



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2018.0000160060**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0103072-14.2011.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRE PITON, são apelados BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A e MONOCEROS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Extinguiram, de ofício, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva a ação em relação ao corréu-apelado Banco Itaú Unibanco e deram parcial provimento ao recurso para condenar a corré-apelada Monoceros Even Empreendimentos Imobiliários Ltda. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), RÔMOLO RUSSO E MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 7 de março de 2018

**MARY GRÜN**

**RELATORA**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

VOTO N°: 5678

APELAÇÃO N°: 0103072-14.2011.8.26.0100

COMARCA: SÃO PAULO

APTE: ALEXANDRE PITON

APDAS: MONOCEROS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS  
LTDA

BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA.

1. Ilegitimidade passiva da instituição financeira. O simples fato de ser oferecido financiamento com trâmite facilitado por ser a corré a financiadora do empreendimento não significa que a mesma é parceira da incorporadora no sentido ser responsabilizada pelo atraso na entrega do imóvel. Liberdade para contratar outro financiamento disponível no mercado.

2. Lucros cessantes. Presunção pela não utilização do imóvel durante a mora. Súmula 162/TJSP. Termo inicial da mora. Cláusula de tolerância. Validade.

3. Responsabilidade da vendedora pelo atraso na entrega. Alegação de meros fortuitos internos. Art. 927, parágrafo único, do CC. Súmula 161/TJSP. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Arts. 12 e 14 do CDC. Atraso configurado. Termo final da mora. Entrega das chaves, e não a expedição do “habite-se”. Resultado útil do contrato que só se observa com a imissão da promitente compradora na posse. Súmula 160/TJSP.

4. Indenização. Base de cálculo aluguéis indenizatórios. 0,5% do valor atualizado do contrato.

5. Ilegitimidade passiva da instituição financeira reconhecida de ofício. Recurso parcialmente provido.

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória movida por adquirente em face da incorporadora, da instituição financeira que financiou o empreendimento e da corretora em virtude do



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

atraso na entrega de imóvel em construção. Pretende a condenação das corrés ao pagamento de indenização por lucros cessantes no importe de 1% sobre o valo atualizado do contrato, por mês de atraso.

Posteriormente, o autor desistiu da ação em relação à corretora.

Sobreveio r. sentença (fls. 409/410 – proferida em 22/06/2013; DJE de 08/08/2013) que julgou improcedente a ação, sob os seguintes fundamentos: i) "*Afasto a responsabilidade do Banco Itaú, já que nenhuma relação tem com o prazo da entrega do imóvel, obrigação exclusiva da construtora*"; e ii) "*Quanto ao aluguel, não foi comprovado, por proposta escrita, séria, de pretensão locatícia, que, de fato, o bem seria utilizado para locação e que teria sido alugado, pelo valor pretendido, naquele momento*". Quanto à sucumbência, condenou o "*o autor nas custas e honorários, que fixo em R\$2.000,00 para cada réu (Monoceros e Itaú)*".

Apela o autor (fls. 413/427) afirmando pela "*incongruência entre admitir responsabilidade da construtora e exigir do comprador prova concreta do prejuízo patrimonial*". Tece que "*o atraso na obra que extrapolou o prazo de cento e oitenta dias no contrato demonstrou a mora contratual, justamente em um contrato que não prevê penalidade para o construtor em mora, sustenta por mais de um fundamento o pedido de perdas e danos*". Quanto à responsabilidade da instituição financeira, sustenta que "*não teve liberdade na contratação da instituição financeira, havendo, nítido concurso de interesses, em que pese a aparente autonomia dos pactos: autor x banco / autor x construtora*". Pontua que "*a confiança da instituição financeira (Itaú) na construtora é tão*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*extrema que, além de se fazer representar pelo próprio corretor frente ao consumidor, fornecem toda a sorte de formulários, contratos e outros documentos e termos de papelaria sua e com timbre seu".*

Requer a condenação das " *rés solidariamente no pagamento de indenização material de perdas e danos, consistente em lucros cessantes, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor do contrato, por mês de atraso, acrescidos de juros de mora e atualização monetária*". Subsidiariamente, pede a redução pela metade dos " *honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00*".

Tempestivo, o recurso foi recebido " *nos efeitos suspensivo e devolutivo*" (fl. 431) e devidamente processado.

Contrarrazões pelo corréu BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A às fls. 443/465.

Contrarrazões pela corré MONOCEROS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA às fls. 449/465, com adução de preliminar de deserção.

Em cumprimento ao despacho de fls. 497/498, o apelante complementou o recolhimento do preparo (fls. 504/505).

É o relatório.

Diante da complementação do preparo e do conteúdo do despacho de fls. 497/498, fica a preliminar de deserção, levantada em contrarrazões pela corré MONOCEROS, afastada.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

1 – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Foi bem a r. sentença ao afirmar que a instituição financeira corré " *nenhuma relação tem com o prazo da entrega do imóvel, obrigação exclusiva da construtora*".

O simples fato de ser oferecido financiamento com trâmite facilitado por ser a corré a financiadora do empreendimento não significa que a mesma é parceira da incorporadora no sentido de ser responsabilizada pelo atraso na entrega do imóvel.

O apelante possuía liberdade de contratar outro financiamento disponível no mercado.

Assim, a r. sentença deveria ter extinguido a ação sem julgamento de mérito em relação ao corréu BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A, por ilegitimidade passiva *ad causam*.

2 – COMPROVAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

A r. sentença entendeu que os lucros cessantes decorrentes do atraso na entrega do imóvel não foram comprovados.

Entretanto, os lucros cessantes podem ser presumidos pela impossibilidade de utilização do imóvel no



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

prazo contratado, seja porque se poderia nele residir sem pagar aluguel, seja porque dele se poderia usufruir a título de locação, ou pela sua venda com lucro imobiliário.

A jurisprudência acerca do tema é clara:

*"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"*

*(STJ, AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 07/02/2012, DJe 24/02/2012 - g.n.)*

Com o mesmo entendimento, este Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO editou a Súmula 162, que dispõe:

*TJSP, 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.*

Assim, a indenização a título de lucros cessantes é devida caso verificado o atraso na entrega.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**3 – ATRASO NA ENTREGA**

O prazo para a entrega do imóvel no contrato era maio de 2010 (fl. 26), com prazo de tolerância de 180 dias (Cláusula IV).

É válida a cláusula de tolerância de 180 dias, que é praxe nesse tipo de contrato devido às dificuldades a que está sujeito o setor da construção civil, não sendo simples a entrega de um empreendimento.

Pela validade da cláusula, decidiu esta Colenda Câmara:

*“Possibilidade de fixação de prazo de tolerância de 180 dias para a entrega do imóvel em relação à data inicialmente prevista - Previsão fixada com transparência e que não acarreta desequilíbrio contratual, pois razoável em razão da dependência de diversos fatores externos (...) Acrescente-se que a concessão de prazo de tolerância para a conclusão da obra é praxe no mercado de construção civil, tendo em vista que muitas das providências de finalização das obrigações contratuais da construtora escapam ao seu pleno controle, muitas vezes até dependentes de atos do Poder Público, sendo, desse modo, razoável a fixação de um lapso de tempo para quaisquer intercorrências dessa natureza, não havendo que se falar, repita-se, em abusividade ou onerosidade excessiva ao consumidor, concluindo-se que não configura afronta aos princípios consumeristas.”*

*(TJSP, Ap. 0053995-60.2011.8.26.0577, 7ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. 31/07/2013 – g.n.)*

Desse modo, computando a tolerância de 180 dias, o prazo máximo para a entrega do imóvel era novembro de 2010.

As chaves apenas forma entregues em

27/10/2011, após o ajuizamento da ação.

A coapelada MONOCEROS alega a ocorrência de caso fortuito e força maior por escassez de mão de obra e material, motivo pelo qual não haveria atraso na entrega.

Entretanto, incabível se imputar ao consumidor os ônus decorrentes do risco da atividade daquele que com ela lucra (art. 927, parágrafo único, Código Civil).

Os fatos narrados são fortuitos internos inerentes à atividade do fornecedor, que, nos termos dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, possui responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Câmara:

*Compra e venda - Atraso na entrega do imóvel - Falta de mão de obra não comprovada não exime responsabilidade da fornecedora Apelante - Fortuito interno, de responsabilidade da fornecedora Apelante ("teoria do risco", art. 18, "caput", CDC) - Atraso enseja indenização do dano decorrente da impossibilidade de fruir do bem (...)*

*A excludente de responsabilidade alegada pela Apelante não merece acolhimento. Apesar de o "boom imobiliário" ser notório, as consequências alegadas pela Apelante escassez de mão de obra dependem de prova (art. 333, inc. II, CPC), a qual não foi absolutamente produzida, limitando-se a Recorrente a alegá-las, descabendo portanto afastar sua responsabilidade pelo atraso com base em caso fortuito.*

*Diga-se ainda que, em se tratando de relação consumerista afinal, os Apelados compraram o bem visando ao uso final e as Apelantes dedicam-se profissionalmente a construir e comercializar esses imóveis (arts. 2º e 3º CDC), o fornecedor responde objetivamente pelos vício do bem (art. 18, "caput", CDC), inclusive pelos fortuitos internos, tal qual o aduzido pela Apelante:*





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*“Entende-se fortuito interno o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto. Não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável”. (Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 185, grifei).*

*(TJSP, Ap. 0026080-64.2011.8.26.0309, 7ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 18/12/2013 - g.n.)*

Com o mesmo entendimento, este Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO editou a Súmula 161, que dispõe:

*TJSP, Súmula 161: 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, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “res inter alios acta” em relação ao compromissário adquirente.*

Assim, há descumprimento contratual pelo atraso na entrega do imóvel a partir de novembro de 2010.

Em relação ao termo final da mora na prestação de entrega da coisa, este deve se pautar pela entrega das chaves e não pela data de expedição do “habite-se”.

Não há congruência temporal necessária entre a expedição do “habite-se”, requisito administrativo imposto pela Prefeitura, e a efetiva e contratualmente acordada entrega



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

do imóvel.

Quando da ocorrência do “habite-se”, o imóvel não necessariamente está apto para a entrega, podendo faltar diversos acabamentos devidos de acordo com o contrato.

Ademais, para a entrega das chaves, em muitos casos é necessário o preenchimento de diversos requisitos de responsabilidade da vendedora que vão além da expedição do “habite-se”, como a individualização das matrículas e a baixa na eventual hipoteca do empreendimento.

Disposição contratual que fixe a data da entrega do imóvel como sendo a data da expedição do “habite-se” é nula por manifesta abusividade (art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

Assim, considera-se entregue o imóvel apenas quando da efetiva entrega das chaves em 27/10/2011.

Nesse sentido:

*“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Pretensão de repetição de indébito em dobro e indenização por dano moral - Cobrança de juros remuneratórios de 12% ao ano desde o habite-se - Inadmissibilidade - Habite-se não é prova de entrega do imóvel - Demandada que postergou a entrega do apartamento para depois da instalação do condomínio, fato que afasta o alegado inadimplemento dos compradores pelo atraso na realização do financiamento bancário (...)*

*Habite-se é autorização administrativa para ocupação do imóvel, não se confundindo com prova de que houve a disponibilização do apartamento novo, pronto e acabado e em condições de habitabilidade, o que só ocorreu em 15/04/2010, conforme termo de recebimento das chaves (fls. 52). ”*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*(TJSP, Ap. 0160039-79.2011.8.26.0100, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 12/02/2014 - g.n.)*

Com o mesmo entendimento, este Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO editou a Súmula 160, que dispõe:

*TJSP, 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.*

Dessa forma, a indenização pelos lucros cessantes deve considerar o período de mora de 01/12/2010 até 27/10/2011.

#### 4 INDENIZAÇÃO

O aluguel indenizatório pelos lucros cessantes decorrentes do atraso deve ser pautado pelo percentual de 0,5% do valor atualizado do contrato, que condiz com a realidade locatícia dos imóveis na atualidade e será suficiente para ressarcir o autor pelas lesões patrimoniais que lhe foram causadas, estando em conformidade com o entendimento desta Colenda Câmara.

Veja-se:

*“Razoável fixação de aluguel mensal pelo período de atraso - Arbitramento em 0,5 % ao mês, sobre o preço do imóvel atualizado, que mais se adequa aos valores de retorno locatício de imóveis - Verba devida a partir da expiração do prazo de tolerância de 120 dias até a*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*data da efetiva entrega do bem".*

*(TJSP, Ap. 0015421-13.2011.8.26.0562, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 30/10/2013 – g.n.)*

Para citar outros precedentes: TJSP, Ap. 9187345-78.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 21/08/2013; TJSP, Ap. 4000488-09.2012.8.26.0278, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Luis Mario Galbetti, j. 02/06/2014; TJSP, Ap. 0011878-25.2011.8.26.0037, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Walter Barone, j. 21/05/2014; TJSP, Ap. 0070875-85.2012.8.26.0224, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 19/03/2014; TJSP, Ap. 0021221-09.2012.8.26.0361, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 12/03/2014; TJSP, Ap. 0055238-97.2010.8.26.0084, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 08/05/2013; TJSP, Ap. 0055238-97.2010.8.26.0084, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 08/05/2013; TJSP, Ap. 9187345-78.2008.8.26.0000, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 21/08/2013; TJSP, Ap. 0006894-85.2008.8.26.0624, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 08/05/2013; TJSP, Ap. 0281905-34.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Dir. Privado, Rel. Des. Miguel Brandi, j. 05/06/2013.

Destarte, deve haver a condenação ao pagamento aluguel indenizatório a título de lucros cessantes no valor de 0,5% do valor do contrato atualizado por mês de atraso



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

na entrega, considerado o período de 01/12/2010 até 27/10/2011.

**5 –DISPOSITIVO**

Ante o exposto, extingue-se, de ofício, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva, a ação em relação ao corréu-apelado BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A e dá-se parcial provimento ao recurso para condenar a corré-apelada MONOCEROS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA ao pagamento de aluguel indenizatório a título de lucros cessantes no valor de 0,5% do valor do contrato atualizado por mês de atraso na entrega, considerado o período de 01/12/2010 até 27/10/2011, acrescido de juros de mora a contar da citação.

Quanto à sucumbência, mantenho a condenação do apelante-autor em relação ao corréu-apelado BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A, sendo que os honorários advocatícios fixados de R\$2.000,00 se mostram compatíveis ao valor econômico que envolve a questão. Em relação à corré-apelada MONOCEROS EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, por ter saído vencida na quase totalidade do pedido, condeno-a ao pagamento das custas e despesas processuais relativas à sua lide com o autor-apelante, bem como honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação.

MARY GRÜN

Relatora



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo