



ACÓRDÃO N.º
APELAÇÃO CÍVEL N.º 0015677-59.2012.814.0301
APELANTE: CONSTRUTORA LEAL MOREIRA LTDA.
ADVOGADO: GUSTAVO FREIRE DA FONSECA – OAB/PA N.º 12.724
ADVOGADO: JOSÉ MILTON DE LIMA SAMPAIO NETO – OAB/PA N.º 14.782
ADVOGADA: IARA FERREIRA DE OLIVEIRA – OAB/PA N.º 14.074
ADVOGADO: MADSON ANTONIO BRANDÃO DA COSTA JUNIOR – OAB/PA N.º 17.510
APELADA: JULIANA MARIA FERNANDES MARTINS
APELADO: RONALDO LUIZ GONZAGA MARTINS
ADVOGADO: ROBERTO APOLINÁRIO DE SOUZA CARDOSO - OAB/PA N.º 16.876
ADVOGADA: KARINA TUMA MAUÉS – OAB/PA N.º 18.624
EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO
RELATORA: DES.ª MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS: PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, REJEITADA – MÉRITO: NÃO INCIDÊNCIA DE FATO DE TERCEIRO OU CASO FORTUITO CAPAZ DE AFASTAR O DEVER DE INDENIZAR – VALIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO CONTIDA NO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FIRMADO ENTRE AS PARTES ABARCA A EVENTUAL OCORRÊNCIA DE GREVES OU OUTROS EVENTUAIS ATRASOS – LUCROS CESSANTES DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE FRUIÇÃO DO BEM DECORRENTE DO ATRASO INCONTROVERSO NA ENTREGA DO BEM – CÔMPUTO DESDE A EXPIRAÇÃO DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO ATÉ A IMISSÃO NA POSSE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.

1. Apelação Cível em Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Morais e Materiais:
2. Em que pese a alegação de cerceamento de defesa ter sido suscitada no mérito recursal, analiso-a como questão preliminar, ante a sua natureza de error in procedendo.
3. PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, REJEITADA. A pretensão da parte autora tem como causa de pedir o atraso na entrega da unidade habitacional que adquiriu junto à recorrente, havendo, outrossim, pedido de indenização de danos morais, que restou improcedente, e de indenização por danos materiais, à título de Lucros Cessantes, acerca das quais as partes, respectivamente, apresentaram Petição Inicial, Contestação (fls. 120-149), Réplica (fls. 199-204), Participaram de Audiência, culminando com a apresentação de Memoriais (fls. 359-364 e 365-385) antes da sentença, inclusive com a realização de Perícia (fls. 242-342), acerca do qual as partes também foram instadas a se manifestar.
4. A alegação de cerceamento de defesa encontra-se afastada pela não demonstração de quais outras provas foram indeferidas, uma vez que, conforme o Termo de Audiência de fls. 296, foram deferidas as provas



requeridas pelo réu, no sentido de oitiva das testemunhas Márcio Luís Miranda Chaves, Marcelo Passinho dos Santos e Karen Miranda Kasseb, que foram arroladas às fls. 214, com a oitiva das duas últimas, conforme o Termo de Audiência de fls. 357 e não comparecimento da primeira, embora intimada (fls. 206 e 233).

5. MÉRITO:

6. Cinge-se a controvérsia recursal à impossibilidade de condenação da Construtora ré ao pagamento de lucros cessantes em favor dos autores, ora apelados, à vista da configuração de culpa de terceiros, bem como pela não configuração de efetivo prejuízo.

7. A questão principal envolve o pedido de rescisão contratual decorre do atraso na entrega na unidade habitacional n.º 504 do empreendimento Sonata Residence, a qual tinha como prazo inicial de entrega em 31/12/2010, prorrogável por 360 (trezentos e sessenta) dias, conforme o item 3 das Normas que regem e Integram o Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de unidade Autônoma (fls. 29).

8. No tocante aos lucros cessantes, pacificado o entendimento na Jurisprudência de que decorrem do próprio atraso, como resultado da impossibilidade de fruição do bem, a partir do descumprimento contratual quanto à entrega do bem (ex vi AgRg no AREsp 395.105/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 01/06/2015).

9. Considerando que o valor utilizado como parâmetro para fixação dos lucros cessantes fora arbitrado pelo MM. Juízo ad quo em 0,5% (meio por cento) e que o atraso ultrapassou um ano, exsurge o direito ao referido ressarcimento de cunho material.

10. O ajuizamento da ação ocorreu em 10/04/2012, com a ressalva de que o prazo inicial para entrega do bem, fixado na cláusula primeira do Contrato (fls. 29), estava marcada para o dia 31/12/2010, com a prorrogação de 360 (trezentos e sessenta) dias, conforme a Cláusula 3ª (fls. 29) do mesmo instrumento, sendo reajustado contratualmente para 31/12/2011, restando, demonstrado o dever da apelante em compensar a parte autora, ora apelada. Incontroverso atraso na entrega da unidade habitacional. Dever de indenizar que deve perdurar desde a expiração da Cláusula de Prorrogação até a efetiva entrega das chaves, a qual configura a Imissão na Posse, a ser apurada em sede de liquidação de sentença.

11. Validade da cláusula de Prorrogação de entrega do imóvel, a qual encontra-se descrita no item 3 das Normas que regem o Instrumento de Promessa de Compra e Venda, ressaltando que esta previsão à vista dos usos e costumes do setor e da lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos, que afasta a alegação de caso fortuito e fato de terceiros (ex vi REsp 1582318/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017).

12. Recurso conhecido e improvido, com a manutenção da sentença de parcial procedência que condenou a Construtora apelante ao pagamento de Lucros Cessantes no valor de 0,5% (meio por cento) do valor do contrato.



13. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL, tendo como apelante CONSTRUTORA LEAL MOREIRA LTDA. e apelados JULIANA MARIA FERNANDES MARTINS e RONALDO LUIZ GONZAGA MARTINS.

Acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores, membros da 2ª Turma de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em turma, à unanimidade, em CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Excelentíssima Desembargadora-Relatora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães. Turma Julgadora: Desembargadora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães, Desembargadora Edinea Oliveira Tavares e Desembargadora Gleide Pereira de Moura. O julgamento foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Edinea Oliveira Tavares.

Belém, 17 de abril de 2018.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

Desembargadora – Relatora

APELAÇÃO CÍVEL N.º 0015677-59.2012.814.0301

APELANTE: CONSTRUTORA LEAL MOREIRA LTDA.

ADVOGADO: GUSTAVO FREIRE DA FONSECA – OAB/PA N.º 12.724

ADVOGADO: JOSÉ MILTON DE LIMA SAMPAIO NETO – OAB/PA N.º 14.782

ADVOGADA: IARA FERREIRA DE OLIVEIRA – OAB/PA N.º 14.074

ADVOGADO: MADSON ANTONIO BRANDÃO DA COSTA JUNIOR – OAB/PA N.º 17.510

APELADA: JULIANA MARIA FERNANDES MARTINS

APELADO: RONALDO LUIZ GONZAGA MARTINS

ADVOGADO: ROBERTO APOLINÁRIO DE SOUZA CARDOSO - OAB/PA N.º 16.876

ADVOGADA: KARINA TUMA MAUÉS – OAB/PA N.º 18.624

EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO

RELATORA: DES.ª MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de APELAÇÃO interposto por CONSTRUTORA LEAL MOREIRA LTDA., inconformada com a Sentença proferida pelo MM. JUIZO DA 10ª VARA CÍVEL E EMPRESARIAL DE BELÉM, que nos autos da AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS ajuizada contra si por JULIANA MARIA FERNANDES MARTINS e RONALDO LUIZ GONZAGA MARTINS, ora apelados, julgou parcialmente procedente a pretensão esposada na inicial.

Narra a inicial que a parte autora firmou, em 01/03/2008, Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Bem Imóvel para a aquisição da unidade 504 do edifício Sonata Residence, com entrega prevista para 31 de dezembro de 2010, pagando regularmente as parcelas avençadas, sem, entretanto, a entrega do bem até a data do ajuizamento da ação (10/04/2012).

Requereram a condenação da ré ao pagamento de multa contratual no valor



de R\$ 41.733,09 (quarenta e um mil setecentos e trinta e três reais e nove centavos) somada a quantas parcelas mensais de R\$ 2.608,00 (dois mil seiscentos e oito reais) fossem completadas até a data da expedição do habite-se, além de lucros cessantes e de indenização por danos morais.

As fls. 99-103, o MM. Juízo ad quo deferiu parcialmente os efeitos da tutela no sentido de:

1. Reconhecer como devida multa, à título de pena convencional em favor da parte demandante; 2. Obrigar a ré a excluir a atualização do valor do bem; 3. Ordenar a juntada de cronograma físico da obra com cálculo das parcelas das chaves excluída a correção monetária prevista na cláusula 18ª do contrato.

O feito seguiu o seu trâmite até a prolação da sentença (fls. 396-401) que julgou parcialmente procedente a pretensão esposada na inicial, condenando a construtora requerida ao pagamento de lucros cessantes no valor equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor do Contrato (R\$ 1.098,00) mensais, desde o esgotamento do prazo de tolerância até a data da entrega do imóvel, reajustável pelo IGPM.

Consta ainda da decisão, a fixação da sucumbência recíproca, com a condenação das partes ao pagamento de custas e despesas processuais em partes iguais e honorários advocatícios no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, a serem compensados entre as partes.

Inconformada, a Construtora ré interpôs recurso de Apelação (fls. 402-422).

Aduz que a sentença não pode onerar-lhe excessivamente, afirmando que o art. 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor regula a exclusão culpa do fornecedor por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, razão pela qual a sentença atacada labora em violação aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade ao considerar a greve dos trabalhadores da construção civil como seu ônus, porquanto risco imprevisível ao negócio jurídico.

Acrescenta que o Contrato fora firmado livremente entre as partes dentro da legalidade, salientando constar do contrato a previsão de entrega do bem a priori e outra com a devida providência de um atraso de obra, o que afasta a falha na prestação dos serviços, negligência ou culpa de qualquer espécie e, assim, não pode ser atribuída a parte ré a obrigação de indenizar a parte autora.

Afirma que agiu licitamente e não causou qualquer abalo de ordem psíquica, constrangimento ou dor a serem reparados, refutando o pagamento de Lucros Cessantes, ante a necessidade de prova do prejuízo suportado e não mera alegação ou presunção, uma vez que o mero atraso não pode fundamentar o pagamento da referida verba.

Suscita violação à regularidade processual pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que não teve oportunidade de produzir provas, o que caracteriza cerceamento de defesa.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo na parte atinente à antecipação dos efeitos da tutela e nos efeitos suspensivo e devolutivo no que tange aos demais itens da demanda (fls. 430).

Em contrarrazões (fls. 432-437), os autores refutam as teses recursais e pugnam pela manutenção da sentença.

Distribuído, coube a relatoria do feito à Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro (19/08/2015 - fls. 443).



A parte apelante requereu a expedição de Certidão de Objeto e Pé (fls. 445), a qual fora deferida (fls. 449) e juntada aos autos (fls. 450)

Nos termos da Emenda Regimental n.º 05/2016, a então relatora determinou a Redistribuição do feito (fls. 451).

Conclusos vieram-me os autos (24/02/2017 – fls. 452-453).

Considerando a matéria versada, determinei a intimação das partes para manifestação acerca da possibilidade de acordo (fls. 454), tendo o prazo decorrido in albis.

Conclusos, vieram-me novamente os autos em 22/05/2017.

É o relatório, que fora apresentado para inclusão do feito em pauta para julgamento, nos termos do art. 12, §2º, II do Código de Processo Civil.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a proferir voto.

DA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL

Recurso julgado a teor do art. 14 do Código de Processo Civil, por força da aplicação do Direito Intertemporal à espécie.

QUESTÕES PRELIMINARES

Em que pese a alegação de cerceamento de defesa ter sido suscitada no mérito recursal, analiso-a como questão preliminar, ante a sua natureza de error in procedendo.

PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

Preliminarmente, suscita a Construtora recorrente violação à regularidade processual pelo julgamento antecipado da lide, uma vez que não teve oportunidade de produzir provas, o que caracteriza cerceamento de defesa.

Analisados os autos, verifico que a pretensão da parte autora tem como causa de pedir o atraso na entrega da unidade habitacional que adquiriu junto à recorrente, havendo, outrossim, pedido de indenização de danos morais, que restou improcedente, e de indenização por danos materiais, à título de Lucros Cessantes, acerca das quais as partes, respectivamente, apresentaram Petição Inicial, Contestação (fls. 120-149), Réplica (fls. 199-204), Participaram de Audiência, culminando com a apresentação de Memoriais (fls. 359-364 e 365-385) antes da sentença, inclusive com a realização de Perícia (fls. 242-342), acerca do qual as partes também foram instadas a se manifestar.

Desta feita, a alegação de cerceamento de defesa encontra-se afastada pela não demonstração de quais outras provas foram indeferidas, uma vez que, conforme o Termo de Audiência de fls. 296, foram deferidas as provas



requeridas pelo réu, no sentido de oitiva das testemunhas Márcio Luís Miranda Chaves, Marcelo Passinho dos Santos e Karen Miranda Kasseb, que foram arroladas às fls. 214, com a oitiva das duas últimas, conforme o Termo de Audiência de fls. 357 e não comparecimento da primeira, embora intimada (fls. 206 e 233).

Assim, não se encontra verificada qualquer irregularidade processual, tampouco cerceamento de defesa, devendo a preliminar ser rechaçada.

Corroborando o entendimento acima esposado, vejamos a jurisprudência:

APELAÇÕES CÍVEIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA OBRA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Preliminares contrarrecursais. Suspensão do feito. Descabimento, no caso concreto. Cerceamento de defesa. Não caracterização. O deferimento ou não de determinada prova está condicionado a critérios de conveniência e utilidade, cabendo ao juiz decidir quais as provas necessárias à formação de sua convicção (artigo 370 do novo Código de Processo Civil). O feito comportava julgamento antecipado, de acordo com o art. 330 do novo CPC. Nulidade e abusividade de cláusulas relativas ao prazo de entrega. Não configuração. Prazos e prorrogação que são amplamente utilizados em contratos desta natureza e guardam pertinência com a complexidade que envolve a construção de empreendimento imobiliário. Responsabilidade da ré pelo inadimplemento. Na situação concreta dos autos, não comprovada a ocorrência da força maior alegada, não há como excluir a sua responsabilidade pelo atraso na entrega do imóvel. Pagamento de aluguéis. Cabimento, uma vez que a parte autora comprova as despesas postuladas. Juros da obra. Reconhecido o atraso na entrega da obra, deve ser imputado à incorporadora a responsabilidade pelo pagamento dos juros da obra. Restituição em dobro do valor. Descabimento, tendo em vista a ausência de comprovação de má-fé no comportamento da ré. Ressarcimento de honorários advocatícios contratuais. Os honorários contratuais do procurador da parte autora não constituem dano material passível de reparação, uma vez que não se pode compelir quem não os contratou ao seu pagamento. Dano moral. Não configuração, pois não demonstrado nos autos que a conduta das rés tenha acarretado incômodos que superaram os limites da normalidade. **PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS REJEITADAS. APELAÇÕES DESPROVIDAS. (Apelação Cível Nº 70072706096, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 27/04/2017)**

DISPOSITIVO

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR.

MÉRITO

Cinge-se a controvérsia recursal à impossibilidade de condenação da Construtora ré ao pagamento de lucros cessantes em favor dos autores, ora apelados, à vista da configuração de culpa de terceiros, bem como pela não configuração de efetivo prejuízo.

Analizados os autos, verifico que a questão principal envolve o pedido de rescisão contratual decorre do atraso na entrega na unidade habitacional n.º 504 do empreendimento Sonata Residence, a qual tinha como prazo



inicial de entrega em 31/12/2010, prorrogável por 360 (trezentos e sessenta) dias, conforme o item 3 das Normas que regem e Integram o Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de unidade Autônoma (fls. 29).

Feitas essas considerações iniciais, aprofundo-me na análise das questões recursais trazidas à esta Turma:

DOS LUCROS CESSANTES

Defende a recorrente a inexistência de provas necessárias à fixação de lucros cessantes, afirmando a ocorrência de fatos de terceiros, bem como pela não demonstração do efetivo prejuízo.

No tocante aos lucros cessantes, pacificado o entendimento na Jurisprudência de que decorrem do próprio atraso, como resultado da impossibilidade de fruição do bem, a partir do descumprimento contratual quanto à entrega do bem, senão vejamos:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CABIMENTO DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DIANTE DA EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SER DEFERIDA INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES PRESUMIDOS CUMULADOS COM DANOS MORAIS AO CONSUMIDOR QUE RECEBE COM ATRASO SUPERIOR AO CONTRATADO O IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA OU EM CONSTRUÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE SE MOSTRA POSSÍVEL A FIXAÇÃO DE ALUGUÉIS, EM FAVOR DO PROMISSÁRIO COMPRADOR, DURANTE O TEMPO EM QUE A PROMITENTE VENDEDORA PERMANECEU EM MORA, COMO FORMA DE REPARAÇÃO PELA PRIVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL, INDEPENDENDO DE PROVA ACERCA DA FINALIDADE PARA A QUAL FOI ADQUIRIDO O BEM. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, DESDE QUE ESTES SEJAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS. INCIDENTE UNIFORMIZADO NO SENTIDO DE PRESUMIR O DANO SOFRIDO PELO CONSUMIDOR ANTE O ATRASO DA ENTREGA DO BEM AUTORIZANDO O PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES COM RECONHECIMENTO DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM DANOS MORAIS COMPROVADOS. (Incidente de Uniformização Jurisprudência Nº 71005404025, Turmas Recursais Cíveis Reunidas, Turmas Recursais, Relator: Luiz Felipe Severo Desessards, Julgado em 08/09/2015).

A propósito, a definição atendeu à consolidação da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. 2. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. 3. LUCROS CESSANTES. SÚMULA 83/STJ. 4. DANO MORAL. MODIFICAÇÃO DO VALOR. SÚMULA 7/STJ. 5. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A remissão às razões de outro recurso, no caso os aclaratórios opostos,



não constituiu fundamentação suficiente e apta a embasar o especial. Aplicação da Súmula 284/STF.

2. Não examinada pela instância ordinária a matéria objeto do especial - apesar de opostos os embargos declaratórios - incide o óbice disposto na Súmula 211/STJ.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a ausência de entrega do imóvel na data acordada no contrato firmado entre as partes acarreta o pagamento de indenização por lucros cessantes, tendo em vista a impossibilidade de fruição do imóvel durante o tempo da mora. Precedentes. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

4. Inviável alterar o valor de indenização decorrente de atraso na entrega de imóvel quando fixado pela instância de origem com base na condição econômica dos litigantes, bem como na intensidade da culpa do réu e suas consequências, concluindo o Tribunal a quo que o inadimplemento contratual causou frustração, angústia e sofrimento à parte ante a impossibilidade de ter o imóvel que adquiriu para residir no prazo contratado, pois, notadamente considerando que a quantia arbitrada não é exorbitante, seria necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 395.105/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 01/06/2015)

Acerca da matéria, já alertava o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em acórdão de sua lavra, ainda em 2001, REsp n. 320.417 – RJ, transcrevo:

No REsp n. 121.176-BA (DJ 15/3/99), tive a oportunidade de tecer as seguintes considerações a propósito dos lucros cessantes, tema a respeito do qual se cinge a controvérsia:

"No magistério de Agostinho Alvim (Da inexecução das obrigações e suas consequências, 5 a ed., Saraiva, 1980, n. 146), o nosso Código Civil utiliza a expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", cujo sentido é que, até prova em contrário, admite-se que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo-se em vista os antecedentes.

Acrescenta ele, citando Hans Albrecht Fischer, que:

"não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto. No mesmo sentido, a lição de Aguiar Dias, segundo o qual 'o critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto'".

No particular, colhe-se de Carlos Alberto Bittar:

"Na fixação da indenização devem ser abrangidos os danos positivos e os negativos, ou seja, o desfalque efetivo havido no patrimônio do lesado e o ganho que, pela ausência da prestação, deixou de auferir. Regem a matéria os princípios da integralidade da reparação e da responsabilidade



patrimonial do agente.

Desse modo, na determinação das perdas e danos, cumpre verificar-se, de início, a diminuição concreta importada pelo patrimônio do credor, em seus aspectos moral e material, a fim de devolver-lhe o equilíbrio. Depois, há que se definir o lucro cessante, correspondente aos ingressos, que da consecução da prestação seriam possíveis ao lesado, dentro de uma perspectiva objetiva. Ora, na fixação do valor - em que se acaba reduzindo a conversão da prestação em perdas e danos - mister se faz computar-se os prejuízos efetivos e os lucros cessantes decorrentes, direta e indiretamente, da inexecução ("Responsabilidade Civil", 6 a edição, Saraiva, 1995, n. 95, pg 419).

No mesmo tema, a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves consigna:

"Dispõe o art. 1.059 do Código Civil que as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar". Compreendem, pois, o dano emergente e lucro cessante. Devem cobrir todo o dano experimentado pela vítima.

Assim, se um ônibus é abalroado culposamente, deve o causador do dano pagar todos os prejuízos efetivamente sofridos, incluindo-se as despesas com os reparos do veículo (dano emergente), bem como o que a empresa deixou de ganhar no período em que o veículo ficou na oficina. Apura-se, pericialmente, o lucro que a empresa normalmente auferia por dia e chega-se ao quantum que dela deixou de lucrar. Se se trata por exemplo, de vítima que foi atropelada, ou acidentada de alguma outra forma, a indenização deve abranger todas as despesas médicas e hospitalares, bem como os dias de serviço perdidos. Em casos de inabilidade profissional, de imperícia (cabeleireiros, cirurgiões plásticos, médicos), a indenização deve cobrir os prejuízos efetivamente sofridos e as despesas de tratamento com outro profissional, para reparação do erro cometido".

Outra, outrossim, não é a jurisprudência desta Turma, retratada no REsp n. 61.512-SP(DJ 1.12.97), de minha relatoria, com esta ementa, no que interessa:

"I - A expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes".
2. A tese esposada no acórdão carioca, portanto, não encontra ressonância na doutrina, nacional e estrangeira, sem embargo da advertência (confira-se Carvalho dos Santos, dentre outros, em seu "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XIV, Freitas Bastos, 7ª ed., 1958) segundo a qual "Os lucros cessantes, para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos".

Dessa forma, considerando que o valor utilizado como parâmetro para fixação dos lucros cessantes fora arbitrado pelo MM. Juízo ad quo em 0,5% (meio por cento) e que o atraso ultrapassou um ano, exsurge o direito ao referido ressarcimento de cunho material.

Nesse sentido, importante consignar que o ajuizamento da ação ocorreu em 10/04/2012, com a ressalva de que o prazo inicial para entrega do bem,



fixado na cláusula primeira do Contrato (fls. 29), estava marcada para o dia 31/12/2010, com a prorrogação de 360 (trezentos e sessenta) dias, conforme a Cláusula 3ª (fls. 29) do mesmo instrumento, sendo reajustado contratualmente para 31/12/2011, restando, demonstrado o dever da apelante em indenizar a parte autora, ora apelada. Ademais, à vista do incontroverso atraso na obra, os lucros cessantes devem perdurar durante todo o período da mora, até a efetiva entrega das chaves, a qual configura a Imissão na Posse, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, senão vejamos:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESIDENCIAL NA PLANTA. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA. LUCROS CESSANTES PELA NÃO FRUIÇÃO DO BEM. PRIVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO, INDEPENDENTE DE SUA DESTINAÇÃO. ESTIMATIVA DE 0,5% SOBRE O VALOR DO IMÓVEL CONSTANTE DO CONTRATO. JUROS DE OBRA. PAGAMENTOS REALIZADOS ALÉM DO CONTRATUALMENTE ESTABELECIDO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA PELO ÔNUS IMPOSTO AO ADQUIRENTE. RESSARCIMENTO NA FORMA SIMPLES. DANOS MORAIS INOCORRENTES. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. REVERSÃO DA MULTA MORATÓRIA DE 2% SOBRE VALOR DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA 71005404025. Inconteste que o contrato previa a conclusão da obra, já incluído o prazo de prorrogação, em novembro de 2014. Entrega efetiva das chaves do imóvel realizada em dezembro de 2014. Mora da construtora configurada. Autor comprova nos autos os pagamentos realizados a título de juros de obra após a data inicialmente prevista para a entrega do imóvel regularizado. Dever da construtora de ressarcir os valores, pois deu causa ao atraso, retardando o início da amortização do saldo devedor. Pagamento na forma simples, uma vez que não se trata, propriamente, de restituição, pois os valores foram pagos ao agente financeiro e não à ré. Indenização pelos prejuízos suportados em razão dos indevidos pagamentos. Danos morais inocorrentes. O eventual descumprimento contratual não enseja danos morais por si só. Inexistem nos autos as circunstâncias excepcionais que justificariam a indenização pretendida. A inversão do ônus da prova em benefício do consumidor não o isenta de fazer prova mínima do alegado. Lucros cessantes pela não fruição, devidos por todo período da mora, cessando na data da entrega das chaves ao adquirente. A modulação das cláusulas contratuais não pode provocar desequilíbrio contratual quando não há previsão de pena convencional. Inexiste abusividade na cláusula que prevê a recomposição da parcela inadimplida pelo consumidor. Imposição de multa de 2% sobre o valor impago é mera forma de reajuste de parcela e não se confunde com pena convencional. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível N° 71006854251, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Julgado em 27/06/2017) (Grifo nosso) APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA FORNECEDORA. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. CASO FORTUITO. INEXISTÊNCIA. A alegação de caso fortuito não pode ensejar o afastamento



da responsabilidade da construtora. Isso porque dificuldades envolvendo escassez de mão de obra e embargos à obra por razões ambientais e de ações judiciais de lindeiros são inerentes a este tipo de empreendimento, podendo ser evitadas com um planejamento adequado realizado pela construtora. No caso concreto, houve evidente atraso, inclusive considerando o período de tolerância. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA E LUCROS CESSANTES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. É possível a cumulação de cláusula penal moratória com a pretensão indenizatória por lucros cessantes em razão da natureza distinta. Precedente STJ. JUROS SOBRE O SALDO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. Nos termos do art. 475 do Código Civil, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Porém, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (art. 476 do CC). Assim, na exceção de contrato não cumprido - *exceptio non adimpleti contractus* -, se uma das partes deixa de cumprir a sua obrigação contratual, não pode exigir que a outra o faça. No caso concreto, adequado o afastamento da incidência de juros sobre a prestação do saldo devedor a ser paga quando da entrega das chaves em razão do atraso na entrega da obra, sendo inviável incidir-lhe a partir da data prevista para conclusão do empreendimento. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70070617667, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 20/04/2017)

Neste mesmo vértice, analisada a jurisprudência pertinente ao tema, ratifico que restou notabilizada a validade da cláusula de Prorrogação de entrega, a qual encontra-se descrita no item 3 das Normas que regem o Instrumento de Promessa de Compra e Venda, ressaltando que esta previsão à vista dos usos e costumes do setor e da lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos, que afasta a alegação de caso fortuito e fato de terceiros, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES.

CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra.

2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade



possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil).
3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância.

4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família. 5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemos.

6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis.

7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC).

8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1582318/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

Assim, irrepreensíveis me afiguram os fundamentos invocados pelo MM. Juízo ad quo para julgar parcialmente procedente a Ação de Rescisão



Contratual cumulada com indenização por Danos Morais e Materiais e Fazer, bem como condenar a Construtora ré ao pagamento de lucros cessantes, no valor de 0,5% (meio por cento) do valor do contrato, na forma da fundamentação acima expendida.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** do recurso e pelo seu **IMPROVIMENTO**, com a manutenção integral da sentença atacada.

É como voto.

Belém (PA), 17 de abril de 2018.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora – Relatora