



APELAÇÃO nº 0036611-51.2013.8.19.0014
APELANTE 1: CONSTRUTURA TENDA S/A
APELANTE 2: FABIANI CARDOSO DE ARAUJO
APELADOS: OS MESMOS
APELADO: BANCO BMG S A
RELATOR: ANTONIO CARLOS ARRÁBIDA PAES

V.C

Ementa: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. RESCISÃO CONTRATUAL POR CULPA DA CONSTRUTORA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. INAPLICABILIDADE DE MULTA MORATÓRIA E LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações interpostas contra sentença proferida em ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada por compradora de imóvel em face de construtora, em razão de atraso na entrega de unidade imobiliária adquirida, na qual se pleiteia a rescisão contratual, restituição de valores pagos, indenizações e aplicação de cláusulas contratuais.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há quatro questões em discussão: (i) definir se a rescisão contratual ocorreu por culpa da construtora ou da compradora; (ii) estabelecer se é devida a restituição integral dos valores pagos; (iii) determinar a incidência de cláusula penal, lucros cessantes e danos morais; (iv) fixar o termo inicial dos juros de





mora e a possibilidade de honorários contratuais.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Reconhece-se a relação de consumo, aplicando-se o CDC, uma vez que a compradora é destinatária final e a construtora fornecedora de serviços.

4. Configura inadimplemento contratual exclusivo da construtora o atraso excessivo e injustificado na entrega do imóvel, superior ao prazo contratual com tolerância.

5. Afasta-se a alegação de culpa da compradora pela não obtenção de financiamento, pois a recusa em prosseguir no contrato é legítima diante do descumprimento da obrigação principal pela vendedora.

6. Impõe-se a restituição integral das parcelas pagas, inclusive comissão de corretagem, quando a rescisão decorre de culpa exclusiva da construtora, em observância à Súmula 543 do STJ e à Súmula 98 do TJ/RJ.

7. Determina-se a incidência de juros de mora desde a citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, afastando-se a aplicação do Tema 1002 do STJ por inaplicável ao caso.

8. Admite-se a inversão da cláusula penal compensatória estipulada apenas em desfavor do consumidor, aplicando-a contra a construtora, conforme Tema 971 do STJ.

9. Afasta-se a aplicação da cláusula penal moratória e dos lucros cessantes, diante da ausência de fruição do imóvel e da impossibilidade de quantificação, além da vedação de cumulação, nos termos do Tema 970 do STJ.

10. Rejeita-se o pedido de danos morais, pois o atraso na entrega do imóvel, por si só, não configura dano extrapatrimonial sem demonstração de circunstâncias excepcionais.





11. *Afasta-se a condenação ao pagamento de honorários contratuais, por se tratar de ajuste privado não imputável à parte adversa.*

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. *Recurso da ré desprovido e recurso da autora parcialmente provido.*

Tese de julgamento:

1. *O atraso injustificado na entrega de imóvel configura inadimplemento contratual da construtora e autoriza a rescisão com restituição integral dos valores pagos pelo comprador.*

2. *É cabível a inversão da cláusula penal compensatória prevista em desfavor do consumidor para aplicação contra a construtora inadimplente.*

3. *A cláusula penal moratória não se cumula com lucros cessantes e pode ser afastada quando inviável sua quantificação.*

4. *O dano moral por atraso na entrega de imóvel não é presumido, exigindo comprovação de circunstâncias excepcionais.*

5. *Os juros de mora, em responsabilidade contratual, fluem desde a citação.*

Dispositivos relevantes citados: CDC, arts. 2º e 3º; CC, art. 405; CPC, art. 85.

Jurisprudência relevante citada: STJ, Súmula 543; STJ, Tema 971; STJ, Tema 970; STJ, Tema 1002; TJ/RJ, Súmula 98.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n.º 0036611-51.2013.8.19.0014 em que são Apelantes CONSTRUTURA TENDA S/A e FABIANI CARDOSO DE ARAUJO, figurando como Apelados OS MESMOS.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Décima





Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, **em negar provimento ao recurso da parte Ré e dar parcial provimento ao recurso da parte Autora**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto ante o julgado proferido nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada por FABIANI CARDOSO DE ARAUJO em face de CONSTRUTURA TENDA S/A, na qual alega a Autora, em síntese, “(...) *atraso na entrega de imóvel adquirido no empreendimento "Residencial Mondrian Life", localizado em Campos dos Goytacazes/RJ. Segundo a autora, foi firmado contrato para aquisição do apartamento A302, bloco A01, pelo valor de R\$ 84.000,00, com pagamento de sinal, parcelas e financiamento pela CEF. Todavia, no contrato constou valor inferior (R\$ 77.233,34), com divergência nos valores pagos de entrada e nas parcelas mensais. A entrega da unidade estava prevista para 30/08/2010, com tolerância de 180 dias, o que não se cumpriu, sendo a obra iniciada apenas em 2012 e, conforme site da própria ré, com previsão de conclusão para 2014. A autora afirma ter quitado até então o valor de R\$ 20.768,35, que, atualizado, soma R\$ 38.236,61. Alega que o descumprimento contratual lhe causou diversos prejuízos, inclusive perda da oportunidade de alugar o imóvel, e que faz jus à multa contratual prevista de 0,5% ao mês pelo atraso, nos termos da cláusula 9ª, §3º do contrato. Requer ainda indenização por danos morais, lucros cessantes, perdas e danos, bem como a dedução desses valores no eventual saldo devedor remanescente para financiamento. Informa que, com a atualização dos valores pagos, multa, subsídio do governo e demais compensações, já teria quitado o imóvel, fazendo jus à escritura definitiva. Diante disso, pleiteia tutela antecipada para obrigar a ré a entregar o imóvel tão logo emitido o habite-se, independentemente da conclusão de financiamento, bem como se abster de negociar a unidade. Ao final, requer a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, lucros cessantes, multa contratual, restituição de valores pagos, valor do subsídio federal, saldo credor apurado e honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais.*”, conforme relatório





da sentença que se adota na forma regimental.

Assim constou na parte dispositiva da sentença – Índice Eletrônico nº 331:

“ISTO POSTO, julgo parcialmente procedentes os pedidos para resolver o contrato celebrado entre as partes e condenar a ré a restituir à parte autora todos os valores por este pagos pelo contrato, inclusive despesas e comissão de corretagem, acrescidos de correção monetária desde as datas dos desembolsos até o trânsito em julgado desta sentença, a partir do qual deverão ser acrescidos de correção pela taxa SELIC.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, condeno as rés ao pagamento de metade das custas do processo e de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

Condeno a parte autora ao pagamento de metade das custas do processo e de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre a diferença entre o valor da causa e o valor da condenação, respeitada a gratuidade de justiça.

Após o trânsito em julgado e o cumprimento da sentença, dê-se baixa e arquivem-se.

P.I.”

Razões de recurso da parte Ré – Índice Eletrônico nº 341 – pugnando pela reforma da sentença para que seja declarado que a rescisão do contrato ocorreu por culpa exclusiva da Autora, que não efetuou o pagamento das parcelas contratadas. Requer, como consequência, a restituição à Autora de apenas 80% dos valores por ela desembolsados, nos termos da cláusula 21, I, “b” da Promessa de Compra e Venda, bem como a reversão do valor pago a título de arras em seu favor. Na hipótese de manutenção da restituição integral, pugna pela fixação da incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da decisão, em observância ao Tema 1002 do STJ.





Razões de recurso da parte Autora – Índice Eletrônico nº 381 – sustentando que a sentença se equivocou ao julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos morais, lucros cessantes e multa contratual, bem como ao não reconhecer o direito aos honorários contratuais. Afirma que não há incompatibilidade lógica entre a rescisão por culpa da Ré e a reparação integral dos danos, reiterando que o atraso na entrega do imóvel configurou frustração do sonho da casa própria. Pleiteia a reforma da sentença para a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais, multa contratual e honorários advocatícios contratuais.

Contrarrazões da parte Ré em índice eletrônico nº 395 e da Autora em índice eletrônico nº 406.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre observar que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso interposto.

As normas consumeristas se enquadram no caso em exame, pois a parte Autora se amolda na figura de consumidor (art. 2º do CDC), enquanto a construtora se encaixa perfeitamente como fornecedor de serviços (art. 3º do CDC).

O recurso da construtora Ré foca na alegação de que a rescisão contratual se deu por culpa exclusiva da Autora devido à sua inadimplência na obtenção do financiamento imobiliário e não quitação do saldo devedor.

Contudo, a tentativa da Ré de transferir a responsabilidade para a Autora, alegando que esta não obteve o financiamento, não prospera. A própria construtora reconhece que a obra, que deveria ter sido entregue em agosto de 2010 (índice nº 22, fl. 36, item 5 do quadro resumo) com tolerância até fevereiro de 2011 (índice nº 22, fl. 48, cláusula 9ª, §1º), tinha previsão de





conclusão para 2014, conforme seu próprio site (índice nº 22, fl. 74). Tal atraso prolongado é inescusável, configurando inadimplemento contratual por parte da promitente vendedora.

Deste modo, a sentença entendeu de forma correta pela legitimidade da recusa da Autora em efetuar o pagamento do saldo devedor, ou mesmo em prosseguir com o financiamento em tal cenário, como bem ressaltado pelo magistrado *a quo*: “*Nem se diga que o consumidor teria também restado inadimplente, ante o não pagamento do saldo devedor, pois tal recusa de pagamento foi absolutamente legítima, ante a não entrega das chaves do imóvel no prazo acordado.*”

Caracterizado, portanto, o inadimplemento culposo e exclusivo da construtora, a restituição integral das parcelas pagas à promitente compradora é medida que se impõe. Nesse sentido, a Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça:

“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.”

Este Tribunal possui a Súmula nº 98, que dispõe:

“Na ação de rescisão de negócio jurídico, por culpa do vendedor, cumulada com restituição de parcelas pagas, descabe o abatimento de valores referentes à taxa de administração do empreendimento frustrado, mesmo que destinadas ao pagamento de comissões, intermediações e outras despesas de comercialização, devendo a devolução efetivada ao comprador ser plena, de modo a assegurar-lhe o exato recebimento de tudo o que despendeu.”

A sentença, ao determinar a restituição de todos os valores pagos pela Autora, inclusive despesas e comissão de corretagem, agiu em





consonância com a jurisprudência, pois a rescisão por culpa da construtora impõe o retorno das partes ao *status quo ante*, como se o negócio jamais tivesse existido. Não há que se falar, assim, em retenção de valores pela construtora ou na aplicação da cláusula 21, I, “b” do contrato, que somente se aplicaria em caso de rescisão por culpa do comprador.

Registre-se, no entanto, que a sentença de primeiro grau, ao prever apenas a correção monetária para o período entre os desembolsos e o trânsito em julgado para os valores a serem restituídos, foi omissa quanto aos juros de mora, sendo necessária a retificação neste ponto.

Em se tratando de responsabilidade contratual por culpa do devedor, dispõe o artigo 405 do Código Civil:

“Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.”

Desta forma, os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês deverão incidir sobre os valores a serem restituídos a partir da citação, além da correção monetária desde cada desembolso. Da data do trânsito em julgado, a aplicação da taxa SELIC englobará ambos os encargos, conforme já determinado em sentença.

Afastado o Tema 1002 do STJ, uma vez que aplicável aos casos de rescisão de contrato por iniciativa ou culpa do comprador, o que não é o caso dos autos, onde a culpa pela rescisão foi atribuída à construtora.

Portanto, a apelação da Ré não merece provimento.

Por sua vez, a Autora busca a reforma da sentença para incluir a condenação da Ré ao pagamento de indenização por danos morais, lucros cessantes e cláusula penal moratória, bem como dos honorários advocatícios contratuais.

De início, é crucial distinguir entre a cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória. A primeira visa a recompor a parte lesada por perdas e danos decorrentes do inadimplemento total da





obrigação ou da sua rescisão, podendo ser cumulada com a obrigação principal se a sua finalidade for distinta. Já a segunda se refere à mora, ou seja, ao atraso no cumprimento da obrigação, sendo, em regra, cumulável com a exigência da obrigação principal.

No caso em tela, a rescisão contratual se deu por culpa exclusiva da vendedora, autorizando, assim, a aplicação de uma multa compensatória em favor da Autora.

Com base no Tema 971 do STJ, é possível inverter a cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor, aplicando-a contra a construtora em caso de inadimplemento, visando à isonomia contratual:

“No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.”

No caso concreto, verifica-se a previsão, em cláusula 21ª, inciso I, alínea b, do contrato (índice eletrônico nº 22, fl. 53), de multa compensatória de 20% sobre o valor pago pelo comprador em caso de rescisão contratual por culpa daquele. Cabível, portanto, a inversão da cláusula penal compensatória, devendo a vendedora pagar a referida multa à compradora, calculada sobre os valores que a Autora efetivamente pagou à construtora.

No entanto, no tocante à cláusula penal moratória (multa de 0,5% ao mês por atraso) e aos lucros cessantes, não há como quantificá-los ou aplicá-los no presente caso. A Autora não chegou a receber as chaves do bem e, diante do atraso, demonstrou desistência da compra, o que culminou na rescisão contratual. A penalidade moratória incidiria a partir da data do atraso na entrega do imóvel até a efetiva entrega das chaves ou rescisão, compensando a não fruição do bem. Contudo, não houve fruição ou expectativa de fruição para o fim a que se destina o bem, especialmente após





a desistência da compra. A ausência de entrega das chaves à Autora e a posterior revenda do imóvel a terceiros, sem que a Autora tivesse tido posse, inviabiliza a quantificação da cláusula penal moratória, estando correta, neste ponto, a sentença.

Ademais, consoante a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 970, *“A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.”* Uma vez que a cláusula penal moratória não se mostra aplicável no caso concreto, também não há que se falar em condenação a título de lucros cessantes, que visam à mesma finalidade de compensar a não fruição do bem.

Assim, o recurso da Autora é parcialmente provido neste ponto para conceder a multa compensatória, mas negar a multa moratória e os lucros cessantes.

No que diz respeito ao dano moral, a sentença não merece retoque, pois a hipótese em exame não comporta dano moral indenizável.

Consoante entendimento que vem se consolidando no egrégio STJ, nos casos de atraso de entrega de imóvel, o dano moral não é presumido, isto é, somente se configura a lesão extrapatrimonial quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes/compradores.

Na hipótese, reitere-se, não há qualquer comprovação de mácula, abalo psíquico ou circunstância excepcional, hábeis a evidenciar lesão extrapatrimonial que transcenda o mero aborrecimento decorrente do descumprimento contratual. Este Colegiado vem afastando as verbas indenizatórias dos alegados danos morais, em litígios envolvendo atraso na entrega de imóvel, quando ausentes circunstâncias extraordinárias, aptas a violar direitos da personalidade do autor.





Por fim, pleiteia a Demandante o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais. No entanto, o entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal é de que os honorários contratuais, por serem oriundos de pacto privado entre a parte e seu advogado, não podem ser imputados à parte sucumbente, cuja condenação se limita aos honorários sucumbenciais, nos termos do artigo 85 do CPC.

Ante ao exposto, meu voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA** para:

1. Manter a rescisão contratual e a condenação à restituição integral dos valores pagos pela Autora, inclusive despesas e comissão de corretagem, acrescidos de correção monetária desde cada desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, e, a partir do trânsito em julgado, correção pela taxa SELIC; e
2. Condenar a Ré ao pagamento de multa compensatória de 20% (vinte por cento) sobre o valor total pago pela Autora, a ser atualizado monetariamente desde cada desembolso, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Antonio Carlos Arrábida Paes
Desembargador
Relator

