



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2017.0000664200

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0023203-35.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é requerente MM JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Turma Especial - Privado 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, deliberaram a apreciar o mérito e fixar as seguintes teses jurídicas da causa piloto que se processa em Primeira Instância.

TEMA 01: É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível. Tese jurídica proposta pelo Relator e aprovada por maioria simples de votos: É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível. Vencidos os Desembargadores Elcio Trujillo, Luis Mario Galbetti, Carlos Alberto Garbi e Beretta da Silveira.

TEMA 02: Admite-se que o prazo de entrega da unidade autônoma tenha termo inicial da data de obtenção do financiamento pelo adquirente, desde que a cláusula contratual seja redigida de modo claro e não ultrapasse seis meses da data do registro da incorporação (art. 34, Lei 4.491/64). Tese jurídica proposta pelo Relator rejeitada, vencidos os Desembargadores Francisco Loureiro (Relator), Percival Nogueira, James Siano, Galdino Toledo, Álvaro Passos, Luis Mario Galbetti e Mary Grun. Tese jurídica aprovada por maioria simples de votos, conforme a proposta do Desembargador Carlos Alberto Garbi: Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o prazo certo para formação do grupo de adquirentes e para entrega do imóvel. Vencidos os Desembargadores Donegá Morandini, Piva Rodrigues, James Siano e Fábio Quadros.

TEMA 03: Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora. Por unanimidade, deram por prejudicado em razão da afetação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça (REsps 1614721/DF e 1631485/DF, Tema 971), nos termos do disposto no art. 976, parágrafo 4º, do CPC.

TEMA 04: Indenização por danos morais em virtude do atraso na entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores. Por unanimidade, rejeitaram o estabelecimento de qualquer tese em razão do tema envolver necessariamente matéria fática ao exame de cada caso concreto.

TEMA 05: O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada". Tese jurídica proposta pelo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Relator e aprovada por maioria simples de votos: O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada. Vencidos os Desembargadores Grava Brazil e Donegá Morandini

TEMA 06: É ilícito o repasse dos juros de obra ou juros de evolução da obra, após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves de unidade autônoma, incluído o período de tolerância. Tese jurídica proposta pelo Relator e aprovada por unanimidade: "É ilícito o repasse dos "juros de obra", ou "juros de evolução de obra", ou taxa de evolução da obra", ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tole", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), ELCIO TRUJILLO, JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, LUIS MARIO GALBETTI, CARLOS ALBERTO GARBI, MARY GRÜN, GRAVA BRAZIL, PERCIVAL NOGUEIRA, BERETTA DA SILVEIRA, PIVA RODRIGUES, NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, SILVÉRIO DA SILVA, JAMES SIANO, GALDINO TOLEDO JÚNIOR E ALVARO PASSOS.

São Paulo, 31 de agosto de 2017

FRANCISCO LOUREIRO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Processo nº: 0023203-35.2016.8.26.0000

Classe: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Assunto: Promessa de Compra e Venda

Órgão Julgador: Turma Especial Direito Privado 1

Partes: Requerente MM JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA

CIVEL DA COMARCA DE PIRACICABA

Interessados:

- Júnior de Moura Ataíde
- MVR Engenharia e Participações S/A
- Parque Piazza Navona incorporações SPE Ltda.
- Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC
- Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC
- Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do governo do Estado de São Paulo – Procon/SP
- Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo
- Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI
- Sindicato da Indústria da construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo - SINDUSCON-SP

Foro/Vara de origem: Foro de Piracicaba - 5ª. Vara C



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 31361

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

TEMAS RELACIONADOS AOS REQUISITOS E EFEITOS DO ATRASO DE ENTREGA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM CONSTRUÇÃO.

TEMAS APROVADOS PELA TURMA JULGADORA

Tema no. 01 - “É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

Tema no. 02 - “Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o prazo certo para a formação do grupo de adquirentes e para a entrega do imóvel.”

Tema no. 05 - “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”

Tema 06 - “É ilícito o repasse dos “juros de obra”, ou “juros de evolução da obra”, ou “taxa de evolução da obra”, ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância”.

Tema 07 - “A restituição de valores pagos em excesso pelo promissário comprador em contratos de compromisso de compra e venda far-se-á de modo simples, salvo má-fé do promitente vendedor”.

Tema 08 - “O descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e da multa contratual sobre o saldo devedor. Devem ser substituídos indexadores setoriais, que refletem a variação do custo da construção civil, por outros indexadores gerais, salvo quando estes últimos forem mais gravosos ao consumidor”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tema 09 - “Não se aplica a multa prevista no artigo 35, parágrafo 5º. da L. 4.591/64 para os casos de atraso de entrega das unidades autônomas aos promissários compradores”.

TEMAS PREJUDICADOS OU REJEITADOS

Tema 03 – “Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora”.

Tema 04 – “Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores”.

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976/987 NCPC) instaurado a requerimento do MM. Juiz de Direito Mauro Antonini, Titular da 5ª. Vara Cível da Comarca de Piracicaba, utilizando como caso paradigma ação indenizatória por atraso de entrega de unidade autônoma futura, em contrato de compromisso de compra e venda.

Propõe o MM. Juiz de Direito que as questões repetitivas objeto do presente pedido de resolução, comuns a milhares de ações similares que se processam em todo o Estado de São Paulo, abordem os seguintes temas:

- a) Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato;**
- b) Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;**
- c) Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora,

- d) Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;**
- e) Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso;**
- f) Illicitude da taxa de evolução de obra;**
- g) Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro;**
- h) Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes;**
- i) Aplicação da multa do art. 35 , parágrafo 5º., da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente;**

Entende o MM. Juiz de Direito proponente que existe o risco de sentenças contraditórias geradoras de insegurança jurídica, de modo que a fixação de precedente de natureza vinculativa traria inúmeros benefícios aos jurisdicionados e à própria celeridade que se espera do Poder Judiciário.

Foi acolhida, em sede de juízo de admissibilidade e por maioria de votos, a proposta de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma dos artigos 976 e seguintes do NCPC (fls. 243/272).

A decisão que admitiu a instauração do incidente,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

também por maioria de votos, não determinou a suspensão de todos os processos que versam sobre os temas repetitivos.

Houve divulgação e publicidade do incidente, mediante publicação de editais e registro em banco eletrônico de dados do TJSP e CNJ (art. 979, par. 1º. NCPC e 192 RITJSP).

Determinou-se a oitiva das partes do processo do qual se extraiu o incidente, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC).

Manifestaram-se nos autos:

a) Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC

(fls. 292/333 e documentos de fls. 350/429);

b) Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC (fls. 430/437 e documentos de fls. 444/459);

c) MVR Engenharia e Participações S/A e Parque Piazza Navona incorporações STE Ltda. (fls. 460/500);

d) Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do governo do Estado de São Paulo – Procon/SP (fls. 534/583);

e) Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo – Comissão de Direito Urbanístico (fls. 584/606);

f) Sindicato das Empresas de Compra e Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI (fls. 607/638);

g) Sindicato da Indústria da construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo - SINDUSCON-SP (fls.703/767);

Foram as entidades de classe e demais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

intervenientes admitidos como *amicus curiae*.

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer (fls. 507/533).

Foi publicado edital e lançado o registro do IRDR nos bancos eletrônicos de dados do TJSP e do CNJ (art. 979, par. 1º. NCPC e 192 RITJSP).

O MM. Juiz de Direito Mauro Antonini, Titular da 5ª. Vara Cível da Comarca de Piracicaba, que requereu a instauração do presente incidente, juntou aos autos caso idêntico relativo ao mesmo empreendimento imobiliário, uma vez que o original perdeu objeto por força de transação celebrada entre as partes litigantes.

É o relatório.

I - Do cabimento do IRDR

1. Não há óbice à análise de mérito do presente IRDR.

As inúmeras manifestações colhidas dos autos são uníssonas quanto ao conhecimento e processamento do presente incidente, pois presentes preenchidos que se encontram os dois requisitos cumulativos previstos no artigo 976 do NCPC, a saber:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsias sobre o mesmo tema;

II - risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Não há dúvida alguma que os nove temas suscitados são objeto de milhares de demandas semelhantes que correm no Estado de São Paulo, algumas delas já sumuladas por este Tribunal de Justiça, tal a frequência de sua incidência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Presente também o risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. Repito aqui o que já deliberou a Turma julgadora por ocasião da decisão de admissibilidade do incidente. Sem embargo de parte dos temas objeto deste incidente de resolução de demandas repetitivas já se encontrar sumulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, persiste a utilidade e a necessidade de recebimento e processamento do presente feito.

Isso porque não se confundem os efeitos dos verbetes sumulados de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo com os efeitos da decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas.

As sumulas de jurisprudência apenas indicam o entendimento prevalecente do Tribunal de Justiça estadual, sem qualquer efeito vinculativo ou consequências processuais mais expressivas.

Já a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com o novo Código de Processo Civil, além do efeito vinculativo, gera expressiva gama de consequências processuais, dentre as quais:

- a) A possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar o entendimento firmado em incidente de resolução (artigo 332, III, NCPC);
- b) A possibilidade de o juiz conceder tutela de evidência se as alegações de fato puderem ser comprovadas por documentos e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 311, II, NCPC);
- c) A possibilidade de se promover execução provisória sem prestar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

caução (art. 521, IV, “e”, NCPC);

- d) A possibilidade de se negar provimento a recurso de apelação por decisão monocrática (art. 932, IV, “c”, NCPC)

2. Destaco que no curso do processamento do presente IRDR ocorreu a extinção do processo paradigma, por força de transação celebrada entre as partes.

Levando em conta, porém, a existência de dezenas de casos idênticos em curso perante a Comarca de Piracicaba, tendo por objeto o mesmo contrato-tipo e unidades autônomas situadas no mesmo condomínio edilício, se procedeu à alteração do caso paradigma.

Caso idêntico ao anterior foi encaminhado pelo MM. Juiz de Direito Mauro Antonini, da 5ª. Vara Cível da Comarca de Piracicaba. O feito – caso-piloto – diz respeito à unidade no mesmo edifício, e as teses jurídicas discutidas são rigorosamente iguais às da demanda original.

3. Uma palavra apenas sobre a possibilidade de processamento e julgamento de IRDR suscitado por Juiz de Direito de Primeiro Grau, tal como permite a regra expressa do artigo 977, I, do código de Processo Civil.

A questão, a rigor, já se encontra superada pelo Acórdão que, por maioria de votos, admitiu o processamento do IRDR.

O artigo 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil dispõe que *“o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”*.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Discute-se em sede doutrinária se o incidente de IRDR se encontra vinculado a uma “causa-piloto”, com julgamento de situação concreta, ou, ao contrário, de decisão abstrata de uma tese jurídica, a partir de situação padrão (**cfr. Sofia Temer, Incidente de Resolução de demandas repetitivas, Juspodium, Salvador, p. 66-67; Alexandre Freitas Câmara, O novo processo Civil Brasileiro, Atlas, p. 479; Kátia Regina Souza, Julgamento de casos repetitivos no CPC de 2.015, tese de mestrado aprovada na FDUSP, orientada pelo Des. Walter Piva Rodrigues, p; 42 e seguintes**).

Sucedee que no caso em exame, como acima mencionado, a “causa-piloto” se encontra ainda em Primeira Instância, razão pela qual, embora possam ser apreciadas as circunstâncias do caso concreto, não há como julga-la diretamente neste incidente, pena de supressão de um Grau de jurisdição.

A proposta que se faz à Turma Julgadora é a conciliação das duas correntes doutrinárias – “causa piloto” e decisão abstrata de tese jurídica - mediante cisão cognitiva do incidente. Far-se á o julgamento segundo as teses jurídicas do caso-piloto concreto. As teses firmadas servirão ao MM. Juiz de Direito para julgar a demanda, sem o risco de supressão de instancia.

Diga-se que essa cisão cognitiva é ínsita ao IRDR. Na lição de autorizada doutrina, *“há, portanto, uma cisão cognitiva —ainda que virtual e não física —, firmando-se a tese jurídica no procedimento incidental em que haverá se reproduzido o “modelo” que melhor represente a controvérsia jurídica que se repete em dezenas ou milhares de pretensões. A tese jurídica será aplicada em seguida às demandas repetitivas, por ocasião do julgamento propriamente dito da causa perante o juízo em que*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

tramitar o processo, momento este em que será feita também a análise e julgamento das questões éticas e das questões jurídicas não comuns pelo juízo competente, esgotando-se a análise da pretensão ou demanda propriamente dita” (Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil, Revista de Processo, vol.243, maio de 2.015, Editora RT, p. 290).

A questão da aparente contradição entre a possibilidade legal de o IRDR ser suscitado por Juiz de Primeiro Grau e a supressão de instância causada pelo julgamento direto perante o Tribunal de Justiça é solucionada pelos autores acima citados:

“O primeiro é que a formação — perante o segundo grau — de incidente com origem em processo sem decisão de primeiro grau criaria hipótese de avocação de causa, deslocamento de competência ou criação de competência originária, sem respaldo constitucional. A preocupação é válida e consistente. Não obstante, se admitirmos a natureza objetiva do incidente (sobre a qual discorreremos no item 4.1. acima), com a cisão cognitiva para a fixação de tese e não julgamento da causa propriamente dita, tal problema poderia ser contornado, porque o tribunal apenas fixaria uma norma jurídica abstrata, retomando-se o julgamento da demanda perante o juízo originário, sem, portanto, o deslocamento de competência da para julgamento da causa propriamente dita” **(obra citada, p. 298).**

A proposta que se faz à Turma Julgadora, portanto, é no sentido de apreciação do mérito e fixação das teses jurídicas da causa-piloto que se processa em Primeira Instância.

Com o escopo de evitar a avocação do processo e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

supressão de instância, as teses jurídicas firmadas serão aplicadas pelo MM. Juiz de Direito ao caso concreto sob sua jurisdição.

4. Um dos temas propostos deve ser *prima facie* excluído, por imperativo legal, do julgamento do presente IRDR, em atenção ao disposto no artigo 976, parágrafo 2º., do CPC.

Trata-se do tema 03 – alínea “c” – acima, do seguinte teor:

“Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora”.

O Superior Tribunal de Justiça, em data recente, afetou exatamente a mesma tese em regime dos recursos repetitivos (**REsps 1614721/DF e 1631485/DF - Tema 971**), Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Para fins de confronto, reproduzo o tema afetado:

“Possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplência da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda”

Proponho, desde logo, a exclusão do tema 3 (alínea c), pois, na forma do artigo 976, parágrafo 4º. do CPC, *“incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado o recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

processual repetitiva".

Quanto aos demais temas, o cabimento de alguns deles despertou controvérsia por ocasião da decisão de admissibilidade do incidente, inclusive com dissensão de parte da Turma Julgadora. Surgiram, na ocasião, diversas e proveitosas discussões entre os julgadores, em especial quanto ao exato conteúdo dos temas objeto do incidente.

Tais discussões se encontram resumidas no culto voto em separado lançado pelo Eminentíssimo Desembargador Grava Brasil. Prevaleceu por votação da maioria, porém, o entendimento de que o julgamento de mérito dos temas objeto do incidente é que proporcionará a exata redação e o limite dos enunciados.

Cabe à Turma Especial Julgadora redigir com precisão, modular, restringir, ou rejeitar os temas propostos e já admitidos em sede de juízo provisório.

Entendo mais apropriado, com o objetivo de ordenar a discussão e o próprio Acórdão, que o cabimento e a redação dos enunciados sejam apreciados em itens separados.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

II – Temas objeto do IRDR

Tema no. 1 - Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato

O primeiro tema é conhecido e tem jurisprudência sedimentada deste Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula 164, cujo verbete contém:

“É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

Nada impede a rediscussão do tema, própria ao incidente de resolução de demandas repetitivas, cujos efeitos são mais amplos do que a simples súmula de jurisprudência majoritária. A súmula, de resto, foi questionada por alguns dos *amicus curiae* e pela Procuradoria Geral da Justiça, em suas manifestações.

Não vejo razão, no entanto, para qualquer alteração substancial ao que contém a Súmula 164, acima transcrita, pelas razões que passo a expor.

Por força de norma cogente prevista no art. 43, II, da Lei n. 4.591/64, deverá constar obrigatoriamente do contrato de compromisso de venda e compra em incorporação imobiliária o prazo de entrega da obra e o dever de o incorporador indenizar os adquirentes, caso não conclua a edificação, ou a retarde sem justificativa.

Logo, violaria não somente as regras relativas à incorporação imobiliária, como também as do Código de Defesa do Consumidor um contrato em que a prestação de entrega da unidade fosse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de prazo indeterminado, ou cominasse isenção de pena pelo inadimplemento. No dizer de **Melhin Namem Chalhub**, qualquer que seja a modalidade de contrato celebrado entre incorporador e adquirentes, uma das cláusulas essenciais é a que indica “*o regime da construção, as condições de execução da obra, o prazo de conclusão e suas eventuais prorrogações, com a estipulação de penalidades para o caso de inadimplemento das obrigações do incorporador*” (**Melhin Namem Chalhub. Da incorporação imobiliária. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 180**).

Os contratos de compromisso e de venda e compra de unidade futura, regidos pela L. 4.591/64, normalmente são de consumo e de adesão. São de consumo, porque, salvo casos específicos de investidores qualificados ou de pessoas jurídicas com expertise na área da construção civil, existe hipossuficiência técnica ou econômica dos adquirentes. São de adesão, porque o incorporador redige unilateralmente o contrato e dá pouco ou nenhum espaço ao adquirente para inserir alterações.

Existe antiga prática, que de tão usada e aceita no meio social já se converteu em fonte normativa subsidiária - usos e costumes - de inserir no contrato cláusula segundo a qual a incorporadora/construtora tem a seu favor um prazo de tolerância adicional de seis meses para entrega da obra. Discute-se a abusividade de tal cláusula à luz do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, se não criaria desvantagem excessiva ao consumidor por ter de aguardar o prazo suplementar para receber a prestação principal.

O entendimento amplamente majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo é no sentido de não se reconhecer a abusividade da cláusula, desde que clara e expressa, de prazo adicional de tolerância para entrega da obra, mas que não exceda tempo razoável e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

proporcional à complexidade da prestação.

Os argumentos que se colocam em favor de tal interpretação são de duas ordens.

Primeiro, o fato de tal cláusula ser habitual e já incorporada nos usos e costumes de quem adquire unidades na planta, de tal modo que não colhe de surpresa o consumidor e nem viola a sua boa-fé objetiva. É praxe arraigada e aceita pelo mercado imobiliário. Some-se a isso a exigência de ser a cláusula expressa, de modo a informar e esclarecer o adquirente de possível retardo.

Segundo, como constou de Acórdão deste Tribunal de Justiça *“porque a construção de imóveis depende de diversos fatores e, por vezes, encontra obstáculos no seu regular desenvolvimento, tais como a dificuldade na aquisição de materiais, na contratação de mão de obra, ou na obtenção de autorizações pelo Poder Público, como também empecilhos decorrentes de alterações climáticas que não eram previsíveis. E, porque tais circunstâncias efetivamente influem no tempo necessário à conclusão das obras do empreendimento, é plenamente justificável que o contrato preveja a prorrogação do prazo de entrega”* (TJSP, **Apelação Cível 0028017-92.2012.8.26.0562, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Milton Carvalho, j. em 25/07/2013; no mesmo sentido, entre centenas de outros, Apelação n. 0145194-42.2011.8.26.0100, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. em 06/09/2012; Apelação n. 0193649-38.2011.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. em 16/08/2012; Apelação n. 0041930-33.2011.8.26.0577, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. em 19/07/2012; Apelação n. 0102851-31.2011.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Lucila Toledo, j. em 22/05/2012; Apelação n. 9090857-03.2004.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. em 25/05/2010;**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação n. 0022882-40.2011.8.26.0011; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Donegá Morandini, j. 29/01/2013; TJSP, AC 0035314-56.2013.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 31/07/2013; Apelação n. 0017961-18.2012.8.26.0071, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fortes Barbosa, j. 01/08/2013).

Disso decorre que se a cláusula que regula o prazo de tolerância é expressa, clara e usual, já incorporada e absorvida pelos usos e costumes, não há razão para o reconhecimento de sua abusividade e nulidade.

Além disso, a cláusula de tolerância é proporcional e adequada ao grau de complexidade da prestação de construção e entrega de unidades autônomas em incorporação imobiliária, bem como aos múltiplos fatores que podem provocar o seu retardo controlado.

Existe – reconheço – corrente deste Tribunal de Justiça que admite a licitude do prazo de tolerância, desde que motivado e demonstrada a razão do atraso. Dizendo de outro modo, insuficiente alegar que não foi possível concluir a obra no prazo inicial, e que o uso do prazo complementar previsto em contrato se faz necessário. Deve ser invocada e demonstrada a existência de fatos não imputáveis ao empreendedor que justifiquem o atraso

Tome-se como exemplo, entre outros, o Acórdão proferido pela 10ª. Câmara de Direito Privado, Apelação cível nº 1019144-12.2015.8.26.0100, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 9 de maio de 2017, cuja ementa, na parte que interessa ao tema, contém:

“O prazo de tolerância se dá, justamente, em razão da imprevisibilidade de ocorrências que podem comprometer o andamento das obras. Prometido à venda o imóvel com a estipulação de prazo certo para a sua entrega, deve o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

compromissário vendedor, que tem recebido as prestações pactuadas, entregá-lo no prazo previsto, não podendo se eximir de cumprir a obrigação contratualmente assumida perante os compromissários compradores. A cláusula que prevê o prazo de tolerância para a entrega das obras coloca o compromissário comprador em desvantagem exagerada e, à luz do princípio da boa-fé e de acordo com o previsto no art. 51 do CDC, não deve ser levada em consideração para indicar o termo inicial da mora da vendedora”.

O Eminent Desembargador Carlos Alberto Garbi, em posição endossada pelo não menos Eminent Desembargador Beretta da Silveira, escreveu culto voto parcialmente divergente, no qual sustenta, em abono à tese já posta em anteriores Acórdãos, que o prazo denominado de “tolerância” não afasta a mora dos empreendedores imobiliários.

Entendem que os empreendedores já se encontram em mora, que somente se afasta caso demonstrada uma das eximentes de responsabilidade civil – caso fortuito ou força maior. Escoado o prazo de tolerância, a mora se converteria em inadimplemento absoluto do vendedor.

Com o devido respeito, o termo “tolerância” não exprime com precisão a natureza da cláusula. Isso porque tolerância significa indulgência, condescendência do credor. Na verdade, o que ajustaram as partes – desde que mediante cláusula clara e expressa – foi um prazo complementar para entrega da obra. Logo, o adquirente não é indulgente, nem condescendente após o prazo inicial. Aguarda por mais seis meses porque assim se obrigou, por força de cláusula negocial.

Também não me seduz a tese posta no voto divergente, pelo viés da abusividade do prazo complementar em relações de consumo. Não vejo violação ao dever de informação, nem frustração de justas expectativas do adquirente. Isso porque a cláusula que prevê o prazo de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

tolerância deve ser clara e expressa. Além disso, os usos e costumes se encarregaram – essa a função dessa fonte normativa secundária – de tornar tal prazo socialmente aceito e já incorporado nas expectativas e na confiança dos contratantes.

Não vejo sentido, finalmente, na alegação de que o prazo de tolerância configuraria mora, e o seu escoamento a converteria em inadimplemento absoluto. Sabido que o que distingue as duas situações, na clássica lição de Agostinho Alvim: “há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade” (Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, Edição Saraiva, 1.959, p. 46). Há, assim, falta imputável ao devedor, que torna irrecuperável o cumprimento da prestação, ainda que tardio. A obrigação, pois, não foi cumprida, nem poderá mais sê-lo. Não parece ser esse o caso de atraso na entrega de unidades autônomas, uma vez que a prestação remanesce naturalmente útil ao credor, ainda após o escoamento do prazo de tolerância.

Destaco que o Superior Tribunal de Justiça, em dezenas de decisões monocráticas, tem admitido a licitude dos prazos adicionais – ou de tolerância. Lembro que não se enfrentou o tema de modo direto, mas tão somente para negar provimento a agravos tirados contra decisões que indeferiram o processamento de recursos especiais, com fundamento nas Súmulas números 5 e 7 daquela Corte Superior. Confira-se:

“Observa-se que foi pactuada a entrega da unidade para o mês de outubro de 2010, com prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta dias). Aludidos prazos encontram-se dentro do limite razoável de tolerância para entrega da obra, conforme praxe utilizada pelas empresas da construção civil”.

(REsp 1472803, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j 09/06/2017; no mesmo sentido, AgInt no AREsp 761627 / SP,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ministro MOURA RIBEIRO, j. 01/12/2016, entre dezenas de outros)

Entre as duas correntes – admissão e rejeição do prazo de tolerância, preferível a primeira, expressa na Súmula 164 deste Tribunal, que não exige a prova de fatos não imputáveis ao incorporador. Admitir a segunda corrente significaria investigar matéria fática complexa em milhares de casos repetitivos, a exigir produção de prova técnica com alto custo e injustificável atraso na entrega da prestação jurisdicional.

De outro lado, a adoção da corrente expressa na Súmula 164 deste Tribunal de Justiça, que admite a cláusula de tolerância sem necessidade de prova de fatos não imputáveis ao incorporador, tem exatamente a função de mitigar os múltiplos fatores que podem provocar o retardamento de obra de grande porte.

Logo, se tais fatores já se encontram embutidos no prazo adicional de tolerância, não pode o empreendedor servir-se das mesmas escusas como excludentes de responsabilidade civil, se nem o prazo suplementar é respeitado.

Isso porque o prazo adicional de tolerância posto no contrato por cláusula negocial, como acima visto, tem exatamente a função de criar em favor do empreendedor certa elasticidade, levando em conta os naturais percalços que podem ocorrer em um empreendimento de grande porte. Não faria sentido que, escoado o prazo adicional, as mesmas razões fossem invocadas para elidir o inadimplemento da prestação de entrega da unidade ao adquirente.

Exatamente por essa razão o Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula no. Súmula 161, cujo verbete contém:

“Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “res inter alios acta” em relação ao compromissário adquirente”.

O entendimento do Tribunal de Justiça é no sentido que, escoado o prazo de tolerância, desde que ajustado de modo expresso e claro, eventual escassez de materiais ou de mão de obra não constituem excludentes de responsabilidade civil. Na lição clássica de **Agostinho Alvim**, trata-se de fortuito interno ligado à própria atividade geradora do dano, ou à pessoa do devedor e, por isso, leva à responsabilidade do causador do evento. Somente o fortuito externo, ou força maior, é que exoneraria o devedor, mas exigiria fato exógeno, que não se liga à pessoa ou empresa por nenhum laço de conexão. Se a responsabilidade se funda na culpa, é suficiente o caso fortuito para exonerar o devedor. Todavia, se a responsabilidade se funda no risco, tal como ocorre em relações de consumo, então o simples caso fortuito não o exonerará, mas será mister a força maior, ou, como alguns dizem, o fortuito externo (**Agostinho Alvim. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 291**). Isso porque se insere entre os riscos com os quais deve arcar aquele que, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade (**Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes. Código Civil interpretado conforme a Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 706**).

Essa a razão pela qual não endosso a divergência parcial manifestada pelos Eminentes Desembargadores Carlos Alberto Garbi e Beretta da Silveira. Se o próprio Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que entraves administrativos, excesso de chuvas, falta de material ou de mão de obra constituem fortuitos internos, inerentes ao próprio risco da atividade, não faz sentido se exija a prova de sua ocorrência para afastar os efeitos da mora durante o denominado prazo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

de tolerância.

Finalmente, entendo adequada a observação lançada pelo Eminente Desembargador Donegá Morandini, no sentido de fazer constar que o prazo de tolerância de até 180 dias tem por objeto dias corridos. A inserção de tal qualificadora afasta a possibilidade – encontrável em alguns contratos – que o prazo se conta em dias uteis, a ensejar indevida e pouco clara extensão. Incorporo, portanto, a sugestão para que do enunciado conste que o prazo se conta em dias corridos.

Em resumo, proponho que o tema de número 1 receba enunciado coincidente com o da Súmula 164 do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos, estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

Tema no. 2 - Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento

Cabe inicialmente decidir se o tema merece apreciação de mérito.

A tese em exame despertou, por ocasião da decisão de admissibilidade do incidente, dissensão levantada com judiciosos argumentos pelo Desembargador Grava Brazil. Entendeu S. Exa. que não deveria o IRDR prosseguir *“sobre a referida controvérsia, que, embora diga*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

com cláusula inserta no contrato firmado entre comprador e construtora, seu reflexo no crédito associativo e, assim, no próprio PMCMV, é inconteste e não pode ser olvidado”.

Acrescentou que o tema guarda relação e desperta “possível interesse da CEF, da União Federal e sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública Federal e da Advocacia Geral da União, trazendo para o âmbito do IRDR a indesejável discussão sobre a competência e o impasse de se dar prosseguimento ao incidente na Justiça Estadual, sem a possibilidade de sua remessa à Justiça Federal, visto que as demandas repetitivas se materializam aqui e não lá”.

Não resta dúvida que os denominados “prazos alternativos” de entrega da obra, com termo inicial contado da aprovação de financiamento relacionado ao Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, têm peculiaridades que devem consideradas pela Turma Julgadora para aferir a sua licitude e eventual abusividade.

Tal circunstância, porém, não constitui óbice à admissão da tese, que preenche os requisitos do artigo 976 do NCPC, a saber: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsias sobre o mesmo tema; b) risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Também não vejo óbice quanto ao fato de os muitos dos contratos que preveem prazos alternativos de entrega se sujeitarem às regras especiais do Programa Minha Casa Minha Vida. Isso não desfigura a sua natureza de contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre o empreendedor e o adquirente consumidor, e nem impede a edição de enunciado, que levará em conta a operação econômica entabulada entre as partes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Não há interesse direto da Caixa Econômica Federal, ou da União Federal, a justificar a intervenção do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, com consequente deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Isso porque não se discute aqui a validade dos contratos de financiamento, muito menos a exigibilidade dos créditos garantidos pela CEF ou outros agentes financeiros. A discussão está circunscrita à validade de cláusulas apostas em contratos preliminares (anteriores ao financiamento) celebrados entre a construtora/incorporadora e o adquirente, e os efeitos de eventual abusividade, especialmente a pretensão indenizatória.

Não faz sentido que as demandas repetitivas que versem sobre suposta abusividade de prazos alternativos de entrega de unidades, geradoras do presente incidente, sejam julgadas às centenas pela Justiça Comum, mas a decisão de caráter vinculativo, que fará cessar a incerteza jurídica, seja decidida pela Justiça Federal.

Acrescento que eventual pretensão indenizatória se dará exclusivamente entre promitentes compradores e os empreendedores imobiliários, sem qualquer reflexo direto no contrato de financiamento.

O contrato de financiamento não é afetado pela suposta abusividade dos prazos alternativos de entrega das unidades autônomas.

O prazo ajustado no contrato de financiamento será respeitado, e o mútuo não é invalidado, ou alterado diretamente por suposta abusividade na cláusula que fixa prazos alternativos para entrega das unidades autônomas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Eventuais prejuízos decorrentes do atraso de entrega das unidades serão cobrados somente da empreendedora imobiliária em razão de cláusula obscura ou alternativa, violadora dos deveres de esclarecimento e de informação nas relações de consumo.

A questão foi apanhada de modo preciso pelo Eminentíssimo Procurador de Justiça David Cury Júnior, que em seu parecer fez constar a seguinte passagem:

“Com a devida vênia, não há reflexo para o agente financeiro em face da referida cláusula, capaz de justificar a sua presença no incidente, por se tratar de estipulação em contrato bilateral de venda e compra, sem imposição de quaisquer ônus àquele, não atingido pelas suas disposições, tanto que o Superior Tribunal de Justiça declarou a incompetência da Justiça Federal e a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal em caso de atraso de entrega de imóvel financiado pelo Programa Minha Casa Minha Vida (REsp 1462665, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/20/2015).

Nesse sentido também tem se pronunciado esse Tribunal de Justiça, ao admitir ser a empresa pública (CEF) mera gestora dos recursos financeiros do referido programa habitacional, sendo a questão de fundo, relativa à entrega do bem imóvel, objeto do contrato principal de compra e venda, e não do pacto adjeto de mútuo (Apelação n. 1006264-02.2015.8.26.0451, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 18/02/2016)”.

Eventual regime jurídico distinto dos imóveis adquiridos pelo programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), cujo preço é solvido quase ou integralmente por financiamento subsidiado e por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

liberação do FGTS, não implica óbice à fixação do tema controverso, mas tão somente prudência na redação do enunciado.

Proponho a admissão e conhecimento do tema.

No que se refere à questão de fundo, fiquei vencido em minha proposição original. Prevaleceu, por maioria de votos, a dissensão aberta pelo Eminentíssimo Desembargador Carlos Alberto Garbi.

Os excelentes – como de hábito - fundamentos que embasam a tese vencedora devem ser buscados no voto em separado de S. Exa., Desembargador Carlos Alberto Garbi.

Exponho as razões que me levaram a emitir o voto quanto à tese no. 02, na qual fiquei vencido.

Entendi que deve ser feita necessária distinção entre os contratos de compromisso de compra e venda regulados somente pela Lei 4.591/64, objeto de financiamento privado a taxas de mercado, e os contratos de compromisso de compra e venda regulados e objeto de financiamento pelo Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV - Lei n.11.977/2009, Instrução Normativa n. 35/2012, do Ministério das Cidades, e Resolução n.723/13, do CCFGTS.

Nos primeiros, o financiamento somente é tomado pelo adquirente após a conclusão da obra, instituição do condomínio edilício e atribuição da unidade autônoma, esta ofertada em garantia ao agente financeiro credor. Durante a obra, eventual financiamento é tomado pela construtora/incorporadora.

Nos segundos, se admite que o financiamento seja contraído diretamente pelo adquirente junto à CEF ou outras instituições



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

financeiras no início ou no curso das obras do empreendimento, antes de sua conclusão e instituição do condomínio edilício.

No regime dos contratos regidos pelo Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV – normalmente o adquirente despende quantia módica de sinal e início de pagamento, ou às vezes nem isso. Para a viabilização do empreendimento mediante financiamento junto à Caixa Econômica Federal, se faz necessária a reunião de número mínimo de contratos de compromisso de compra e venda firmados. Somente depois de atingido determinado patamar de vendas é que a alienante consegue obter o financiamento necessário para a consecução do empreendimento.

A L. 4.591/64, em seu artigo 34, faculta ao incorporador desistir da realização do empreendimento, se verificar que não há condições de mercado para absorver as unidades e sustentar o custo da construção. Esse prazo máximo de carência é de 180 dias, com termo inicial da data do registro da incorporação **(Melhin Namen Chalhub, Da Incorporação Imobiliária, 3ª. Edição Renovar, p. 57)**.

Essa a razão pela qual a fixação do prazo de entrega com termo inicial a partir da obtenção do financiamento, se estipulada de modo claro e objetivo, se mostra adequada à própria operação econômica entabulada entre as partes e o agente financeiro, desde que não ultrapasse seis meses contados do registro da incorporação.

Em outras palavras, a reunião do grupo e a aprovação e obtenção do financiamento junto à instituição financeira deve ser feita dentro de certo prazo. Ultrapassado este, ou a incorporadora desiste do empreendimento (art. 34 L. 4.591/64), ou levantará a obra com recursos próprios, e fará durante o seu curso as promessas de venda aos adquirentes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Dizendo de outro modo, se admite que o termo inicial do prazo de entrega da obra seja fixado por cláusula clara e compreensível na data de obtenção do financiamento pelo promissário comprador. Esse prazo, porém, não pode ultrapassar seis meses da data do registro da incorporação imobiliária.

Admitir o contrário, ou seja, que o prazo de entrega das unidades tivesse termo inicial a cada contrato de financiamento a ser obtido pelos promissários compradores, sem limite máximo temporal, provocaria situação inusitada. Basta imaginar a hipótese de os financiamentos a diversos adquirentes serem liberados em datas distintas, alguns no início e outros durante as obras. Em um mesmo empreendimento imobiliário – um edifício de apartamentos - teríamos prazos diferentes de entrega de unidades autônomas vinculadas entre si.

Mais ainda. Poderá ocorrer a situação de o grupo de adquirentes que viabilizará a construção do empreendimento imobiliário demorar anos para ser formado e obter o financiamento. Nessa hipótese, a entrega das unidades autônomas seria vinculada a termo incerto, que mais se aproxima de condição resolutiva, criando situação de incerteza e de falta de transparência incompatível com as relações de consumo.

O contrato em exame da causa-piloto é padrão e contém cláusula de prazo de entrega da obra similar ao de centenas de outros

O contrato regula o prazo de entrega da unidade futura em duas cláusulas distintas.

No quadro resumo, a cláusula tem o seguinte teor:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Entrega: 04/2013 (abril de 2013) *O(A) PROMITENTE COMPRADOR(A) declara ter conhecimento de que a data de entrega de chaves retro mencionada é estimativa e que poderá variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal. Prevalecerá como data de entrega de chaves, para quaisquer fins de direito, 24 (Vinte e Quatro) meses após a assinatura do referido contrato junto ao agente financeiro.

No corpo do contrato de compromisso de venda e compra, novamente o prazo de entrega tem expressa regulação, do seguinte teor:

5) CLÁUSULA QUINTA: DA ENTREGA E IMISSÃO NA POSSE

A PROMITENTE VENDEDORA se compromete a concluir as obras do imóvel objeto deste contrato no prazo estipulado no item 5 do Quadro Resumo, **salvo se outra data for estabelecida no contrato de financiamento com instituição financeira. Nesta hipótese, deverá prevalecer, para fins de entrega das chaves, a data estabelecida no contrato de financiamento.**

Na hipótese de contratação de financiamento bancário pelo(a) **PROMITENTE COMPRADOR(A)**, fica este(a) ciente de que a entrega das chaves somente irá ocorrer com a assinatura do respectivo contrato e mediante a liberação dos recursos para a **PROMITENTE VENDEDORA**.

Não há propriamente prazos alternativos de entrega – ou da celebração do contrato, ou da obtenção do financiamento – mas sim menção estimativa da data da celebração do contrato, e subordinação à data da obtenção do financiamento.

O Superior Tribunal de Justiça, em pronunciamentos monocráticos de seus Eminentíssimos Ministros, afirmou que a cláusula contendo prazos alternativos não é abusiva, desde que redigida de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

modo claro. O fundamento é que antes da obtenção do financiamento, utilizado para solver o preço, não está obrigada a construtora a entregar as chaves aos adquirentes (**AREsp 773333, j. 18/02/2016, min. Luis Felipe Salomão; AREsp 1015921 Ministro MOURA RIBEIRO, 07/12/2016**).

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em jurisprudência majoritária, considera abusiva a cláusula que contém prazos alternativos, ou prazo subordinado à obtenção de financiamento **(6ª. Câmara de Direito Privado, APEL .Nº: 1004023-96.2015.8.26.0114, Rel. Eduardo Sandeville; 10ª. Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1044709-68.2016.8.26.0576, Rel. Carlos Alberto Garbi, 2ª. Câmara de Direito Privado, Apelação Cível no.1003278-19.2015.8.26.0114, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva; 1ª. Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1018538-45.2014.8.26.0576, Rel. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado; 3ª. Câmara de Direito Privado, Apelação Nº 1009711-42.2014.8.26.0577, Rel. Beretta da Silveira, entre outros)**.

Parece que a virtude está em adotar solução intermediária.

De um lado, não se pode esquecer da lição de **Enzo Roppo**, para quem, embora seja o contrato um conceito jurídico, reflete uma realidade exterior a si próprio, porque sempre traduz uma operação econômica **(O Contrato, Almedina, ps. 7 e seguintes)**. Os compromissos de compra e venda ligados ao Programa Minha Casa Minha Vida são dotados de circunstâncias especiais, porque o financiamento abrange quase a totalidade do preço e é obtido diretamente pelo adquirente no início ou durante as obras.

De outro lado, não se pode tolerar a inserção de cláusulas obscuras em contrato de consumo, com prazos alternativos, ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

meramente estimativos, que subordinam o termo inicial do prazo de entrega da unidade à data incerta (obtenção de financiamento), que não se sabe quando e nem se ocorrerá.

Recebi e refleti sobre propostas divergentes apresentadas em bem redigidos votos pelos Eminentíssimos Desembargadores Carlos Alberto Garbi, Beretta da Silveira, Donegá Morandini e Grava Brazil.

Não tenho dúvida que a construção e a comercialização de unidades futuras mediante obtenção de crédito associativo junto ao PMCMV são feitas mediante circunstâncias econômicas peculiares, que devem necessariamente refletir sobre as cláusulas contratuais.

De um lado, razoável admitir que o termo inicial do prazo de entrega da obra somente passe a fluir a contar da obtenção do financiamento, que viabilizará o empreendimento. De outro lado, tal termo, ainda que conste de cláusula clara e expressa, não pode ser incerto, pena de vincular o consumidor adquirente a empreendimento por tempo indefinido.

Há necessidade de se fixar um prazo máximo e certo de entrega da obra. O Desembargador Donegá Morandini propõe o prazo de 30 meses contado da assinatura do contrato. Os Desembargadores Carlos Alberto Garbi, Beretta Filho e Grava Brazil apenas exigem que a cláusula seja clara quanto ao prazo de formação do grupo, sem, no entanto, fixar termo máximo.

Entendo que deve ser fixado prazo máximo certo. Isso porque insuficiente a clareza da cláusula, se o prazo for indeterminado, ou de tal modo extenso que vincule os adquirentes de modo perene, sem a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

certeza da viabilidade do empreendimento.

De outro lado, o prazo certo não pode ser fixado de modo aleatório, ou simplesmente por equidade pelo Tribunal, ainda mais em caráter normativo. Essa a razão pela qual elegi um prazo expressamente previsto no art. 34 da L. 4.591/64 (seis meses) usado para desistência por parte do incorporador de empreendimentos imobiliários.

Pondera o Des. Carlos Alberto Garbi – e com razão - que tal prazo do artigo 34 somente incide nos casos em que existe cláusula expressa permitindo ao empreendedor desistir da incorporação. É verdade que em muitos casos de empreendimentos do PMCMV o contrato preliminar não tem cláusula expressa de desistência. A ausência de aludida cláusula, porém, não pode servir para que o empreendedor possa postergar a viabilidade da incorporação ou mesmo a entrega da obra por prazo indeterminado.

Reitero a inadequação da fixação de prazos – ainda que mediante cláusula expressa e clara – em termo incerto, qual seja, a data da obtenção do financiamento. Isso porque, repito, seriam frequentes os casos nos quais os financiamentos ou a formação do grupo poderia levar anos, ou, pior, as liberações ocorrerem em datas diferentes (o que é comum), levando a prazos distintos de entrega de unidades em um mesmo edifício.

Propus solução intermediária, que ficou vencida durante a sessão de conferencia de votos, que concilia as duas necessidades, com a seguinte redação para a tese:

“Admite-se que o prazo de entrega da unidade autônoma tenha termo inicial da data de obtenção do financiamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pelo adquirente, desde que a cláusula contratual seja redigida de modo claro e não ultrapasse seis meses contados da data do registro da incorporação (art. 34 L. 4.591/64)”

A tese vencedora, que adotou a dissensão aberta pelo Eminentíssimo Desembargador Carlos Alberto Garbi, recebeu a seguinte redação:

“Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o prazo certo para a formação do grupo de adquirentes e para a entrega do imóvel.”

Mais uma vez lembro que os fundamentos que levaram a Turma Julgadora a adotar tal deve devem ser buscados no voto em separado do Desembargador Carlos Alberto Garbi.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tema 04 - Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores.

O tema em exame foi objeto de acesa discussão no julgamento que admitiu o processamento do IRDR.

Isso porque a indenização por danos morais envolve necessário exame das circunstâncias de cada um dos casos concretos submetidos à apreciação judicial. Sabido que o inadimplemento de obrigações pode gerar, ou não, pretensão indenizatória por danos morais.

Podem os danos morais ter origem tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual. O simples inadimplemento não gera, por si só, dano moral. Exige-se que o inadimplemento provoque diretamente atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo, vale dizer, deve apresentar uma certa magnitude para ser reconhecido como dano extrapatrimonial. Leva-se em conta, assim, apenas os efeitos do inadimplemento contratual que, por sua natureza ou gravidade, atinjam bens da personalidade ou provoquem sofrimento negativo intenso e diferenciado ao credor.

A ocorrência de dano moral não se verifica pela origem da responsabilidade (aquiliana ou contratual), mas sim pelo resultado, ou seja, pela natureza do interesse violado do ofendido.

Em mera sede de admissibilidade, se permitiu o processamento do incidente de resolução quanto a tal tema. Ficou claro, na ocasião, que naquele momento se permitia a indagação se o inadimplemento da prestação de entrega de unidades autônomas poderia em tese gerar danos morais, caso violados direitos da personalidade ou causassem sofrimento intenso ao credor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sucede que ao enfrentar o mérito do incidente, após reflexão mais profunda sobre a tese, cheguei à conclusão no sentido oposto, qual seja, o da inadequação de fixar enunciado sobre cabimento de indenização de danos morais, que geraria mais dúvidas do que benefícios aos operadores do direito.

A razão de tal conclusão é simples. As situações concretas que podem em tese gerar danos morais, porque infinitas e fáticas, não caberiam em simples enunciado.

Poderia ser elaborado enunciado de conteúdo absolutamente genérico, como por exemplo, “*se o inadimplemento causar violação à direitos da personalidade, ou à dignidade da pessoa humana, caberão danos morais*”. Sucede que o enunciado, além de exprimir obviedade, em rigorosamente nada serviria para evitar novos conflitos, ou contribuir para a segurança jurídica.

O enunciado acima mencionado remeteria os Juízes à necessária verificação fática e investigação acerca de o inadimplemento ter causado violação a direitos fundamentais ou a direitos da personalidade, a cada caso concreto.

Poderia o enunciado gerar ainda efeito contrário, qual seja, o de sugerir de modo equivocado que todo e qualquer inadimplemento na entrega de unidades autônomas gera violação a direitos fundamentais, a fomentar novos litígios e demandas infundadas.

O tema relativo a danos morais em hipótese de inadimplemento de entrega de unidades autônomas passa necessariamente pela análise das circunstâncias de cada caso concreto, e se mostra rebelde à possibilidade de tese normativa sobre questão de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

direito.

Essa a razão pela qual entendo inadequada a edição de enunciado para tratar de danos morais em casos de atraso na entrega de unidades autônomas.

Proponho à Turma Julgadora a rejeição de fixação de tese para a questão do inadimplemento da prestação de entrega de unidades autônomas gerar danos morais aos adquirentes.

Tema 05 - Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso

O tema de número 05 versa sobre matéria amplamente conhecida e discutida por este Tribunal de Justiça de São Paulo, objeto de duas súmulas de jurisprudência:

Súmula 162: *Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.*

Súmula 160: *A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora.*

Diversas entidades e associações admitidas como *amicus curiae* reavivam a discussão e defendem que a Súmula 162 do Tribunal de Justiça, acima transcrita, na verdade condena os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

empreendedores imobiliários ao pagamento de danos meramente hipotéticos, diante da ausência de prova concreta de que os adquirentes conseguiriam locar suas unidades a terceiros, ou delas tirar frutos imediatos.

Não há razão para alterar o entendimento sumulado deste Tribunal de Justiça. O inadimplemento da prestação de entrega da unidade autônoma gera perdas e danos indenizáveis ao adquirente. No dizer de **Melhim Namem Chalhub**, *“o inadimplemento do incorporador, relativo ao injusto retardamento da conclusão da obra, causa prejuízos representados pela subtração dos legítimos resultados do investimento realizado pelos adquirentes, resultados esses que correspondem à percepção da renda de aluguéis da unidade imobiliária adquirida ou à utilização dessa unidade, notadamente para moradia própria ou para desenvolvimento de negócio próprio”* (**Melhim Namem Chalhub. Da incorporação imobiliária. 3ª. Edição atualizada Renovar. Rio de Janeiro, 2.010, p. 357**).

Há entendimento torrencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *“a jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável”*. (**AgInt no AREsp 986711 / DF, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 15/12/2016; AgRg no REsp. nº 1.202.506/RJ 3ª Turma rel. Min. Sidnei Beneti j. 07/02/2012 Dje 24/02/2012; REsp. nº 808.446/RJ 3ª Turma rel. Min. Castro Filho j. 24/08/2006 DJU 23/10/2006, p. 312, entre dezenas de outros**)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Embora o precedente acima citado se refira à existência de uma presunção da existência de dano, talvez o mais correto fosse assentar a existência de uma probabilidade de prejuízo decorrente do atraso da entrega de bem por natureza frugífero.

O inadimplemento da prestação de entrega da unidade autônoma ao adquirente normalmente gera danos indenizáveis. Podem ocorrer danos emergentes e lucros cessantes.

No caso do atraso na entrega de unidades autônomas, alguns danos emergentes desde logo são lembrados. O pagamento de aluguel em imóvel distinto, enquanto se aguarda a entrega da unidade prometida, é o mais evidente, e deve perdurar não somente até a citação, ou mesmo a sentença, mas até a efetiva entrega das chaves ao adquirente, momento em que poderá este desfazer o contrato de locação.

Podem ocorrer também lucros cessantes. Lucros cessantes nada mais são do que os ganhos de que ficou o credor privado em virtude do evento danoso. Em termos diversos, é a exclusão de um ganho que era ou poderia ser esperado, atual ou futuramente, se o fato danoso não houvesse ocorrido (**Jorge Cesa Ferreira da Silva. Inadimplemento das obrigações, Editora RT, São Paulo, 2007, p. 164**).

A título de ilustração, o Código Civil Alemão (BGB), no § 252, 2ª alínea, de modo muito mais preciso do que o Código Civil Brasileiro, define o lucro cessante como “*o que, em conformidade com o transcurso normal das coisas ou em razão de especiais circunstâncias, notadamente medidas e providências adotadas, podia, com probabilidade, ser esperado*”.

A definição se ajusta perfeitamente à situação em exame. De acordo com o curso natural das coisas, natural e provável que bens frugíferos, com origem em investimentos elevados dos adquirentes,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

geram vantagens aos seus titulares.

O termo *lucros cessantes*, embora consolidado por quase um século de uso, induz a certo equívoco conceitual. O mais comum deles é pressupor que se exija um ganho pretérito constante e habitual, que foi interrompido pelo ato ilícito. O exemplo clássico é o do taxista que sofre uma colisão em seu veículo, e calcula a féria que deixou de ganhar com base no rendimento médio passado **(Gisela Sampaio da Cruz Guedes. Lucros cessantes – do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, Editora RT, São Paulo, 2.011, p. 72).**

Nem sempre, porém, se exige a prova de ganhos pretéritos que deixaram de se projetar para o futuro em razão do ato ilícito como pressuposto dos lucros cessantes. Os exemplos mais frequentes são exatamente os imóveis que deixaram de ser entregues nas datas convencionadas. Há entendimento absolutamente sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *“não entregue pela vendedora imóvel residencial na data contratualmente ajustada, o comprador faz jus ao recebimento, a título de lucros cessantes, dos aluguéis que poderia ter recebido e se viu privado pelo atraso. (STJ, AgRg no Ag 692543/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.09.2007, entre dezenas de outros).*

Não resta dúvida que a prova dos danos emergentes é mais exigente do que a dos lucros cessantes. O dano emergente deve ser provado em toda a sua extensão, ao passo que o lucro cessante *“não comporta essa prova absoluta e admite ilações ou presunções, pois que tratamos de fatos não sensíveis, mas prováveis”* **(Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça. Doutrina e prática das obrigações, Ed. Francisco Alves, 1.911, Rio de Janeiro, vol 2, p. 58).**

O que se exige é tão somente uma probabilidade objetiva,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

que resulte do curso normal das coisas, e das circunstâncias do caso concreto (**Agostinho Alvim. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, Saraiva, 1.949, p. 204**).

Julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem apanhou o tema da prova dos lucros cessantes fixou o seguinte: “*A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido.*” (**STJ, REsp 644984/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 402**).

Não prevalece, por isso, entendimento minoritário dos tribunais no sentido de que, apesar do atraso das obras, sem prova concreta de que os adquirentes deixaram de lucrar, inexistente indenização a ser paga. Para tal corrente, são arguidos prejuízos hipotéticos e não concretos. Tal tese se ressentir de dois defeitos. O primeiro é o de exigir prova cabal dos lucros cessantes, esquecendo-se que são eles, por natureza, sempre abstratos e calcados em juízo de probabilidade e de razoabilidade. O segundo é o de esquecer que como a unidade não foi entregue, jamais o adquirente poderia provar que a teria locado a terceiros. Isso porque, salvo exceções, não se locam imóveis na planta, mas somente imóveis prontos.

Os lucros cessantes, assim, são essencialmente os frutos que os adquirentes receberiam se o imóvel tivesse sido entregue na data prevista. Podem ser fixados em liquidação de sentença, ou, de modo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

mais célere e direto, mediante fixação equivalente à remuneração que a unidade geraria, em montante próximo a 0,5% do valor do imóvel.

Confira-se, entre outros, precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do cálculo:

"Lucros Cessantes. A indenização por lucros cessantes corresponde à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento na percepção dos frutos que lhe foi subtraída pela demora no cumprimento da obrigação. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber ou teve que pagar para fazer uso de imóvel semelhante. A base de cálculo da reparação por lucros cessantes ou percepção dos frutos deve ser fixada em percentual equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do imóvel" (TJSP, Apelação nº 0003647-67.2012.8.26.0071, Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 23/04/2013).

Arguem *amicus curiae* que na realidade o tema em exame não versa sobre lucros cessantes, mas sim sobre perda de uma chance.

É bom lembrar que as figuras dos lucros cessantes e da perda de uma chance não se confundem. Do ponto de vista teórico, é possível perceber que essas duas facetas do dano patrimonial são intrinsecamente diferentes.

Na perda de uma chance, há um dano emergente, uma vez que a chance em si considerada já se encontra no patrimônio do lesado no momento em que se verifica o evento danoso. Nesse sentido, a perda de chance caracteriza-se como lesão ao próprio direito patrimonial do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

lesado, sendo um dano certo. A consequência é que a perda de uma chance deixa de figurar na categoria dos lucros cessantes e se desloca para a categoria dos danos emergentes, o que parece tecnicamente mais aceitável (**Gisela Sampaio da Cruz Guedes, Lucros Cessantes, 2011, p. 120-121**).

Não é por acaso que **Maurizio Bocchiola**, citado por **Gisela Sampaio da Cruz Guedes**, defende que a perda de uma chance não pode ser considerada lucro cessante, pois, nesses casos, não se deve conceder a indenização pela vantagem perdida, mas, sim, pela perda da possibilidade de se conseguir essa vantagem, possibilidade esta que já integrava o patrimônio do lesado (**Gisela Sampaio da Cruz Guedes, obra citada, p. 123**).

Em termos diversos, a perda de uma chance se situa no plano dos danos emergentes, uma vez que a chance propriamente dita já integra o patrimônio do lesado à época do evento danoso, de modo que o dano é certo. Por outro lado, os lucros cessantes configuram dano provável, indemonstrável, que deve ser aferido por meio do que ordinariamente acontece, isto é, com base no transcurso normal das coisas.

É por isso que os lucros cessantes são indenizados por inteiro, enquanto a chance perdida é indenizada tão somente na proporção de sua probabilidade.

Não há, pois, como admitir a confusão entre as duas figuras.

O termo final da indenização dos lucros cessantes, tal como sumulado por este Tribunal de Justiça, corresponde à entrega física e jurídica da unidade ao adquirente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Isso porque a prestação assumida pelo incorporador não é somente a de entrega física da unidade autônoma, mas também a de sua entrega jurídica. Não basta a mera obtenção do *habite-se*, mas também a entrega das chaves. O *habite-se* apenas atesta a regularidade administrativa do empreendimento, é averbado junto ao Oficial de Registro Imobiliário para a subsequente instituição do condomínio edilício. Somente então poderá ser outorgada escritura de venda e compra e transferência do domínio da unidade autônoma já especificada. A perfeição jurídica da unidade também se compreende nos deveres do incorporador.

Gera o negócio jurídico complexo de incorporação imobiliária múltiplos deveres ao incorporador. Gera tanto obrigações de fazer, tais como promover a construção do edifício, obter o *habite-se*, averbar a construção, instituir o condomínio edilício e outorgar a escritura definitiva, como obrigações de dar, tal como a entregar a unidade ao adquirente **(Melhin Namem Chalhub. Da incorporação imobiliária. 3ª. Edição atualizada Renovar. Rio de Janeiro, 2.010, p. 357).**

Destaco que o Eminentíssimo Desembargador Grava Brazil, lançou bem redigido voto divergente em relação ao tema em exame. Propõe S. Exa., secundado por manifestações dos não menos Eminentíssimos Desembargadores Donegá Morandini e Beretta Filho, que os lucros cessantes devem ser contados ao montante de 0,5% ao mês sobre o capital desembolsado, e não sobre o valor da unidade autônoma cuja entrega atrasou.

Apesar dos judiciosos argumentos postos nos votos dissidentes, me permito refutá-los. Reitero que os lucros cessantes devem ser calculados sobre o valor da unidade em atraso. A razão disso é simples e técnica: a prestação inadimplida não é de devolução do capital já pago, ou seja, não há prestação pecuniária, tal como ocorre nas hipóteses de resolução do contrato, com retorno das partes ao status quo ante. Aqui o adquirente deseja o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

cumprimento do contrato, e não a sua extinção. A prestação inadimplida é de entrega da unidade autônoma por inteiro. Logo, os frutos não podem e não devem corresponder ao capital já despendido, mas sim ao que renderia a unidade, se tivesse esta sido entregue no prazo ajustado.

Repito que há desvio de ótica no cálculo das perdas e danos incidentes apenas sobre o capital já investido pelo adquirente. Isso porque o prejuízo do comprador não diz respeito aos juros sobre aquilo que já gastou, mas sim pela privação do uso de unidade que não recebeu no prazo.

Finalmente, como o caso não envolve prestação pecuniária inadimplida - mas sim prestação de entrega de uma unidade imobiliária - não me parece adequado que enunciado de natureza normativa precifique as perdas e danos em rígidos 0,5% ao mês. Sabido que o mercado imobiliário é volúvel, de modo que alugueis não recebidos podem flutuar ao longo do tempo, de acordo com o momento econômico do país. Em tempos de economia aquecida e escassez de imóveis, alugueis sobem, e movimento inverso ocorre em momentos de crise.

Essa a razão pela a qual as perdas e danos devem ser calculadas sobre o valor da unidade cuja prestação de entrega foi inadimplida, sem fixação de percentual determinado,

Diante do acima exposto, proponho enunciado que englobe as duas Súmulas de jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”

Tema no 06 - Ilicitude da taxa de evolução de obra.

Por ocasião do julgamento da admissibilidade do presente IRDR, o tema da ilicitude dos denominados “juros de obra” despertou polêmica e voto dissidente do Eminentíssimo Desembargador Grava Brazil. Entendeu S. Exa., em judiciosas razões, que a cobrança de tal verba está vinculada a contratos do Programa Minha Casa Minha Vida, com interesse direto da Caixa Econômica Federal. A competência para exame da matéria, por consequência, seria da Justiça Federal.

Repete-se o que já foi dito no tema no. 02 acima. O interesse da CEF no repasse dos “juros de obra” é meramente reflexo, ou indireto, sem força suficiente para deslocar a competência do julgamento do presente incidente.

Isso porque a discussão sobre a licitude – ou ilicitude – do repasse dos juros de obra se trava exclusivamente entre os empreendedores imobiliários e os adquirentes de unidades autônomas, sem qualquer repercussão econômica sobre o agente financeiro.

Em outras palavras, não se discute a licitude de cláusula inserta no contrato de financiamento, que permite a cobrança de referido encargo. O que se discute é tão somente a licitude do repasse de tal encargo do empreendedor imobiliário para o adquirente de unidade futura.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Disso decorre que eventual ilicitude do repasse do encargo se resolverá em perdas e danos entre o adquirente e o empreendedor imobiliário. Não há condenação do agente financeiro e nem invalidade da cláusula inserta no contrato de mútuo.

Essa a razão, aliás, pela qual centenas – ou milhares – de casos nos quais se discute a licitude de referido repasse foram e são julgados pela Justiça Comum, sem deslocamento para a Justiça Federal. Não faria sentido que os casos concretos e singulares fossem julgados pela Justiça Comum, mas o IRDR que visa uniformizar e dar segurança jurídica aos contendores fosse julgado pela Justiça Federal.

Passo ao mérito do tema 06.

Não há qualquer ilicitude no repasse aos adquirentes de unidades futuras dos denominados “juros de obra” ou “juros de evolução de obra” ou “taxa de evolução de obra” durante o período acordado pelas partes no contrato de construção do empreendimento imobiliário.

Nos empreendimentos do SFH ou do Programa Minha Casa Minha Vida, nos quais o promissário comprador durante a construção assume financiamento perante a instituição financeira, a cobrança de encargos segue regime peculiar.

Como explica de modo didático voto do Desembargador Carlos Alberto de Salles, no julgamento da apelação nº 1007481-89.2013.8.26.0309:

“No que diz respeito à taxa de evolução da obra, tampouco assiste razão à ré. Ainda que esses valores tenham sido cobrados e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

recebidos pela Caixa Econômica Federal em consonância com contrato de financiamento celebrado entre esta e os autores, a ré deve restituir os consumidores os valores pagos durante o período de sua mora. Em razão do modo como o contrato de financiamento durante a obra é redigido, congela-se o valor a financiar, e, até que a obra seja concluída, o consumidor paga apenas “encargos relativos a juros e atualização monetária”. Somente depois da individualização da matrícula é que se passa à amortização do débito propriamente. Assim, evidente que, quanto mais tempo a conclusão atrasar, mais os consumidores teriam de pagar a título de taxas de “evolução da obra” ou “fase de obras”. Acolher a pretensão da ré, portanto, equivaleria a repassar ao consumidor encargos decorrentes exclusivamente da mora da vendedora, aos quais os compradores não deram causa e que estão completamente fora de seu controle o que não se pode admitir” (TJSP j. 27/03/2015).

Disso decorre que o repasse dos chamados “juros de obra” ou “taxa de evolução de obra” é lícito e perfeitamente afinado com a operação econômica do contrato durante o curso do prazo de entrega da unidade.

Escoado tal prazo, incluído aí o período de tolerância ajustado no contrato, o repasse se torna automaticamente ilícito.

Isso porque, como explicou o Desembargador Cláudio Godoy, quando do julgamento do recurso de Apelação nº 4003537-91.2013.8.26.0482, em 11.08.2015:

“Com efeito, no contrato de mútuo firmado com a CEF para quitação do saldo devedor (fls. 60/89), previu-se que o pagamento dos encargos mensais seria devido a partir do mês subsequente ao da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

contratação, respondendo o mutuário pelo pagamento de juros e de correção monetária durante a construção (cláusula 7ª, I, 'a' – fls. 65), assim ainda antes do início da exigibilidade das parcelas de amortização do saldo devedor, após o término da obra.

Neste contexto, não há que se falar em devolução, tout court, de valores pagos, afinal, ao mutuante, assim revertidos em favor do promissário. E menos ainda se autoriza, na mesma esteira, nenhuma correção, mero fator de repotenciação.

Porém, diante do retardo no cumprimento da obrigação afeta à ré de concluir as obras, privou-se o promissário da possibilidade de iniciar a amortização do principal do mútuo já contratado.

E aí o ponto nodal a salientar. Como previsto no contrato de financiamento (cláusulas 7ª, I e par. 3º, e 12ª), no período das obras, ou chamado de produção, portanto antes que regularizado o término da construção, os pagamentos pelo adquirente eram tão somente de juros, e calculados sobre o saldo devedor, sem amortização do capital. O denominado retorno do valor mutuado, assim a sua amortização, apenas se poderia dar após a conclusão regular das obras.

O resultado é que o retardo da fornecedora retirou do consumidor a possibilidade de, mais cedo, amortizar o capital e, com isso, reduzir o saldo devedor sobre o qual calculados os juros do financiamento. Por conseguinte, nem a totalidade dos juros pagos deve ser devolvida, porque encargos de financiamento efetivamente tomado, disponibilizados os recursos, mas nem, por isso, nenhum importe de juros se deve devolver.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A ré deverá devolver a diferença entre os juros pagos e os que seriam devidos se não houvesse atraso e se, assim, o capital pudesse ter sido mais cedo amortizado, diminuindo a base de cálculo dos mesmos acréscimos. Tudo a apurar em liquidação.”

Essa é a posição adotada de modo pacífico no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não há ilicitude do repasse dos juros de obra durante o período de construção do empreendimento previsto no contrato. Escoado o prazo de entrega, computado o período de tolerância, os pagamentos que serviriam para amortização do principal são usados para abater juros do financiamento, em prejuízo do adquirente **(Apelação nº 1025469-80.2014.8.26.0506, Donegá Morandini, j 5 de junho de 2017 TJSP - Ap. 1016150-34.2013.8.26.0309 - rel. Des. Alexandre Coelho - j. 05/11/2015; TJSP - Ap. 0007884- 98.2012.8.26.0248 - rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda - j. 12/03/2015; TJSP - Ap. 4009305-73.2013.8.26.0554 - rel. Des. Donegá Morandini - j. 06/11/2014; TJSP - Ap. 1004650-68.2013.8.26.0309 - rel. Viviani Nicolau - j. 27/11/2014).**

Também o Superior Tribunal de Justiça encampou tal posição, ao fixar:

“Os “juros de obra” pagos após o prazo de previsão de entrega das chaves, deverão ser ressarcidos pela construtora ao consumidor”. **(AResp 718080, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08/06/2016).**

Recebi os votos parcialmente divergentes dos Eminentes Desembargadores Carlos Alberto Garbi, Grava Brazil, Donegá



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Morandini e Beretta da Silveira.

Parte das dissensões se refere apenas à redação. Têm integral razão os Eminentes Magistrados ao propor que o enunciado encampe a expressão “ou outros encargos equivalentes”, de modo a permitir que a decisão normativa abarque todas as verbas que os empreendedores possam pretender cobrar sob a mesma causa, apenas com nomes distintos.

No que se refere à substituição da expressão “entrega das chaves” por entrega da “unidade autônoma”, entendo que a melhor solução é a proposta pelo Eminente Des. Beretta da Silveira, que soma os dois termos.

Não me parece adequada a proposta do Des. Grava Brazil, de simples substituição de uma expressão (entrega das chaves) por outra (entrega da unidade autônoma). Isso porque muitas incorporadoras entendem que a unidade já está entregue com a mera expedição do habite-se. Sucede que entre tal data e a transferência da posse direta ao adquirente, após a instituição do condomínio edilício junto ao Oficial do Registro de Imóveis e vistoria da unidade, decorrem semanas, ou mesmo meses. Pondera o Eminente Desembargador que muitas vezes o próprio adquirente deixa indevidamente de receber as chaves. Claro que em tal caso estamos diante de moras sucessivas – primeiro do empreendedor e em seguida do adquirente – hipótese fática não contemplada no enunciado.

Essa a razão pela qual entendo que o enunciado, para maior clareza, possa abranger as expressões entrega das chaves e da unidade autônoma.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Proponho o seguinte enunciado:

Tema 06 - “É ilícito o repasse dos “juros de obra”, ou “juros de evolução da obra”, ou “taxa de evolução da obra”, ou outros encargos equivalentes, após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância”.

Tema 07- Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro

As vendas ou promessas de venda de unidades autônomas futuras normalmente tipificam relações de consumo.

Nada impede, porém, que investidores do ramo imobiliário, ou mesmo pessoas jurídicas, adquiram unidades autônomas como investimento, ou como ativo permanente para consecução de suas atividades sociais.

Dois podem ser os regimes jurídicos que regulam a devolução de quantias indevidamente cobradas ou pagas nos contratos de aquisição de unidades autônomas futuras: direito comum (art. 940 CC) e relação de consumo (art. 42, par. único CDC).

No que se refere ao regime de direito comum, o artigo 940 do Código Civil tem jurisprudência sedimentada e objeto de antiga Súmula, no sentido de que a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar à devolução em dobro. Confira-se a súmula 159 do Supremo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tribunal Federal: *“Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do CC”* [CC de 1.916].

No que se refere ao regime do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 42, parágrafo único, dispõe que *“o consumidor, cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”*.

Embora a doutrina consumerista de modo unânime dispense o dolo (ou mesmo a culpa) do fornecedor para a aplicação da sanção da restituição em dobro, não é este o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma a doutrina consumerista que o fornecedor somente se exime da sanção se provar engano justificável, não proveniente de dolo ou mesmo de culpa **(Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Direito do Consumidor, Atlas, p. 170; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 10ª. Edição Gen Forense, p. 410)**.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porém, se pacificou no sentido contrário, de exigir, ainda nas relações de consumo, o dolo do fornecedor para justificar a devolução em dobro, especialmente se o pagamento tem causa em cláusula contratual.

Confira-se, entre dezenas de outros, os seguintes precedentes:

“A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os arts. 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ficou comprovado na presente hipótese, tornando imperiosa a determinação de que a repetição se dê de forma simples. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal. Aplicação da Súmula 83/STJ". (AgRg no AREsp 606.522/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 13/5/2016; AgRg no AREsp 605.634/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 25.11.2016; AgInt no AREsp 779.575/PB, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 21.10.2016; REsp 1539815 / DF, Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE; REsp nº 1.032.952/SP, Rel.: Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma; DJe 26/3/2009; AgInt no REsp 1449237 / PR, Ministro MOURA RIBEIRO, j. 25/04/2017).

Fixou o Superior Tribunal de Justiça que nem toda cobrança com origem em cláusula contratual ilícita se reputa de má-fé. A própria discussão sobre a validade da cláusula consensualmente acordada e executada pelas partes, de algum modo, afasta o dolo do contratante. (STJ REsp 1300032, Min. Mauro Campbell, julgado em 07.03.201; REsp 1060001/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 24.2.2011; AgRg no AREsp 268.154/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 11.02.2014 pela 4ª T.; AgRg no REsp 1199273/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011).

O Tribunal de Justiça de São Paulo seguiu na mesma direção do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento é



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

praticamente pacífico no sentido da devolução simples da cobrança e pagamento em excesso, salvo dolo do fornecedor **(TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 1115157-10.2014.8.26.0100 - Rel. Rui Cascaldi j. 08/05/2017; 3ª. Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1004349-21.2016.8.26.0664, Rel. Donegá Morandini, j. 5 de junho de 2017; Apelação nº 1008399-33.2016.8.26.0004, Rel. Natan Zelinschi, j. 18 de maio de 2017; Ap. 1004115-54.2016.8.26.0077, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. em 07.02.2017 10ª Câmara; Apelação nº 1028166-03.2014.8.26.0562, Rel. Des. MARY GRÜN).**

Diante do torrencial entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, proponho o seguinte enunciado:

Tema 07 - “A restituição de valores pagos em excesso pelo promissário comprador em contratos de compromisso de compra e venda far-se-á de modo simples, salvo má-fé do promitente vendedor”.

Tema 08

Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes;

O tema em exame diz respeito ao congelamento do saldo devedor do preço das unidades autônomas cujo prazo de entrega foi excedido, computado o período de tolerância.

A respeito do assunto, dispõe a Súmula 163 do Tribunal de Justiça de São Paulo:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor”.

Se a incorporadora deixa de entregar a unidade autônoma no prazo previsto, pode o adquirente sustar as parcelas do preço que se vencerem no mesmo prazo e em datas posteriores a tal prestação, com fundamento no artigo 477 do Código Civil (*exceptio non adimpleti contractus*).

A exigibilidade das parcelas do preço fica suspensa até a correspondente entrega das chaves. Cumprida a prestação devida pelo incorporador, porém, imediatamente cessa a causa da *exceptio non adimpleti contractus*, de modo que retoma o contrato a sua vida normal.

A suspensão da exigibilidade das parcelas do preço, contudo, não paralisa a incidência da mera atualização monetária sobre o saldo devedor. Os valores das parcelas devem ser atualizados desde a data de vencimento prevista no contrato até o efetivo pagamento, como simples modo de preservação do valor real ou de troca da moeda.

Sabido que a correção monetária nada acrescenta à dívida, mas apenas impede a sua corrosão. Disso decorre que mesmo o alienante em mora faz jus à atualização da parcela faltante do preço, pois sua corrosão consistiria pena não prevista em lei. **(REsp 1.391.770, 1ª Turma, DJe de 09/04/2014. No mesmo sentido: REsp 1.202.514/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 30/06/2011 e AgRg no REsp 780.581/GO, 4ª Turma, DJe de 19/10/2010).**

Existe posição absolutamente pacificada no Superior Tribunal de Justiça no sentido que a mora na entrega das chaves pela construtora não constitui causa de suspensão da correção monetária do saldo devedor, mas tão somente de substituição do indexador, do Índice



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Nacional da Construção Civil (INCC) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), salvo quando o INCC for menor e, portanto, mais favorável ao consumidor, devendo incidir depois do vencimento do prazo, incluindo o de tolerância **(REsp 1454139 / RJ, 3ª. T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/06/2014)**.

A razão desse posicionamento é simples, ainda segundo o entendimento tranquilo do Superior Tribunal de Justiça:

“Nesse contexto, salvo melhor juízo, o fato de o vendedor encontrar-se em mora no cumprimento da sua obrigação, no caso a entrega do imóvel, não justifica a suspensão da cláusula de correção monetária do saldo devedor, na medida em que inexiste equivalência econômica entre as duas obrigações/direitos”.

“Em outras palavras, o prejuízo decorrente do atraso na conclusão da obra não guarda correspondência como o valor da correção monetária do saldo devedor para o período de inadimplência”. **(AREsp 667623 Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 12/06/2017)**.

No que se refere aos juros, ou a eventual cláusula penal sobre as parcelas sustadas do preço, a situação é outra. Claro que a mora do incorporador exclui a mora simultânea dos adquirentes, de modo que não incidem os juros e a multa das parcelas em suspenso por força do atraso na entrega das unidades autônomas.

Enquanto não ocorrer a efetiva entrega das chaves aos adquirentes, com consequente imissão na posse direta da unidade autônoma, eventuais impostos, taxas, tarifas e despesas condominiais são de exclusiva responsabilidade do incorporador.

O que se pode discutir e decidir, em caráter



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

normativo, é a troca do indexador após o vencimento do prazo de entrega das unidades autônomas, computado o período de tolerância.

Há entendimento pacífico do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça que *“não se aplica o INCC como índice de correção após à entrega da obra”* **(AgRg no REsp 579.160/DF, 4ª Turma, DJe de 25/10/2012. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1.349.113/PE, 3ª Turma, DJe de 19/08/2011).**

Seguindo nessa mesma linha de raciocínio e considerando que o mutuário não pode ser prejudicado por descumprimento contratual imputável exclusivamente à construtora, afigura-se igualmente inaplicável o INCC para correção do saldo devedor após o transcurso da data limite para entrega da obra. **(STJ, EDcl no REsp 1.629.427/RJ, 3ª Turma, DJe de 01/02/2017; AgInt nos EDcl no AREsp 897.311/RJ, 3ª Turma, DJe de 07/11/2016; REsp 1.454.139/RJ, 3ª Turma, DJe de 17/06/201).**

Propõe-se, à vista do que acima se expos, o seguinte enunciado, que apenas consolida e estende a Súmula 163 deste Tribunal de Justiça de São Paulo:

Tema 08 - “O descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e multa contratual sobre o saldo devedor. Devem ser substituídos indexadores setoriais, que refletem a variação do custo da construção civil, por outros indexadores gerais, salvo quando estes últimos forem mais gravosos ao consumidor”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Tema 09

Aplicação da multa do art. 35 , parágrafo 5º., da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente

Dispõe o artigo 35 da L. 4.591/64:

Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32

.....

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, o incorporador incorrerá também na multa de 50% sobre a quantia que efetivamente tiver recebido, cobrável por via executiva, em favor do adquirente ou candidato à aquisição"

Verifica-se de imediato que o artigo 35 da L. 4.591/64 se aplica aos casos de irregularidade do registro da incorporação imobiliária, ou negativa de celebração dos contratos de compromisso de compra e venda com os adquirentes que dispõem de simples reservas de unidades.

Sabido que pode o incorporador estipular prazo de carência, desde que o faça expressamente, para fins de desistência do empreendimento, na hipótese de sua inviabilidade econômica (art. 34 da L.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

4.591/64).

Se não houver prazo de carência expressamente fixado, ou ultrapassado o prazo de carência sem denúncia da incorporação, tem o incorporador a obrigação de, em 60 dias, celebrar com os adquirentes os contratos correspondentes (compromisso de compra e venda, construção, etc) **(Melhin Namen Chalhub, Da Incorporação Imobiliária, 3ª. Edição Renovar, p. 163/164)**

Em outras palavras, na primeira fase da incorporação surge o direito do adquirente, com correlata obrigação imposta ao incorporador, de celebrar o contrato preliminar. A violação a esse direito é regulada pelo artigo 35, acima transcrito, e gera a pesada multa de 50% sobre o valor que o adquirente já tiver pago **(Caio Mário da Silva Pereira, Condomínio e Incorporações, 10ª. Edição, Forense, p. 275/278).**

Não contempla a norma do artigo 35 da L. 4.591/64, portanto, a hipótese de atraso de entrega das unidades autônomas já compromissadas aos adquirentes, mas sim a negativa da celebração do próprio contrato preliminar.

São duas hipóteses completamente distintas. A primeira, prevista no artigo 35 da L. 4.591, na fase inicial da incorporação imobiliária, de recusa do incorporador celebrar o próprio contrato de compromisso de compra e venda, após o prazo de desistência do empreendimento. A segunda, de incorporação imobiliária regular, com contratos de compromisso de compra e venda já celebrados, cuja execução, consistente da entrega das unidades autônomas, ter atrasado por várias causas.

Não há como estender a multa legal prevista para a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fase inicial da incorporação para hipótese radicalmente distinta, que diz respeito ao atraso na entrega das unidades aos adquirentes.

O Eminentíssimo Desembargador Donegá Morandini propôs inicialmente a redação de enunciado admitindo a incidência da referida multa, para as hipóteses de ausência do próprio registro da incorporação imobiliária. A proposição foi posteriormente retirada, mas merece algumas considerações.

É verdade que a proposição do Eminentíssimo Juiz Mauro Antonini, que provocou a suscitação do incidente, foi genérica a respeito. Sucede que, compulsando os autos do caso paradigma, se constata que a incorporação se encontra regularmente registrada, e o que almejam os adquirentes é a extensão da multa do artigo 35 para a hipótese de atraso da entrega da unidade.

Não resta dúvida que a falta do próprio registro da incorporação faz incidir a multa prevista expressamente no artigo 35 da L. 4.591/64 para a situação, mas sobre tal questão não paira dúvida, diante da absoluta clareza da lei.

O que se discute é a extensão da multa prevista para a ausência de registro da incorporação, para situação de atraso da entrega da obra, e penso que o enunciado deve elucidar somente tal dúvida.

Proponho o seguinte enunciado a respeito da tese:

Tema 09 - “Não se aplica a multa prevista no artigo 35, parágrafo 5º. da L. 4.591/64 para os casos de atraso de entrega das unidades autônomas aos promissários compradores”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Conclusão

Proponho o julgamento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para que, na forma do artigo 985 do Código de Processo Civil, as teses aprovadas sejam aplicadas a todos os processos individuais e coletivos pendentes, ou casos futuros que versem sobre as mesmas questões de direito no Estado de São Paulo, inclusive nos Juizados Especiais.

Não é o caso de se determinar a suspensão dos processos em curso, tema já deliberado por ocasião da decisão que admitiu o IRDR, e por mais de uma razão: (i) primeiro, porque as teses ora firmadas referendam súmulas de jurisprudência deste Tribunal de Justiça, com alteração apenas de redação; (ii) segundo, porque se escoou o prazo anual do art. 980 do NCPC.

Eventuais recursos especial ou extraordinário serão dotados de efeito suspensivo dos efeitos deste Acórdão (art. 987 NCPC), sem que isso implique, porém, a paralisação de processos cujo prosseguimento foi autorizado por esta Turma Julgadora ao admitir o incidente.

O julgamento da causa-piloto será realizado pelo MM. Juiz de Direito da 5ª. Vara Cível de Piracicaba, à luz das teses ora aprovadas, com o escopo de evitar avocação de processo e supressão de instância.

Resultado do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas:

- (i) Dar por prejudicada a tese de no. **03** —



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora”, porque afetada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsps 1614721/DF e 1631485/DF - Tema 971));

- (ii) Rejeitar a tese no. 04 – **“Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores”, por envolver necessariamente matéria fática ao exame de cada caso concreto;**
- (iii) Aprovar as seguintes teses, mediante adoção dos enunciados abaixo:

Tema no. 01 - “É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias corridos estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

Tema no. 02 – “Na aquisição de unidades autônomas futuras, financiadas na forma associativa, o contrato deverá estabelecer de forma expressa, clara e inteligível o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prazo certo para a formação do grupo de adquirentes e para a entrega do imóvel”

Tema no. 05 – “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”

Tema 06 - “É ilícito o repasse dos "juros de obra", ou “juros de evolução da obra”, ou “taxa de evolução da obra”, ou outros encargos equivalentes após o prazo ajustado no contrato para entrega das chaves da unidade autônoma, incluído período de tolerância”

Tema 07 - “A restituição de valores pagos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em excesso pelo promissário comprador em contratos de compromisso de compra e venda far-se-á de modo simples, salvo má-fé do promitente vendedor”

Tema 08 - “O descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de venda e compra, computado o período de tolerância, não faz cessar a incidência de correção monetária, mas tão somente dos juros e multa contratual sobre o saldo devedor. Devem ser substituídos indexadores setoriais, que refletem a variação do custo da construção civil por outros indexadores gerais, salvo quando estes últimos forem mais gravosos ao consumidor”

Tema 09 - “Não se aplica a multa prevista no artigo 35, parágrafo 5º. da L. 4.591/64 para os casos de atraso de entrega das unidades autônomas aos promissários compradores”.

FRANCISCO LOUREIRO

Relator