele assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam. Quem contrata uma incorporação, observa o insigne Prof. Caio Mário, tem de guardar fidelidade ao prometido, e não pode, unilateralmente, fugir dos termos avançados. “O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. Dentro da filosofia da Lei de Incorporações, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente” (Condomínio e incorporações, 4. ed., Forense, p. 283-284). “O incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Trata-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, pondera Aguiar Dias, responde o incorporador, pois é ele quem figura no pólo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas” (Responsabilidade civil em debate, Forense, p.54””) (“Programa de Direito do Consumidor”, de Sérgio Cavalieri Filho, editora Atlas, 2008, 1ª edição, página 223).

Neste sentido, a jurisprudência:

“ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0002900-36.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes/apelados KLEBER DA PURIFICAÇÃO CASANOVA (JUSTIÇA GRATUITA) e PRISCILA DE OLIVEIRA LEAL (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante CONSTRUTORA TENDA S/A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA (Presidente sem voto), MAIA DA CUNHA E TEIXEIRA LEITE.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

São Paulo, 16 de agosto de 2012.

MILTON CARVALHO
RELATOR

Voto nº 3320.

Apelação nº 0002900-36.2011.8.26.0562.

Comarca: Santos.

Apelantes e reciprocamente apelados: Kleber da Purificação

Casanova e Outra e Construtora Tenda S/A.

Juiz prolator da sentença: Dario Gayoso Jr.

INDENIZAÇÃO - Atraso na entrega de imóvel pela construtora - Alegada falta de materiais e excesso de chuvas - Situações que não caracterizam caso fortuito ou força maior - Inadimplemento caracterizado - Multa contratual aplicável ao caso (0,5% sobre o valor do imóvel, por mês de atraso) - Termo inicial da penalidade fixado com acerto, a partir do término do prazo de tolerância de 180 dias - Indenização que abrange eventuais gastos com locação de outro imóvel - Danos morais - Descabimento - Mero dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual - Precedentes desta Colenda Câmara Sucumbência recíproca fixada com exatidão - Recurso parcialmente provido.

Trata-se de pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de descumprimento contratual, julgados precedentes em parte pela respeitável sentença de fls. 272/276, cujo relatório se adota, para condenar a ré a entregar o imóvel no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00, sem prejuízo da indenização de 0,5% do valor do imóvel, por mês, desde fevereiro de 2010. Foi reconhecida a sucumbência recíproca.

Inconformados, apelam os autores alegando que o prazo para entrega do imóvel, já contados os 180 dias previstos no contrato, é julho de 2009 e não janeiro de 2010. Assim, argumentam que a indenização de 0,5% sobre o valor do imóvel deve incidir a partir daquela data. Ainda, aduzem que deve ser declarada nula a cláusula 9ª do contrato; que o valor da indenização por danos materiais deve ser apurado em fase de liquidação de sentença, a fim de abranger todos os custos suportados para locação de outro imóvel, em razão do atraso; que são devidos os danos morais em valor não inferior a cem salários mínimos; e que a sucumbência dos autores foi mínima, não recíproca.

Apela também a ré sustentando, em suma, que a indenização de 0,5% sobre o valor do imóvel não é devida porque não houve culpa, bem como que a cláusula 9ª do contrato não é nula. Requer, assim, a reforma da respeitável sentença nesse tocante. Houve resposta da ré (fls. 355/376).

É o que importa ser relatado.

Observa-se que a parte autora não foi intimada para oferecer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

resposta ao recurso da ré, no entanto, não há prejuízo na hipótese.

Os recursos não comportam provimento.

As partes firmaram instrumento particular de compromisso de compra e venda (fls. 69/78), em 14 de janeiro de 2009, por meio do qual ficou ajustado que a ré entregaria o imóvel objeto da referida avença no prazo determinado, autorizada a prorrogação por até 180 dias (cláusula 9ª, fls. 70 verso).

Ocorre que, transcorrido o prazo estipulado, o imóvel não foi entregue, fato este incontroverso. Argumenta a ré, entretanto, que a demora decorreu da falta de material de construção, excesso de chuvas e demais intempéries que prejudicaram o bom andamento da obra, impedindo que esta fosse concluída na data inicialmente aprezada (fls. 347). Todavia, não assiste razão às apelantes, tendo sido examinado com perfeição o argumento pela respeitável sentença:

A falta de materiais é de exclusiva responsabilidade da construtora, de modo que não caracteriza caso fortuito ou força maior, que têm como característica a imprevisibilidade.

Por esta mesma razão não se enquadram no conceito de caso fortuito ou força maior, as fiscalizações pelos órgãos públicos, o que permite concluir ter sido inócua a tentativa da empresa ré em considerar estes atos como justificadores do atraso na entrega da obra. Ademais, havendo relação de consumo, não há fundamento na pretensão de transferir os riscos da atividade para o consumidor.

Da mesma forma, o alegado excesso de chuvas também não caracteriza a exceção, por se tratar de evento previsível. (fls. 273/274).

De fato, não há que se falar em caso fortuito ou força maior na hipótese. Cumpre observar os ensinamentos da doutrina:

O caso fortuito ou de força maior Da maneira como o Código define tais expressões, dando-lhes conceito único, deduz-se que as considera sinônimas. Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 393:

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

(...)

O critério a ser adotado para medir a inevitabilidade do evento não é o puramente abstrato, ou seja, tendo em vista um homem médio, mas sim considerando-se também os elementos exteriores ao obrigado e ao seu raio de atividades econômicas, não desprezando a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas como ensina ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA.

A imprevisibilidade do evento não constitui requisito do caso fortuito, pois, embora previsível o fato, não raro a vítima não se pode furtar à sua ocorrência, nem lhe resistir aos efeitos. A imprevisibilidade pode, contudo, intensificar o elemento irresistibilidade, pois, se o devedor não podia prever o acontecimento, mais difícil lhe seria resistir aos efeitos.

É em tal sentido que se deve interpretar o parágrafo único do art. 393, quando define o fortuito como o fato necessário (isto é, evento inescapável, ainda que diligente o devedor), cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (portanto, irresistível). (SILVIO RODRIGUES, Direito Civil. Parte Geral das Obrigações, 30ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, págs. 238/239). (grifos não originais).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Nesse contexto, portanto, é devida a multa compensatória decorrente do descumprimento do contrato (0,5% por mês, sobre o valor do imóvel), conforme previsão expressa do instrumento (cláusula 9ª, parágrafo 1º), a qual encontra respaldo nos precedentes da jurisprudência desta Egrégia Corte e foi bem fixada na respeitável sentença.

Aliás, referida indenização já abrange os danos materiais que se pretende incluir, revelando-se descabido falar-se em indenização e em indenização suplementar. Uma para punir e outra para ressarcir. Frise-se, o valor fixado atende ao duplo fim de indenizar e de desestimular a reiteração da conduta, sem prejuízo de fixação de eventual multa cominatória.

Com relação ao termo inicial, afigura-se correto o entendimento do Magistrado de primeiro grau, no sentido de que a mora da Construtora no tocante a entrega do apartamento deve ser considerada a partir de fevereiro de 2010, porque além do prazo inicial de 18 meses, que findou em julho de 2009, há previsão contratual de tolerância de mais 06 meses (180 dias), de modo o prazo para entrega esgotou em janeiro de 2010 e a requerida deve pagar aos autores a indenização prevista na cláusula 9ª § 2º do compromisso; ou seja, meio por cento (0,5%) ao mês do preço da unidade à vista, a partir de fevereiro de 2010 até a data da efetiva entrega do apartamento (fls. 275).

Aliás, contraria a narrativa da petição inicial a tese de que na data de entrega de 18 meses, que se encerrava em julho de 2009, já estivessem inclusos os 180 dias de tolerância previstos na cláusula 9ª, não havendo tampouco qualquer respaldo documental nos autos.

E, ao contrário do que afirmam os autores, a cláusula 9ª não foi declarada nula no todo. Destacou o Magistrado a quo somente que abusivas são algumas das disposições que permitiriam o atraso, porque excessivamente onerosas, afastando-as, no caso concreto, exatamente para reconhecer a mora da ré. Assim, descabida a pretensão recursal de ambas as partes nesse tocante.

É de ser confirmada, assim, a condenação ao pagamento da indenização, nos exatos termos da respeitável sentença ora atacada.

No mais, nada a ser alterado também no tocante aos danos morais.

É claro que todo e qualquer inadimplemento contratual gera decepção e aborrecimento pela quebra da expectativa.

Contudo, salvo em situações excepcionais e bem delineadas, a simples frustração decorrente do inadimplemento não é indenizável, mas somente a ofensa a direitos da personalidade, ou aquele sofrimento intenso e profundo, a ser demonstrado no caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível (RESP n. 876.527/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 28.4.2008) (STJ; AgRg-AgRg-Ag 1.033.070; Proc. 2008/0068993-5; RS; Quarta Turma; Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior; Julg. 16/09/2010; DJE 30/09/2010).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Com efeito, é certo que as partes devem agir de boa-fé, durante toda a relação contratual, visando ao integral cumprimento do que foi avençado. Todavia, não se pode conceber que elas não tenham se preparado para o eventual descumprimento do contrato, sobretudo em se tratando da aquisição de um imóvel ainda em construção, e que dele venham a sofrer desconforto e frustração na sua esfera íntima.

Vale frisar, só o inadimplemento contratual imprevisível é que gera de forma extraordinária ofensa a direito da personalidade e dá ensejo à indenização por dano moral.

Nesse sentido: o inadimplemento da obrigação contratual não é imprevisível, não gerando, de forma extraordinária, ofensa a direito de personalidade, ainda que enseje desconforto e frustração na esfera íntima do indivíduo (STJ; AgRg-Ag 506.143; Proc. 2003/0045093-9; RJ; Terceira Turma; Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina; Julg. 15/09/2009; DJE 08/10/2009).

Esta Colenda Câmara possui entendimento consolidado a respeito:

Recurso redistribuído por força da Res. 542/2011 e para atendimento imediato da Meta 2 do CNJ. Rescisão de compromisso de venda e compra de imóvel em construção. Cooperativa que não tem a natureza jurídica das tradicionais, não passando de forma encontrada para a comercialização de imóveis em construção, incidindo, por isso, o Código de Defesa do Consumidor. Atraso injustificado da entrega do imóvel. Inadimplemento que implica devolução total das parcelas pagas pelo comprador. Devolução das parcelas que deve ser imediata, sob pena de onerosidade excessiva do consumidor. Inteligência do art. 51, IV, § 1º, III, do CDC. Entendimento pacificado por súmula deste Tribunal. Danos morais. Inexistência. Mero dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual. Recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação cível nº 9091767-30.2004.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maia da Cunha, j. 15/09/2011) (realces não originais).

Rescisão contratual, cumulada com devolução de valores pagos e indenização por danos morais. Cooperativa habitacional Ré não observou o prazo para a entrega do imóvel. Descumprimento contratual dá supedâneo para o desfazimento do ajustado. Restituição integral e imediata das quantias pagas está apta a sobressair. Relação de consumo se faz presente. Danos morais não configurados. Alegação de frustração do sonho da casa própria é mero aborrecimento de quem adquire imóvel em construção. Retorno das partes ao 'statu quo' primitivo. Sucumbência se apresenta recíproca. Apelo provido em parte. (TJSP, Apelação nº 0202812- 47.2008.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, j. 04/08/2011) (realces não originais).

Cooperativa habitacional - Inadimplência quanto ao prazo da entrega da obra - Rescisão do contrato decretada - Reembolso imediato e de uma única vez da totalidade das parcelas pagas, para que não se prestigie o infrator do contrato, mantido o afastamento da indenização por danos morais Recurso da autora provido, em parte, negando-se provimento ao apelo da Cooperativa. (TJSP, Apelação nº 9130509-61.2003.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Enio Zuliani, j. 19/06/2007). (realces não originais).

COOPERATIVA HABITACIONAL - Atraso injustificado da entrega do imóvel - Inadimplemento da vendedora - Desligamento solicitado pelo cooperado - Pedidos de restituição das quantias pagas e de indenização por danos morais - Sentença de procedência parcial - Condenação da cooperativa a promover a devolução, deduzido o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

percentual de 10% (dez por cento) a título de taxa de administração - Relação regida pelo Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade dos dispositivos estatutários que disciplinam a restituição das quantias pagas pelo cooperado - Abusividade e potestatividade - Danos morais não configurados - Apelações desprovidas. (TJSP, Apelação nº 9246996-46.2005.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, j. 24/05/2011). (realces não originais).

Por fim, no tocante à sucumbência, verifica-se que a parte autora não obteve provimento jurisdicional favorável com relação ao pedido de indenização pelos prejuízos alegados referentes à locação de imóvel no período de atraso, bem como quanto aos danos morais, o que importa no reconhecimento da sucumbência recíproca.

Ante o exposto, é de ser confirmada integralmente a respeitável sentença.

Por tais razões, nega-se provimento a ambos os recursos.

MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO
Relator”.

Neste sentido, a recente Súmula 543, do E. STJ, vem assim redigida:

“Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

No mais, muito embora este Juízo em ocasiões anteriores, tenha julgado procedentes pretensões análogas àquela deduzida em Juízo pelos autores nos presente autos – notadamente aquela consubstanciada na devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem - , em realidade, em data recente, o E. STJ – guardião maior da legislação federal em nosso País - cuidou de pacificar a questão, assim se posicionando:

“ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no caso concreto, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese: "Legitimidade passiva "ad causam" da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor". Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido, apenas quanto à tese repetitiva, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Sustentaram oralmente o Dr. Rubens Carmo Elias Filho, pelo Recorrente Topazio Brasil Empreendimento Imobiliário SPE Ltda, e o Dr. Marcelo de Andrade Tapai, pelo Recorrido Carlos Tukamoto.

Brasília, 24 de agosto de 2016. (Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.551.951 - SP (2015/0216201-2)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RECORRENTE : TOPAZIO BRASIL EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA
ADVOGADOS : CARLA MALUF ELIAS E OUTRO(S)
DANILO DE BARROS CAMARGO
RECORRIDO : CARLOS TUKAMOTO
ADVOGADOS : JULIO CESAR ALVES
MARCELO DE ANDRADE TAPAI E OUTRO(S)
INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIARIAS - ABRAINCO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : FLÁVIO LUIZ YARSHELL
ELIZANDRA MENDES DE CAMARGO DA ANA
INTERES. : INSTITUTO POTIGUAR DE DEFESA DOS CONSUMIDORES - IPDCON - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : ISLAYNNE GRAYCE DE OLIVEIRA BARRETO
EVERTON MEDEIROS DANTAS
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON - FPOLIS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : DIOGO BONELLI PAULO
MARCUS VINÍCIUS MOTTER BORGES E OUTRO(S)
INTERES. : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - "AMICUS CURIAE"



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ADVOGADO : JOSE CARLOS BAPTISTA PUOLI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por **TOPAZIO BRASIL EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA** em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL NOVO - Atraso na entrega a ser ressarcido até o efetivo recebimento das chaves - Imposição unilateral de comissão de corretagem sem possibilidade de recusa pelo comprador - Venda casada configurada - De rigor o ressarcimento ao autor do valor desembolsado a este título - Ausência de contraio descritivo dos serviços que permitiriam cobrança de taxa de assessoria imobiliária - Devolução da quantia mantida - Inteligência do art. 39, I, da Lei nº 8078-90 - Ilícito civil que determina a obrigação de pagar tal quantia ao consumidor com juros e correção monetária independentemente de ter sido o pagamento efetuado a outrem - Atraso deveras previsível e comum em negócios de tal natureza, já compensado pela indenização mensal - Dano moral indenizável não configurado - Litigantes que foram vencidos em substancial parte das pretensões - Manutenção da divisão das custas e despesas processuais e que cada qual remunere seus próprios patronos de rigor - Recurso do autor parcialmente provido para impor a devolução da taxa de corretagem com juros de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pela tabela prática do TJSP a partir do desembolso e recurso da ré desprovido. (fl. 432)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 455/459).

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 14, 18 e 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, dos arts. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, e dos arts. 265, 724 e 725 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial, sob os argumentos de: (a) ilegitimidade passiva da incorporadora; (b) inexistência de solidariedade entre a construtora e a sociedade corretora; (c) inexistência de vício do produto ou fato do produto ou serviço; (d) existência de empreendimentos de outras corretoras no *stand* de vendas; (e) inoportunidade de venda casada; (f) clareza da informação publicitária e contratual; (g) legalidade da transferência ao consumidor do encargo da comissão de corretagem; (h) "praxe comercial na venda de imóveis novos"; e (i) efetiva prestação dos serviços de corretagem e de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Aduz, também, divergência jurisprudencial, citando acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, bem como acórdão desta Corte Superior.

Contrarrazões às fls. 509/526.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia (cf. fls. 528/531) e encaminhado a esta Corte Superior, tendo sido distribuído à minha relatoria.

Tendo em vista a multiplicidade de recursos identificados pelo Tribunal de origem com fundamento em idêntica controvérsia, decidi afetar o presente recurso à SEGUNDA SEÇÃO para, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, uniformizar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

do entendimento sobre a legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor (tema 939).

Tendo em vista a multiplicidade de reclamações que estavam aportando nesta Corte Superior, determinei extensão do sobrestamento de recursos aos Juizados Especiais (cf. fl. 548).

Posteriormente, nos autos da Medida Cautelar 25.323/SP, o sobrestamento foi estendido para todas as ações pendentes sobre o tema.

Intervieram na lide recursal, na qualidade de *amici curiae*, a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU, a UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIA-ABRAIN, o SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA GRANDE FLORIANÓPOLIS - SINDUSCON/FPOLIS e o SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DE GRANDES ESTRUTURAS NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDUSCON/SP.

O INSTITUTO POTIGUAR DE DEFESA DOS CONSUMIDORES - IPDICON, embora admitido como *amicus curiae*, não se manifestou a respeito da questão afetada (cf. fl. 1442).

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO opinou pela legitimidade passiva das incorporadoras (cf. fls. 551/556).

A UNIÃO opinou pela invalidade da cláusula que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem (cf. fls. 1869/1876).

Por sua vez, a ABRAIN (fls. 1323/1423) e o SINDUSCON - FPOLIS (fls. 1678/1724), opinaram pela ilegitimidade passiva das incorporadoras.

O SINDUSCON - SP manifestou pela legalidade da transferência da obrigação para o consumidor, pela legalidade da SATI e pela prescrição trienal da pretensão de restituição do valor pago a título de comissão de corretagem.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, como *custos legis*, ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

-Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ nº 8/2008, que aponta violação aos arts. 256, 265, 724 e 725, todos do CC, 267, VI, do CPC, e dissídio jurisprudencial.

-Tese para os efeitos do art. 543-C, do CPC: "legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor".

-Flexibilização dos requisitos de admissibilidade em atenção ao interesse público sobre a tese do recurso repetitivo, devendo ser mitigada a incidência das súmulas 5 e 7, do STJ, em análise preliminar.

-Acerca do caso concreto, verifica-se que o acórdão recorrido não infringiu o disposto no art. 535, do CPC, pois trouxe fundamentação clara e suficiente para dirimir a controvérsia integralmente, embora desfavorável aos interesses do Recorrente, o que não caracteriza prestação jurisdicional deficiente.

-Tese fixada: o dever de transparência obriga o vendedor a estabelecer explicitamente cláusula que obriga o consumidor a assumir quaisquer encargos, legais ou consensuais, mesmo que tais cobranças sejam praxe do mercado local, sendo ilegal a imposição do pagamento de comissão de corretagem e taxa de assessoria imobiliária (SATI) sobre contrato de serviços de corretagem do qual o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

consumidor não anuiu, requereu expressamente ou lhe foi diminuída a possibilidade de contestar, como se dá nos contratos de adesão, restando configurada a venda casada (prática abusiva) quando tais cobranças são condicionantes do negócio jurídico, sendo, nessas hipóteses, devida a restituição dos referidos encargos ao consumidor, pela construtora/incorporadora e pelo corretor/imobiliária, obrigados em solidariedade.

- Parecer pelo improvimento do recurso especial. (fls. 1445/1462)

No dia 09/05/2016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo havido manifestação oral de 14 expositores, além do Ministério Público Federal (cf. fls. 1/609, apenso 1).

Paralelamente a este recurso, encontra-se afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos o REsp 1.551.986/SP, referente ao tema da ilegitimidade.

Referente ao mérito da controvérsia (tema 938), encontram-se afetados os seguintes recursos especiais representativos da controvérsia: 1.599.510/SP, 1.551.956/SP, 1.599.511/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF.

O recorrido CARLOS TUKAMOTO apresentou nos autos parecer da lavra da Prof.^a JUDITH MARITINS-COSTA e do advogado Dr. GUSTAVO HAICAL (fls. 1447/1516).

Por sua vez, a recorrente TOPÁZIO EMPREENDIMENTOS apresentou parecer da Prof.^a CLÁUDIA LIMA MARQUES (fls. 1796/1836).

Também houve apresentação dos seguintes pareceres em favor da tese das incorporadoras, nos autos do REsp 1.551.956/SP: ARAKEN DE ASSIS (fls. 2561/2594), ADA PELLEGRINI GRINOVER (fls. 2967/3011), HUMBERTO THEODORO JR. (fls. 3012/3059), GUSTAVO H. B. FRANCO (fls. 3060/3067).

O Ministério Público Federal ofereceu alegações finais às fls. 1979/1984, reiterando o parecer de fls. 1445/1462, exceto quanto à responsabilidade solidária dos corretores pela restituição do valor da comissão de corretagem, que entendeu não cabível.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes colegas. O presente processo, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, envolve questão de extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Início analisando a questão afetada ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015), relativa à legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

Essa controvérsia diz respeito a uma das condições da ação, que se inserem na categoria dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Segundo parte da doutrina processual brasileira, as condições da ação devem ser aferidas em abstrato, com base nas alegações deduzidas pelo autor ('*in statu assertionis*') na petição inicial, eventualmente acompanhada de documentos, aplicando-se a chamada teoria da asserção ou da prospecção (*prospettazione*, na Itália).

Essa teoria é esposada, no Brasil, por doutrinadores como ALEXANDRE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

FREITAS CÂMARA, KASUO WATANABE e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.
Por todos, basta transcrever a lição de BARBOSA MOREIRA:

É conquista irreversível da moderna ciência do processo a distinção entre o mérito da causa e as chamadas 'condições da ação' (rectius: condições do legítimo exercício do direito de ação).

No estágio atual da evolução científica, pode reputar-se descabida qualquer confusão entre juízo de mérito - no qual se declara fundada ou infundada a pretensão do autor, procedente ou improcedente o pedido -, e o juízo preliminar, em que se apura a concorrência daquelas condições, entre as quais se inclui a legitimatio ad causam.

Uma coisa é saber se o autor tem ou não tem, na verdade, o direito que postula; outra, bem diversa, é saber se ele está ou não habilitado a postulá-lo, a obter sobre a matéria o pronunciamento do órgão judicial, em sentido favorável ou desfavorável ao que pretende.

Tal diferenciação não é apenas de ordem doutrinária: consagra-a - e é o que mais importa - o nosso direito positivo. Basta lançar os olhos ao art. 267, VI, do Código de Processo Civil [vide art. 485, VI, do CPC/2015], segundo o qual o processo se extingue, sem julgamento do mérito, 'quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual'.

Para que o autor deva ser considerado parte legítima, não tem a menor relevância perquirir-se a efetiva existência do direito que ele alega. Nem será possível, aliás, antepor-se tal investigação ao juízo sobre a presença (ou ausência) do requisito da legitimidade, que é necessariamente, conforme se disse, preliminar. Averbar de ilegítima a parte, por inexistir o alegado direito, é inverter a ordem lógica da atividade cognitiva. A parte pode perfeitamente satisfazer a condição da 'legitimatio ad causam' sem que, na realidade, exista o direito, a relação jurídica material. Mais: não há lugar para a verificação dessa inexistência senão depois que se reconheceu a legitimidade da parte; só o pedido de parte legítima é que pode, eventualmente, ser repellido no mérito, isto é, julgado improcedente.

O exame da legitimidade pois - como o de qualquer das 'condições da ação -, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a 'res in iudicium deducta'. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica 'in statu assertionis', ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrado pela atividade instrutória.

Nada disso, aliás, representa novidade. Sob a vigência do Código anterior, e até



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

em data mais recuada, já se sublinhava em sede doutrinária a necessidade de respeitar-se a sistemática acima descrita. Em clássica monografia, publicada pela primeira vez em 1939, prelecionava, com a clareza de sempre, MACHADO GUIMARÃES: 'Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor - 'si vera sint exposita' - apreciar preliminarmente as condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor de ação; só em seguida apreciará o mérito principal - isto é, a procedência ou a improcedência da ação' (A instância e a relação processual, in Estudos de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, pág. 73).

A lição foi reiterada pelo inesquecível processualista, em trabalho referente à Carência de ação, onde recordava o ensinamento de LIEBMAN, contido em conferência que o mestre peninsular pronunciou quando de sua estada em nosso País, 'verbis': '... todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse' (in Carência de ação, publicada conjuntamente com Limites Objetivos do Recurso de Apelação, Rio de Janeiro, 1961, pág. 19).

.....
Se quiséssemos recorrer aos subsídios da melhor doutrina estrangeira, verificaríamos sem dificuldade a perfeita coincidência das posições. Atente-se, v.g., neste passo eloquente de UGO ROCCO: [...]. (Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. in: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199/201)

Em sentido oposto à teoria da asserção, outra corrente doutrinária igualmente respeitável, capitaneada por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, sustenta que as condições da ação podem ser analisadas em juízo de cognição plena, não ficando restrita às alegações deduzidas pelo autor na inicial. É a chamada teoria da apresentação ou da exposição.

Na jurisprudência desta Corte Superior, prevalece a teoria da asserção, como se verifica nos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

- A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação.

- Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados 'in status assertionis', isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 818.603/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 03/09/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO COLETIVA. SINDICATO. INTERESSE DE AGIR. CAUSA DE PEDIR. EXIGÊNCIA DE DESCRIÇÃO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL CÍVEL

9ª VARA CÍVEL

PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

PORMENORIZADA DA SITUAÇÃO DE TODOS OS SUBSTITUÍDOS. DESCABIMENTO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Coletiva proposta por sindicato em favor de servidores públicos da Universidade Federal de Pernambuco para que lhes seja reconhecido o direito à incidência de Imposto de Renda sobre verbas remuneratórias recebidas de forma acumulada por força de decisão judicial, de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que deviam ter sido pagas, e à repetição do indébito.

2. O Tribunal a quo confirmou a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que não ficou comprovado o interesse de agir.

3. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art.

535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

4. É clássica a concepção de que o interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Em outras palavras, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica.

5. Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Assertão). Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012.

6. Em ações coletivas, é suficiente para a caracterização do interesse de agir a descrição exemplificativa de situações litigiosas de origem comum (art. 81, III, do CDC), que precisam ser solucionadas por decisão judicial.

7. A exigência de que o autor arrole todas as ações judiciais ajuizadas pelos substituídos, nas quais teriam ocorrido em tese a tributação indevida, é incompatível com o microsistema do processo coletivo, em que prevalece a repartição da atividade cognitiva em duas fases, caracterizada pela limitação da cognição, num primeiro momento, às questões fáticas e jurídicas comuns às situações dos envolvidos. Apenas posteriormente, em caso de procedência do pedido, é que a atividade cognitiva é integrada pela identificação das posições individuais de cada um dos substituídos (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Teori Albino Zavascki, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 162).

8. Portanto, é prescindível que a causa de pedir da ação coletiva propriamente dita (primeira fase cognitiva) contemple descrição pormenorizada das situações individuais de todos os servidores que supostamente foram submetidos a pagamento indevido de Imposto de Renda.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1.395.875/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014, sem grifos no original)

Deve-se, portanto, analisar a questão da legitimidade das incorporadoras com base na teoria da asserção.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Nessa linha, considerando, em tese, as alegações dos consumidores, observa-se nesse tipo de demanda a afirmação de que o consumidor compareceu a um estande de vendas com o objetivo de comprar um imóvel, mas acabou sendo obrigado a arcar com os custos dos serviços de corretagem prestados por corretores escolhidos pela incorporadora.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da inicial dos presentes autos:

No dia em que o autor esteve presente no stand de vendas da ré, foi atendido por um vendedor, funcionário da Lopes, preposta da ré e responsável pela vendas das unidades, o qual apresentou o projeto do empreendimento, o preço e as formas de pagamento.

O vendedor da Lopes, de apelido Passarela, informou que a unidade estava à venda por RS 500.000,00 (quinhentos mil reais), conforme documento 14, o que depois ele verificou não ser verdadeiro, pois conforme contrato o real valor da unidade era RS 487.175,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais - doc. 18), ou seja, havia uma diferença de RS 12.825,00 (doze mil, oitocentos e vinte e cinco reais).

Essa diferença é justamente o que a ré exigiu que o autor pagasse por um serviço de corretagem imobiliária que NÃO FOI CONTRATADO por ele, pois os corretores de plantão que lá estavam no stand de vendas nada mais são do que meros VENDEDORES contratados pela empresa-ré (em relação de prestação de serviços) para realizarem a venda das unidades.

Nunca houve o pressuposto da INTERMEDIACÃO para aquisição deste imóvel, pois o vendedor de nome Passarela, que atendeu o autor, nada mais é do que prestador de serviços da Lopes, empresa contratada pela Topázio (Lucio/Cyrela). (fls. 7)

Analisando-se essas alegações, em tese, com base na teoria da asserção, cumpre indagar se, caso sejam verdadeiras as alegações do autor, a incorporadora poderia ser condenada a ressarcir os valores pagos a título de corretagem?

À primeira vista, pode parecer que caberia ao corretor figurar no polo passivo da relação processual, pois foi quem recebeu os valores diretamente do consumidor.

Contudo, analisando-se as alegações dos consumidores, não se observa nenhuma insurgência quanto à existência de um contrato de corretagem e à necessidade de se remunerar o corretor pelos serviços prestados.

A questão suscitada pelos consumidores se limita a estabelecer quem deve assumir o encargo dessa remuneração.

Sob a ótica dos consumidores, a corretagem foi contratada pela incorporadora, de modo que esta é quem deveria responder por esse encargo.

Por decorrência lógica, para que o encargo recaia sobre a incorporadora, deve-se admitir o ajuizamento da demanda contra esta, ou seja, reconhecer a legitimidade passiva *ad causam*.

Observe-se o raciocínio acima se limita à questão da legitimidade passiva, pois a análise da efetiva obrigação de ressarcir os consumidores é questão de mérito, a ser enfrentada em outra oportunidade.

De outra parte, com relação aos custos do serviço de assessoria imobiliária (SATI), os consumidores também alegam que se trata de serviço contratado pela incorporadora, mas com encargo transferido para consumidores.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da petição inicial destes autos:

E não foi só, pois além da imposição do pagamento de uma comissão de corretagem, fora imposto ao autor o pagamento de mais R\$ 2.397,30 (dois mil, trezentos e noventa e sete reais e trinta centavos), a título de SATI (Serviço de Assessoria Técnico imobiliária); serviço este como condição 'sine qua non' para celebração do negócio jurídico.

O autor chegou a questionar o pagamento dessas comissões de corretagem e da SATI, haja vista não ter contratado qualquer pessoa para encontrar esse empreendimento, mas como resposta foi informado que o pagamento das comissões de corretagem pelos compradores era uma praxe no mercado imobiliário, e que o pagamento da SATI era imprescindível para a concretização do negócio que seria firmado junto à ré, e que caso ele discordasse desse pagamento, não haveria continuidade no atendimento. (fl. 8)

As alegações deduzidas pelos consumidores com relação à SATI, portanto, são semelhantes, às afirmações feitas a respeito da comissão de corretagem, devendo-se adotar, portanto, a mesma solução, admitindo-se a legitimidade passiva da incorporadora.

Propõe-se, portanto, a consolidação da tese nos seguintes termos:

Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

Não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária das construtoras, como sugerido pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, porque a afetação se limitou à responsabilidade das incorporadoras.

Ademais, nos casos em que a incorporadora contrata uma construtora autônoma (não integrante de seu grupo econômico) para executar a obra, seria questionável a legitimidade desta para responder pela restituição da comissão de corretagem, por ser fato completamente estranho ao serviço de construção civil prestado.

Também não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária da empresa imobiliária, do corretor ou do assessor que recebeu diretamente do consumidor os valores correspondentes à comissão de corretagem e à assessoria imobiliária.

Essa omissão atende aos limites do tema afetado, bem como às circunstâncias fáticas dos casos concretos submetidos a julgamento, pois, em nenhum dos dois recursos especiais paradigmas do tema da legitimidade, houve ajuizamento contra a imobiliária, o corretor ou o assessor.

Nada, impede, contudo, que os Tribunais de origem, verificando multiplicidade de recursos sobre as questões não abordadas neste voto, encaminhem novos recursos especiais representativos da controvérsia - RRC a esta Corte Superior, ou promovam a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR.

Fixada a tese, passo à análise do recurso especial interposto pela recorrente, **TOPAZIO BRASIL EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA**.

Inicialmente, aplica-se a tese firmada neste voto para se reconhecer a legitimidade da incorporadora para figurar no polo passivo da presente lide.

Quanto à polêmica central do presente recurso, aplicam-se as teses firmadas nesta sessão de julgamento, no REsp 1.599.511/SP (tema 939), abaixo transcritas:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

No caso, o juízo de origem havia determinado a restituição apenas do valor pago a título de SATI.

Na apelação do consumidor, o Tribunal de origem ampliou a procedência dos pedidos para determinar, também, a restituição da comissão de corretagem.

Esse entendimento do Tribunal *a quo* está em dissonância com a tese n. 1, acima listada, pois transferência do encargo da comissão de corretagem para o consumidor é válida, desde que cumprido o dever de informação.

Destarte, o parcial provimento do recurso especial da incorporadora é medida que se impõe, para que sejam restaurados os comandos da sentença.

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

(ii) dar parcial provimento ao recurso especial para restaurar os comandos da sentença.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

Senhor Presidente, na questão da legitimidade, peço a Vossa Excelência que faça constar que fico vencido, entendendo que a questão se envolve com o mérito”.

Dando os trâmites por findos e por estes fundamentos, julgo procedente a presente ação judicial movida por Alexsandro de Oliveira e Micheli Aparecida de Oliveira contra a SPE 04 Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outras..

Via de consequência, DECLARO por sentença judicial rescindido o “Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de lote Residencial”, objetivando a futura unidade lote 17 da quadra 24, integrante do “Loteamento Reserva Santa Maria 2”, remetendo-se as partes litigantes ao status quo ante ao momento da sua assinatura,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL CÍVEL
9ª VARA CÍVEL
PRAÇA JOÃO MENDES S/Nº, São Paulo - SP - CEP 01501-900
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

CONDENANDO ainda as co-rés de forma solidária “a restituir aos Autores e em parcela única, o valor de R\$ 74.065,51, correspondente ao equivalente a 100% (cem por cento) dos valores pagos” à título de prestações mensais respectivas, devidamente corrigido partir de cada desembolso.

Juros moratórios legais devidos desde a data da citação das co-rés.

Na forma do disposto no artigo 86, do novo Código de Processo Civil, noto que ambas as partes litigantes são sucumbentes recíprocas, razão pela qual todas as despesas processuais e custas judiciais - aquelas referentes à ambas as demandas - serão igualmente suportadas pelas mesmas, sendo que seus causídicos serão pagos por cada constituinte.

P. R. I. C

São Paulo, 12 de janeiro de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**