

JUSTIÇA DE PRIMEIRO GRAU - COMARCA DE BELO HORIZONTE/MG

32ª VARA CÍVEL

Processo: 0024.10.310.260-4

Requerente: André Luiz Amaral de Carvalho

Requerida: MRV Engenharia e Participações S/A.

EMENTA: Compra e venda de imóvel em construção. Nulidade da notificação feita ao comprador do imóvel, através de suposto envio de telegrama, para sua residência, dando-lhe prazo de 48 horas para apresentar documentos necessários à finalização do contrato, se todos os contatos entre empresa e consumidor eram feitos por e-mail. Impossibilidade material de manutenção do contrato, em razão da alienação da unidade habitacional para terceira pessoa.

Rescisão do contrato que se impõe, com reconhecimento da culpa da construtora, que deverá restituir para o comprador o valor integral por ele antecipado, mais perdas e danos, nos termos fixados na cláusula sétima do contrato e não pela forma pedida. Pedidos julgados parcialmente procedentes.

SENTENÇA

Vistos etc.

André Luiz Amaral de Carvalho ajuizou a presente ação em face de MRV Engenharia e Participações S/A, verberando ter adquirido desta, por meio de um contrato particular de promessa de compra e venda, o apartamento de n. 304, do bloco 11, do Residencial Parque Fontana Meride, situado na Rua Joaquim José, no Bairro Bernardo Monteiro, nesta cidade, na planta, com a promessa de que o mesmo seria entregue até agosto de 2009, com tolerância de 12 meses. Contudo, depois de pagar a quantia de R\$8.000,00, ficou aguardando ser chamado, pela Construtora, para apresentar os documentos necessários à concessão do financiamento e assinatura do contrato definitivo. Disse que, após intensas cobranças da Construtora, foi informado de que o imóvel em questão havia sido alienado para terceira pessoa, porque, segundo a Construtora, ele havia desistido do negócio, o que não corresponde à verdade.

Pedi em confusa petição o cumprimento do contrato, inclusive com a proibição da venda do imóvel para terceira pessoa e indenização pelos danos morais suportados, porquanto estava aguardando o imóvel para se casar.

Regularmente citada, a ré contestou o pedido, confirmando a contratação referida na inicial. Contudo, disse que, após o prédio ficar pronto, solicitou o comparecimento do autor em seu escritório, por meio de um telegrama, para providenciar a documentação necessária à assinatura do contrato definitivo, perante a CEF, mas o autor se quedou inerte, razão pela qual já alienou o imóvel para terceira pessoa. Disse que a culpa pelo evento foi do autor, razão pela qual deverá ele pagar, inclusive a multa contratualmente revista, se dispondo a devolver para o autor uma pequena parcela do que ele já havia adiantado, tudo segundo expressas disposições contratuais.

O autor impugnou a contestação.

As partes pediram o julgamento do feito no estado em que se encontra.

É o relatório. Decido.

Considerando que o imóvel objeto da pendenga foi alienado pela Construtora, para terceira pessoa, não é mais possível, juridicamente, a manutenção do contrato havido entre as partes, devendo o caso resolver-se em perdas e danos.

O ponto fulcral da lide está em localizar o responsável pela não finalização do contrato de financiamento perante a CEF, segundo previsto no contrato firmado entre as partes.

Desde que as partes celebraram a promessa de compra e venda (f. 49 e seguintes) todas as correspondências havidas entre elas o foi por meio de correio eletrônico, o famigerado e-mail, conforme facilmente se constata pelas provas constantes de f. 25 a 48.

Para finalizar o contrato, a Construtora se comprometeu em averbar o "habite-se", documento indispensável para a obtenção do financiamento perante a CEF, e, após tal averbação, convocar o autor para a apresentação dos documentos exigidos pelo agente financeiro.

O autor, assim, não tinha como saber se a Construtora já havia ou não averbado o tal documento, perante o registro imobiliário, tendo solicitado várias vezes essa informação, para a Construtora, conforme se verifica pela vasta documentação antes referida (f. 25 e seguintes).

Alega a Construtora, por outro lado, que após a averbação do "habite-se", convocou o autor, por meio de um telegrama, a comparecer em seu departamento específico e apresentar a documentação exigida pelo agente financeiro.

Analisando a prova produzida pela Construtora, acerca dessa comunicação, tenho que a mesma não atendeu minimamente aos requisitos contratuais e legais. O telegrama, no caso, não foi sequer recebido pelo autor, ou por qualquer pessoa de seu relacionamento, não havendo prova da regularidade de tal ato, que já era bastante precário e não é a fora legal de se constituir alguém em mora.

Com efeito, a forma legal para a constituição do autor na pretendida mora (em apresentar os documentos exigidos pela Construtora) era através de protesto, nos termos do art. 1º, da Lei 9.492/97. Portanto se a construtora pretendia constituir o autor em mora, deveria se valer desse instrumento, e não por meio de um simples envio de telegrama, cujo recebimento pelo autor sequer foi demonstrado.

De notar, ademais, que todas as correspondências tratadas entre as partes eram feitas por meio de e-mail, de tal sorte que o autor não tinha como saber que a Construtora já havia averbado o habite-se, e, portanto, não tinha como saber que já estava na hora de providenciar a documentação exigida para a obtenção do financiamento.

Portanto, a Construtora errou, ao alienar a unidade para terceira pessoa, sem antes constituir o autor em mora, segundo a forma legal.

Sendo a culpa pelo evento da Construtora, conforme especificado, deve devolver para o autor o valor por ele antecipado, de forma integral, devidamente corrigido e com os juros legais, e, além disso, responder pelas perdas e danos, na medida em que impossível o cumprimento do contrato. Assim:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ART. 40, § 2º, DA LEI N. 4.591/1964. NÃO INCIDÊNCIA. PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO INTEGRAL. DANO MORAL. CABIMENTO. EXCEPCIONALIDADE.

1. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal a quo resolve todas as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

2. Tendo havido um novo negócio jurídico entre as partes (adquirentes de imóvel da falida Encol e a recorrente) – relação jurídica que, efetivamente, deu ensejo à presente demanda -, a Carvalho Hosken S/A não assume no litígio posição de simples incorporadora ou proprietária do terreno no qual o empreendimento imobiliário seria erguido. Assim, mostra-se inaplicável o art. 40, §2º, da Lei n. 4.591/1964, que restringe o valor a ser restituído aos promitentes compradores pela incorporadora. Bem por essa razão que o mencionado dispositivo legal não foi prequestionado, motivo por que incide a Súmula n. 211/STJ.

3. Se a rescisão do contrato de compra e venda decorreu do inadimplemento na entrega do imóvel, descabe retenção de percentual pago pelo comprador, devendo a restituição das parcelas ser integral.

4. Muito embora seja sólida a jurisprudência segundo a qual o mero inadimplemento contratual não gera dano moral indenizável, reconhece-se excepcionalmente a possibilidade da condenação, notadamente quando estão em discussão bens jurídicos de especial grandeza, como é o direito a moradia. Precedentes.

5. No caso em exame, o contrato foi firmado no ano de 1994, com ajuste de novo termo de compromisso em 1999, mas até a data do ajuizamento da ação - 2005 -, o inadimplemento persistia e o imóvel não havia sido entregue, circunstância que revela bem mais que mero dissabor e autoriza, de fato, a condenação por dano moral.

6. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no AREsp 168231 / RJ. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 12/08/2014).

Quanto ao valor das perdas e danos, embora o contrato não tenha cláusula penal expressa, tenho que o percentual estabelecido na cláusula sétima, equivalente a

8% (oito por cento) do valor do contrato, pode ser aplicada com equidade, inclusive para o pleito de indenização por danos morais.

Ora, se o autor tivesse dado motivo para a rescisão, a multa compensatória para a Construtora seria esta de 8% do valor do contrato, por força da indigitada prescrição. Assim, é equitativo que, em caso de ré ter dado motivo para a rescisão, esta também seja de 8% sobre o valor do contrato, evidentemente, devidamente atualizado pelos índices oficiais.

Embora esta cláusula, redigida de forma bastante precária em termos jurídicos, preveja a multa de 8% para a hipótese de rescisão provocada pelo autor, tenho que a mesma também se aplica para o caso em testilha.

Com efeito, estabelecem os art. 408 e seguintes do atual Código Civil, que tratam da cláusula penal:

“Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora....

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

...

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionalmente. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

No caso presente, não há como manter-se o contrato, em face da venda da unidade habitacional para terceira pessoa, por culpa da Construtora.

Saliento que a cláusula penal é pacto acessório à obrigação prevista para a hipótese de descumprimento de obrigação assumida por qualquer das partes, nos termos do art. 408 do Código Civil. Nesse contexto, tendo as partes entabulado previamente cláusula neste sentido, não está o Juízo autorizado a estabelecer valor de indenização a qualquer título, sponte própria, sob pena de violação ao pacta sunt servanda e a segurança jurídica das relações contratuais.

Com efeito, a cláusula penal é a prévia estipulação das perdas e danos e estas abrangem o dano emergente e o lucro cessante, nos termos do art. 402, verbis:

"Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Maria Helena Diniz, em escólio ao art. 408 do Código Civil anota: "A cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução culposa ou de seu retardamento, fixando, assim, o valor das perdas e danos e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (RT, 725:370, 505:224, 543:161, 304:250 e 525, 208:268, 226:377, 228:447, 235:234, 239:2666 e 172; RF 146:254, 120:18; AJ 10:1144; Adcoas, n. 78.630 e 77.991, 1981; JB, 158:250, 150:312 e 166:256; EJSTJ, 3:69; STF, Súmula 616)." - Código Civil Anotado, Ed. Saraiva, 2002, 8ª edição, p. 297.

Com efeito, pactuada multa pela resolução do negócio, não cabe exigir da empresa o pagamento de quaisquer outros danos. É o que penso.

A cláusula penal é semelhante às perdas e danos, das quais se distingue porque seu valor é arbitrado antecipadamente pelos contratantes, e não posteriormente, pelo juiz. As perdas e danos abrangem o dano emergente e o lucro cessante, nos termos do art. 402. Dessa forma, permitem que os prejuízos sejam ressarcidos integralmente.

Cumpra a quem contrata imaginar, na hora da contratação, se eventuais prejuízos estarão ou não acobertados pela indigitada cláusula. Se não o faz a contento, não cabe ao juiz modificar o contrato e estabelecer outra liquidação de danos diferentemente do que as partes contrataram.

Reconheço que tenho visto muitos julgados em sentido contrário, todos muito respeitáveis. Mas é desta forma que penso o Direito posto no Brasil.

Assim, por contemplar uma estimativa antecipada feita pelos contratantes, a cláusula penal pode estar além ou aquém do montante efetivo dos prejuízos. Quem contrata é que deve saber.

Com a utilização da cláusula penal as partes dispensam a necessidade de demonstração dos prejuízos e de sua liquidação, tornando-se suficiente a demonstração da mora. É o que está consignado neste art. 416. O parágrafo único deste dispositivo legal impede o credor de exigir o valor suplementar dos prejuízos, quando ele ultrapassar o da cláusula penal. Ressalva, porém, a possibilidade de as partes convencionarem o contrário, hipótese em que a pena estipulada corresponderá ao valor mínimo da indenização. Desse modo, caso os prejuízos demonstrados na ação sejam inferiores ao valor da pena convencional, prevalecerá este último. (Código Civil Comentado. Coord. Cezar Peluzo. 3 ed., Manole, Barueri-SP, 2009. p. 445/446).

De notar que o preço do imóvel foi de R\$63.000,00 e o autor pede apenas por uma única parcela dos danos alegados a quantia de R\$51.000,00. Esse pedido é tão absurdo que nem carece maiores perquirições. De outro lado, tenho visto indenizações para casos que tais, por danos morais, da ordem de R\$3.000,00, o que entendo não reparar o dano.

No caso, 8% do valor atualizado do contrato repara com justiça as perdas e danos provocados pela empresa. Portanto, a meu sentir, a reparação nos termos da indigitada cláusula, ou seja, de 8% do valor atualizado do contrato, repara o autor de todos os seus danos. Assim:

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL - CLÁUSULA PENAL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DESCABIDA - DANOS MORAIS VERIFICADOS - A multa contratualmente prevista, como prevê do Código Civil, é um adiantamento das perdas e danos, de forma que, não havendo previsão para indenização suplementar, não há que se falar em pagamento de nova indenização pelo mesmo motivo, sob pena de enriquecimento sem causa." (TJMG, Apelação Cível nº 0385598-51.2011.8.13.0024, Rel. Des. NILO LACERDA, DJE 07/11/2011).

Também neste sentido:

"EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. CORREÇÃO PELO CUB. PRAZO DE ENTREGA. ATRASO. MULTA. DANO MORAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Pactuada multa pela não conclusão da obra no prazo estabelecido e não estipulada indenização suplementar, não se pode exigir o pagamento da despesa de aluguel de imóvel pelo período de atraso da obra. - É legal a correção pelo CUB durante o período de execução da obra de construção de imóvel residencial. - Verificado o atraso na execução da obra, nesse período ainda incide o CUB, pois o certo é que a obra ainda está sendo executada. - O atraso na execução da obra não viola direito da personalidade, o que desautoriza o arbitramento de compensação pecuniária por dano moral. (TJMG. 1.0024.09.598839-0/001. Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 12/03/2012).

Neste sentido também já julgou o eg. Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PAGAMENTO EM UNIDADES RESIDENCIAIS. ATRASO NA ENTREGA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL ESTABELECIDO CONFORME O PACTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO CONTRATEMPO. I. Condenada a recorrente a ressarcir as perdas e danos previstas no contrato para a hipótese de inadimplemento, sem que concluisse a construção dos imóveis que seriam dados em pagamento, este evento, por si só, não consubstancia dano moral indenizável, mas mero dissabor ou contratempo. II. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 712469 / PR, rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 06/03/2006 p. 406).

Aliás, esta é a função da cláusula penal. Ignorá-la, simplesmente, implicaria em negativa de vigência aos termos da Lei, o que não se pode tolerar.

Conforme nos ensina Washington de Barros Monteiro, Curso, vol. V, Saraiva, 1988, p. 197, a cláusula penal tem duplo papel, funcionando como meio de coerção e,

“fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante. Constitui assim liquidação à forfait, cuja utilidade consiste, precisamente, em determinar com antecedência o valor dos prejuízos resultantes do não cumprimento da avenca. Estipulando-a, como diz Giorgi, deixam os contratantes expresso que desejaram, por esse modo, furtar-se aos incômodos da liquidação e da prova, que muitas vezes, não são simples nem fáceis, requerendo tempo e despesa”.

Não desconheço a existência de inúmeros julgados em sentido contrário ao aqui esposado, como já salientado. Contudo, tenho para mim que a Ciência do Direito no Brasil tem se tornado algo extremamente perigosa, principalmente quando o tema é indenização por danos morais, como é o caso presente. Estamos trocando quatro mil anos de evolução do Direito Objetivo que os romanos nos ensinaram a fazer por um modelo de ‘Direito’ cada vez mais subjetivo, cada julgador entendendo a seu bel prazer se há ou não há dano moral e, o que é pior, qual o tamanho desse dano. E as regras objetivas, postas pelo legislador, essas já não possuem mais valor algum.

É o desastre que o famigerado dano moral causou em nosso sistema jurídico.

Estamos trocando a segurança da Lei pela insegurança que decorre de julgamentos subjetivos e isso tenho visto cada dia mais. Juízes, Desembargadores e Ministros ficam debatendo, cada um firme em seu entendimento subjetivo, alguns só vaidosos, se uma determinada situação é ou não capaz de gerar indenização por danos morais, ao passo que a Lei, essa coitada, essa fica esquecida lá nos livros e ninguém mais vai se inteirar dela.

Sobre o tema em discussão neste processo encontrei julgados os mais variados, valores os mais díspares, subjetividade ao máximo. Aplicação da Lei objetiva, muito pouco mesmo.

Diz Pontes de Miranda em seu monumental Tratado de Direito Privado:

“Uma das funções mais prestantes da cláusula pena é assentar a indenizabilidade de danos no caso de não ser pecuniária, ou ser de difícil avaliação a prestação prometida. Por exemplo: para o caso de B, que teria de cantar na recepção de A, faltar ao prometido. Terá B de prestar a pena convencional, ainda que A não possa provar danos materiais” (atualização por Vilson Rodrigues Alves, Tomo 26, §3.112. Bookseller, Campinas/SP, 2003).

É essa, exatamente, a hipótese dos autos.

Além disso, a segurança da cláusula penal faz fugir do subjetivismo acima apontado e que pode ser confrontado com os seguintes recentes julgados:

“Embora o descumprimento contratual não seja apto a configurar indenização por dano extrapatrimonial, o atraso demasiado ou incomum na entrega do imóvel ocasiona séria e fundada angústia no espírito do adquirente, não se tratando de mero dissabor, ensejando assim, o ressarcimento do dano moral.” (TJMG.

1.0145.11.063314-9/001. Relator(a): Des.(a) Valdez Leite Machado. Data da publicação da súmula: 12/04/2013).

"RECURSOS ESPECIAIS. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIAS. PRAZO PRESCRICIONAL. INDENIZAÇÃO TARIFADA. PRECEDENTES DA CORTE. DANO MORAL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ABALO À IMAGEM DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DIVISÃO DA VERBA HONORÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DECAIMENTO. 1.- (...). 3.- O mero descumprimento contratual, em princípio, não enseja responsabilização ao pagamento de indenização por danos morais, visto não passar de incômodo da vida em sociedade.(...)" (REsp 744.741/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011)

"- É legítima a estipulação de carência de 180 dias para a entrega do imóvel em construção, contada do término do prazo de entrega de normalidade.

- Por se traduzir percentual compatível com o preço das locações e pela função cobrir dano presumido com locação, a multa de 0,5% do preço da unidade, à vista, por mês ou fração de mês de atraso, pelo não cumprimento do prazo de entrega do imóvel, não comporta majoração para 1%. E o termo inicial conta-se da prorrogação de 180 dias do prazo de entrega do imóvel.

- O atraso na entrega da obra, no caso concreto, não importa em violação de direito da personalidade e reparação por dano moral." (TJMG. 1.0145.11.039218-3/001. Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida. Data da publicação da súmula: 18/02/2013).

Desta forma os danos materiais e morais apontados na inicial, estão todos eles açambarcados pelo valor estabelecido previamente pela cláusula penal (art. 402, c/c art. 406, todos do CC).

Em face do exposto julgo parcialmente procedente os pedidos, condenando a ré a devolver para o autor a quantia de R\$7.030,00, devidamente atualizada pelos índices divulgados pela eg. CGJ/MG, desde o desembolso, mais juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, além de pagar-lhe perdas e danos pelo equivalente a 8% (oito por cento) do valor do contrato, exatamente como foi estabelecido, valor este que deverá ser devidamente atualizado pelos índices oficiais adotados pelo Poder Judiciário, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Custas pela requerida que também deverá pagar para o advogado do autor o equivalente a 10% sobre o valor que se apurar acima, corrigido, com juros de mora de 1%, a partir da publicação desta sentença, de caráter constitutivo do direito do advogado.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2.014.

Carlos Roberto Loiola

2º Juiz de Direito Auxiliar da Capital