



ACÓRDÃO Nº:
PROCESSO Nº: 0022739-78.2015.814.0000
RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
AGRAVANTE: ORION INCORPORADORA LTDA
AGRAVANTE: LEAL MOREIRA ENGENHARIA LTDA
Advogado (a): Dr. Diego Figueiredo Bastos – OAB/PA nº 17.213 e outros
AGRAVADA: LILIANE RUFEL TABOSA
Advogado (a): Dr. Hugo Barroso
RELATORA DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA LIMINAR – NECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO PELO PROMITENTE-COMPRADOR PARA RECONHECIMENTO DO RISCO DE DANO – ARBITRAMENTO DESPROPORCIONAL DE ASTREINTES – DESCABIMENTO DE ASTREINTE SOBRE OBRIGAÇÕES FUNGÍVEIS – CPC/73.

1. O deferimento liminar da antecipação dos efeitos da tutela de urgência, quando proferido na vigência do CPC/73, terá seu recurso examinado à égide desse diploma legal;
2. A interpretação das normas processuais deve seguir o caráter sistêmico, de modo que o reconhecimento do perigo de irreversibilidade da medida liminar depende também da demonstração da probabilidade do direito. Inteligência do art. 300, IV, CPC;
3. É presumido o prejuízo do promitente-comprador diante do atraso na entrega do imóvel, pelo promitente vendedor, dando ensejo ao direito à percepção de lucros cessantes. Precedentes do STJ;
4. O quantum dos lucros cessantes se afere na ordem de 0,5% do valor total do imóvel negociado. Precedentes do STJ;
5. Incabível a fixação de astreintes, sobre obrigações fungíveis, sob a vigência do CPC/73, por falta de previsão legal.
6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 2ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento, e dar-lhe parcial provimento, para alterar a decisão recorrida, retirando de seu conteúdo a cominação de astreintes, impostas ao descumprimento do pagamento da obrigação. Mantida a decisão nos demais termos, conforme fundamentação.

2ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 06 de outubro de 2016. Relatora Exma. Sra. Des. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora a Exma. Des. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO com pedido de efeito suspensivo, interposto por ORION INCORPORADORA LTDA e LEAL MOREIRA



ENGENHARIA LTDA. contra decisão (fl.74/77), proferida pelo Juízo de Direito da 12ª Vara Cível e Empresarial da Comarca da Capital que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Perdas e Danos (processo nº 0012082-47.2015.814.0301), deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, determinando às agravantes, a título de lucros cessantes, pagamento do valor mensal de R\$1.000,00 (um mil reais), a partir do ajuizamento da ação até a efetiva entrega do imóvel, fixando multa cominatória diária no importe de R\$500,00 (quinhentos reais), limitada a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em suas razões (fls. 02-17), pugnam as agravantes pela desobrigação da Leal Moreira Engenharia, dada sua ilegitimidade passiva. Argumentam o descabimento de lucros cessantes no caso concreto, ante a falta de comprovação da perda de oportunidade pela agravada; que sua fixação é desproporcional e não considera demais despesas que incidiriam na hipótese de aluguel do imóvel do litígio, confundidos pelo juízo com ganhos cessantes. Deduzem ainda a impossibilidade de cominação de astreinte, em face de obrigação fungível, seja por falta de previsão legal, seja por confrontar entendimento pacificado pelo STJ. Colacionam jurisprudência.

Ao fim, requerem seja concedido efeito suspensivo à decisão recorrida e, ao final, o provimento do recurso.

Juntam documentos, às fls.19-73.

Decisão monocrática, indeferindo efeito suspensivo ao recurso, às fls. 82.

Informações do juízo de origem, às fls. 85.

Contrarrazões, pugnando pela manutenção da decisão recorrida, às fls. 86-91.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Conheço do recurso, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de Agravo de Instrumento, interposto contra decisão proferida pelo Juízo em epígrafe, que, em parte, deferiu tutela antecipada, determinando o pagamento mensal de lucros cessantes, à pena de multa cominatória, em benefício da agravada.

Entendo que a presente demanda deve ser dirimida à luz do Código de Defesa do Consumidor, em virtude da presença dos requisitos dos arts. 2º e 3º, do CDC, por cuidar-se de relação de consumo.

Ademais, à guisa da aplicação do diploma subsidiário a esse, ressalto que, por força das normas de Direito intertemporal, o exame da matéria se dará sob a égide do CPC/73, já que a decisão objurgada (fls. 74-77) se deu sob a vigência desse diploma legal.

Os requisitos de concessão de medida antecipatória da tutela jurisdicional, fundada na urgência, se viam dispostos no art. 273, do CPC, conforme a seguir transcrito, com grifos meus:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

(.....)



§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Da ilegitimidade passiva ad causam

No tocante à ilegitimidade passiva da segunda agravante (Leal Moreira), decerto as razões do recurso não pretendem discuti-la propriamente nessa etapa processual, mas defendem cabível o seu afastamento em relação à obrigação imposta. O fazem com espreque no perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão, mas a tônica do argumento reside na premissa de estar ela respondendo por obrigação alheia às realmente contraídas.

Nesse diapasão, entendo que o risco referido só ganharia pertinência diante de alguma comprovação da probabilidade do direito defendido, qual seja a ilegitimidade de parte. Isso porque a interpretação do dispositivo legal deve se dar de forma sistêmica. Ademais, não faria sentido sopesar aludido risco sem a menor fumaça do direito aduzido pela parte.

Nessa senda, verifico que as agravantes não trouxeram ao caderno processual prova qualquer da ilegitimidade da segunda agravante, para compor o polo passivo da lide, de sorte que não remanesce motivo a justificar sua desobrigação ao cumprimento do ônus processual que se lhe impõe.

Dos lucros cessantes

O argumento recursal também não deve prosperar no que atine aos lucros cessantes. É que a prova da perda da oportunidade, que aduz necessária, se revela inexequível no caso concreto. Daí emerge a incidência do livre convencimento motivado do juízo, para aplicar construção lógica aos elementos dos autos.

Resulta, pois, que a comprovação da mora da agravante, adicionada à natural verificação do prejuízo do agravado, já se mostra hábil a justificar a incidência de lucros cessantes. Máxime em razão de significativo investimento financeiro, com prazo certo de retorno, frustrado pela outra parte contratante.

Em tempo, ressalto que a decisão de minha lavra, colacionada às fls. 10, não se presta a exemplificar o caso em voga, vez que devem ser guardadas as peculiaridades concretas de cada orientação jurisprudencial, sob pena de sucumbir-se às armadilhas que o simplismo pode ensejar.

Ademais, o STJ já firmou entendimento pela presunção em favor do consumidor, na situação em foco, o que é sistematicamente aplicado na jurisprudência pátria. Vejamos: CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CUJAS RAZÕES SÃO EXCLUSIVAMENTE INFRINGENTES. FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. PROVIMENTO. I. Nos termos da mais recente jurisprudência do STJ, há presunção relativa do prejuízo do promitente-comprador pelo atraso na entrega de imóvel pelo promitente-vendedor, cabendo a este, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes. II. Agravo regimental provido. (STJ - AgRg no Ag: 1036023 RJ 2008/0071103-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 23/11/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/12/2010)

ACÇÃO ORDINÁRIA DE ACERTAMENTO DE RAÇÃO JURÍDICO -OBRIGACIONAL CONSUMEIRISTA C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E OBRIGAÇÃO DE FAZER (Proc. nº: 0005910-94.2012.814.0301). Analisando os autos, constatei que a decisão guerreada



está correta, pois a agravante firmou um contrato para a entrega de uma unidade em um empreendimento seu em uma respectiva data, porém não cumpriu o acordado no período pactuado no contrato assinado por ambos, havendo responsabilidade da mesma, sendo licito ao agravado receber a partir desta o valor do aluguel pago enquanto a empresa não proceder à efetiva entrega das chaves pela construtora. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é certo que há presunção relativa do prejuízo do promitente-comprador pelo atraso na entrega de imóvel pelo promitente-vendedor, cabendo a este, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável, o que não verificamos no caso em comento. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-PA - AI: 201230156411 PA, Relator: MARNEIDE TRINDADE PEREIRA MERABET, Data de Julgamento: 29/04/2013, 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 06/05/2013)

Também proporcional entendo a fixação dos lucros cessantes.

Defendem as agravantes que o quantum aferido deve nortear-se estritamente pelos valores já pagos do contrato (e sequer informam quais sejam eles). No entanto, impende referendar que o saldo devedor, informado às fls. 78, não importa em mora da agravada, mas sim em pagamento vinculado a condição outra, qual a entrega do bem, o que não foi satisfeito pelas ora agravantes. Assim, deve ser considerado o montante efetivamente contratado, para o fim colimado.

Nesse sentido preleciona o STJ (AgRg no AREsp 525.614/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014), acompanhado pela jurisprudência. Verbis:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ATRASO NA ENTREGA IMÓVEL. CUMULAÇÃO DE LUCROS CESSANTES E MULTA MORATÓRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. LUCROS CESSANTES PELOS ALUGUÉIS NÃO AUFERIDOS. PRESUNÇÃO EM FAVOR DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DO STJ. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL PARA O CÁLCULO DA LOCAÇÃO EM 0,5% DO VALOR DO IMÓVEL. ARGUMENTO QUE MERECE ACOLHIMENTO. PRECEDENTES. LEGALIDADE DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes. (AgRg no AREsp 525.614/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014). 2.O Superior Tribunal de Justiça há muito tempo assentou entendimento a respeito da existência de presunção em favor do consumidor quanto aos lucros cessantes derivados do atraso na entrega do imóvel. 3.A jurisprudência consagrou a adoção do percentual de 0,5% (meio por cento) do valor do imóvel como referencial para o cálculo do mês de aluguel que o adquirente não pôde colher por força do atraso na disponibilização da unidade residencial. 4.O termo inicial para apuração dos lucros cessantes é 30.10.13 ? data a que se chega ao acrescer os 180 (cento e oitenta) dias de tolerância à data marcada no contrato para entrega do Habite-se, 30.04.13. Grife-se que a legalidade da cláusula de tolerância é plenamente reconhecida. Precedentes. 5.Se a construtora é a única responsável pelo atraso da obra, é desarrazoado exigir do consumidor que arque com os custos desta demora. Tendo sido ela quem descumpriu o contrato ao concluir o empreendimento em data posterior à pactuada, nada mais justo que também responda pelas consequências econômicas da transgressão. Ratio do artigo 395 do Código Civil. Correção monetária devida. 6.Recurso conhecido e parcialmente provido, estritamente para fixar o percentual de 0,5% (meio por cento) do valor do imóvel como referência para calcular os lucros cessantes oriundos dos aluguéis que a Recorrida deixou de auferir, em virtude da impontualidade das Recorrentes, sendo tal ressarcimento devido a partir da expiração do prazo de tolerância da entrega do imóvel, isto é, 30.10.13. (TJ-AM - APL: 06020264320148040001 AM 0602026-43.2014.8.04.0001, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 22/06/2015, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 23/06/2015)



Destarte, resta pacificada a aferição de lucros cessantes na ordem de 0,5 % (meio por cento) sobre o valor total do imóvel. Desta feita, a quantia, arbitrada pelo magistrado de piso, impõe parâmetro até menor que esse, visto que o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) corresponde a menos de 0,5% somente do saldo devedor do contrato, às fls. 11, quantificado pelas agravantes em R\$ 259.754,67 (duzentos e cinquenta e noive mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos).

Dito isso, faz-se inócua a discussão proposta pelas recorrentes, em alusão a diferença entre lucro cessante e faturamento cessante, dada a margem pecuniária mínima que isso redundaria, em contraponto à margem supra referida.

Da multa cominatória

Sobre a astreinte, necessário referendar que o CPC/15, em seu art. 139, inciso IV, preencheu a lacuna do diploma anterior, ao positivar o cabimento de astreintes a obrigações de pagar. Entretanto, há que se respeitar os direitos havidos sob a égide do diploma vigente à época. E, neste diapasão, também é certo que a jurisprudência prevalecia pelo não cabimento da multa cominatória, na hipótese, justo por força da ausência de previsão legal. Era o posicionamento desse Tribunal, inclusive. Vejamos (com grifos meus):

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA CONTRA A CONCESSÃO DA SUSPENSIVIDADE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM FACE DA DECISÃO QUE NÃO CONCEDEU A SUSPENSIVIDADE INTEGRALMENTE. INSUBSISTENTES. MÉRITO DO INSTRUMENTO PRONTO PARA JULGAMENTO NA MESMA ASSENTADA. RECURSOS PREJUDICADOS. MÉRITO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DEMORA NA ENTREGA DO IMÓVEL. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. LUCROS CESSANTES. NOVO TERMO INICIAL. A PARTIR DE OUTUBRO DE 2014. MULTA (ASTREINTE) INCABIVEL. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1- O agravo de instrumento encontra-se pronto para julgamento, sendo julgado inclusive nesta assentada, de modo que a análise do inconformismo contido no agravo regimental, bem como no pedido de reconsideração pleiteado pela ora agravante, ambos lançados contra a decisão que concedeu a suspensividade restou prejudicada. 2- A previsão de cláusula de tolerância para eventual atraso na entrega de imóvel não é ilegal, desde que estipulada de forma razoável e moderada. (Precedentes STJ). 3- O termo inicial para o pagamento de lucros cessantes a título de alugueis se dá somente após o término do prazo de tolerância de 180 dias previsto na cláusula XIII-1 do contrato, pelo que se tomará como base para cobrança da mora o mês de outubro de 2014, o qual se constata o atraso na entrega da obra. 4- De ofício, afasta-se a cominação da multa fixada pelo juízo a quo por ser o caso de obrigação de pagar quantia certa, tendo em vista, que na hipótese de inadimplemento, é possível a compensação através dos juros moratórios e, eventualmente, pode ser alcançada por medidas como a penhora de valores em contas bancárias. 5- Recurso conhecido, parcialmente provido e, de ofício, afastar a multa cominada pelo juízo a quo, à unanimidade. (TJ-PA - AI: 00068473220158140000 BELÉM, Relator: LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO, Data de Julgamento: 16/07/2015, 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Data de Publicação: 22/07/2015)

RECURSO INOMINADO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. ACORDO JUDICIAL (FLS. 50) QUE NECESSITA DE INTERPRETAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER E OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA LÍQUIDA. MULTA DIÁRIA FIXADA PARA INADIMPLEMENTO QUE SÓ PODE SE REFERIR À OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONSOLIDAÇÃO NECESSÁRIA, ANTE A QUANTIA ATUALIZADA. MULTA DO ARTIGO 475-J QUE NÃO PODE SER APLICADA AS ASTREINTES. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso Cível Nº 71004286191, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Julgado em 11/04/2013). (TJ-RS - Recurso Cível: 71004286191 RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Data de Julgamento: 11/04/2013, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/04/2013)

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER COM COMINAÇÃO DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DE LIMINAR. VALOR DA MULTA EXCESSIVO. REDUÇÃO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES. IMPOSSIBILIDADE. INCIDENCIA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15



DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SUBSTITUIÇÃO DA CARTA DE FIANÇA PELA PENHORA ON-LINE. MELHOR INTERESSE DO CREDOR. ART. 612, DO CPC. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME.

1. A intimação da parte devedora para cumprimento de obrigação de fazer, sob pena de multa diária, pode ser realizada na pessoa do advogado. 2. Havendo descumprimento da obrigação de fazer (liminar) correta é a imposição de multa diária, que deve ser fixada obedecendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de não ensejar o enriquecimento sem causa. 3. Obrigação de Pagar: A imposição de astreintes visa a coagir o devedor recalcitrante ao cumprimento de determinada obrigação de fazer ou não fazer. Contudo, na hipótese, a fixação da multa procura punir o descumprimento de obrigação legal de pagar, para a qual a legislação já prevê cominações, tais como juros e correção monetária. 4. O prazo de quinze dias previsto no Art. 475-J do CPC, começa a contar, após requerimento da parte interessada, da intimação por nota de expediente do advogado do devedor. 5. O oferecimento de carta de fiança para garantir o juízo, ao efeito de impugnar o pedido de cumprimento de sentença constituir-se exceção à ordem legal disposta no Art. 655, do CPC que, via de regra, deve ser obedecida pela parte devedora. A execução deve ser realizada no melhor interesse do credor (Art. 612, do CPC), bem como deve atender aos princípios da economia e celeridade processual. (TJ-PE - AI: 2780223 PE, Relator: Francisco Manoel Tenorio dos Santos, Data de Julgamento: 04/04/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/04/2013)

Desta feita, assenta razão o recurso em exame, no que atine ao descabimento da multa cominatória, sob a vigência do diploma processual anterior, o que deve reverberar nessa ocasião, pelos motivos referidos.

Ante o exposto, com base nos fundamentos expendidos, conheço do Agravo de Instrumento, e dou-lhe parcial provimento, para alterar a decisão recorrida, retirando de seu conteúdo a cominação de astreintes, impostas ao descumprimento do pagamento da obrigação. Mantida a decisão nos demais termos, conforme fundamentação.

É o voto.

Belém, 06 de outubro de 2016.

Desa. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora