

Case text

## Appellate Court of São Paulo

24 de abril de 2008



C

### PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº



\*01736508\*

### ACÓRDÃO

*Contrato de Incorporação e cobrança das prestações – No caso de a vendedora não cumprir a sua parte, entregando, no prazo, a unidade e ou a ofertando ao comprador, cabe aplicar a exceção de contrato não cumprido para exonerar esse último do dever de pagar a dívida – Provimento.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 379.981-4/0, da Comarca de GUARULHOS, sendo apelantes JOSÉ HENRIQUE SEBASTIÃO NASCIMENTO DE SOUZA [e outra] e apelada CONSTRUTORA COSTA NORTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SC LTDA.

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Vistos.

Construtora Costa Norte Empreendimentos Imobiliários S/C. Ltda. ingressou com ação de cobrança de dívidas do contrato realizado com JOSÉ HENRIQUE SEBASTIÃO NASCIMENTO DE SOUZA e ELISABETE PEREIRA DA SILVA NASCIMENTO DE SOUZA, em virtude de interrupção, pelos requeridos, em maio de 1998, do pagamento das 220 parcelas acordadas para quitação do preço do apartamento negociado em maio de 1997. Houve regular notificação para constituição em mora.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os requeridos apresentaram contestação e denunciaram que a obra não foi entregue no prazo convencionado [novembro de 1999]. Negam a notificação e pleitearam devolução das quantias pagas e perdas e danos.

A r. sentença acolheu o pedido e estabeleceu que os requeridos deveriam pagar as prestações vencidas e vincendas, com multa de 10%. Daí a interposição do recurso da parte dos requeridos, com pedido de nulidade por cerceamento de defesa. A apelada mencionou que se fosse o caso deveria o agravo retido de fl. 143 ser conhecido e provido.

É o relatório.

Não há irregularidade que compromete a eficácia do processo. Não caberia aplicar pena de confesso, quer diante da ausência de Elisabete e ou do representante legítimo da autora, porque não existe confissão de matéria de direito. A confissão é centrada sobre questões de fato controvertidas, cuja incerteza ou indefinição fica agravada devido a não ter sido esclarecida em depoimento pessoal. Não é o caso, pelo que a Turma delibera não prover o agravo retido de fl. 143 e rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de direito de produzir prova, por ofensa aos artigos 330, I, do CPC e 5º, LV, da CF. Vale consignar que não se provou ter ocorrido falsa ou irregular representação da pessoa jurídica [autora] diante do documento de fl. 114, o que afasta a idéia de ofensa ao artigo 12, VI, do CPC.

A autora assumiu o dever de entregar o apartamento dentro de 30 meses do pagamento da entrada [fl. 48]. A entrada foi paga no dia 01.5.1997 [fl. 12]. Evidente que não ocorreu entrega no prazo combinado, conforme se poderá



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conferir com a data da entrega do apartamento 44, do bloco 6, ou seja, em 30 de maio de 2001 [fl. 84]. Observa-se, por outro lado, que a autora procurou se defender, em processo promovido por compradora [n. 2956/99, da 7ª Vara de Guarulhos], alegando imprevisibilidade pela intermitência de chuvas [fl. 87/91].

Pois bem. Os apelantes interromperam os pagamentos em maio de 1998 e alegaram que a inércia da construtora desestimulou a adimplência das obrigações de trato sucessivo, porque constataram, em inspeção no canteiro de obras, que não seria cumprido o cronograma construtivo [fl. 43]. O fato é que o prazo de entrega do apartamento foi descumprido e não consta que a autora se prontificou a entregar o apartamento aos autores, tanto que não fez a consignação do objeto em Juízo.

Resulta que estamos diante de caso em que há inadimplemento absoluto de ambas as partes contratantes. Os requeridos não pagaram as prestações e não parece ajustado reconhecer que estão obrigados a pagar as dívidas vencidas e vincendas, porque não receberam o apartamento, quando deveriam ter recebido a coisa. Ocorre que a parte da autora, ora apelada, não foi cumprida e não parece lógico admitir que o será, devido a não ter provado que está com o apartamento pronto e reservado para entregá-los aos compradores. Cabe indagar: qual o sentido de obrigar os apelantes ao pagamento de todo o saldo contratual?

O artigo 1092, do CC, de 1916, dispunha que "nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro". Essa regra consagrou a *exceptio non adimpleti contractus* e está revigorada no novo estatuto [artigo 476, do CC, de 2002]. É importante anotar a situação prevista no artigo 1092, do CC, de 1916 e que se



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

transformou no artigo 477, do CC, de 2002, no sentido de desobrigar o contratante do cumprimento quando houver fundado receio de que não receberá a contraprestação a que tem direito. O insuperável SERPA LOPES afirmava que a exceção do contrato não cumprido encontra ampla aplicação no contrato de execução continuada “quando o contraente suspende a prestação devida até a execução ou a oferta da correspondente contraprestação” [*Exceções substanciais*, Freitas Bastos, 1959, p. 281].

É bem verdade que o dispositivo procurou disciplinar hipóteses em que ocorreu diminuição de patrimônio do contratante [impossibilidade de realizar o pagamento de obrigação pecuniária] o que não implica, necessariamente, a inadmissão de outros fatores. Qualquer outro fator que torne impossível ou dificulte a prestação, sejam ou não oriundos de comportamento imputável à parte, pode ser utilizado [RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos*, in *Fundamentos e princípios contratuais empresariais*, série GV law, Saraiva, 2007, p. 450]. Peço licença para transcrever trecho do artigo de PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA sobre a *exceptio non adimpleti contractus* [apud *Direito Contratual – Temas atuais*, vários autores, Editora Método, coordenadores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce 2008, p. 575]:

“As exceções sobreditas abarcam também a hipótese de quebra antecipada do contrato (artigo 72 da Convenção de Viena, entendimento doutrinário e julgado do STJ – Resp. 309626), na qual o devedor, de forma expressa ou tácita, devidamente provada, por ação ou omissão, demonstra que não cumprirá a obrigação no termo ajustado, embora a prestação seja ineficaz. Equipara-se a referida quebra antecipada com a da inexecução negocial para fins de reparação civil e resolução contratual, com efeito *ex tunc*, a fim de avaliar a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

extensão das perdas e danos. Vulnera-se com referida quebra antecipada o dever de cooperação e o princípio da confiança”.

Não existe garantia alguma de que a vendedora entregará o apartamento, até porque houve não cumprimento, no prazo. O noticiário jornalístico apostado nos autos [fl. 116] no sentido de que a Prefeitura concedeu novo prazo para que a autora cumprisse normas administrativas relacionadas ao prédio em questão, é mais uma circunstância de peso a justificar a justa causa para a interrupção dos pagamentos. Ademais, a autora não demonstrou ter cumprido o disposto no artigo 43, II, da Lei 4591/64, porque até o momento não demonstrou ter realizado o registro da incorporação imobiliária. Resulta que a autora não poderia alienar as unidades autônomas, o que, naturalmente, veda que cobre os valores não pagos sem que tenha realizado a entrega do bem.

Na verdade, a autora escolheu uma das alternativas possíveis, pois ao invés de buscar a rescisão do contrato na forma do artigo 475, do CC, de 2002, considerou mais adequado exigir o pagamento das prestações. Essa escolha não foi prudente na medida em que representa um abuso do direito de exercer as prerrogativas contratuais [artigo 187, do CC, de 2002] consubstanciando comportamento de má-fé [artigo 422, do CC, de 2002] por envolver pretensão de pagamento total do preço sem oferta do bem negociado.

Os compradores não são obrigados a pagar porque a autora não cumpriu a sua parte e tampouco acena com essa possibilidade, tendo em vista sacramentada a sua mora pelo decurso do prazo de entrega e natural renegociação da unidade imobiliária reservada aos compradores. Deveria o Juízo aplicar a *exceptio non adimplenti contractus* e exonerá-los da obrigação de pagar, reservando, para outra ação, discussão e decisão sobre o destino das parcelas pagas e eventual rescisão do contrato [artigo 53, da Lei 8078/90].



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isso posto, dá-se provimento para julgar improcedente a ação e condenar a autora ao pagamento das custas e honorários, esses fixados em 15% do valor atualizado da causa.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TEIXEIRA LEITE [Presidente] e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 24 de abril de 2008.

Assinatura manuscrita em tinta preta, apresentando traços fluidos e uma grande inicial 'E'.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI  
Relator