



ACÓRDÃO N°

1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO N.º 0011415-2016.8.14.0000

ORIGEM: JUÍZO DA 7ª VARA CÍVEL EEMPRESARIAL DE BELÉM

AGRAVANTE: MARKO ENGENHARIA COMERCIO IMOBILIÁRIO LTDA

AGRAVADA: FELIPE FONSECA DE ARAUJO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA. CONFIGURADA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES A TÍTULO DE ALUGUEIS. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE MULTA (ASTREINTES). POSSIBILIDADE.

1 - É pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o adquirente de imóvel na planta tem direito, a título de lucros cessantes, aos aluguéis que poderia ter recebido, caso entregue o imóvel no prazo acordado;

2 - NCPC trouxe a possibilidade de fixação de multa para o cumprimento de obrigação de pagar artigo 319, IV;

3 - Agravo conhecido e improvido à unanimidade.

ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma De Direito Privado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar improvido, tudo nos termos relatados pela Desembargadora Relatora.

Turma Julgadora: Desª. Maria Filomena de Almeida Buarque (Relatora), Desª. Cleide Pereira de Moura (Presidente) e Juiz convocado José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Jr.

Plenário da 1ª Turma De Direito Privado, 20 de fevereiro de 2017.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

Desembargadora Relatora

1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO N.º 0011415-2016.8.14.0000

ORIGEM: JUÍZO DA 7ª VARA CÍVEL EEMPRESARIAL DE BELÉM

AGRAVANTE: MARKO ENGENHARIA COMERCIO IMOBILIÁRIO LTDA

AGRAVADA: FELIPE FONSECA DE ARAUJO

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo, interposto por MARKO ENGENHARIA COMERCIO IMOBILIARIO LTDA, PLAZA SPPD EMPREENDIMENTOS LTDA e QUALITY EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, em face da decisão prolatada pelo douto Juízo de Direito da 7ª Vara Cível e Empresarial Belém, nos autos da Ação de Indenização, ajuizada por FELIPE FONSECA DE ARAUJO.

A decisão agravada foi lavrada nos seguintes termos:

Assim, a atualização do saldo devedor é válida, cabendo, unicamente, a substituição do indexador, a fim de que seja aplicado o índice mais favorável ao consumidor. Não



obstante, considerando que o IPCA, atualmente, oneraria ainda mais o contrato, mantenho a atualização do saldo devedor pelo INCC. Diante disso, o autor comprova a existência de um direito a ser tutelado, qual seja, o pagamento correspondente aos aluguéis pelo atraso na entrega da obra, e um provável perigo em face do dano ao possível direito pedido, caso as rés não proceda ao pagamento do valor a que tem direito. Assim, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo o justificado receio de ineficácia do provimento final, aplicando o princípio da fungibilidade, concedo parcialmente em caráter incidental a tutela de urgência, nos termos do art. 300, do CPC para determinar que as requeridas arquem com os lucros cessantes, na forma de aluguel, já no valor atualizado, devendo depositar em Juízo os meses de locação em relação ao imóvel no valor que entendo como razoável de R\$ 1.000,00 (um mil reais), no prazo de 10 (dez) dias, desde o fim do prazo de prorrogação de 180 (cento e oitenta) dias até a data da presente decisão, bem como os meses subsequentes até a efetiva entrega da unidade, a serem depositados todo dia 05 (cinco) de cada mês. No caso de descumprimento desta decisão por parte das requeridas, aplico multa diária no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais). Defiro o pedido de inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII do CDC. Citem-se as requeridas para que compareçam à audiência de conciliação e mediação que ora designo para o dia 16 de novembro de 2016, às 09:40h, informando-lhe que o prazo para apresentar defesa será contado na forma do art. 335, I, do CPC/15. Ressalve-se que o não comparecimento injustificado das partes à audiência acima designada configura ato atentatório à dignidade da justiça, sancionável por meio de multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida com a ação, conforme determina o art. 334, §8º, da nova lei processual civil. Manifeste-se a autora no prazo de 15 (quinze) dias acerca de seu interesse na realização da audiência de conciliação designada. As rés poderão ainda informar seu desinteresse na realização do ato acima designado, caso em que seu prazo para contestar será contado na forma do art. 335, II, do CPC/15. Intime-se. Cumpra-se.

Em suas razões recursais (fls. 02-23) o Agravante requer que seja revogada a decisão de piso afastando-se o pagamento por lucros cessantes antecipados e a multa imposta para o descumprimento de obrigação de pagar, assim como considerar válida a cláusula 11.1 do contrato que prevê cláusula de tolerância de 365 dias.

Alternativamente requer a redução do valor atribuído a título de lucros cessantes, para considerar o montante já quitado pelo autor no contrato, ou percentual de 0,5% (meio por cento) do valor contratado.

Juntou documentos de fls. (24-104).

Deferi parcialmente o pedido de efeito suspensivo fls. (107-108), apenas quanto a aplicação da multa diária por descumprimento.

Contraminuta ao agravo de instrumento, às fls. 113/116, a parte requereu a reforma da decisão interlocutória apenas no tocante ao afastamento da multa diária, defendendo sua aplicação em obrigação de pagar, por força do artigo 139 do NCPC que atribuiu ao juiz poder de tomar qualquer medida coercitiva para assegurar o cumprimento de obrigação, inclusive pecuniária.

VOTO

O agravo de instrumento deve ser conhecido porque satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal.

A controvérsia recursal entre as partes diz respeito a tutela antecipada concedida em relação aos lucros cessantes fixados pelo Juízo a quo na importância R\$ 1.000,00 (mil reais) sobre o valor do imóvel, sob pena de



multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais no caso de descumprimento.

Prima facie, entendo que não merece prosperar os argumentos expostos, devendo ser mantida a decisão atacada que se encontra em consonância com a jurisprudência desta Câmara. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MULTA. LUCROS CESSANTES. NATUREZAS DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

- RESTANDO DEMONSTRADO O ATRASO NA ENTREGA DA OBRA, DEVE A CONSTRUTORA RESPONDER PELA CLÁUSULA PENAL CONTRATUAL, QUE TEM NATUREZA MORATÓRIA, BEM COMO INDENIZAR O CONSUMIDOR A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, CONSUBSTANCIADO NAQUILO QUE DEIXOU DE AUFERIR, ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE USO E GOZO DO IMÓVEL.

- Recurso a que se NEGA PROVIMENTO para manter a decisão monocrática recorrida.

(3ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, RELATORA: DESA. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE, Turma Julgadora: Desa. Edinéa Oliveira Tavares, Desa. Maria Filomena de Almeida Buarque e Desa. Ezilda Pastana Mutran, Acórdão n. 168105, Julgado em 24 de novembro de 2016)

Alternativamente, quanto aos lucros cessantes, a Agravante requer que, caso entenda-se devidos, sejam arbitrados em percentual de 0,5% (meio por cento).

Compulsando os autos, verifico que no contrato firmado entre as partes, a data estipulada para a entrega do imóvel é Março de 2014 (fls.94) e a data da propositura da ação em 20/11/2015, sem que a Agravante tenha entregue o bem até o momento, restando configurada a mora contratual.

Atualmente, o entendimento que prevalece, tanto nos Tribunais estaduais quanto no STJ, é o de que o dano material na modalidade lucros cessantes é presumido em casos semelhantes ao presente. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, Dje 24/02/2012).

Diante disto, firmo entendimento de que os danos materiais emergem não só do direito ao ressarcimento pelos valores pagos, bem como o autor poderia ter usufruído caso o contrato tivesse sido cumprido, ou seja, os frutos com aluguéis que o imóvel poderia render caso tivesse sido entregue no prazo do contrato, conforme entendimento do STJ, cujo aresto transcrevo a seguir:



COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes.

2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012)

Seguindo o mesmo entendimento, confirmam-se as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.121.214/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), DJe 26/04/2010; REsp 865417/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 01/12/2009; Ag 897.922/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 01/08/2007.

Portanto, considerando que a unidade imobiliária possuía à época da celebração do pacto o valor de mercado era de R\$ 167.838,59 (cento e sessenta e sete mil oitocentos e trinta e oito reais e cinquenta e nove centavos), tendo a Agravada pago todas as parcelas pactuadas no contrato (fls.56) exceto o financiamento no valor de R\$ 110.617,08 (cento e dez mil, seiscentos e dezessete reais e oito centavos) que ainda não foi possível obter em virtude da inexistência do habite-se, verifico a necessidade da reparação material dos lucros cessantes que naturalmente advém deste tipo de relação negocial, ou seja, dentro da margem de 0,5% a 1% sobre o valor do imóvel se mostra razoável para ressarcir o Autor/Agravado de suas perdas, consoante deferido pelo Juízo a quo que fixou os lucro cessantes em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nesse passo, restando configurado o atraso injustificável da entrega efetiva do imóvel ao agravado e, preenchidos todos os requisitos para a antecipação de tutela, deve ser mantido o depósito em juízo no que tange aos lucros cessantes até a expedição do habite-se.

Quanto a cláusula de tolerância verifico abusividade no parágrafo único da cláusula 11.1 do contrato de promessa de compra e venda, que prevê tolerância de 365 dias para atraso de obra, por estarem acima do que vem sendo admitido pelos tribunais devendo de fato ser adotado o prazo de tolerância de 180 dias, prazo esse estipulado na maioria dos contratos imobiliários, e aceito pela jurisprudência.

Nesse sentido, já decidiu desse E. Tribunal.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDUÇÃO DE CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA PARA 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. DECISÃO VÁLIDA. MEDIDA RAZOÁVEL. ENTENDIMENTO DA 4ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA. PRECEDENTES. CONCESSÃO DE LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. TERMO A QUO. DATA DA CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE DEPÓSITO DE PARCELAS PRETÉRITAS AO AJUZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PARCELAS QUE DEVEM SER COBRADAS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, À UNANIMIDADE



(2016.03064853-34, 162.751, Rel. RICARDO FERREIRA NUNES, Órgão Julgador 4ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 2016-08-01, Publicado em 2016-08-03). (Grifei)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. PRAZO RAZOÁVEL E TOLERÁVEL. TAXA CONDOMINIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE. 1. De acordo com o entendimento jurisprudencial, mostra-se razoável e justa previsão de cláusula que prorroga o prazo contratual por mais 180 (cento e oitenta) dias, não se demonstrando, a princípio, abusiva e lesiva aos direitos do consumidor. 2. Se a taxa condominial é cobrada por outra requerida que não a agravada, falta interesse processual a esta para litigar a respeito desse ponto e que, por isso, não pode ser conhecido. 3. Agravo conhecido e provido em parte. À unanimidade.

(2015.03725063-96, 151.782, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2015-09-28, Publicado em 2015-10-05). (Grifei)

Portanto, escoreita a decisão do Juiz a quo que diminuiu a clausula de tolerância para 180 dias, corrigindo a clausula anteriormente prevista no contrato.

Por fim, em relação a multa fixada com finalidade de forçar o cumprimento de obrigação de pagar não era possível sua aplicação no Código de Processo Civil de 1973, visto que o artigo 461 apenas tratava da tutela específica das obrigações de fazer e artigo 461-A de entrega de coisa, sendo que, para a obrigação de pagar a previsão era a penhora.

Todavia, com a promulgação do Novo Código Civil, ocorreu uma importante alteração legislativa quanto ao instituto, trazendo a possibilidade do Juiz aplicar multa diária em obrigação de pagar para assegurar o cumprimento de obrigação pecuniária, com previsão expressa o art. 139, IV do NCP. Vejamos:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (Grifei).

Com efeito, o NCPC traz um novo paradigma para o cumprimento das obrigações de pagar sendo possível pela interpretação literal do dispositivo medidas coercitivas nas obrigações de pagar quantia.

Destarte, tem-se a possibilidade de tornar mais efetiva a execução, especialmente se considerarmos efetividade dos processos como um dos princípios constitucionais do Processo civil, que encontra-se fundamentado no inciso XXXV do Artigo 5º da CF/88 o qual prevê que não exclua nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do poder Judiciário.

Nessa mesma linha de entendimento o escólio de Luiz Guilherme Marinoni:

Com a promulgação do Novo Código Civil, e à exceção contra a Fazenda Pública, o direito brasileiro completou um arco que vai da previsão de formas rígidas de execução a um sistema que privilegia a versatilidade e a maleabilidade das técnicas executivas. Isso porque, independentemente de termos execução visando ao pagamento de quantia



certa ou efetivação visando a um fazer, não fazer ou entrega de coisa cumpre ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art.139, inciso IV).

O que interessa em primeiro lugar é a adequação da técnica processual para a promoção da tutela de direito - isto é, saber se o meio empregado é apto para a promoção da efetivação da tutela de direito. Se, portanto, a única técnica processual compatível com a urgência na obtenção da tutela do direito à reparação pecuniária ou ao ressarcimento é a multa coercitiva (artigo 537), essa deve ser empregada para efetivação da tutela provisória. Isso porque toda e qualquer técnica processual executiva, em sendo adequada, está disponível para efetivação da tutela de direitos. Havendo mais de uma opção possível, porém, deve o juiz empregar o meio menos restritivo e observar, no que couber, as regras existentes para o cumprimento provisório da sentença (arts. 520 e 522).

(Novo curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, 2ª edição, RT, 2016, pág. 221).

Reforçando a tese apresentada, o doutrinador Daniel Amorim Assunção Neves, preleciona:

Trata-se da consagração legislativa do princípio da atipicidade das formas executivas, de forma que o juiz poderá aplicar qualquer medida executiva, mesmo que não expressamente consagrada em lei, para efetivar suas decisões. A consagração legal do princípio da atipicidade dos meios executivos não é novidade no sistema, já que no CPC/1973 o art. 461, § 5o, antes de iniciar a enumeração de diferentes meios de execução - tanto de execução indireta como de sub-rogação -, se valia da expressão tais como, em nítida demonstração do caráter exemplificativo do rol legal.

O problema é que o dispositivo que consagrava a atipicidade das formas executivas no CPC/1973 disciplinava a execução das obrigações de fazer e não fazer, aplicável à execução das obrigações de entregar coisa por força do art. 461-A, § 3o, do CPC/1973. A consequência mais relevante dessa circunstância era a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de astreintes na execução da obrigação de pagar quantia certa (STJ, 1ª Turma, Resp 1.036.968/DF, rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.05.2008, DJ 28.05.2008; STJ, 2ª Turma, Resp 893.484/RS, rei. Min. Herman Benjamin, j. 15.03.2007, DJ 03.09.2008).

Como o dispositivo ora comentado não faz qualquer distinção entre as espécies de obrigação executáveis é possível se concluir que a resistência à aplicação das astreintes nas execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação.

(Código de Processo Civil Comentado / Daniel Amorim Assunção Neves - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016).

Portanto, é cabível a aplicação das astreintes em obrigação de pagar em razão da expressa previsão legal trazida pelo NCPC em seu artigo 139, IV.

Ante o exposto, mantenho a decisão agravada na sua integralidade pelos fundamentos apresentados.

É o voto.

Belém (PA), 20 de fevereiro de 2017.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE
Desembargadora Relatora