

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021105-14.2012.8.19.0000
AGTE : CECÍLIA IOLANDA CARDOSO MENEZES
AGDO: MICROSCOPIUM EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS Ltda.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0022663-21.2012.8.19.0000
AGTE : MICROSCOPIUM EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS Ltda.
AGDO: CECÍLIA IOLANDA CARDOSO DE MENEZES

Agravos de instrumento. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Atraso na entrega, por fatos mercadológicos que, a princípio, constituem fortuito interno. Pedido de antecipação de tutela para congelar o saldo devedor. Impossibilidade. Mero instrumento de manutenção do valor real de determinada soma, a correção monetária nada acresce em substância ao saldo devedor, de modo que sua exclusão implicaria enriquecimento sem causa do devedor. Contudo, no período de mora do construtor, já contado o prazo de tolerância previsto na avença, é mister substituir o índice indexador da construção civil (INCC) pelo medidor da inflação da economia nacional como um todo (IPCA). Sendo o primeiro deles notoriamente superior ao segundo, não é justo que o consumidor seja onerado com a diferença, que constituiria desvantagem excessiva decorrente da mora do empreendedor. Igualmente, encargos moratórios devem ser suspensos no período que medeia entre o término do prazo de tolerância e a efetiva obtenção do *habite-se*, pois não pode ser considerado em mora o adquirente, que, no interregno, poderia até arguir exceção de contrato não cumprido. Parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0021105-14.2012.8.19.0000, interposto por CECÍLIA IOLANDA CARDOSO MENEZES, e os do Agravo de Instrumento nº 0022663-21.2012.8.19.0000, interposto por MICROSCOPIUM EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do relator. Decisão unânime.

Cuida-se de recursos de agravo de instrumento, interpostos por ambas as partes litigantes, em face da decisão copiada às fls. 23 e 150 dos autos respectivos, que, integrando decisão anterior (fls. 19/20 e 140/141), deferiu em parte o pedido de antecipação da tutela jurisdicional para, diante do atraso na entrega de unidade imobiliária em construção que a autora prometeu comprar, determinou à ré o congelamento do valor do saldo devedor fixado, no item 7, letra “e”, do contrato, para o dia 05/11/2010, incidindo desde então e até a efetiva conclusão do empreendimento, apenas a correção monetária, medida pelo índice previsto na avença.

Em suas razões de agravo, a autora alega, em síntese, que a prática de contagem de correção monetária, indexada pelo INCC, enquanto a obra se encontra em atraso, configura vantagem excessiva do fornecedor. Pugna pela reforma da decisão para restabelecer a tutela antecipada nos moldes em que fora inicialmente concedida, com a completa paralisação da atualização do saldo devedor.

O relator, pela decisão de fls. 167/168, deferiu efeito suspensivo, nos termos pleiteados pela agravante.

Contrarrazões às fls. 174/196, prestigiando a decisão de piso, na parte em que permite a correção monetária do saldo devedor.

Já a ré, na sua minuta de agravo, alega a nulidade da decisão, porque proferida sem observância do art. 523, § 2º, do CPC. Acresce que a decisão ignora o prazo de tolerância de 180 dias para entrega da obra, previsto no contrato, durante os quais não pode haver congelamento do saldo devedor. Arremata com a possibilidade e legalidade da incidência de juros e encargos, mesmo durante a fase da construção do empreendimento.

O relator proferiu a decisão monocrática de fls. 431/433, posteriormente objeto de reconsideração às fls. 456/457, para propiciar o julgamento conjunto dos recursos.

É o relatório. Voto:

Primeiramente, a questão preliminar suscitada pela ré é infundada, na medida em que ao juiz é dado reconsiderar suas próprias decisões interlocutórias, independentemente da interposição de recurso próprio.

Mas ainda que se conceda ao § 2º do art. 523 do CPC a exegese pretendida pela R. – e, a meu ver, equivocada, pois incongruente com a faculdade mesma de antecipação de tutela sem audiência da parte contrária –, não se pode perder de vista que a recorrente ré teve toda a oportunidade de se manifestar em sede recursal, o que contraindiciaria a declaração de nulidade,

por força do princípio da instrumentalidade das formas processuais (arts. 244 e 249, § 1º, do Código de Processo Civil).

Passo, pois, ao mérito da insurgência — não sem antes esclarecer, porém, que a concessão do efeito suspensivo ao recurso da autora tinha por precípua finalidade de evitar que, incidindo as atualizações previstas em contrato, pudesse vir a prejudicar-se a conciliação das partes na audiência que se avizinhava, e que acabou restando infrutífera.

Convém notar que não há nos autos qualquer prova de que, à data inicialmente aprazada para conclusão das obras, a autora tivesse recursos próprios ou carta de crédito pré-aprovada para quitar o saldo devedor. Tudo o que se vê é a sua alegação, trazida numa petição nos autos do agravo por ela interposto (fl. 229), no sentido de que sua renda e idade somente permitiriam tomar aproximadamente R\$ 240 mil — isto, porém, em audiência realizada em maio de 2012, mais de ano e meio depois do prazo inicial de conclusão da obra (05-11-2010), não se podendo concluir que, naquela data, a autora teria condições de obter financiamento em igual valor. (em seus memoriais fora apresentado documento de crédito relativo a seu filho)

No entanto, não se mostra absurda a tese da A. de que na data de entrega ou no valor atualizado até o ajuizamento da ação em que se postula paralização do saldo pela não incidência da correção monetária e juros.

Parece-me razoável que seja permitido a autora demonstrar que naquele valor lograria obter financiamento, mesmo que fosse através de seu filho, pois o que importa para construtora é receber seu crédito de forma lícita, não importando quem pague se a devedora ou alguém por ele, mesmo que interesse desta pessoa seja meramente moral, como ocorre com um filho. É, na dicção do direito das obrigações um terceiro não interessado que pode pagar.

Por outro lado, não é difícil imaginar que a impossibilidade de obtenção do financiamento em certa data posterior àquela inicialmente prevista pode decorrer do aumento do valor a financiar, haja vista a relação que este tem com a capacidade de endividamento do tomador.

A data, certamente é aquele inicialmente prevista do contrato, ainda que por fato atribuído a construtora não foi possível obter o financiamento na referida data face a não entrega da unidade na data prevista.

Aqui entre um dos deveres inerentes à incidência da boa-fé no negócio celebrado. Refiro-me ao dever de cooperação.

A R. não pode se comportar como simples credora e pretender exigir a qualquer custo o seu crédito, considerando que parece que a mo-

ra da ré na entrega do empreendimento gerou o impasse no cumprimento de parte do trato da autora.

Veja-se a respeito do vínculo obrigacional o que escrevera Clóvis do Couto e Silva:

“A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o “status” em que se encontravam, tratamento de relação obrigacional como um todo.”(A Obrigação como Processo, Bushasky Editor, SP, 1976, p. 8).

Neste sentido também, veja-se a lição de Arnaldo Wald, escrevendo sobre a função econômica e social do contrato:

“O novo contrato que surge, atualmente, não tem mais a rigidez que o caracterizou em outros tempos. Já se disse, aliás, que ele era “mais ou menos obrigatório; mais ou menos oponível a terceiros; mais ou menos aleatório e mais ou menos suscetível de ser revisto, podendo ser mais ou menos extensa a eventual nulidade de suas cláusulas”.

“É, hoje, um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade, admitindo-se até a existência de uma affectio contractus não muito distinta da existente entre os sócios, na empresa, ou até na vida conjugal, devendo o vínculo contratual ser aprimorado e preservado no tempo, na medida do possível, e prevalecendo sobre os interesses de cada uma das partes, respeitados os direitos adquiridos e o equilíbrio que deve ser mantido entre as prestações devidas pelos contratantes.” (“A dupla função econômica e social do contrato”, in RTDC, v. 17, p.6. Destaques no original)

As partes devem sentar-se à mesa de negociação, se necessário com a participação do juízo, e penso que a melhor opção é permitir à A., a obtenção de financiamento no valor máximo que lhe for possível hoje e a diferença de valores, seja refinanciado pela ré em condições que a A. possa pagar, se não puder por si ou com a ajuda de parentes cobrar a diferença à vista, isto levando em consideração que se na data prevista no contrato à A. tivesse sido possível obter o financiamento, hoje ela só devia a instituição financeira e este processo não existiria.

Os fatos até aqui coligidos são de tal ordem a permitir, num juízo de cognição sumária, concluir pela mora da construtora, apesar de sua alegação de caso fortuito externo consistente na carência de mão de obra do mercado da construção civil — o que, embora deva ser considerado com maior atenção no julgamento final, pode a princípio (para efeito de tutela antecipada, sopesados os riscos de dano às partes na manutenção ou alteração do *status quo* negocial) ser caracterizado como fortuito interno, por dizer respeito aos reveses do ramo mercadológico em que se especializou a ré, e, portanto, risco de seu próprio empreendimento.

Todavia, não é possível que o valor do saldo devedor em contrato de promessa de compra e venda fique congelado, em razão da própria natureza jurídico-econômica da correção monetária, que não se presta a acrescentar, mas apenas a manter a mesma correspondência aquisitiva de uma determinada soma pecuniária, no decorrer do tempo.

A própria ré afirma peremptoriamente que jamais cobrou juros remuneratórios na fase anterior à entrega do imóvel — alegação que concorreu para a reconsideração da anterior decisão monocrática que negara seguimento ao seu recurso. Assim, os juros de 12% embutidos no valor constante do item “e” da cláusula 7ª da promessa de compra e venda (fl. 24 dos autos de origem), segundo a ré, dizem respeito à implementação da Tabela Price entre a data da entrega e a quitação do saldo devedor.

Esses pormenores poderão e deverão ser esclarecidos em sede de oportuna perícia contábil. O que por ora se pode discutir, à luz das normas que protegem o consumidor das obrigações iníquas, é a aplicação do índice que melhor reflita a natureza do negócio jurídico entabulado e os passos da sua execução.

Como de costume no mercado de incorporação imobiliária, a avença firmada entre as partes previa a atualização monetária do saldo devedor através do Índice Nacional de Custo da Construção (INCC/FGV), até a data de expedição do “habite-se”, e a partir de então, a contagem da correção pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE).

Em tese, não se trata de cláusula abusiva: presume-se que o preço de cada unidade se calcule tendo como um dos fatores os custos de construção do empreendimento, o que justifica a incidência do INCC até a conclusão da obra.

Acontece que o INCC, notoriamente, é índice monetário substancialmente mais elevado do que aqueles que — a exemplo do IPCA — se destinam à medição da inflação no mercado nacional como um todo, abrangendo as flutuações de preço de todos os ramos de atividade econômica.

Ora, aquele indexador que mede a evolução de preços dos itens da construção civil sói apresentar percentuais mais elevados, mormente em tempos de superaquecimento do mercado imobiliário, conjugado com a mobilização nacional para implemento da infraestrutura necessária à realização dos eventos desportivos que o país sediará nos anos vindouros.

No caso concreto, isto significa que, durante os meses de atraso na entrega do empreendimento (cujas obras foram finalizadas um ano depois do prazo previsto no contrato), da autora terá sido cobrado um índice de correção monetária mais elevado, em decorrência da mora do fornecedor.

Entendo, portanto, que a solução mais adequada à presente controvérsia seja determinar, numa interpretação sistemática das cláusulas contratuais, que o INCC seja utilizado apenas até à data inicialmente prevista de entrega do imóvel, acrescida da tolerância de 180 dias (estabelecida na cláusula XXII, fl. 45), corrigindo-se o saldo devedor, a partir daí, pelo IPCA, indicador previsto no parágrafo 2º da cláusula II do contrato (fl. 38, *in fine*) — vedada, em todo caso, a incidência de juros remuneratórios antes da obtenção do “*habite-se*”.

Finalmente, com relação aos encargos moratórios (multa e juros não compensatórios), há que distinguir entre os períodos de execução normal do contrato e de mora da construtora.

Antes da data prevista contratualmente para término da obra, bem como durante o prazo de tolerância de 180 dias, qualquer atraso no pagamento de parcelas do preço deverá acarretar a incidência de multa e juros moratórios previstos no contrato. O mesmo se diga, igualmente, do período posterior à efetiva obtenção do “*habite-se*”, quando a construtora cumpre todas as obrigações contraídas junto ao adquirente.

Porém, durante os meses de atraso da obra (isto é, o período que medeia entre o fim do prazo de tolerância e a efetiva entrega do empreendimento), a mora da construtora tornava lícita a suspensão de pagamento de prestações a cargo do consumidor, por força da exceção de contrato não cumprido (art. 476 do Código Civil). Por isso, eventual não quitação de prestações vencidas durante esse período não tem o condão de acarretar nem multa, nem juros moratórios — pois em mora estava, não a autora, mas a ré.

Igualmente, deverá ser suspensa a contagem de juros moratórios, durante o período de atraso da A. relativamente a eventuais prestações anteriores, não pagas na data aprazada — retomando-se a incidência desse encargo após a data de conclusão da obra.

Ante o exposto, voto no sentido de **dar parcial provimento** aos recursos, para determinar que o INCC seja utilizado apenas até à data inici-

almente prevista de entrega do imóvel, acrescida da tolerância de 180 dias (estabelecida na cláusula XXII), corrigindo-se o saldo devedor, a partir daí, pelo IPCA, indicador previsto no parágrafo 2º da cláusula II do contrato – vedada, em todo caso, a incidência de juros remuneratórios antes da efetiva entrega do imóvel e obtenção do “*habite-se*”, bem como a incidência de encargos moratórios quaisquer durante o período de atraso na entrega do imóvel (assim entendido o que medeia entre o término do prazo de tolerância e a efetiva conclusão do empreendimento).

Rio de Janeiro, 12 de março de 2013.

MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
DESEMBARGADOR RELATOR