

CÂMARAS CÍVEIS PREVENTAS - TJERJ

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES CAUTELAR E ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. MANUTENÇÃO DE ASSISTÊNCIA EM HOME CARE. RELAÇÃO DE CONSUMO. SUBSUNÇÃO À LEI 8.978/90. LIDE QUE VERSA SOBRE O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SAÚDE. HOME CARE. DEFINIÇÃO JURÍDICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 19 – I DA LEI 8.080/90 E REGULAMENTO Nº11/2006 – RDC ANVISA. PROVA DOS AUTOS QUE DEMONSTRA QUE O QUADRO DE SAÚDE DO APELANTE, PARAPLÉGICO E COM IMOBILIDADE REDUZIDA NO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO QUE CONDUZ À NECESSIDADE DE SUPORTE FISIOTERÁPICO, TERAPIA OCUPACIONAL E AUXÍLIO CONSTANTE DE ENFERMEIRO. ESVAZIAMENTO VESICAL E RETAL, ATRAVÉS DO USO DE SONDA OU CATETER QUE DEVE SER REALIZADO COM AUXÍLIO TÉCNICO ANTE A DELICADEZA DO PROCEDIMENTO E AS CONSEQUÊNCIAS DRÁSTICAS QUE PODE ACARRETAR AO JÁ PREJUDICADO AUTOR. PROVA PERICIAL MÉDICA NESTE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE DO TRATAMENTO SER ASSUMIDO PELO PRÓPRIO AUTOR, POR FAMILIARES OU POR CUIDADOR LEIGO. LIMITAÇÃO CONTRATUAL QUE IMPÕE EXAGERADA DESVANTAGEM AO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 51 IV CDC. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRECEDENTES DO TJRJ RECURSO A QUE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJERJ. APELAÇÕES CÍVEIS Nº: 0051934-24.2002.8.19.0001 E 0064826-62.2002.8.19.0001. RELATORA: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA. JULGADO EM 30 DE SETEMBRO DE 2014)

5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os argumentos das apelações cíveis referidas nas ações cautelar e ordinária, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal

de Justiça do Rio de Janeiro, por _____, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, ____/____/2014.

Des. Cristina Tereza Gaulia

Relator

VOTO

O voto será em conjunto, pois as ações cautelar e ordinária têm entre si relação de acessoriedade e uma vez que o moderno processo civil de resultados é norteado pelos princípios de celeridade e economia processual, inseridos no art. 5º CF/88, no inciso LXXVIII pela EC/45, do que decorre o natural e objetivo aproveitamento das provas e argumentos das ações que correram em conjunto.

A relação entre as partes é de consumo, cabendo entretanto o julgamento a esta 5ª CC em razão da prevenção, por força da decisão proferida nos agravos de instrumento anteriormente julgados por esta Câmara¹.

Válido breve resumo dos fatos que ensejaram a propositura das ações e a alteração, ao longo do processamento, do *status quo* da controvérsia.

1 SEGURO SAUDE PRESERVACAO DA VIDA DIREITO A ASSISTENCIA MEDICA ATENDIMENTO DOMICILIAR MEDIDA CAUTELAR INOMINADA TUTELA ANTECIPADA

Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada com pedido liminar de tutela antecipada. Deferimento da antecipação para que o autor receba o atendimento pelo sistema “home care” com prestação permanente de serviços de enfermagem. Excepcionalidade de tais serviços. Verossimilhança das alegações e perigo à saúde do autor. Confirmação da decisão. E’ de ser improvido agravo de instrumento interposto contra liminar que defere ao Autor a assistência médica pelo sistema “home care”, de vez que demonstrado o perigo à saúde do paciente. (CLG)

(0007175-75.2002.8.19.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. JOSE AFFONSO RONDEAU - Julgamento: 13/08/2002 - QUINTA CÂMARA CÍVEL)

.....

Agravo de instrumento. Medida cautelar. Revogação da liminar. Ausência atualmente dos requisitos necessários à sua concessão. Recurso desprovido.1. Agravo de instrumento tirado pelo requerente em face de decisão que revogou liminar anteriormente concedida em medida cautelar e que determinava a prestação pela agravada ao agravante do serviço de *home care*.2. Recurso que não merece prosperar.3. Admite o agravante que “nem sempre se encontra em casa e para tanto não pode querer a Ré, que esta aparece quando quiser e, ser recebida”.4. Ou seja, admite, como afirmado pela empresa que presta o serviço, que “não permite a entrada da equipe do *Home Care*, recebendo apenas os medicamentos e materiais para seu tratamento”.5. O laudo pericial médico indica, outrossim, apenas a necessidade de um cuidador.6. Se assim o é, não há mais os requisitos para a manutenção da liminar.7. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(0020587-92.2010.8.19.0000-AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 01/07/2010 - QUINTA CÂMARA CÍVEL)

O autor, artista integrante do Grupo X, conhecido pelo nome artístico de Y, foi atingido, em 09/11/2000, por nove tiros, ao socorrer uma menina em bairro da zona Norte do Rio de Janeiro.

Em razão deste incidente restou paraplégico.

Sendo associado do plano Z, utilizou-se do referido seguro saúde tão somente quando das intervenções cirúrgicas das quais teve necessidade, custeando, *per se*, a equipe médica, fisioterapeutas e psiquiatra que passaram a atendê-lo e que não eram conveniados.

Durante um ano e três meses, por indicação médica específica, a ré Z custeou as despesas do serviço *home care*, sem perícia ou contestação, serviço de *home care* este que significava, à ocasião, apoio de enfermagem domiciliar nas 24h e fisioterapia intensiva, e era prestado pela equipe da ré A.

A partir de abril/2002, a Z recusou-se a dar continuidade ao *home care* e, em função desta situação, o apelante propôs a ação cautelar visando, primordialmente a que as apeladas mantivessem:

“o atendimento do serviço de *home care*, por tempo indeterminado no período de 24h, até que a equipe médica que o acompanha libere tal serviço.”

A decisão *a quo*, de natureza liminar, veio no seguinte sentido (fls.23/24 da cautelar):

“Considerando o relatado na inicial, bem como pelas peças que a instruem, há prova inequívoca da relação jurídica existente entre as partes, comprovando-se assim a verossimilhança da alegação do autor, e a obrigação, por parte das rés, a primeira de prestar a assistência médica pleiteada nestes autos, e da segunda em prestar serviço condizente, no sentido de permitir a prestação do serviço pela primeira, na forma que vem sendo feito até o presente momento.

Certamente ocorrerá dano de difícil reparação, quiçá irreparável, em sendo suspensa a prestação de serviço médico denominado

HOME CARE ao autor, antes de decisão judicial transitada em julgado, em não sendo antecipada a tutela.

Não existe, no caso, perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Entretanto, a recíproca não é verdadeira, eis que há permanente necessidade do tratamento que vem sendo prestado ao autor, em consequência do acidente pelo mesmo sofrido, de amplo conhecimento pela sociedade, noticiado que foi em todos os meios de comunicação, e, como estão em jogo a saúde e a vida de um ser humano, não há como aguardar-se a decisão final.

Nestes termos, ANTECIPO PARCIALMENTE A TUTELA, para determinar às rés a manutenção do atendimento médico denominado *HOME CARE*, que está sendo prestado até a presente data ao autor pela primeira, em sua integralidade e nas mesmas condições que vem sendo prestado e na medida da necessidade do mesmo, e à segunda para, ao serem efetuadas visitas ao autor, que sejam por médico do sexo masculino, e sempre na presença da equipe médica que vem acompanhando o autor, particularmente, e até ulterior decisão deste juízo, desde que em dia com o pagamento de suas mensalidades.”

A ordinária que se seguiu, pugnou pela manutenção da medida cautelar, mantendo-se o *home care* por prazo indeterminado até que a equipe médica liberasse o apelante de tal necessidade.

Porém, em 13/04/2010, o mesmo Juízo, revogou a tutela concedida, ao argumento de que, em face da melhora do estado geral do autor e do tempo decorrido, bastar-lhe-ia um cuidador, podendo inclusive o próprio apelante *per se*, ou um familiar, implementar os procedimentos necessários que o atual estado do paciente requer.

A sentença recorrida, nessa mesma senda, no tocante ao *home care*, julga improcedente o pedido de manutenção do serviço.

O apelo do autor tem especificamente o seguinte desiderato (fls.778/779 da ação ordinária):

“o Apelante requer seja conhecido e provido o seu recurso, para que, reformada a respeitável sentença de primeiro grau de jurisdição, se julgue procedente o pleito inaugural a fim de que seja confirmada e restabelecida parcialmente a decisão que deferiu a tutela antecipada ao Autor para que a empresa ré, ora apelada, disponibilize:

1. “assistência domiciliar com suporte fisioterápico três vezes por semana” (conclusão do laudo pericial – fl. 557);
2. “terapia ocupacional” (conclusão do laudo pericial – fl. 557);
3. Profissional de enfermagem 24h por dia, pelas razões acima elencadas.

Em sendo provido o apelo neste ponto, deverá haver determinação expressa no sentido de que as reavaliações quando indicarem suspensão de algum tratamento concedido deverão ser canceladas pelo perito do juízo e determinadas por decisão judicial.

SUBSIDIARIAMENTE

Caso sejam desprovidos os três pedidos formulados acima, deverá ser provido o presente apelo a fim de que passe a constar na parte dispositiva do julgado a parcial procedência do pedido com ratificação e manutenção da decisão que deferiu a tutela antecipada até a data de sua revogação, eis que como apontado na própria sentença, ao longo desse período a pretensão autoral foi resistida e era justa e legítima.”

A controvérsia submetida à Instância *ad quem*, gira pois em torno de decidir-se se o autor, no estado atual, precisa continuar contando com atendimento domiciliar custeado pela ré Z, para seu melhor tratamento, ou se, como pretende a apelada, tal tratamento e as operações de higiene que este requer podem ser realizadas sem qualquer prejuízo ao apelante, pelo próprio, por familiar ou cuidador sem expertise.

Inicialmente, refira-se que a lide está submetida aos princípios norteadores da Lei 8.078/90, eis que a relação entre as partes é de consumo.

Por conseguinte a base legal a encaminhar o processo decisório não pode olvidar a vulnerabilidade² do consumidor mormente em situações de risco de morte e de fragilização da saúde, prevalecendo sobre a teoria clássica do contrato, os princípios da boa-fé objetiva³ e da função social do contrato⁴, esta que repousa, no âmbito do CDC, no direito do consumidor à eficiência e adequação⁵ dos serviços contratados.

Nessa senda, a vulnerabilidade tem um viés genérico, (“todo consumidor é vulnerável em face do fornecedor, porque a lei assim estabelece”), e uma vertente específica, que exsurge quando o consumidor está nitidamente em situação de fragilidade extrema e impotência ante um fornecedor inequivocamente mais potente. Nesses casos, deve prevalecer a interpretação da lei em favor do vulnerável, eis que é do fornecedor o risco do negócio.

Na hipótese concreta, o risco do empreendimento se perfaz, e é ônus da ré arcar com ele, na medida em que, ao lado de um consumidor cuja necessidade de tratamento se protraí no tempo (ônus específico) há centenas de outros associados que, pagam regularmente suas mensalidades sem usar seus planos, salvo esporádica e eventualmente (bônus).

² Lei 8.078/90 - Art. 4º “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”;

³ Lei 8.078/90 - Art. 4º (...), inc. III: “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (**art. 170, da Constituição Federal**), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”;

.....
Lei 8.078/90 - Art. 51. “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”;

⁴ CC/02 Art. 421. “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁵ Lei 8.078/90 - Art. 24. “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”

Por outro lado, é exigência do novo ordenamento legal em vigor, na conjugação e diálogo entre o CDC e o Código Civil, a obediência do fornecedor a uma pauta de transigência com os termos formais do contrato, de acordo com a boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva requer postura de lealdade, cooperação e preservação da confiança depositada pelo consumidor no fornecedor, no desempenho do próprio contrato, mas também, por conseguinte, o atendimento das legítimas expectativas daquele no momento na fase pós-contratual.

A respeito refira-se a lição da doutrina:

“O princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação do contratos. A primeira função é uma função criadora (*pflichtenbegründende Funktion*), seja como fonte de novos deveres (*Nebenpflichten*), de deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como os deveres de informar, de cuidado e de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato lícito (*Vertrauenshaftung*) ao impor riscos profissionais novos e agora disponíveis por contrato. (...)”⁶

“Parece-nos importante repetir que, sob o novo paradigma do CDC, as relações de consumo envolvem um dever anexo de “cooperação”, dever de colaborar durante a execução do contrato, conforme a boa-fé objetiva. Não se trata de impor uma nova obrigação ou um novo fazer a alguém, sem base legal (o que seria contrário ao art. 5º, II, da CF/1988), mas de uma leitura mais ampla dos deveres inerentes ao contrato, deveres ínsitos à relação contratual normal, dever agora imposto por lei. Em verdade, uma maior consciência da existên-

⁶ *in*, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, 2ª Ed., RT, art. 4º (Lei 8.078/90), p. 148

cia e exigibilidade destes anexos pode evitar lides a facilitar a prática diária dos novos direitos do consumidor.”⁷

Nesse contexto, cabe ao juiz, no caso concreto, apontar a função social do contrato. Consigne-se a doutrina nesse jaez⁸:

“O contrato estará formado à sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade (CF 3ºI) e da justiça social (CF170 *caput*), da livre iniciativa, foi respeitada a dignidade da pessoa humana (CF 1ºIII), não se ferirem valores ambientais (CDC 51 XIV) etc. Haverá desatendimento da função social quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato etc. A boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no CC 422, decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da cláusula geral da função social do contrato.”

Acrescente-se, ainda, à guisa de esclarecimento essencial, que o caso concreto demanda que se tenha em mente, de forma objetiva, o tempo decorrido desde o início da lide judicial até o presente momento e a evolução no estado geral do autor.

Assim, o laudo pericial relativo à pericia realizada em 21/03/05 (fls. 282/290, apontava:

“A ectoscopia revelou cicatrizes espalhadas principalmente pelo tronco: cicatriz extensa no MSE, longitudinais, por 2 tiros, de 4 e 14 cm respectivamente; cicatriz abdominal (28 cm) do apêndice xifóide à sínfise pubiana, por laparotomia; seis cicatrizes no tórax posterior de 2- 3 cm; cicatriz supramamilar

⁷ *in*, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques, 6ª Ed., RT, p. 1111

⁸ *in*, Código Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 7ª Ed. RT, art. 421, p. 531.

direita (6 cm). Úlcera de pressão (“escara”) glútea mediana com 11 x 8 cm. exoneração contratual do fornecedor”.

Os membros inferiores apresentaram paralisia flácida (condição denominada de paraplegia), com hipo-reflexia patelar (+/4+) e reflexos plantares indiferentes. Apresenta também imobilidade do tronco, o que o impede de se manter sentado.

Força e motilidade do membro superior direito normais. A motilidade do membro superior esquerdo encontrava-se gravemente comprometida por paralisia motora, com apenas alguma movimentação residual, limitada, adicionalmente, por atrofia muscular e bloqueio das principais articulações (cotovelo, punho e dedos), que impediam o uso funcional do membro. A atrofia do membro superior esquerdo, resultante da paralisia crônica, foi evidenciada pela desproporção entre as medidas (em centímetros) de circunferência de cada membro superior (MS)”

E o laudo do novo exame realizado em 10/12/12, conclui (fls. 549/558):

“Cicatrizes em tórax, em número de seis, medindo em torno de 2 cm. Em abdômen, extensa cicatriz, em torno de 25 cm, do apêndice xifoide até o púbis. No membro superior esquerdo, desvio ulnar, lesões cicatriciais em número de duas (5 e 12 cm). Na altura do cóccix, lesão hipocrômica, cicatricial, de 5 cm de diâmetro em seu maior eixo.

Membro superior esquerdo, com redução do diâmetro em braço e antebraço.

Medidas:

Membro superior esquerdo: Braço: 28 cm / antebraço: 27 cm.

Membro superior direito: Braço: 34 cm / antebraço: 28 cm.

Atrofia de musculatura de membros inferiores, com redução muscular.

principalmente em musculatura da coxa.

Presença de queda plantar em pés.

Avaliação dinâmica:

Membro superior direito com tônus e força normais.

Membro superior esquerdo, com tônus diminuído e força grau II (máximo de V).

Dificuldade de preensão palmar em mão esquerda, com movimento de pinça parcialmente preservado.

Redução do tônus muscular em membros inferiores, com força grau I (máximo de V).

Reflexo patelar (joelhos) indiferente.

Dificuldade de colocar-se da posição ortostática (deitado) para posição sentada.

Mantém-se sentado com apoio de ambos os membros superiores. Sem apoio, projeta-se lateralmente.

Considerações Periciais:

1. O Autor apresenta grave comprometimento dos movimentos em tronco, membro superior esquerdo e membros inferiores, que o impede de realizar movimentos de transferência (sair da cama para cadeira de rodas e realização de higiene pessoal), a título de exemplo”.

A controvérsia recursal demanda que se analise, por conseguinte, se o autor ainda tem necessidade de *home care*, ou algum serviço a ser prestado em seu domicílio.

Observa-se, quanto ao *home care*, que este não pode ser negado pelo fornecedor de serviços médico-hospitalares, porque nada mais é do que a continuidade do tratamento de um paciente, em estado de grave debilidade de saúde, em internação domiciliar.

Nesse sentido, o custeio do *home care* faz parte do tratamento da saúde do associado ao plano de saúde, incluindo-se sua cobertura no contrato.

A propósito do *home care*, a inserção de tal serviço nos contratos de planos de saúde é decorrência da evolução da terapêutica em favor de determinados doentes.

Veja-se a literatura especializada⁹:

“A sociedade busca por qualidade de vida e o direito ao conforto na hora da dor, tornando-se imprescindível encontra soluções alternativas que sustentem este anseio, nesse sentido, relatos médicos atestam que a doença pode alcançar a cura durante um menor tempo se puder contar com um ambiente familiar que reduza o stress diante da situação adversa.

Os programas de atenção domiciliar, comumente veiculados pelos contratos de planos de saúde e seguros saúde, representam uma escolha para o consumidor vulnerável e promessa de uma saúde melhor, no sentido de que esse indivíduo terá reais possibilidades de tratamento utilizando-se das ciências médicas e jurídicas como facilitadoras, tendo em vista que o Direito do Consumidor pode contribuir para assegurar a clareza e os parâmetros razoáveis, a fim de garantir o equilíbrio das partes signatárias desses pactos e debelar as práticas abusivas. Verifica-se ambivalência no cerne desses contratos pelas práticas abusivas realizadas pelos fornecedores, donos de poderosos grupos econômicos, focados somente no lucro. (...)

A assistência domiciliar é capaz de diminuir a permanência dos pacientes em hospitais, trazendo benefícios não só para o consumidor em relação ao seu tratamento, mas também para a instituição de saúde, permitindo maiores lucros. O paciente/consumidor reagem melhor e mais rápido se for atendido em domicílio, pois usufruirá de privacidade, conforto e proximidade de familiares e amigos.

Essa modalidade de assistência prestada ao cliente em seu domicílio é uma realidade mundial. Dentre os vários fatores que podem ter contribuído para o aumento do número desses serviços estão: as mudanças no perfil demográfico, principalmente evidenciado no aumento de idosos na população;

9 in <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst92.html>

transformações no quadro epidemiológico, que tem como consequência um número maior de internações hospitalares dos enfermos, por períodos prolongados, motivados por doenças crônicas e múltiplas, para as quais se exigem o acompanhamento de uma equipe permanente; a diminuição de custos relacionados ao sistema de saúde e o avanço tecnológico possibilitando cada vez mais o surgimento de equipamentos de mais fácil manuseio e transporte, o que viabiliza o cuidado no domicílio”.

A legislação não deixa de fora as particularidades e detalhamento do atendimento domiciliar.

Assim, a Lei 8.080/90 refere:

“Art. 19-I: São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar.

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio.

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora.

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família”.

Também a ANVISA editou Regulamento Técnico e Funcional¹⁰ referente aos requisitos mínimos para o funcionamento do Serviço de Atenção Domiciliar nas modalidades de Assistência e Internação Domiciliar, dispondo quanto à definição do serviço:

¹⁰ RDC/ANVISA N°11, de 26 de janeiro de 2006

“3.3 Atenção domiciliar: termo genérico que envolve ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio.

3.4 Assistência domiciliar: conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio”.

Cabe portanto fundamentar, com base na normatividade já exposta, e no estado real de saúde do autor, se correta a análise feita pelo Juízo de piso, ao julgar improcedente o pedido de manutenção do atendimento domiciliar àquele.

Sublinhe-se que, na forma do art. 436 CPC:

“O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”

A respeito, confira-se o entendimento da jurisprudência:

STJ:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. ERRO MÉDICO. DESCONSIDERAÇÃO DO LAUDO PERICIAL PELO JUÍZO. ARTS. 131 E 436 DO CPC. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INAPLICABILIDADE.

1. A finalidade da prova é o convencimento do juiz, sendo ele o seu direto e principal destinatário, de modo que a livre convicção do magistrado consubstancia a bússola norteadora da necessidade ou não de produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide, bem como lhe cabe atribuir o peso que entender devido a cada um dos elementos probatórios constantes dos autos. Assim, deve o magistrado analisar livremente o conjunto de provas, expondo os fundamentos que o levaram àquela conclusão, a qual deve estar atrelada à racionalidade e à atenção exclusiva aos elementos de convicção constantes dos autos (art. 131 do CPC).

2. Dessarte, a diretriz resultante da interpretação conjunta dos arts. 131 e 436, Código de Processo Civil, permite ao juiz apreciar livremente a prova, mas não lhe dá a prerrogativa de trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes, nem lhe confere a faculdade de afastar injustificadamente a prova pericial, porquanto a fundamentação regular é condição de legitimidade da sua decisão.

3. No caso concreto, o Tribunal fundamentou de forma es-correita sua convicção, esteando-se em laudos assinados por médicos especialistas em oftalmologia e pelo cirurgião que operou o recorrido no Hospital Souza Aguiar, asseverando, inclusive, o não enfrentamento pelo perito judicial das questões técnicas que lhe foram apresentadas.

4. Em sede de responsabilidade contratual, os juros morató-rios fluem a partir da citação, consoante jurisprudência sedi-mentada deste Tribunal Superior.

5. Recurso especial parcialmente provido.

REsp. nº 1.095.668 - RJ (2008/0211300-0), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 12/03/2013, T4 – QUARTA TURMA)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LAUDO PERICIAL. NÃO VINCULAÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO FUNDADO EM OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-ACI-DENTE. LESÃO MÍNIMA. DIREITO AO BENEFÍCIO.

1. O juiz não está adstrito às conclusões da perícia técnica, podendo se pautar em outros elementos de prova aptos à formação de seu livre convencimento, estando autorizado a concluir pela incapacidade laborativa fundado no conjun-to probatório produzido nos autos e nas particularidades do caso concreto. Precedentes.

2. O tema trazido nas razões de recurso especial já foi enfrentado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.109.591/SC, pelo rito estabelecido pelo art. 543-C do CPC, sendo consolidado o entendimento de que, para a concessão de auxílio-acidente, é necessário que a sequela acarrete a diminuição da capacidade laborativa do segurado, ainda que em grau mínimo.

3. Ficou incontroverso que a lesão decorrente do acidente de trabalho sofrido pelo autor deixou sequelas que provocaram o decréscimo em sua capacidade laborativa. Assim, é de rigor a concessão do benefício de auxílio-acidente, independentemente do nível do dano e, via de consequência, do grau do maior esforço. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 309593 SP 2013/0064414-4, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 20/06/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/06/2013)

TJRJ:

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - HOSPITAL PÚBLICO ESTADUAL - ARTIGO 37, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ERRO MÉDICO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO DO AUTOR – MENOR - LESÕES DEFINITIVAS - INCAPACIDADE PARCIAL - DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - CONFIGURAÇÃO - PROVIMENTO DO RECURSO

Cuida a hipótese de Ação Indenizatória, processada pelo rito ordinário, em que objetiva o Autor, menor impúbere, reparação moral e estética em virtude de erro médico no atendimento em hospital público estadual, de que resultou a calcificação incorreta do osso do seu braço direito. - Responsabilidade objetiva imposta pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Apesar de o laudo pericial ter afastado o nexos causal, alegando que não houve erro médico na execução do ato cirúrgico, tem-se que o Juiz não está adstrito à conclusão da

perícia. No caso em tela, outros elementos do próprio laudo pericial, aliados à documentação do acompanhamento médico do Autor, permitem concluir de forma diversa. Conjunto probatório que evidencia que a lesão do Autor decorreu da falha do nosocômio no tratamento pós-operatório do menor, não realizando o engessamento de maneira adequada de seu braço procedimento imprescindível, segundo o laudo pericial, nem cientificando seus pais acerca dos cuidados necessários e revisões periódicas para acompanhamento médico, com vistas à correta calcificação do local. - Existência de dano moral e de dano estético. Verba fixada de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Encaminhamento do menor, por força do que estabelecem os artigos 98, inciso I e 101, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao Ministério Público da Comarca, para que proceda, se julgar oportuno, às medidas necessárias a avaliar a possibilidade de exigir do Poder Público a retificação das sequelas, avaliando da possibilidade da realização de novas cirurgias corretivas no braço do menor. - Sentença reformada. - Recurso provido. (0005592-50.2006.8.19.0021 - APELAÇÃO DES. CAETANO FONSECA COSTA - Julgamento: 21/08/2013 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)

Responsabilidade civil. Rito sumário. Acidente de trânsito. Colisão de veículos automotores. Colisão traseira. Culpa presumida. Engavetamento. Boletim de ocorrência. Conjunto probatório. Indenização. Danos materiais e morais. Lucros cessantes. Responsabilidade civil extracontratual subjetiva, na forma dos arts. 186 e 927 do Código Civil. Ação ajuizada por cidadão que vem a ter seu veículo atingido na parte traseira por caminhão-baú a serviço da empresa ré. Com a colisão, o veículo atingido se projetou contra o veículo à frente, o qual, por seu turno, atingiu outro também retido em engarrafamento numa das saídas da denominada “Via Amarela” no sentido Barra da Tijuca. Causador do engavetamento que não viu o engarrafamento. Destruição de mercadorias pertencentes à empresa para que presta serviços a vítima, transporta-

das para clientes/adquirentes desta, além dos danos no veículo, ocasionando perda total do mesmo, e que era utilizado no desempenho de suas atividades profissionais. Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, restam presentes os requisitos do dever de indenizar quando apurada a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. Sentença que foi prolatada no sentido de julgar procedente em parte o pedido, para condenar o réu ao pagamento dos danos materiais, no valor de R\$ 3.159,00 (três mil cento e cinquenta e nove reais), dos lucros cessantes, no valor de R\$ 45.360,00 (quarenta e cinco mil e trezentos e sessenta reais), bem assim ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização por danos morais, valores a serem corrigidos monetariamente e acrescidos de juros legais contados a partir da citação, condenando o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Apelações cíveis interpostas por ambas as partes. O réu postula a reforma da sentença com a improcedência dos pedidos a pretexto de falta de provas (fls. 89/93), e o autor a majoração da indenização dos danos morais (fls. 94/97). É cediço que o Boletim de Ocorrência (BRAT), lavrado pela autoridade policial em matéria de trânsito sem o crivo do contraditório, goza de relativa presunção de veracidade e deve prevalecer se considerado no cômputo geral das provas e desde que não infirmado por provas convincentes produzidas em sentido contrário. Também não está o julgador adstrito ao mesmo, podendo livremente apreciar as provas existentes nos autos, por força dos permissivos contidos nos art. 131 e seguintes do CPC, e formar o seu convencimento, desde que indique os respectivos fundamentos. Conquanto os contratos celebrados pelo autor e pela firma a quem ele presta serviços sejam atípicos, a prova documental que retrata a negociação não foi desconstituída pelo réu. Conjunto probatório favorável à pretensão autoral. Sentença que bem se estribou no veraz conjunto probatório a conferir evidente verossimilhança à versão do autor. O sistema de

valoração das provas em nosso ordenamento jurídico é o da persuasão racional, segundo o qual é dado ao juiz decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado. Inteligência do art. 130 do CPC. Danos materiais e lucros cessantes comprovados. Dano moral no caso evidente, estando o valor arbitrado, R\$ 3.000,00 (três mil reais), harmonizado com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Recursos a que se nega provimento.

(0032990-14.2011.8.19.0209 - APELAÇÃO DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 06/08/2014 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

Desse modo, e muito embora o último laudo pericial, confirmando a necessidade de fisioterapia contínua ao autor “na modalidade de assistência domiciliar por três vezes na semana”, afaste a necessidade do mesmo quanto aos serviços de enfermagem, alegando que bastaria o “auxílio de cuidador em caráter diário e fornecimento de materiais para auto-cateterismo”, fundamento essencial da sentença de improcedência, tal conclusão não se coaduna quer com a realidade vivenciada pelo autor, quer com a mais justa e coerente interpretação do contrato entre as partes.

Aponte-se que os atestados médicos de fl.445 e de fls. 446/447, corroborados pelo laudo crítico apresentado pelo médico assistente do autor (fls. 609/628), contradizem o laudo pericial no que se refere à assistência de enfermagem integral ao autor, assim dispondo:

Fl.445 – “Ratifico que o Sr. Marcelo Fontes do Nascimento Viana Santa Ana apresenta quadro de bexiga neurogênica necessitando de cateterismo intermitente limpo de 4 a 6 vezes por dia. No entanto, apresenta quadro de paraplegia com atrofia e limitação dos movimentos no membro superior esquerdo a qual o incapacita de realizar o auto-cateterismo, apesar da plena capacidade cognitiva. Dessa forma, o paciente necessita de suporte de enfermagem constante para realização adequada destes procedimentos diários necessários para preservação do aparelho urinário, com menor risco de traumatismos e infecção”.

Fl. 447 – “(...) tornando totalmente dependente do auxílio de enfermagem, 24 horas”

Fls. 625/627 – “(...) Portanto, fica comprovado que o Autor não necessita somente de um “cuidador”, que aliás nem o I. Perito nem outros souberam definir tecnicamente quais seriam seus conhecimentos e suas atribuições. Ficando no entendimento geral, a figura do cuidador como acompanhante simples, uma vez que não teria essa figura na sua profissio-
grafia, a descrição dos conhecimentos técnicos multidisciplinares da área médica e afins, para suporte e assistências as necessidades apresentadas pelo Autor no exame pericial (...) Dessa forma, entendemos que o Autor necessita de Assistência Domiciliar – Home Care – Internação domiciliar, até que sejam estabelecidas as condições físicas e psíquicas básicas para sobrevivência com alguma qualidade de vida”

Esclareça-se, pois que intrínseco ao processo decisório, que todos os dados hauridos das perícias realizadas apontam para o diagnóstico de bexiga neurogênica com necessidade de cateterismo vesical de 4 em 4 horas, bem assim, apontam, que o braço direito do autor resta íntegro, e o esquerdo com redução de medidas, atrofia de músculos e dificuldade de movimentos.

Quanto ao conceito e sintomas da bexiga neurogênica, veja-se a literatura especializada:

“Uma bexiga neurogênica pode ter origem numa doença, numa ferida ou num defeito de nascença que afecta o cérebro, a espinal medula ou os nervos que se dirigem para a bexiga, para o seu orifício de saída ou esfíncter (a abertura da bexiga para o interior da uretra) ou para ambos. Uma bexiga neurogênica pode ser de baixa actividade (hipotónica), sendo incapaz de se contrair (não contráctil) e de esvaziar bem, ou pode ser hiperactiva (espástica), esvaziando-se então por reflexos incontrolados.

Como uma bexiga em baixa actividade, em geral, não consegue esvaziar-se, dilata-se até se tornar muito grande. Esta dilatação geralmente não é dolorosa, porque a bexiga se expande lentamente e tem muito pouca ou nenhuma actividade nervosa local. Em alguns casos, a bexiga permanece aumentada de tamanho, mas perde pequenas quantidades de urina de maneira constante (incontinência por extravasamento). As infecções da bexiga são frequentes nas pessoas que têm uma bexiga em baixa actividade, dado que a estase da urina residual nela proporciona as condições para estimular o crescimento de bactérias. Podem formar-se cálculos na bexiga, particularmente quando uma pessoa sofre de infecção crónica da bexiga que obriga à colocação permanente de uma sonda. Os sintomas de uma infecção da bexiga variam dependendo do grau da actividade nervosa que resta à bexiga.

A bexiga superactiva pode encher-se e esvaziar-se sem controlo e com graus variáveis de mal-estar, dado que se contrai e se esvazia por reflexo (involuntariamente).

Quando existe uma bexiga hipoactiva ou hiperactiva, a pressão e o refluxo da urina a partir da bexiga e através dos ureteres podem lesar os rins. Nas pessoas que têm uma lesão da espinal medula, a contracção da bexiga e o relaxamento da sua saída (esfíncter) podem não estar coordenados, de modo que a pressão na bexiga permanece elevada e não deixa que a urina saia dos rins”.¹¹

A par disso, pelo mesmo fato da lesão neurológica sofrida pelo autor em decorrência dos tiros que o alvejaram, a paraplegia trouxe também como consequência o intestino neurogênico, que, segundo o médico que subscreve o laudo de fls. 609/628:

“necessita orientação dietética não obstipante, rica em fibras, massagens abdominais, medidas laxativas e muitas vezes “to-

¹¹ in: <http://www.manualmerck.net/?id=155>, pesquisado em 26/08/14.

que retal” para o esvaziamento intestinal, evitando o endurecimento das fezes com formação de fecalomas (fl.618)”

Para a reabilitação do intestino neurogênico, além da dieta, a literatura médica recomenda:

“Técnicas de estimulação

são apenas as manobras diferentes para ajudar esvaziar o intestino, evitando assim o incômodo das fezes involuntárias.

massagem abdominal: o punho deve fazer movimentos circulares no lado direito vai até o centro, ir até o abdômen para a direita e baixo para o quadrante inferior esquerdo, ou seja, após o intestino grosso até o ânus.

inclinarse para a frente para aumentar a pressão intra-abdominal.

manobra de Valsalva: colocando as duas mãos sobre o abdômen e pressão para dentro e para baixo.

estimulação anal digital: é fazer movimentos circulares ao redor do ânus, deve usar o dedo indicador e luvas.

evacuação manual de fezes: a inserção de um dedo lubrificado com luvas, no ânus e tentar apanhar as fezes duras (fecal). Use esta técnica somente se outros falharam. Você faz isso com cuidado para evitar fístula, hemorragia, etc E especialmente quando há pilhas. Você pode notar dores de cabeça, suores, se assim você pode estar enfrentando uma disrreflexia, suspender imediatamente o movimento e consultar o seu médico”.¹²

Diante de tais descrições, até um leigo poderia concluir que, um paciente do tamanho do autor este é um “indivíduo de aproximadamente 1,9m de altura e 100kg de peso” (laudo pericial, à fl. 283 da ação ordinária), com “grave comprometimento dos movimentos do tronco, membro su-

¹² in: <http://serlesado.com.br/reabilitacao-intestino-neurogenico/>, pesquisado em 26/08/14.

perior esquerdo e membros inferiores, que o impede de realizar movimentos de transferência (sair da cama para cadeira de rodas e realização de higiene pessoal), conclusão da perícia mais recente, à fl. 556 da ordinária, o autor necessitaria da mobilidade integral das duas mãos para realizar o autocateterismo: uma para segurar a sonda e o gel de limpeza, e a outra para segurar o membro.

Aliás, a ambiguidade contraditória do laudo pericial que endossou a sentença é surpreendente, pois que ao mesmo tempo que conclui as impossibilidades acima descritas, três parágrafos adiante, conclui também que “em relação ao cateterismo vesical, o Autor, por ser destro, pode realizá-lo sozinho”.

Mais uma vez, e para que não se fundamente o processo decisório apenas nas aparências, a literatura médica disponível na internet revela como se dá o autocateterismo:

“PROCEDIMENTO

1. Leve o material necessário para quarto ou banheiro. Se você for capaz de urinar, esvazie sua bexiga o máximo possível no reservatório coletor.
2. Lave suas mãos com água e sabão e enxugue-as com uma toalha de papel ou toalha de pano limpa. Evite passar álcool nas mãos após a lavagem, pois pode selecionar germes mais agressivos.
3. Prepare seu material:
 - a) Coloque todo o material ao seu alcance: cateter (sonda), gaze, algodão, geléia lubrificante (tubo ou seringa de 20 ml bico fino com geléia), reservatório de coleta;
 - b) Coloque o sabão ou soro fisiológico numa gaze limpa; Abra o pacote do cateter de forma que este possa ser facilmente pego com uma mão quando necessário. Não toque no cateter quando abrir o pacote. Não remova o cateter do pacote, apenas deixe-o com fácil acesso quando a higiene estiver pronta. O ideal é que você instile (injeite sem

agulha) diretamente na uretra, através do meato uretral na glândula, com uma seringa de 20 ml e bico fino (de encaixar não de rosquear a agulha) 05 ml (um quarto da seringa) de geléia lubrificante (Xylo ou Lidocaína com ou sem clorexidina) apertando a uretra de modo a impedir o refluxo da geléia. Só solte no momento em que for introduzir a sonda. Instilando a geléia lubrificante diretamente na uretra, você descola as paredes da uretra, facilitando a introdução da sonda e diminuindo as chances de machucar o canal uretral por dentro. Você pode apenas colocar um pouco de geléia sobre o cateter (sonda) mas não é o ideal.

4 . Limpe o pênis com dois dedos de uma das mãos. Com a outra mão segure o pênis, mantendo a glândula (cabeça do pênis) exposta. Pegue a gaze com o Povidine ou sabão e limpe a glândula do meato uretral de dentro para fora.

5. Início do cateterismo:

a) Sem soltar o pênis para não sair a geléia, pegue o cateter com a outra mão. Passe a ponta do mesmo pelo lubrificante para assegurar lubrificação adequada da parte inferior do cateter se você não instilou geléia na uretra;

b) Deixe o lado oposto do cateter para drenar a urina no reservatório;

c) Introduza o cateter através do meato; Lave o cateter com água e sabão e guarde-o em lugar limpo (p.ex. uma fralda passada com ferro quente). Não reaproveite o cateter por mais de um dia. Colocá-lo em solução de hipoclorito pode ser feito, mas leva à opacificação (cor leitosa) do material. Se você estiver usando um cateter de ponta curva, assegure-se que a curvatura esteja para cima. Conforme você estiver introduzindo o cateter devagar e firmemente, estique o pênis. Este procedimento estica a uretra tornando mais fácil a introdução.

d) Se você sentir uma pequena resistência continue introduzindo o cateter. Quando o músculo relaxa o cateter

avançará até a bexiga. Se você continuar sentindo resistência pare o cateterismo e procure o serviço médico;

e) Continue empurrando lentamente o cateter até a saída da urina. Após isto, introduza mais 3-4 cm;

f) Mantenha o cateter no lugar até que pare o fluxo de urina;

g) Quando a urina deixar de fluir, remova o cateter lentamente. Se sair mais urina conforme você for removendo o cateter, mantenha-o nesta posição até que o fluxo pare. Depois disto continue a removê-lo lentamente;

h) Enxágüe o pênis com água após cada cateterismo para remover o resíduo de sabão;

i) Lave suas mãos com água e sabão; Lave o cateter com água e sabão e guarde-o em lugar limpo (p.ex. uma fralda passada com ferro quente).

LEMBRETES: Somente uma mão fica livre para fazer o cateterismo. A mão que segura o pênis deve permanecer no local até que o cateter esteja na bexiga ou você terá que repetir o processo de limpeza, a fim de evitar infecções. Se houver dificuldade ou saída de sangue, interrompa o cateterismo e procure seu urologista. A insistência com sangramento ou despreparo pode causar lesões uretrais de difícil solução”.¹³

Absolutamente inverossímil portanto, possa o autor realizar e repetir de 4 em 4h tal procedimento, *per se*.

Na mesma senda, que o procedimento seja realizado por familiar, eis que estar-se-ia submetendo o familiar a uma vida de dedicação ao outro, que não sobreviveria ao mais forte dos afetos por longo tempo.

Por fim, o cuidador.

O que seria o cuidador?

Nada há na lei que aponte para o conceito de tal figura, mas, a expe-

¹³ in, http://www.uro.com.br/cat_hom.htm, pesquisado em 26/08/14.

riência comum revela (art. 335 CPC)¹⁴, que as pessoas idosas têm cuidadores, empregados domésticos ou terceiros de baixa ou nenhuma formação técnica, que são úteis para ministrar remédios, auxiliar o idoso a levantar-se da cama, dar banhos e levá-los para passear.

Não há prova nos autos de que um leigo em enfermagem possa de forma adequada e sem riscos maiores ao já altamente lesionado autor, realizar os procedimentos necessários relativos à bexiga e intestinos neurogênicos do autor.

Sublinhe-se que o fato de ser o autor destro, e ter o braço direito integralmente preservado, não basta para concluir-se que o mesmo poderia realizar os procedimentos sozinho.

Primeiro porque a integridade dos movimentos do membro superior direito foi constatada desde a primeira perícia, em 2003, não sendo novidade, e segundo, porque indubitavelmente a necessidade da mobilidade integral, inclusive com a função de “pega fina”, de ambas os membros superiores.

Por fim, quanto ao argumento de que o autor faz shows, o que demonstraria sua franca recuperação e independência, cabia à ré a prova (art. 333, II, CPC¹⁵) da frequência, constância e regularidade de tais participações profissionais do mesmo.

Tal não ocorre, e em verdade, superficial busca no sítio “GOOGLE” apresenta um artista que, embora guerreiro, sobrevive a partir de esporádicas participações e que mudou seu foco, passando a atuar politicamente, após, inclusive ter saído da banda que integrava (“Rappa”).

Assim sendo, merece restabelecimento parcial a liminar deferida ao autor, no que se refere ao auxílio para procedimentos de suporte fisioterápico, terapia ocupacional e serviço de enfermagem 24 horas.

14 CPC – art. 335: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

15 CPC - Art. 333. “O ônus da prova incumbe: (..) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Essa é inclusive a jurisprudência desta Corte em hipóteses congêneres:

Ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais e materiais. Plano de saúde. Internação domiciliar (*HOME CARE*). Inexistência de cobertura contratual. Irrelevância. Procedência do pedido. Manutenção do julgado. A apelada, portadora de paraplegia associada com retenção urinária, necessitava de cateterismo vesical permanente devido à retenção urinária, e da ajuda de terceiros para a realização de cuidados básicos da vida diária, sendo-lhe indicado, os cuidados de *Home Care*, conforme prescrição médica de fls.73/74. No contrato celebrado entre as partes (fls.22/39), embora inexista cláusula com cobertura para internação domiciliar, também não há cláusula excludente desse tratamento, dado à sua recente existência na área da saúde. Ademais, a internação domiciliar é equiparada a internação hospitalar, havendo previsão para a cobertura desta internação na cláusula nº 11.4 (fls.25) e no disposto no art.12, inciso II da Lei nº 9.656/98. A recusa em custear o tratamento por *Home Care* configura danos morais. Enunciado nº 22 do Aviso nº 94/2010. Jurisprudência deste E.Tribunal. Recurso a que se nega seguimento. Art.557, caput, do CPC.

(0136384-50.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 01/12/2010 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL)

Plano de saúde. Autora que pretende seja a Ré compelida a prorrogar o serviço de atendimento de *home care*, até seu restabelecimento, conforme solicitação em laudos médicos, e indenização por dano moral. Sentença que, ratificando a tutela antecipada que determinara a manutenção do atendimento domiciliar, julga procedente o pedido, arbitrada a indenização por dano moral em R\$ 8.000,00. Apelação de ambas as partes. Autora de 81 anos que comprovou a necessidade de manutenção de atendimento de diante de seu delicado estado de saúde, sendo assim, injusta a recusa da Ré em cobrir as despesas do tratamento pelo prazo recomendado pelo

médico assistente. Dever de indenizar. Dano moral configurado. Indenização arbitrada segundo critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Juros de mora que devem ser computados a contar da citação por se tratar de responsabilidade contratual. Desprovimento da primeira apelação e provimento parcial da segunda apelação.

(0323471-18.2010.8.19.0001 - APELAÇÃO DES. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 03/04/2012 - OITAVA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO INOMINADO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM SEDE DE APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. INFRINGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. “HOME CARE”. - Sentença que julgou procedente o pedido autoral determinando o fornecimento do serviço de assistência médica domiciliar *home care*. - Relatório médico atestando a premente necessidade do tratamento requerido. - Dano moral *in re ipsa* configurado. Quantum indenizatório que se coaduna com os princípios norteadores do instituto da reparação civil e ao grau de reprovabilidade da conduta da ré. - Manutenção da sentença. AGRAVO INOMINADO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(0006021-47.2012.8.19.0040 - APELAÇÃO DES. TEREZA C. S. BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento: 30/05/2014 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

Quanto ao pedido suplementar do autor, no sentido de que “as reavaliações quando indicarem suspensão de algum tratamento concedido deverão ser chanceladas pelo perito do juízo e determinadas por decisão judicial”, tal pedido não possui amparo legal.

A uma, porque não está no ordenamento processual em vigor, a figura da jurisdição continuada, “de acompanhamento”. A jurisdição se presta no Brasil através da sentença que, transitada em julgado, faz lei entre as partes, passando a reger a relação entre elas; esta sim que, como no caso concreto, pode ser continuada.

O desrespeito ao comando judicial é sancionado, no caso de obrigações de fazer com as *astreintes*.

Novos fatos, surgidos após a decisão transitada em julgado, deverão ser solucionados por nova ação judicial.

Isto posto, voto no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO** aos apelos do autor, para restabelecer parcialmente a medida liminar proferida nos autos da ação cautelar nº 0051934-24.2002.8.19.0031, tornando-a definitiva para determinar à ré a prestação de atendimento domiciliar a título de *home care*, ao autor, estando os serviços limitados à suporte fisioterápico no mínimo de três vezes por semana, terapia ocupacional e assistência por enfermeiro durante 24 horas, a serem previamente agendados entre as partes, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 pelo descumprimento de quaisquer das obrigações acima descritas, em consequência, **JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE** os pedidos formulados nas ações 0064826-62.2002.8.19.0001 e 0051934-24.2002.8.19.0031, impondo a ré a sucumbência integral na cautelar, honorários de R\$10.000,00 (dez mil reais) e, sucumbência igualmente rateada entre as partes na ordinária.

Des. Cristina Tereza Gaulia

Relator

RELATÓRIOS

Por medida de economia processual e tratando-se de ações conexas serão os recursos julgados em conjunto, numa única peça processual.

- Apelação nº 0051934-24.2002.8.19.0031

Trata-se de apelação cível interposta por X à sentença da 26ª Vara Cível da Capital que, na ação cautelar proposta em face de Y e de Z, julgou extinto o feito sem análise de mérito com relação a segunda ré em razão do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, bem assim em relação ao pedido de reembolso por não ter sido reformulado na ação principal; julgando improcedentes os demais pedidos.

A sentença refere que inexistente relação de direito material entre a parte autora e a segunda ré; que o autor não reiterou o pedido de reembolso de todo o valor do tratamento particular desde novembro de 2000 na ação principal, impondo-se a extinção da cautelar na forma do art. 267, VI CPC, que os demais pedidos de manutenção do serviço de *home care* por prazo indeterminado e visitação domiciliar por médicos, em observância ao cont duo da sentença de improcedência da a o principal, devem ter o mesmo fim.

Apela o autor, às fls. 410/426, sustentando que o *expert* que realizou a quarta e última perícia, embora tenha dito que a interna o domiciliar não seria mais necessária, foi taxativo quanto   necessidade de assistência domiciliar; que houve equívoco em rela o ao significado e abrangência do termo “home care”; que, segundo a Resolu o ANVISA 11/2006 o serviço de aten o domiciliar   g nero que se subdivide nas espécies assistência domiciliar e interna o domiciliar; que o termo “home care” deve ser compreendido como uma modalidade contínua de serviços na área de saúde, cujas atividades são dedicadas aos pacientes e a seus familiares em um ambiente extra-hospitalar, na forma do art. 19, I da Lei 8.080/90; que o perito que realizou o quarto laudo foi enfático ao esclarecer a urgência e a necessidade de se restabelecer a assistência domiciliar ao autor; que o autor, com fulcro em pareceres de seus médicos assistentes e que são especialistas na matéria, discorda quanto   desnecessidade de profissional da área de enfermagem e da viabilidade da realiza o do autocateterismo; que o autor   portador de intestino e bexiga neurog nicos, necessitando de cateterismo vesical e esvaziamento retal que não podem ser realizados por um simples cuidador; que existem consideráveis riscos no desempenho dessas tarefas, tais como infec es; que a condi o de vida atual do autor não comporta a possibilidade de riscos aos avanços já logrados desde o acidente de que foi vítima em 2002; que após a interrup o do serviço de *home care* o autor passou a ser acometido por infec es constantes em decorrência do cateterismo vesical e do esvaziamento retal terem sido realizados por pessoa não habilitada e qualificada para tanto; que o membro superior esquerdo do autor tem 60% de sua mobilidade comprometida, o que o impossibilita de realizar manobras que exijam toques finos e para o procedimento de esvaziamento de bexiga   necessária firmeza em suas

mãos o que, associado ao quadro de paraplegia, torna impossível a realização das tarefas ao mesmo tempo; que o perito não tem especialidade em urologia e que, sob o critério da especialidade adotado pela jurisprudência referida deve ser prestigiado o laudo emitido por médico urologista que nega expressamente a possibilidade de autocateterismo; que o perito não observou as queixas do autor acerca das dores insuportáveis que o assombram. Pede que seja confirmada e restabelecida parcialmente a decisão que deferiu a tutela antecipada, para que a ré disponibilize assistência domiciliar com suporte fisioterápico três vezes por semana, terapia ocupacional e profissional de enfermagem 24 horas por dia, com reavaliações quando indicarem suspensão de alguns tratamentos concedidos a serem ratificadas pelo perito do Juízo. Subsidiariamente e, em caso de desprovisionamento dos pedidos acima, requer que passe a constar na parte dispositiva do julgado a parcial procedência do pedido com ratificação e manutenção da decisão que deferiu a tutela antecipada até a data de sua revogação.

Foram apresentadas contrarrazões às fls.436/454, requerendo a manutenção do julgado e argumentando, em resumo, que a E. Câmara já reconheceu que o apelante não necessita mais da assistência domiciliar na ocasião em que manteve a decisão que revogou a liminar (Al0020587-92.2010.8.19.0000) fundada no terceiro laudo pericial produzido nos autos; que inexistente motivo que justifique a mudança de entendimento porque a última prova pericial apenas ratificou a terceira perícia; que o apelante permanece com rotina dinâmica de compromissos profissionais e sociais que revelam que suas limitações não o impedem de comparecer com frequência em eventos musicais, políticos e esportivos; que os laudos periciais revelam que o apelante progrediu em seu quadro clínico e, por isso, não necessita mais da assistência “home care”; que o apelante pode realizar o autocateterismo vesical necessitando para tal apenas de auxílio de cuidador para tarefas do dia-a-dia, conforme atestado pelos peritos; que o quadro clínico do apelante se manteve estável desde a realização da última perícia e a ajuda de um cuidador (que pode ser familiar) e é suficiente para a realização de suas atividades diárias; que, sendo o apelante pessoa pública com rotina de compromissos e atividades externas, pode se deslocar até a rede credenciada para as sessões de fisioterapia e terapia ocupacional;

refere algumas participações do apelante em sessões públicas reiterando a desnecessidade de atendimento “home care” ao apelante.

É o relatório da medida cautelar.

- Apelação nº 0064826-62.2002.8.19.0001

Trata-se de apelação cível interposta por X à sentença da 26ª Vara Cível da Capital que, na ação de obrigação de fazer proposta em face de Y e de Z, julgou improcedente o pedido em relação à ré Y, tendo a ré A. sido anteriormente excluída do polo passivo, condenando o autor, ao pagamento das custas e honorários fixados em 20% do valor da causa.

A sentença refere que o *home care*, entendido como internação domiciliar, é uma espécie do gênero internação hospitalar cujo objetivo é abreviar a internação em hospital, possibilitando a adaptação da família à nova situação e treinamento relativo aos cuidados a serem dispensados ao paciente, bem como a economia de recursos; que a concepção de *home care* vem sendo deturpada e transformada num tipo de assistência à saúde feito em casa, indefinidamente às custas da operadora do plano de saúde; que o autor não necessita mais do serviço de *home care* da ré; que nos primeiros anos após a tragédia que o vitimou necessitava do serviço domiciliar negado pela ré ante a paralisia de um de seus membros superiores e as escaras; que hoje a situação do autor está melhor; que o quadro do autor é estável; que não há mais escaras; que o autor possui força na mão antes parálitica e pode realizar sozinho o cateterismo vesical; que o autor dirige seu automóvel adaptado sozinho e tem vida profissional e artística ativa, bastando um cuidador ou alguém que o auxilie; que deve continuar o tratamento médico e fisioterápico mas não é preciso que seja em sua residência através do *home care*.

Apela o autor às fls. 763/779, reiterando *ipsis litteris* as razões do recurso apresentado no processo cautelar em apenso (0051934-24.2002.8.19.0031) e acima relatado, inclusive quanto aos pedidos de reforma.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 790/808, pugnando pela manutenção do julgado, com os seguintes argumentos em resumo: que o apelante não recorreu da decisão que homologou o laudo pericial e indefe-

riu nova remessa ao Perito para esclarecimentos e, por isso, não pode querer em sede de apelação, resolver questões técnicas descritas na perícia; que o recurso é uma tentativa extemporânea de impugnar o laudo pericial; que os laudos periciais revelam que o apelante progrediu em seu quadro clínico e não necessita mais de assistência “home care”; que, em razão da rotina de atividades externas do autor, tais como shows e programas de televisão, pode o mesmo se deslocar para as sessões de fisioterapia e terapia ocupacional em rede credenciada da Y; que nenhum dos pedidos formulados na petição inicial foram acolhidos e, por isso, a liminar não pode ser ratificada.

É o relatório da ação ordinária.

Ao Exmo. Des. Revisor.

Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2014.

Des. Cristina Tereza Gaulia

Relator◆

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ALEGAÇÃO DE FATOS INERENTES À PRÓPRIA ATIVIDADE. RISCO DO EMPREENDIMENTO. FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS RÉS PELOS PREJUÍZOS AO AUTOR.

1. Em que pese existir relação de consumo no caso, a distribuição do feito a este relator decorre da prevenção gerada pelo AI nº. 0046316-18.2013.8.19.0000.2. Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da primeira ré. As rés pertencem ao mesmo grupo econômico e integram a mesma cadeia de consumo, portanto, nos termos da legislação consumerista, respondem solidariamente pelos prejuízos que causarem ao consumidor, parte vulnerável da relação de consumo.

3. Além de solidária, a responsabilidade das rés é também objetiva, com base na teoria do risco do empreendimento. Neste âmbito, afigura-se desnecessária a perícia de engenharia solicitada, visto que as alegações de falhas geológicas no solo, e escassez de mão de obra e matéria-prima no mercado de construção são previsíveis e configuram fortuito interno, incapaz de afastar a responsabilidade contratual.

4. Quanto ao mérito, o atraso injustificado na entrega da obra caracteriza inadimplemento contratual passível de reparação. Danos emergentes configurados. Inteligência do art. 40, § 2º, da lei 4.591/64. Precedentes do E.TJ/RJ.

5. Respeitado posicionamento em contrário, entende este relator que a cobrança de juros ou a correção do saldo antes da entrega da obra é descabida se não houve capital pertencente à incorporadora/construtora mutuado ao adquirente do bem. Assim, merece ser acolhido o pedido de congelamento do saldo devedor, devendo a ré se abster de incluir o nome do autor em cadastro de restrição ao crédito.

6. Cabível ainda a condenação das rés ao pagamento dos danos materiais, consistentes nas despesas suportadas pelo autor com a locação de outro imóvel para residência provisória, até que as rés cumpram com a obrigação assumida, sem embargo da condenação relativa à multa moratória prevista na cláusula 4.3.3 do contrato, a ser apurada em de liquidação de sentença. Precedente do STJ.

7. Dano moral configurado *in re ipsa*. Majoração do *quantum* indenizatório em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e às circunstâncias do caso. DESPROVIMENTO DO APELO DAS RÉS. PROVIMENTO DO APELO AUTORAL. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0022419-13.2013.8.19.0209. RELATOR: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA. JULGADO EM 02 DE SETEMBRO DE 2014)

22ª CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0022419-13.2013.8.19.0209, em que são Apelantes 1: X. e Y, Apelante 2: Z, e Apelados: OS MESMOS,

ACORDAM os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso das rés, e dar provimento ao recurso autoral, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2014.

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Relator

VOTO DO RELATOR

Trata-se de ação pelo rito comum sumário, objetivando a parte autora obter reparação a título de danos materiais e morais, decorrentes do atraso na entrega de imóvel, objeto de contrato de compra e venda celebrado com a segunda ré, a ser construído pela primeira ré.

Sentença (fls. 328/333) que julgou procedente em parte o pedido, para condenar a 2ª Ré ao pagamento dos aluguéis despendidos pelo

Autor a partir de 27.1.2013 até a efetiva entrega do imóvel, devidamente corrigidos a partir de cada desembolso, além da multa de que trata a cláusula 4.4.3 do contrato, a ser apurada também a partir de 27.1.2013 até a entrega do imóvel, corrigida a partir de cada vencimento e, ainda, ao pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigidos a partir da sentença, verbas acrescidas de juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano, contados da citação, por se tratar de relação contratual. Considerando que o Autor decaiu de parte mínima do pedido, condenou a 2ª Ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Julgou extinto o processo em relação à 1ª Ré, na forma do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, deixando de arbitrar a verba sucumbencial, na medida em que as Rés apresentaram uma única contestação.

Recurso de embargos de declaração pela parte ré (fls. 336/339), rejeitado pela decisão de fl. 342.

Apelação das rés (fls. 345/364), pugnando, preliminarmente, pela anulação da sentença, para que seja determinada a produção de prova pericial de engenharia. No mérito, requer o provimento do recurso para reformar em parte o julgado, a fim de: 1) condenar o apelado ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da 1ª apelante; 2) afastar a condenação da 2ª Apelante ao pagamento de indenização por danos materiais (lucros cessantes), bem como da multa contratual; 3) excluir a condenação referente aos danos morais, ou, ao menos, para que os respectivos juros de mora sejam fixados a contar da publicação da sentença (07/04/2014); 4) reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca.

Recurso de apelação da parte autora (fls. 366/383), requerendo a modificação parcial da sentença, para: 1) reconhecer a legitimidade da 1ª Apelada, e condená-la solidariamente com a segunda; 2) suspender a cobrança de quaisquer parcelas devidas pela aquisição da unidade imobiliária por parte do Apelante até sua efetiva entrega, abstendo-se de incluir seu nome em cadastro restritivo de crédito; 3) congelar o saldo devedor desde o momento em que se verificou o atraso na entrega do bem, qual seja em Julho de 2012 (primeira data prevista para entrega), ou máxime, a

partir de janeiro/2013 (com a tolerância de 6 meses) até a efetiva entrega, sob pena de multa diária, por cada ponto ora requerido, e eventualmente deferido e; 4) majorar a indenização a título de dano moral para o valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

Contrarrazões às fls. 394/410 (rés) e às fls. 437/441 (autor).

É o breve relatório, decido.

Inicialmente, importante observar que a distribuição do feito foi direcionada a este relator, ante a prevenção gerada pelo agravo de instrumento nº 0046316-18.2013.8.19.0000, conforme certidão de fl. 445 e decisão acostada às fls. 98/101, motivo pelo qual, em que pese existir relação de consumo no caso, não há que se falar em redistribuição do feito às Câmaras Cíveis Especializadas.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva da primeira ré, que foi acolhida na sentença, assiste razão ao autor, ora segundo apelante, merecendo ser modificado o julgado neste ponto, restando prejudicado o recurso de apelação das rés no tocante ao pedido de condenação do autor ao pagamento de honorários de sucumbência em favor da primeira ré.

Não resta a menor dúvida de que estamos diante de uma relação de consumo, sendo perfeitamente aplicáveis as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social.

Neste âmbito, a responsabilidade das empresas rés é solidária, pois, ainda que a 1ª ré – Y – porventura não tenha assumido diretamente a construção do imóvel, mas através da incorporadora P., é evidente que se trata de empresas do mesmo grupo econômico, como se percebe pelos documentos nos autos, muitos dos quais inclusive exibem a logomarca da 1ª ré, que empresta o peso de seu renome ao empreendimento.

Com efeito, tanto a 1ª ré quanto a SPE criada para o empreendimento são integrantes da mesma cadeia de consumo e, portanto, nos termos da legislação consumerista, respondem solidariamente pelos prejuízos eventualmente causados ao consumidor, não havendo que se cogitar de ilegitimidade no caso.

Além de solidária, a responsabilidade das rés é também objetiva, com base na teoria do risco do empreendimento. Segundo a referida teoria os riscos inerentes à atividade econômica desenvolvida pelas prestadoras de serviço são considerados fortuito interno à própria atividade e, assim, não configuram causas excludentes da responsabilidade contratual. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO. VÍCIOS E DEFEITOS SURTIDOS APÓS A ENTREGA DAS UNIDADES AUTÔNOMAS AOS ADQUIRENTES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

2. A Lei n. 4.591/64 estabelece, em seu art. 31, que a “iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador”. Acerca do envolvimento da responsabilidade do incorporador pela construção, dispõe que do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção”, acrescentando, ainda, que “toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis” (art. 31, §§ 2º e 3º).

3. Portanto, é o incorporador o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação. Essa solidariedade decorre tanto da natureza da relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente de unidades autônomas quanto de previsão legal, já que a solidariedade não pode ser presumida (CC/2002, *caput* do art. 942; CDC, art. 25, § 1º; Lei 4.591/64, arts. 31 e 43).

4. Mesmo quando o incorporador não é o executor direto da construção do empreendimento imobiliário, mas contrata construtor, fica, juntamente com este, responsável pela solidez e segurança da edificação (CC/2002, art. 618). Trata-se de obrigação de garantia assumida solidariamente com o construtor.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 884.367/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 15/03/2012)

Ademais, além de reconhecida pela jurisprudência a solidariedade entre construtora e incorporadora, estabelece a Lei nº 4.591/64, em seus artigos 40, §§ 2º e 3º e 43, II, a obrigação da incorporadora de indenizar os adquirentes pelos prejuízos suportados em razão da não conclusão da edificação.

Portanto, ainda que o autor tenha firmado contrato formalmente apenas com a segunda ré, forçoso reconhecer a legitimidade da primeira ré para figurar no polo passivo da demanda, bem como a responsabilidade solidária das rés perante o consumidor, afigurando-se ainda desnecessária a produção da perícia de engenharia solicitada, visto que as alegações relativas a problemas geológicos no solo do terreno e escassez de mão de obra e matéria-prima no mercado de construção são previsíveis e constituem riscos do empreendimento, incapazes de afastar a responsabilidade das rés.

A propósito, vide os arestos a seguir colacionados:

APELAÇÃO. DEMANDA INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. LUCROS CESSANTES. CONFIGURAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTIMAÇÃO. ARTIGO 475-J, DO CPC. Demanda indenizatória fundada em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, no qual houve atraso na entrega do bem. Há, na hipótese, evidente

relação de consumo, nos termos dispostos no artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 8.078/90, fazendo-se indispensável, portanto, a análise do pleito com atenção ao que determina o artigo 14 do Diploma Consumerista. **Alegação de existência de rochedos no local da construção que não afasta a responsabilidade da apelante, pois se trata de elementos incluídos no risco do empreendimento, não podendo ser invocados para justificar o atraso na conclusão da obra.** Flagrante falha na prestação do serviço, não afastada por qualquer das excludentes de responsabilidade. Não obstante a regra seja de que o mero descumprimento de obrigação contratual não enseja reparação moral, há peculiaridades no caso concreto, notadamente a desídia da construtora, a qual sequer procura justificar o considerável atraso, limitando-se a refutar qualquer direito de reparação ao aborrecimento que decorre de descumprimento contratual. Houve evidente violação a direito da personalidade com frustração de justa expectativa da adquirente. Em face das circunstâncias do caso concreto, revela-se adequada a verba reparatória por danos morais arbitrada em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), uma vez que compatível com o patamar que vem sendo adotado por esta Corte em casos similares. O prazo para a incidência da multa pelo não cumprimento espontâneo da sentença (art. 475-J do CPC) tem como termo inicial a data da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, via imprensa oficial. Entendimento firmado segundo o rito do art. 543-C do CPC. (AgRg no REsp 1314316/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 26/11/2013) Art. 557, §1º, do CPC. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

(0200178-45.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 31/03/2014 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

DIREITO DO CONSUMIDOR - INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES E DANO MORAL - ALE-

GAÇÃO DE FALHAS GEOLÓGICAS E DE FALTA DE MATERIAL QUE CONFIGURAM FORTUITO INTERNO RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO AFASTADA RAZOABILIDADE DA FIXAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES TOMANDO COMO PARÂMETRO OS POSSÍVEIS FRUTOS CIVIS DO BEM (ALUGUERES) - DANO MORAL IN RE IPSA, DIANTE DA FRUSTRAÇÃO DAS EXPECTATIVAS DOS RECORRIDOS, QUE JÁ HAVIAM QUITADO O PREÇO AVENÇADO - SENTENÇA QUE SE MANTÉM.

1. (omissis...) 5. A sentença de procedência parcial condenou a parte ré a indenizar a parte autora, a título de lucros cessantes, em quantia equivalente ao valor mensal de 1% sobre o preço do imóvel atualizado no período de 29 de junho de 2010 a 29 de outubro de 2010, durante quatro meses, com correção monetária e juros legais de 1% ao mês a partir da citação. A ré foi condenada, ainda, a pagar aos autores, a título de danos morais, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros legais a partir da data da sentença.

6. Responsabilidade do incorporador que, sem se falar no contrato, decorre da própria lei 4.591/64, que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ele assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e se assentam. 7. “O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva (REsp 80036/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25/03/1996, p. 8586). 8. Na hipótese versada, restou comprovada a existência do dano, e do nexu causal. 9. Com efeito, caberia ao recorrente comprovar que os fatos não ocorreram da forma como alegados, ônus que lhe competia, por força do disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil, e do qual não

se desincumbiu. 10. Frise-se, ainda, que a empresa apelante não demonstrou nenhuma excludente capaz de afastar a sua responsabilidade pelo ocorrido. 11. Ademais, impõe-se afastar a alegação de ocorrência de fortuito, consistente em falta de matéria-prima e mão de obra especializada, na medida em que tal acontecimento tem sido considerado como fortuito interno pela jurisprudência pátria, o que, como se sabe, não é considerado excludente de responsabilidade, por se encontrar inserido no risco do empreendimento. 12. Melhor sorte não terá a insurgência da apelante contra o arbitramento de verba a título de lucros cessantes, uma vez que tal questão resta consolidada no âmbito desta Corte, parâmetro possíveis frutos civis do bem (alugueres). 13. Quanto ao dano moral, a configuração deste se revela inequívoca, eis que a conduta da parte ré extrapolou, e muito, o mero ilícito contratual, diante da evidente frustração das expectativas dos autores relativamente à entrega do imóvel, já quitado, máxime porque, como já dito alhures, “O direito a moradia é direito social estabelecido na Constituição da República, direito, portanto, fundamental, que deve ser observado em consonância com o valor da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna. (0001682-04.2004.8.19.0209DES. Antonio Cesar Siqueira - Julgamento: 14/06/2005 - Quinta Câmara Cível)14. Considera-se que o valor da compensação foi fixado de forma moderada e razoável, trazendo uma satisfação aos demandantes pelo constrangimento sofrido, sem que houvesse, entretanto, um enriquecimento ilícito. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

(0024030-06.2010.8.19.0209 – APELAÇÃO - DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 26/10/2011 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Ultrapassadas as preliminares, no mérito restou incontroverso que as partes firmaram contrato de promessa de compra e venda de imóvel, acordando que a conclusão da construção se daria até julho de 2012, com previsão contratual de dilação do prazo em 180 dias, o que resultou no termo final em janeiro de 2013, todavia a obra não foi concluída até o presente momento, já perfazendo mais de um ano de atraso.

Quanto aos valores a restituir, estabelece a Lei nº 4.591/64, em seus artigos 40, §§ 2º e 3º e 43, II, que a obrigação da incorporadora é de indenizar os adquirentes pelos prejuízos suportados em razão da não conclusão da edificação, ou de seu retardo injustificado. Conforme visto, as alegações das rés foram incapazes de excluir a sua responsabilidade pelo descumprimento contratual, devendo as mesmas responder solidariamente pelos prejuízos decorrentes do atraso injustificado, a seguir analisados.

Inicialmente, é de se notar que o atraso nas obras, sem qualquer culpa dos autores, não autoriza a majoração do saldo devedor.

Respeitados os entendimentos em contrário, entende este signatário que se mostra descabida a cobrança de juros antes da entrega da obra (ou juros “no pé”). Isso porque referidos juros, que tem por natureza remunerar o capital concedido, não têm cabimento se não houver qualquer empréstimo aos promitentes compradores.

Não há capital a remunerar, pois no caso inexistente financiamento concedido pela ré aos autores. Ao contrário, estes é que anteciparam o saldo devedor, parceladamente, através dos pagamentos efetuados durante a obra.

Quanto à correção monetária do saldo devedor, obviamente também não pode incidir, seja com base no INCC ou mesmo no IGP-M, já que o bem ainda não foi entregue e, portanto, não pode ser fruído por falha exclusiva das rés. Note-se que o congelamento do saldo devedor se impõe a partir de julho de 2012, uma vez que as razões apresentadas pelas rés não configuram causas de força maior a justificar o prazo de 180 dias de prorrogação, e sob nenhuma hipótese poderia o adquirente ser onerado pela mora exclusiva da construtora.

Já no tocante à cobrança do saldo do preço e forma de pagamento, referente ao financiamento do saldo devedor, não pode ser cobrado antes da conclusão da obra e entrega das chaves. Obviamente, se a própria condição contratual que autoriza a cobrança não se implementou, os valores ainda não se mostram devidos.

Com relação ao dano material, consiste no prejuízo decorrente da impossibilidade de o autor usufruir do bem adquirido, ou de auferir receita a

título de aluguel do imóvel, o que seria possível desde a data prevista para entrega, não fosse pelo atraso injustificado das rés.

A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que nas hipóteses de atraso injustificado de incorporação imobiliária, o prejuízo do promitente-comprador é presumido, entendimento que encontra reflexo na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça. A propósito:

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSTRUTORA DE IMÓVEIS. ATRASO NA ENTREGA DA IMÓVEL. DANOS MATERIAIS. VALOR DO ALUGUEL DO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO DE ATRASO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Cuida-se de demanda ajuizada por consumidor que, diante do atraso na entrega de imóvel em construção, pretende indenização por danos morais e lucros cessantes. Evidente relação de consumo, nos termos dispostos no artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 8.078/90, fazendo-se indispensável, portanto, a análise do pleito com atenção ao que determina o artigo 14 do Diploma Consumerista. Alegação de atraso no pagamento acolhida pela sentença que, contudo, destoa da prova produzida nos autos. Documentação colacionada pelo próprio réu demonstra que as parcelas referentes ao empreendimento foram adimplidas pelo adquirente dentro dos prazos, sem qualquer atraso. De outra parte, não consta dos autos prova de que o autor foi convocado para vistoriar os imóveis dentro do prazo contratual para entrega. Descabimento de se impor ao autor que comprovasse o não recebimento da missiva convocatória, porquanto consistiria em exigência de prova negativa. **Lucros cessantes devidos. Não há dúvida de que o consumidor, ao fazer investimento para aquisição de um imóvel, pretendia morar ou locar o bem, sendo esta a conclusão razoável da dinâmica do sistema econômico em que vivemos. Superior Tribunal de Justiça que já afirmou 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 relativa do 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.” (AgRg no REsp 735353/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 365). Danos morais configurados. Não obstante a regra seja de que o mero descumprimento de obrigação contratual não enseja reparação moral, há peculiaridades no caso concreto, notadamente a desídia da construtora, a qual sequer procura justificar o considerável atraso, limitando-se a refutar qualquer direito de reparação ao consumidor, que permitem a indenização por dano extrapatrimonial. Quantia arbitrada em R\$ 30.000,00, que se revela adequada e compatível com o patamar indenizatório adotado pelos precedentes jurisprudenciais deste Tribunal, atendendo, inclusive, aos aspectos punitivo e compensatório da condenação. Art. 557, §1º-A do CPC. PROVIMENTO AO RECURSO.

(0027024-77.2012.8.19.0066 – APELAÇÃO - DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 13/06/2014 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de obrigação de fazer e indenizatória. Rito ordinário. Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Relação de consumo. Atraso significativo na entrega do imóvel. Alegado fortuito interno que não se configurou no caso concreto. **Escassez de mão de obra e material que não isenta a ré de sua obrigação. Risco do empreendimento. Atraso na entrega que implica na postergação do momento em que o promitente-comprador poderia usufruir diretamente do bem. Damno moral in re ipsa. Quantum indenizatório arbitrado em R\$15.000,00 (quinze mil reais), que se mostra adequado às particularidades do caso, e em consonância com os critérios da proporcionalidade - razoabilidade, conforme parâmetros usualmente adotados por este Tribunal de Justiça em casos semelhantes. Precedentes. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser o prejuízo implementado contra o promitente-comprador, em caso de atraso na entrega de imóvel em construção, presu-**

mido. Lucros cessantes que deverão ser estabelecidos em sede de liquidação de sentença, com realização, caso necessário, de perícia. Exclusão da incidência de correção monetária e juros sobre a parcela final do contrato e da taxa de deco-
ração que se impõe, com confirmação, assim, da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Atraso que se deu por prática ou atividade desenvolvida pela ré, impedindo o autor de se beneficiar, durante todo o período, de financiamento para quitação da parcela final. RECURSO DO AUTOR A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, COM NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO APELO DA RÉ.

(1021434-37.2011.8.19.0002 – APELAÇÃO - DES. PATRICIA SER-
RA VIEIRA - Julgamento: 01/07/2014 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL)

Embora fosse perfeitamente cabível a condenação da ré ao paga-
mento de lucros cessantes correspondentes ao valor de mercado para
locação do imóvel objeto da ação, o autor requereu na inicial tão somente
o ressarcimento das despesas com a locação de outro imóvel para re-
sidência provisória, até que as rés cumpram com a obrigação assumida,
o que vem lhe gerando uma despesa mensal com aluguel, no valor de R\$
1.700,00 (mil e setecentos reais), desde maio de 2013.

A sentença acolheu tal pedido, condenando a segunda ré ao paga-
mento dos referidos alugueis, a título de danos materiais, mediante
comprovação das despesas pelo autor, o que, conforme também reconhe-
ceu o magistrado singular, corresponde *mutatis mutandis* aos lucros ces-
santes reconhecidos pela jurisprudência pátria, concernentes à impossibi-
lidade de usufruir ou alugar o imóvel objeto da ação, devendo ser mantida
a sentença neste ponto.

A multa moratória é devida ante a previsão na cláusula 4.3.3, mere-
cendo pequena modificação a condenação neste ponto apenas quanto ao
termo inicial de incidência, devendo ser calculada desde julho de 2012 até a
efetiva entrega do imóvel, em valor a ser apurado em sede de liquidação de
sentença, sem embargo da condenação a título de dano material, conforme
admitido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como pre-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora.

2. **Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema.**

3. **O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel, adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio, da obrigação e ainda, a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora.**

4. Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 1355554/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013)

Vale destacar que a cláusula n. 4.4.2 do contrato, estabelecendo a possibilidade de atraso de 180 (cento e oitenta) dias para entrega, independentemente de qualquer condição, afigura-se abusiva, pois torna ficta a primeira data de entrega, colocando o consumidor em desvantagem inaceitável, sobretudo por tratar-se de contrato de adesão, motivo pelo qual há de ser considerada nula tal previsão.

Por fim, a compensação a título de dano moral, nos casos envolvendo inadimplemento contratual, no entender deste relator, é devida quando a parte prejudicada pelo inadimplemento vem a ser atingida em direitos fundamentais que lhes são assegurados pela Constituição Federal.

O caso presente versa sobre imóvel adquirido para residência do autor, aquisição esta que restou frustrada até o momento pelo inadimplemento da parte ré, que retardou por mais de um ano a entrega do imóvel, frustrando direito fundamental à moradia da parte autora, demora esta que justifica a compensação a título de dano moral.

No arbitramento do dano moral é de ser considerada a extensão do dano, suas consequências, bem como a capacidade socioeconômica das partes envolvidas. Não se deve olvidar ainda a natureza didático-pedagógica da condenação por dano moral, de modo a evitar que eventos como os narrados nestes autos se repitam.

Consentâneo com os parâmetros traçados, bem como com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, afigura-se justa a majoração da verba de danos morais pleiteada pelo autor, para o valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), com correção monetária a partir deste julgado, acrescido de juros moratórios, no patamar de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação, momento da constituição em mora dos réus.

À conta desses fundamentos, voto no sentido de conhecer dos recursos, para negar provimento ao recurso da parte ré, e dar provimento ao recurso da parte autora, para modificar a sentença, a fim de condenar ambas as rés, solidariamente, ao pagamento: (i) do prejuízo suportado pelo autor, a título de dano material, correspondente às despesas com os aluguéis previstos no contrato de fls. 52/60, desde maio de 2013, acrescidos de juros de mora, a contar da citação, e correção monetária a partir dos respectivos vencimentos; (ii) da multa prevista na cláusula 4.4.3 do contrato, a ser calculada a partir de julho de 2012, até a entrega do imóvel, corrigida a partir de cada vencimento mensal; (iii) da quantia de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), a título de dano moral, com correção monetária a partir deste julgado, acrescido de juros moratórios, no patamar de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação; (iv) das despesas processuais e honorários de sucumbência, no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Determino, por fim, o congelamento

do saldo devedor, desde julho de 2012, até a efetiva entrega das chaves, bem como a suspensão da cobrança de quaisquer parcelas devidas para aquisição da unidade imobiliária até sua efetiva entrega, abstendo-se de incluir o nome do autor em cadastro restritivo de crédito.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2014.

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Relator ◆

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DE IMÓVEL. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONFIRMAR A TUTELA ANTECIPADA ANTERIORMENTE DEFERIDA E CONDENAR O RÉU A PAGAR A QUANTIA DE R\$15.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS PARA CADA AUTOR. INCONFORMISMO DO RÉU. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, CONFORME A DISPOSIÇÃO LITERAL DO ART. 14 DO CDC DA QUAL O RÉU NÃO SE DESINCUMBIU, AO DEIXAR DE COMPROVAR O ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR, ASSIM, CONFIGURADO. COM A INEXECUÇÃO DO CONTRATO, A PARTE AUTORA É MEREDEDORA DO DANO EMERGENTE, A TÍTULO DE ALUGUÉIS COM QUE NECESSITOU ARCAR NO PERÍODO EM QUE O IMÓVEL NÃO FOI ENTREGUE CONFORME CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. PLEITO DE ALTERAÇÃO EM SEU TERMO FINAL QUE NÃO PODE SER ANALISADO, POR CONSTITUIR INOVAÇÃO RECURSAL QUE, NÃO TENDO SIDO COMPROVADA FORÇA MAIOR, DEVERÁ SER VEDADA, NA FORMA DO ART. 517 DO CPC. DANOS MORAIS IGUALMENTE CONFIGURADOS. ARBITRAMENTO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, COMPENSANDO A VÍTIMA E DESESTIMULANDO O LESANTE A PRATICAR CONDUTAS SEMELHANTES. PRECEDENTES DO STJ E DO TJ/RJ. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0005343-83.2011.8.19.0002. RELATOR: DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO. JULGADO EM 26 DE AGOSTO DE 2014)

16ª CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0005343-83.2011.8.19.0002, onde figuram como Apelantes e Apelados as partes epigrafadas,

A C O R D A M os Desembargadores que integram a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Na forma regimental, adoto o relatório contido na sentença de fls. 301/305, que na ação indenizatória movida por **X e Y** em face de **Z**, julgou procedente em parte o pedido para confirmar a tutela antecipada deferida às fls. 61 e para condenar a ré a pagar aos autores a quantia de R\$15.000,00 a título de danos morais para cada autor, que deverá ser acrescida de juros de 1% ao mês a contar da citação e correção monetária a contar da data da sentença. Registre-se que o juízo monocrático apesar de fundamentar o dano material, não condenou o réu ao pagamento em seu dispositivo. Condenou, ainda, a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, na forma do parágrafo 3º, do artigo 20, do CPC. Registre-se que há Embargos de declaração interpostos pelo réu às fls. 322/328, rejeitados pela decisão de fls. 333.

Irresignada, apela a ré, fls. 343/360, requerendo a reforma da sentença, alegando, em síntese, a impossibilidade de restituição de aluguéis se os apelados não faziam jus ao recebimento do imóvel. Afirma que a mora deverá ser restrita à concessão do habite-se, e não à entrega da unidade, bem como que o correto termo inicial para o pagamento do aluguel seria julho de 2010 e o final seria a data do habite-se. Afirma, ainda, a inexistência de danos morais. Requer assim, a improcedência dos pedidos ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões não foram apresentadas, conforme certidão de fls. 386.

É o relatório. Passo ao voto.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Assiste razão, em parte, ao apelante.

A demanda envolve a construção de unidade imobiliária, na qual objetiva o autor o pagamento dos valores relativos ao aluguel mensal pago até que seja efetivamente entregue o imóvel, a condenação em danos materiais relativa aos aluguéis e dano moral.

Inicialmente, cabe asseverar que a relação jurídica objeto da presente demanda é de consumo, uma vez que decorre da celebração de contrato de adesão de promessa de compra e venda de bem imóvel. Assim, o Autor encontra-se abarcado pelo conceito normativo e principiológico positivado no art. 2º da Lei n. 8.078/90 e, igualmente, o Réu subsume-se ao conceito do art. 3º do referido diploma legal.

Assim, responde o fornecedor objetivamente pelos danos a que der causa, independentemente de culpa, na forma do art. 14 do CDC, salvo se comprovar alguma das hipóteses descritas no seu parágrafo terceiro, quais sejam: a) “que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente”; b) “a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Com efeito, infere-se do detido exame dos autos que a Ré se comprometeu a entregar o referido imóvel em dezembro de 2009, admitindo-se, ainda, um atraso não superior a 180 (cento e oitenta) dias para a entrega (cláusula 3.2), ou seja, em final de junho de 2010, conforme se depreende das cláusulas do Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de fls. 17/30.

Assim, verifica-se que a Ré não cumpriu o mencionado prazo, eis que a conclusão da obra restou postergada muito além do prazo previsto, com a tolerância de 180 dias, sendo certo que o próprio apelante admite em suas razões recursais que o habite-se se deu em 09/12/2010. Registre-se que a entrega do imóvel aos autores foi feita somente em 04/08/2011 (fls. 180/181).

Ademais, a afirmativa de que os apelados somente fariam jus ao recebimento da unidade após a quitação integral do saldo do preço se mostra totalmente descabida, tendo em vista que a cláusula de nº 3.3 do Contrato de Compra e Venda informa que para o recebimento das chaves o comprador deverá estar adimplente com todas as parcelas do saldo do preço, com vencimento até a data prevista para a entrega das chaves (fls. 18 e 24).

Assim, cabe asseverar, que, conforme fls. 18, item “g”, a data prevista para a entrega tal era dezembro/09, o que não ocorreu devido à inércia da apelante, que não informa a ocorrência de qualquer dos eventos aptos a afastar sua responsabilidade pelo atraso, ressalvando-se que o autor se

encontrava adimplindo com as prestações até a aludida data, cabendo, assim, analisar os danos decorrentes de sua conduta.

No tocante ao pagamento de aluguéis, como bem salientado pelo juízo monocrático, com a inexecução do contrato, parece claro que a parte autora seja merecedora do dano emergente, a título de aluguéis com que necessitou arcar no período em que o imóvel não foi entregue conforme contrato firmado entre as partes.

Ressalte-se que, quanto aos lucros cessantes, a jurisprudência do STJ já formou seu entendimento pela possibilidade do reconhecimento da presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao fornecedor comprovar a inocorrência da mora alegada, na esteira do precedente abaixo:

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.

(AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012)

Também é esse o entendimento deste E. Tribunal, senão vejamos:

0292675-73.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - JDS. DES. JOSE ACIR GIORDANI - Julgamento: 29/05/2014 - VIGÉSIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR.

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DO BEM. RELAÇÃO DE CONSUMO. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco do Empreendimento. Fato alheio à vontade das demandadas não comprovado. Atraso não justificado. Restituição da comissão de corretagem. Lucros cessantes, a título de aluguel, em virtude da demora na entrega da unidade imobiliária. Ressarcimento de dano material pelo que a autora deixou de perceber. Possibilidade. Valor que deverá ser apurado em liquidação de sentença. Precedentes do STJ. Dano moral caracterizado. Inadimplemento contratual que ultrapassa o mero aborrecimento. Afronta aos Princípios da Boa-fé Objetiva e da Confiança. Dano moral *in re ipsa*. Aplicação da parte final da Súmula nº 75 deste Tribunal de Justiça. Precedentes jurisprudenciais. Condenação das empresas réis ao pagamento integral das custas processuais e de honorários advocatícios. RECURSO DA AUTORA A QUE SE DÁ PROVIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557, PARÁGRAFO 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E RECURSO DAS RÉIS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Assim, deverá ser mantida a sentença no tocante à confirmação da tutela antecipada, ressaltando-se ainda que a alegação de que sua limitação deveria ser restrita à concessão do “habite-se” constitui verdadeira inovação recursal, o que, salvo comprovado impedimento em razão de força maior, é vedado pelo ordenamento jurídico, na forma do art. 517 do CPC.

Quanto aos danos morais, entendo estes também existentes, decorrentes da frustração e transtorno causados à autora pelo atraso na entrega do imóvel.

Desta forma, passarei à árdua tarefa de quantificar com justiça os danos experimentados pelo autor.

É sabido que não deve constituir a indenização meio de locupletamento indevido do lesado e, assim, deve ser arbitrada com moderação e prudência pelo julgador. Por outro lado, não deve ser insignificante, con-

siderando-se a situação econômica do ofensor, eis que não pode constituir estímulo à manutenção de práticas que agridam e violem direitos do consumidor.

Penso que se houve, com o costumeiro acerto o d. Magistrado sentenciante, arbitrando com moderação e prudência a verba compensatória do dano moral experimentado pelos autores, fixando-a em R\$ 15.000,00 para cada autor, sem descuidar do caráter preventivo-pedagógico de que deve se revestir a mesma. Garantiu, destarte, a correta e destemida aplicação do princípio da efetividade, à luz da teoria do desestímulo. Registre-se que, em que pese o desprovimento dos embargos de fls. 322/328, o valor de R\$ 12.000,00 citado na fundamentação constitui erro material. Nesse sentido:

0197254-56.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 24/07/2014 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA LEI 8.078/90. INSTRUMENTO CONTRATUAL QUE PREVIU A ENTREGA DO IMÓVEL PARA 30/12/2008, ADMITINDO A PRORROGAÇÃO DE ATÉ 180 DIAS, TORNANDO COMO LIMITE JULHO/2009 A DATA PARA A CONCLUSÃO DAS OBRAS. ENTREGA DAS CHAVES QUE OCORREU EM MAIO DE 2013, COM APROXIMADAMENTE 4 ANOS DE ATRASO, OCASIÃO EM QUE AS PARTES FIRMARAM ACORDO, RESOLVENDO A QUESTÃO DA MULTA PREVISTA EM DESFAVOR DA INCORPORADORA. EXTINÇÃO DO FEITO, EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DA ANTECITADA CLÁUSULA PENAL, PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO [ART. 267, VI, DO CPC].

PENALIDADE QUE PODE SER CUMULADA COM OS DEMAIS PLEITOS INDENIZATÓRIOS. RESP 135554/RJ. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DE R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS), PARA CADA CONSUMIDOR, QUE ATENDE A LÓGICA DO RAZOÁVEL. LUCROS CESSANTES DEVIDOS DESDE A DATA

EM QUE O IMÓVEL DEVERIA TER SIDO ENTREGUE, ATÉ MAIO DE 2013, AFASTANDO-SE OS ENCARGOS LOCATÍCIOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Os honorários sucumbenciais se mostram devidamente arbitrados.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 26 de agosto de 2014.

Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Relator ◆

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEMORA NA INSTALAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM IMÓVEL DA AUTORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. INCONFORMISMO MANIFESTADO PELA PARTE RÉ. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO RÉU, NA FORMA DO ART. 14 DO CDC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE, A INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SEU SERVIÇO OU A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO, O QUE NÃO OCORREU. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. FIXAÇÃO NO VALOR DE R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS), QUE ATENDE AO SEU PAPEL PUNITIVO-COMPENSATÓRIO, NÃO SERVINDO COMO FONTE DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA PARA A AUTORA NEM DE ONEROSIDADE EXCESSIVA PARA A RÉ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0015230-67.2012.8.19.0031. RELATOR: DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO. JULGADO EM 30 DE JULHO DE 2014)

16ª CÂMARA CÍVEL

DECISÃO MONOCRÁTICA

Na forma regimental, adoto o relatório contido na sentença de fls. 85/88, que julgou parcialmente procedente o pedido para confirmar os efeitos da antecipação de tutela concedida às fls. 24/25 e pagar a autora o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de compensação por danos morais sofridos, com incidência de correção monetária a partir da sentença e juros de mora a partir da citação. Condenou, ainda, a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada, apela a ré, fls. 89/94, requerendo a reforma da sentença, afirmando que a autora sequer apresentou o necessário projeto com a respectiva ART (anotação de responsabilidade técnica) quitada, sendo

esta uma exigência não só da concessionária apelante, mas também do próprio CREA-RJ, portanto, a negativa de instalação do medidor de energia elétrica se deu de forma motivada, haja vista a pendência da autora junto à apelante. Pugna pela inexistência de danos morais e ou requer a sua minoração.

Não foram apresentadas contrarrazões pela parte autora, conforme certificado às fls. 99.

É o relatório. Passo a decidir.

Presentes os requisitos, conheço do recurso. Razão não socorre ao apelante.

Inicialmente, cabe asseverar que, ao caso concreto incide o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, eis que presentes os elementos de uma relação de consumo.

Desta feita, é de se reconhecer que, na forma do art. 14, CDC, responde objetivamente a parte ré pelo defeito na prestação do serviço, somente se eximindo de culpa em caso de comprovação do rompimento do nexo de causalidade, seja provando que, em prestado o serviço, o defeito não existe, seja provando que o defeito se deu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ressaltando, outrossim, que a conduta de terceiro não poderá ter relação com o próprio risco do empreendimento, representando assim fortuito externo.

Com efeito, pelos documentos presentes nos autos (fls. 19 e 20) verifica-se que a parte autora solicitou a instalação do medidor de energia elétrica em imóvel de sua propriedade.

Por outro lado, a ré, como bem demonstrado pela r. sentença, não apresentou qualquer justificativa idônea, a fim de comprovar a não realização do serviço de instalação do referido medidor em prazo razoável, eis que passado mais de um ano da solicitação efetuada pela autora.

Assim, é de se reconhecer que o atraso ocorrido, bem como a falta de instalação do medidor de energia elétrica representa verdadeiro defeito na prestação do serviço, ressaltando-se que a ausência de energia elétrica em seu estabelecimento gerou para autora inegável dano que

superou o mero aborrecimento cotidiano, devendo ser, portanto, compensada.

No tocante a sua fixação, entendo correto o valor arbitrado pelo juízo *a quo*, qual seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), apto a cumprir com o papel punitivo-compensatório do instituto, não servindo como fonte de enriquecimento sem causa para a autora nem de onerosidade excessiva para a ré.

Precedente:

0004201-46.2013.8.19.0205 - APELAÇÃO

1ª EMENTA

DES. MARIA LUIZA CARVALHO - JULGAMENTO: 27/01/2014 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. DEMORA NA INSTALAÇÃO DO APARELHO MEDIDOR. PRIVAÇÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR NÃO PROVADA. DANO MORAL. PARTE AUTORA SOLICITOU A INSTALAÇÃO DE APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA EM IMÓVEL PARA O QUAL ACABARA DE SE MUDAR, O QUE SOMENTE FOI REALIZADO PELA CONCESSIONÁRIA CERCA DE 15 DIAS APÓS O PRAZO INFORMADO. A RÉ, POR SEU TURNO, SUSTENTA CULPA EXCLUSIVA DA CONSUMIDORA, JÁ QUE POR DIVERSAS VEZES SEUS PREPOSTOS ESTIVERAM NA UNIDADE, QUE SE ENCONTRAVA FECHADA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AUTORAL DEMONSTRADO PELO CONTRATO DE LOCAÇÃO E PROTOCOLO DE ATENDIMENTO EM LOJA DA RÉ, COM PREVISÃO DE CONCLUSÃO DO SERVIÇO EM 2 DIAS ÚTEIS. DEMORA DE 15 DIAS QUE É INCONTROVERSA. CONCESSIONÁRIA QUE SE DESCUIDOU DO ÔNUS DE PROVAR EXCLUDENTE DE SUA RESPONSABILIDADE, JÁ QUE PRESENTES O FATO E DANO. CONSUMIDORA QUE, EM DECORRÊNCIA DA DEMORA, FICOU PRIVADA DE SERVIÇO ESSENCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA. DANO MORAL CONFIGURADO *IN RE IPSA*. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$5.000,00, ADEQUADO A COMPENSAR O DANO EXPERIMENTADO E A

ATENDER AO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA MEDIDA.
ART.557, *CAPUT*, DO CPC. PROVIMENTO DO RECURSO.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, na forma do art. 557, *caput*, do CPC, eis que manifestamente improcedente.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2014.

Desembargador MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Relator

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SINAL E PRINCÍPIO DE PAGAMENTO. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. NÃO REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. CORRETOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DEVER DE INFORMAÇÃO. DANOS MORAIS.

1. Malgrado as razões trazidas pela primeira ré-apelante, não se vislumbra no caso em tela qualquer cerceamento de defesa pela não oitiva de suas testemunhas, uma vez que estas não compareceram à audiência, tendo a ré expressamente dispensado sua intimação. O que se observa é que as provas acostadas aos autos se mostraram aptas a formar o convencimento do magistrado no sentido da decisão proferida, sendo dispensáveis demais provas eventualmente pleiteadas.

2. Restou incontroverso nos autos que a autora realizou o pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor da primeira ré a título de sinal e princípio de pagamento para a aquisição de imóvel de propriedade da última. Contudo, ao contrário do que constava no instrumento assinados pelas partes, verificou-se que o imóvel pendia de regularização perante a Prefeitura, além de a primeira ré possuir anotações nos 3º e 4º Distribuidores (certidões positivas).

3. Tais fatos, por si só suficientes para caracterização da culpa da primeira ré pela não concretização do negócio jurídico, restaram agravados na medida em que a primeira ré alienou o imóvel a terceiro, apesar das tratativas já iniciadas com a autora (ver certidão do registro imobiliário). Impositiva a condenação à restituição do valor recebido, mais o equivalente, na forma do artigo 418 do Código Civil. Precedentes.

4. Entretanto, a responsabilidade pela não realização do negócio não pode pesar apenas contra a primeira ré. O segundo demandado, na qualidade de corretor (empresa individual de corretagem), realizou a aproximação entre as partes pretendentes à compra e venda, a fim de facilitar sua concretização. No exercício de tal incumbência, o segundo réu possui dever de informação, ou seja, no caso concreto, cumpria ao mesmo verificar os documentos do imóvel, propiciando à compradora segurança apta a ensejar a realização do negócio jurídico. Artigo 723 do Código Civil. Precedentes.

5. Além da regulamentação no Direito Civil, vale lembrar que a relação existente entre a autora e a primeira ré com o segundo demandado é de consumo, a atrair a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social, devendo ser interpretadas as cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. Logo, ante a omissão, impõe-se a responsabilização solidária dos réus em relação à devolução em dobro das arras confirmatórias pagas pela autora, assim como no tocante ao dano moral por ela sofrido.

6. Danos morais caracterizados, tendo em vista que a autora teve frustrada sua legítima expectativa na realização do negócio, o que configura situação capaz de gerar angústia, à qual se acrescenta o aborrecimento frente à primeira ré e ao corretor para obter solução do problema, que ainda não veio, mesmo se considerando a presente via judicial. Ferimento a direito da personalidade.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.(TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0166295-10.2009.8.19.0001. RELATOR: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA. JULGADO EM 01 DE JULHO DE 2014)

22ª CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0166295-10.2009.8.19.0001, em que é Apelante X e Apelados Y e Z.

ACORDAM os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do recurso, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 1º de julho de 2014.

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Relator

VOTO DO RELATOR

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização em que pretende a autora, X, que a primeira ré, Y, seja compelida a regularizar o imóvel, outorgando-lhe a escritura definitiva; subsidiariamente, requer a devolução em dobro das arras recebidas como sinal e princípio de pagamento, bem como indenização pelos danos morais.

Narra que com o intuito de adquirir um imóvel, procurou o segundo réu, Z, na qualidade de corretor, ficando interessada pelo imóvel de propriedade da primeira demandada. Em 17/02/2009 a autora e a primeira ré-apelante assinaram um instrumento particular de sinal e princípio de pagamento em que a ré confirmou estarem todos os documentos referentes ao imóvel e a sua pessoa livres de pendências ou anotações desabonadoras. Contudo, algum tempo depois, foi informada pelo segundo réu que a documentação do imóvel estava com problemas. Apesar da notificação enviada à primeira ré-apelante, os documentos não foram apresentados, o negócio não foi concluído e o valor pago não restou restituído.

Sentença lida às fls. 411/413 que julgou procedente o pedido contra a primeira ré para condená-la a pagar à autora o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de restituição em dobro do sinal e princípio de pagamento, corrigidos monetariamente desde a data do desembolso e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a data da citação. Condenou-a ainda a pagar à autora o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral, corrigidos monetariamente desde a prolação da sentença e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a data da citação, além do pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Julgou improcedente o pedido formulado em face do segundo réu, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Determinou, por fim, que as custas processuais serão repartidas entre a autora e a primeira ré, à razão de 50% (cinquenta) para cada.

Apenas a primeira ré interpôs o recurso de apelação de fls. 417/434 pleiteando inicialmente a anulação da sentença, uma vez que suas teste-

munhas não foram ouvidas em juízo, apesar de seu requerimento para intimação destas. Afirma que, ao receber o sinal da autora, repassou o valor ao Sr. R de quem pretendia adquirir um apartamento, motivo pelo qual se encontra impossibilitada de devolver a quantia. Aduz que os danos sofridos pela autora são de responsabilidade exclusiva do segundo réu, destacando trechos da resolução do Conselho Federal dos Corretores de imóveis. Subsidiariamente, pleiteia a reforma da sentença para que a devolução ocorra de forma simples.

Contrarrazões às fls. 645/659 e 660/669.

É o relatório. Passo a decidir.

Em primeiro lugar, importante observar que a distribuição do feito foi direcionada a este relator, ante a prevenção gerada pelo agravo de instrumento nº 0043441-75.203.8.19.000, conforme certidão de fl. 707 e decisão acostada à fl. 642. Motivo pelo qual, em que pese existir relação de consumo na lide posta em análise, não há o que se falar em redistribuição do feito direcionada às Câmaras Cíveis Especializadas.

Prosseguindo, não se verifica a ocorrência de cerceamento de defesa pela não oitiva de suas testemunhas como pretende a apelante.

Alega a primeira ré em sua peça recursal que "foi iniciada e finalizada a fase instrutória sem a oitiva das testemunhas da Apelante que apesar de inicialmente informar que compareceriam sem necessidade de intimação, com a ausência de Z à audiência de conciliação foi requerida a intimação dos mesmos, inclusive com o recolhimento das custas" (fls. 420/421). Contudo, tão afirmação não condiz com a realidade.

Instada a se manifestar sobre as provas que pretendia produzir (fl. 302), a primeira ré acostou rol de testemunhas, afirmando que as mesmas iriam comparecer em juízo independentemente de intimação (fl. 306). Ato contínuo, a produção da prova oral foi deferida (fls. 307/308).

A audiência de instrução e julgamento do dia 17/08/2012 restou por não realizada, ante a ausência da autora que se encontrava enferma. Nesta ocasião, restou consignado que a primeira ré deveria trazer a qualificação de suas testemunhas, oportunidade em que requereu a intimação de suas testemunhas para comparecer à audiência redesignada (fl. 333). Entretanto,

em petição datada de 02/10/2012, a primeira ré trouxe a qualificação das testemunhas, conforme havia determinado o magistrado de piso, mas afirmou expressamente que estas compareceriam independente de intimação (fls. 342).

Com a realização da audiência de instrução e julgamento em 09/11/2012 foram tomados os depoimentos pessoais das partes e ouvidas três informantes, não estando presentes as testemunhas arroladas pela primeira ré. Destaque-se que nesta oportunidade a primeira ré não realizou qualquer observação quanto à necessidade de oitiva de suas testemunhas, nem em relação a possível falta de intimação das mesmas.

Observa-se que, em seu recurso de apelação, a primeira ré falta com a verdade quando afirma que “foi requerido a intimação dos mesmos, inclusive com o recolhimento das custas” (fls. 420/421), uma vez que a ré expressamente dispensou a intimação de suas testemunhas na petição de fl. 342, além de não ter realizado recolhimento para possíveis intimações de testemunhas.

Assim, malgrado as razões trazidas pela primeira ré-apelante, não se vislumbra no caso em tela qualquer cerceamento de defesa. O que se observa é que as provas acostadas aos autos se mostraram aptas a formar o convencimento do magistrado no sentido da decisão proferida, sendo, pois, dispensáveis demais provas eventualmente pleiteadas.

Passa-se ao exame da questão de mérito.

Restou incontroverso nos autos que a autora realizou o pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor da primeira ré a título de sinal e princípio de pagamento para a aquisição de imóvel de propriedade da última.

No referido INSTRUMENTO PARTICULAR DE SINAL E PRINCÍPIO DE PAGAMENTO, fls. 25/26, constou expressamente que:

- c) *Declara a Outorgante (primeira ré) sob as penas da Lei que **"nada exista contra seus nomes que venha impossibilitar ou retardar a efetivação da presente, e que tampouco firma o presente por coação (Art. 151 CC) ou em decorrência de estado***

de perigo (Art. 156 CC) e preferência (Art. 157 CC), tendo sido observado o princípio da proporcionalidade das obrigações, **assumindo toda a responsabilidade sobre estas declarações, declarando ainda que o imóvel em tela será negociado até sua integralização total do preço da venda, inteiramente livre e desembaraçado de todos e quaisquer ônus judiciais, extrajudiciais e extraconjugais, penhora, arresto, seqüestro, foro ou pensão, e demais tarifas, livre de hipotecas legais ou convencionais, quites de impostos e taxas de quaisquer natureza, inclusive em dia com todas as suas obrigações condominiais que permanecerá em dia até a efetiva entrega das chaves"**;

Contudo, apesar do teor da cláusula supra, verificou-se que o imóvel objeto da transação pendia de regularização perante a Prefeitura, além de a primeira ré possuir anotações nos 3º e 4º Distribuidores (certidões positivas às fls. 34/36).

Ou seja, a primeira ré não cumpriu com o seu dever de informação, além de ter declarado fato não verdadeiro no instrumento firmado entre as partes. Tais fatos, por si só suficientes para caracterização da culpa da primeira ré pela não concretização do negócio jurídico, restaram agravados na medida em que a primeira ré alienou o imóvel a terceiro, apesar das tratativas já iniciadas com a autora (registro imobiliário às fl. 105 verso).

Diante do ocorrido, o valor recebido a título de arras deveria ser devolvido à autora, na forma prevista pela lei civil, bem como no instrumento firmado entre as partes, segundo o qual:

2) *Que o presente instrumento obedece as disposições dos artigos 417 a 420 em conformidade com o novo Código Civil Brasileiro — Lei 10.406 de 10/01/2002, sendo obrigatório aos contratantes, seus herdeiros e sucessores; (...)*

4) *"...Fica acordado entre as partes, que no caso de haver algum impedimento na documentação da Outorgante e/ou do imóvel que impossibilite a lavratura da escritura de Compra e Venda, o sinal ora recebido pela Outorgante será integralmente devolvido para a Outorgada, devidamente corrigido pelo indi-*

ca da caderneta de poupança pro-rata-die desde a data de seu recebimento até a data efetiva da devolução, que não poderá ultrapassar o prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o óbice";

Diante de tais fatos, inegável a responsabilidade atribuída à primeira ré pela não realização do negócio, bem como presente o seu dever de restituição do valor recebido, mais o equivalente, na forma do artigo 418, segunda parte, do Código Civil. Neste sentido:

0001997-06.2011.8.19.0203 - APELAÇÃO

DES. CEZAR AUGUSTO R. COSTA - Julgamento: 19/09/2012 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA DA VENDA POR PARTE DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. RETENÇÃO INDEVIDA DO SINAL. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. DEVOUÇÃO EM DOBRO. ARTIGO 418, 2ª PARTE, DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL CONFIGURADO. INSUCESSO NA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL QUE ULTRAPASSA OS CONTORNOS DE UM MERO ABORRECIMENTO. DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DE DANO MORAL IDÔNEO A ENSEJAR REPARAÇÃO PATRIMONIAL, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CARÁTER PUNITIVO- PEDAGÓGICO. Trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com devolução de arras e indenização por danos morais e materiais. Da análise dos autos verifica-se ter sido avençada entre as partes a alienação de imóvel pelo montante de R\$127.000,00, tendo sido pago o valor de R\$5.000,00, a título de arras, bem como a quantia de R\$310,00, para pagamento de despesas com avaliação do imóvel pela CEF. **Todavia, posteriormente, os apelantes desistiram da venda do bem e retiveram o valor recebido a título de sinal. As arras, quando confirmatórias, constituem um pacto cuja finalidade é a entrega de algum bem (em geral, determinada soma em dinheiro), para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida. No caso dos autos, a venda foi pactuada com o pagamento de arras confirmatórias como sinal, com função de assegurar o negócio jurídico. O conjunto probatório evidencia que a promitente vendedora, exclusivamente, deu causa à inexecução do contrato. Em**

sendo assim, deve o réu arcar com as consequências da desistência do negócio e, nos moldes do art. 418 do Código Civil, restituir a quantia paga pelos apelados R\$5.000,00 (cinco mil reais) mais o equivalente. Quantum indenizatório de natureza moral que se revela excessivo, diante das circunstâncias do caso concreto. PROVIMENTO AO RECURSO PARA REDUZIR A CONDENAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS PARA R\$5.000,00 (CINCO MIL REAIS).

0149474-96.2007.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. CLEBER GHELFENSTEIN - Julgamento: 09/07/2012 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL.

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. **CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESCUMPRIMENTO ATRIBUÍDO AO PROMITENTE VENDEDOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO, CONSECTÁRIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE ARRAS.** PARCIAL PROCEDÊNCIA COM APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APELO AUTORAL PUGNANDO PELO ACOHLIMENTO INTEGRAL DO PEDIDO INICIAL. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS CONSUMERISTAS. MERA RELAÇÃO CIVIL. PROVIMENTO. Inaplicáveis as regras consumeristas ante a inexistência de relação de consumo. Trata-se, em verdade, de mera relação civil. **O promitente vendedor, ao se comprometer a vender determinado imóvel, afirmou não pesar sobre ele quaisquer ônus ou dívidas, descumprindo frontalmente o dever de informação, consectário lógico da boa-fé contratual. Tal conduta odiosa inviabilizou a concretização da negociação entabulada. A posterior constatação de existência de dívidas e embaraços em relação ao imóvel objeto da negociação por óbvio causa ao promitente-comprador insegurança e temor suficientes a embasar o desfazimento do negócio por culpa do promitente-vendedor. Inteligência do artigo 418 do Código Civil.** Entendimento deste E. Tribunal acerca do tema. Dou provimento ao apelo, na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC, para, reformando em parte a sentença, condenar o réu à devolução das arras mais o equivalente.

0029244-33.2009.8.19.0202 - APELAÇÃO

DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 14/03/2012 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES E CONTRATOS - AÇÃO ANULATÓRIA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA C/C INDENIZATÓRIA - ALEGAÇÃO DE “DECADÊNCIA” QUE SE REJEITA - CASO DE PRESCRIÇÃO DECENAL PAGAMENTO DE SINAL - **NÃO CONSUMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR CULPA DO PRETENSO VENDEDOR** MANDATÁRIA QUE FIGUROU NO CONTRATO COMO PROPRIETÁRIA - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE TENHA SIDO SANADA A IRREGULARIDADE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O PROMITENTE COMPRADOR TINHA CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE PROCURAÇÃO QUE OUTORGASSE PODERES PARA MANDATÁRIA CELEBRAR PROMESSA DE COMPRA E VENDA - INSEGURANÇA CAPAZ DE FRUSTRAR A CONCLUSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO - PARTE RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA CONTRAPROVA - PROMITENTE COMPRADOR QUE SUPOSTAMENTE TERIA DADO CAUSA À INEXECUÇÃO DO CONTRATO POR TER “DESAPARECIDO” POR 3 MESES - FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL - **ART. 418 CC - ARRAS CONFIRMATÓRIAS - DEVOLUÇÃO EM DOBRO** SENTENÇA QUE SE MANTÉM. 1. *Cuida-se de ação anulatória de contrato de promessa de compra e venda, tendo como causa de pedir a venda a non domino, alegando o autor que a ré prometeu vender o imóvel indicado, apesar de não ser a proprietária do mesmo.* 2. *Alegação de “decadência” que se rejeita. O prazo de prescrição da ação anulatória de promessa de compra e venda é decenal (art. 205 CC). Demanda ajuizada em 29/10/2009, objetivando a anulação do negócio jurídico celebrado em 25/03/2003. Prescrição não configurada.* 2. *Apelo contra sentença de parcial procedência, que condenou a ré à devolução em dobro dos valores recebidos a título de arras em razão da inexecução do contrato de promessa de compra e venda.* 3. *Verifica-se que o autor fez princípio de prova do direito alegado. Não há dúvida de que no instrumento particular de fls. 15 constou como outorgante e legítima proprietária do imóvel a mandatária, que, diga-se, não é a proprietária.* 4. *O fato de ter a mandatária figurado no contrato como proprietária do imóvel é suficiente para gerar no promitente comprador insegurança*

capaz de frustrar a realização do negócio. Importante, destacar que não foi sanada a irregularidade constatada. Ademais, não consta nos autos notícia de que o promitente comprador tivesse ciência da existência de procuração que outorgasse poderes à mandatária para prática do ato. 5. **Configura-se a culpa da parte ré pela inexecução do contrato, sendo devida a devolução em dobro das arras, além dos acréscimos devidos.** 6. **De acordo com o art. 418 do Código Civil, se o contrato em que se adiantaram as arras não for objeto de cumprimento, poderá a parte inocente, se foi quem as pagou, além do desfazimento do contrato, exigir a sua devolução, além do equivalente (ou seja, em dobro), acrescendo-se os consectários da atualização monetária, juros e honorários de advogado.** 7. Prova testemunhal que não demonstra claramente quem teria dado causa à inexecução do contrato. 8. Em que pese a ré alegar que o autor, após o pagamento do sinal, desapareceu durante 3 meses, dando causa a não realização do negócio, não se desincumbiu do ônus da contraprova. Além disso, tal alegação não se mostra crível, considerando-se a modesta renda do autor e a efetiva comprovação do pagamento do sinal. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

0027360-45.2009.8.19.0209 - APELAÇÃO

DES. ANDRE RIBEIRO - Julgamento: 01/11/2011 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. ARRAS. FRUSTRAÇÃO INJUSTIFICADA DE EXECUÇÃO DE CONTRATO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEPÓSITO DE CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM PAGAMENTO. RECUSA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. **Houve inexecução contratual por conduta imputável aos promitentes vendedores - réus -, que receberam as arras. Logo, segundo comando do artigo 418 do CC, os autores - promitentes compradores têm o direito subjetivo de exigir sua devolução mais o equivalente.** Comprovam os autores, pois, o fato constitutivo do seu direito. Já os apelantes não comprovam o alegado fato extintivo do direito alegado na inicial, qual seja o pagamento da quantia referente ao cumprimento total de sua obrigação. Com efeito, o depósito de consignação em pagamento indica o valor

depositado de R\$ 10.000,00, sendo certo que para se liberar da obrigação deveria a quantia ser equivalente ao dobro, conforme o supracitado dispositivo legal. Ademais, nos documentos trazidos pelos réus para comprovarem a ausência de recusa ao referido depósito não se identifica quem recebeu o AR, de forma a não infirmar a ocorrência da recusa. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, MONOCRATICAMENTE.

Entretanto, a responsabilidade pela não realização do negócio não pode pesar apenas contra a primeira ré.

O segundo demandado, na qualidade de corretor (empresa individual de corretagem), realizou a aproximação entre as partes pretendentes à compra e venda, a fim de facilitar sua concretização. No exercício de tal incumbência, o segundo réu possui dever de informação, ou seja, no caso concreto, cumpria ao mesmo verificar os documentos do imóvel, propiciando à compradora segurança apta a ensejar a realização do negócio jurídico.

A responsabilidade do corretor está expressa no artigo 723 e parágrafo único do Código Civil:

Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.

Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.

Tal dispositivo traz a possibilidade de o corretor responder por perdas e danos pela falha no dever de prestar todos os esclarecimentos e informações necessárias a concretização do negócio, o que de fato ocorreu no caso concreto.

No depoimento pessoal prestado em juízo (fl. 351) a primeira ré afirma

que o segundo demandado “*tinha noção da irregularidade existente junto a Prefeitura*”. E mesmo que assim não fosse, é responsabilidade do corretor a verificação da documentação do imóvel objeto de transação, bem como o dever de informar às partes envolvidas a real situação do negócio a ser firmado. Quanto a este aspecto, Claudio Luiz Bueno de Godoy leciona:

“... cabe ao corretor o dever de informar, na verdade, também como antes expendido, um dever anexo ou lateral que o princípio da boa-fé objetiva, na sua função supletiva, impõe nas relações contratuais, como exigência de um padrão de lealdade e solidarismo o qual, mercê de comando até mesmo constitucional (art. 3º, I), obrigatoriamente as permeia (art. 422 do CC).

Neste sentido, o atual Código Civil foi explícito ao atribuir ao corretor o dever, primeiro, de informar seu cliente sobre o andamento dos negócios que esteja a promover ou a intermediar. Mas não é só. Incumbe ainda ao corretor o dever mesmo de esclarecer, de aconselhar seu cliente sobre a segurança e o risco do negócio, portanto incluindo o dever de informar sobre as condições dos interessados em entabulá-lo... Tudo sob pena de responder por perdas e danos. Daí a redação deliberadamente aberta quando refere o preceito em comento à obrigação que tem o corretor de informar sobre o mais que possa influir nos resultados da incumbência.”¹

Além da regulamentação no Direito Civil, vale lembrar que a relação existente entre a autora e a primeira ré com o segundo demandado é de consumo, a atrair a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, que são de ordem pública e interesse social, devendo ser interpretadas as cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor, parte vulnerável da relação de consumo.

Pode-se verificar a caracterização do segundo réu como fornecedor na relação de consumo pelo desenrolar dos fatos, bem como pelos documentos e depoimentos produzidos nos autos.

¹ Código Civil Comentado / Cezar Peluso (coord.) – Barueri, SP: Manole, 2007, p. 585.

O instrumento particular de sinal e princípio de pagamento (fls. 25/26) ostenta logotipo do fornecedor (C. imóveis), além de possuir conteúdo padrão para todos os negócios jurídicos firmados, conforme depoimento da informante L (fls. 355/356) que trabalha no local. Vale ainda destacar que o referido documento foi assinado pela autora e pela primeira ré nas dependências da imobiliária que, apesar das alegações trazidas pelo segundo réu no início de sua contestação, funciona como verdadeira pessoa jurídica com dependências próprias, documentos timbrados e funcionários.

Ou seja, se por um lado a relação firmada entre autora e primeira ré diz respeito ao direito civil, sendo a responsabilidade subjetiva, em que há necessidade de se verificar a ocorrência de culpa para a responsabilização do causador do dano (o que no caso dos autos de fato ocorreu, conforme fundamentação supra), por outro, a relação com o segundo demandado é de consumo, atraindo a regra da responsabilidade objetiva, não restando configurada na hipótese dos autos a existência de qualquer das causas excludentes da responsabilidade do fornecedor. Neste sentido:

0006966-97.2005.8.19.0066 - APELAÇÃO

DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 09/05/2012 - QUARTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - PAGAMENTO DE SINAL E PRINCÍPIO DE PAGAMENTO - NÃO CONSUMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR CULPA DO PRETENSO COMPRADOR QUE NÃO QUITOU O SALDO NO PRAZO PACTUADO - ART. 418 CC - ARRAS CONFIRMATÓRIAS - PERDIMENTO EM FAVOR DO PRETENSO VENDEDOR - SENTENÇA QUE SE MANTÉM. 1. Trata-se de relação de consumo, incidindo as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com relação ao serviço de corretagem prestado pelo primeiro réu. Por outro lado, com relação ao proprietário do imóvel e segundo réu, a responsabilidade é subjetiva, dependendo da prova de culpa. 2. Sentença de improcedência. 3. Não socorre ao apelante a norma prevista no art. 53 do CDC, visto que não se trata de hipótese de resolução de contrato de compra e venda a prazo, motivada pelo inadimplemento do consumidor, mas sim de perda das arras confirmatórias pagas a título de sinal. 4. Apelante

que pretendendo adquirir imóvel no valor de R\$ 29.000,00, pagou a título de sinal e princípio de pagamento o montante de R\$ 15.000,00, ficando acordado que o saldo restante, no valor de R\$ 14.000,00 seria pago no ato da assinatura da escritura particular de cessado de direitos, até o dia 07/01/2006. Todavia, não realizou o pagamento no prazo convencionado. 5. Vale mencionar que, de acordo com o art. 418 do CC, se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado. 6. Aparentemente, o autor, ora apelante, não conseguiu recursos financeiros para o pagamento da segunda parcela na data acordada, tendo solicitado dilação do prazo. 7. Apelante que não comprovou justa causa para o inadimplemento, tampouco demonstrou intenção de quitar o pagamento após o prazo pactuado. 8. Não há evidências de descumprimento dos deveres anexos à boa-fé objetiva ou de falha no dever de informação por parte dos réus. 9. Em que pese sustentar que o segundo réu não tinha mais interesse na conclusão do negócio, não fez início de prova de suas alegações, ônus que lhe competia (art. 333, I, CPC). É cediço que a presunção de veracidade que decorre da revelia é relativa, devendo ser corroborada por um mínimo de prova do alegado. **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

Logo, impõe-se a responsabilização solidária dos réus em relação às arras pagas pela autora, assim como no tocante ao dano moral por ela sofrido.

Nesse sentido, vale transcrever:

0011577-65.2008.8.19.0203 - APELAÇÃO - DES. RICARDO COUTO
- Julgamento:

29/05/2013 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

PROPOSTA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA
- INEXECUÇÃO DO CONTRATO POR CULPA DOS RÉUS - RESTI-

TUIÇÃO DAS ARRAS - ART. 418, DO CÓDIGO CIVIL. I- Pactuado pelas partes, na Proposta de Compra e Venda da unidade Imobiliária, a renúncia ao direito de arrependimento, resultando o valor dado a título de sinal e princípio de pagamento, em arras confirmatórias, em havendo inadimplemento do contrato. II- Conjunto probatório que revelou o desinteresse dos réus na conclusão do negócio jurídico. III- Indiscutível o direito à restituição pleiteada pelo promitente comprador, uma vez que deixaram os réus de lavrar a escritura definitiva, alegando a falta de documento da qual assumiram expressamente a obrigação de fornecer (habite-se), concretizando a venda do imóvel objeto do contrato a terceiro, por preço superior. IV- Comprovada a culpa dos réus pela inexecução do contrato, correta a restituição do sinal, nos termos do artigo 418 (segunda parte), do Código Civil. V- Violação dos deveres de informação e lealdade, do qual decorre a solidariedade entre os réus. VI- Recursos aos quais se nega seguimento, nos moldes do art. 557, caput, do C.P.C.

0000171-47.2003.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 02/03/2010 - QUINTA CÂMARA CÍVEL.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ERRO SUBSTANCIAL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE LEALDADE CONTRATUAL. DESFAZIMENTO DA VENDA. SOLIDARIEDADE PASSIVA NA REPARAÇÃO DO FATO DANOSO. RESTITUIÇÃO DAS ARRAS RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA REALIZADA EXTRAJUDICIALMENTE DIANTE DA OMISSÃO DE QUE O IMÓVEL ENCONTRAVA-SE AINDA EM INVENTÁRIO, PORÉM, SEM A DEVOLUÇÃO DAS ARRAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REFORMA. CONFIGURAÇÃO DO INSTITUTO DO ERRO. TANTO OS PROMITENTES VENDEDORES, QUANTO A IMOBILIÁRIA, TINHAM O DEVER DE PRESTAR ESCLARECIMENTOS À AUTORA COM O OBJETIVO DE SANAR O VÍCIO QUE GRAVAVA A SUA VONTADE. HÁ, PORTANTO, RESPONSABILIDADE NA VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE INFORMAÇÃO E LEALDADE. DESTE FATO DECORRE A SOLIDARIEDADE ENTRE OS RÉUS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Por fim, deve ser confirmada a condenação a título de danos morais, tendo em vista que a autora teve frustradas suas legítimas expectativas na realização do negócio, o que configura situação capaz de gerar angústia, à qual se acrescenta o aborrecimento frente à primeira ré e ao corretor para obter solução do problema, que somente veio pela via judicial.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de **conhecer do recurso, dando-lhe parcial provimento** para incluir na condenação, de forma solidária, o segundo réu, e via de consequência, para excluir a condenação da autora na verba honorária em favor do segundo réu e nas despesas processuais que passam a ser divididas pelos demandados.

Rio de Janeiro, 1º de julho de 2014.

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Relator ◆

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. REAÇÃO ALÉRGICA APÓS USO DE CREME PARA O ROSTO. PRODUTO COM RISCO POTENCIAL. PERICULOSIDADE INERENTE PELA QUAL RESPONDE O FORNECEDOR EM CASO DE INFORMAÇÕES INADEQUADAS E INSUFICIENTES SOBRE O PERIGO INTRÍNSECO DO PRODUTO À INTELIGÊNCIA DO ART. 9º CDC. REQUISITOS DOS PARÁGRAFOS 3º E 4º DO ART. 54 DO CDC QUE SERVEM COMO PARADIGMA DE FORMA. PRODUTO CONTENDO ÁCIDOS PARA PELE DO ROSTO COMERCIALIZADO SEM BULA. EMBALAGEM COM INSTRUÇÕES INSCRITAS COM LETRAS MIÚDAS E ILEGÍVEIS. AUSÊNCIA DE ALERTA QUANTO À PROVA DE TOQUE. CONTEÚDO DAS PRECAUÇÕES E ESCLARECIMENTO PRECISO SOBRE A PROVA DE TOQUE QUE DEVEM OBEDECER À TRANSPARÊNCIA MÁXIMA E AO DEVER DE INFORMAÇÃO COMPLETA, CLARA E OBJETIVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS PROVADOS. LESÕES DE POUCA GRAVIDADE. PRECEDENTES. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0019592-15.2011.8.19.0204. RELATORA: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA. JULGADO EM 17 DE FEVEREIRO DE 2014)

5ª CÂMARA CÍVEL

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de apelação cível interposta por X à sentença da 3ª Vara Cível da Regional de Bangu, que, na ação de obrigação de pagar c/c reparação por danos materiais e morais, pelo rito sumário, movida pela apelante em face de Y., julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora em custas e honorários fixados em R\$ 1.000,00, suspensos em virtude da gratuidade de justiça concedida.

A sentença refere que não restou comprovada a reação alérgica derivada do uso do produto descrito na inicial.

Apela a autora, às fls. 216/228, sustentando que o laudo foi feito sem ser observado pelo Sr. Perito que a apelante teve reação logo após a aplicação do produto e não no dia seguinte, e que o laudo é extremamente

técnico com termos rebuscados para entendimento dos aplicadores do direito e pouco elucidativo, requerendo, ao final, a procedência do pedido nos termos da inicial.

Contrarrazões pelo réu às fls. 233/255.

É o relatório.

Passo a decidir na forma do art. 557, §1º-A, do CPC.

A apelante adquiriu e fez uso, em 23/03/2011, do produto fabricado pela ré, chamado “Z”.

Refere a mesma que após começar a espalhar o produto em seu rosto, começou a sentir uma irritação no nariz, dificultando a sua respiração e até mesmo o ato de engolir a saliva, tendo retirado o produto.

Todavia, no dia seguinte a irritação continuou, tendo a mesma procurado um médico em 25/03/2011, que lhe receitou uma injeção de Bezetacil, além de xarope Celestamine para reações alérgicas durante 7 dias, conforme fl. 23/24.

A questão trazida a juízo deriva de relação de consumo, submetendo-se, por conseguinte, à Lei 8.078/90, já que a apelante foi destinatária final do produto para a pele.

O produto em foco é produto químico que encerra particularidades que referem risco potencial, haja vista que as instruções de uso, apontam para necessidade de proteção da pele com uso de protetor solar, podendo ocorrer vermelhidão e ardência passageiras, diante da presença de altas concentrações do ativo no produto, além de prescrever que o produto deve ser usado de forma progressiva.

O produto contém dois tipos de ácido (ácido ascórbico e ácido etidrônico – embalagem à fl. 26), sendo portanto, de periculosidade inerente, subsumindo-se a hipótese à norma do art. 9º CDC, *verbis*:

“O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”

Pelo risco inerente somente responde, objetivamente, o fornecedor, caso não forneça as informações necessárias ao consumidor, ou não as forneça de forma suficientemente claras à compreensão, ou, ainda, quando se configurar defeito na comercialização (embalagem, comerciante parceiro, dentre outros).

A respeito, refira-se a lição da doutrina:

“Em se tratando de produtos perigosos, o dever de informar claramente, através de sinais ostensivos, cores, símbolos, alertas e manuais de instrução redigidos em termos compreensíveis para leigos, é um dos deveres impostos expressamente pelo CDC.”¹

Assim sendo, estabelece a Lei 8.078/90, no caso de produtos potencialmente perigosos, portadores de risco inerente, ao mesmo tempo um bônus e um ônus ao fornecedor: não responde o mesmo por quaisquer danos causados ao consumidor, pois a periculosidade do produto faz parte da eficácia do mesmo, porém, em contrapartida, seu dever de informação, deve ser superior àquela informação básica decorrente da colocação de qualquer produto no mercado de consumo.

Relembre-se que a espinha dorsal do CDC é a vulnerabilidade do consumidor, e diante da periculosidade latente, tal vulnerabilidade deve ser mais protegida do que usualmente.

Nesse sentido, tem apontado a jurisprudência em hipóteses congêneres:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação de indenização. CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. CREME ALISANTE. QUEDA DE CABELOS. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS CARACTERIZADOS. Da exegese do art. 14 do CDC e de acordo com a melhor doutrina acerca do tema, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, decorrendo do simples fato de ter disponibilizado no mercado de consumo serviço que não oferece a segurança que dele se espera, pondo em risco a saúde do consumidor. Hipótese

¹ in “Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”, Cláudia Lima Marques e outros, 3ª ed., pág. 362.

em que a autora, com o intuito de obter cabelos lisos utilizou o produto denominado Selise, de acordo com as instruções constantes na bula, sendo que, ao contrário do esperado, resultou em queda excessiva dos fios, com manifesto prejuízo estético e moral. Culpa da consumidora não demonstrada. Defeito no produto evidenciado. Dever de indenizar reconhecido. Sentença de procedência mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (STJ – AREsp nº: 212412 / RS – Min. Marco Buzzi – Decisão Monocrática - Julgamento: 14/08/2012).

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO DE SURVECTOR, MEDICAMENTO INICIALMENTE VENDIDO DE FORMA LIVRE EM FARMÁCIAS. POSTERIOR ALTERAÇÃO DE SUA PRESCRIÇÃO E IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO À COMERCIALIZAÇÃO. RISCO DO PRODUTO AVALIADO POSTERIORMENTE, CULMINANDO COM A SUA PROIBIÇÃO EM DIVERSOS PAÍSES. RECORRENTE QUE INICIOU O CONSUMO DO MEDICAMENTO À ÉPOCA EM QUE SUA VENDA ERA LIVRE. DEPENDÊNCIA CONTRAÍDA, COM DIVERSAS RESTRIÇÕES EXPERIMENTADAS PELO PACIENTE. DANO MORAL RECONHECIDO.

- É dever do fornecedor a ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços.

- A comercialização livre do medicamento SURVECTOR, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários.

- A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores.

- O aumento da periculosidade do medicamento deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização, não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor.

- A circunstância de o paciente ter consumido o produto sem prescrição médica não retira do fornecedor a obrigação de indenizar. Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório.
- A caracterização da negligência do fornecedor em colocar o medicamento no mercado de consumo ganha relevo à medida que, conforme se nota pela manifestação de diversas autoridades de saúde, inclusive a OMC, o cloridrato de amineptina, princípio ativo do SURVECTOR, foi considerado um produto com alto potencial de dependência e baixa eficácia terapêutica em diversas partes do mundo, circunstâncias que inclusive levaram a seu banimento em muitos países.
- Deve ser mantida a indenização fixada, a título de dano moral, para o paciente que adquiriu dependência da droga. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp 971845 / DF – Relator Min. Humberto Gomes de Barros – Relator para Acórdão Min. Nancy Andrichi – Julgamento: 21/08/2008 – Terceira Turma).

A autora é pessoa simples, desprovida de informações técnicas, o que deve ser considerado para avaliar se a informação constante da embalagem do produto e do folheto de instruções foi feita de forma adequada.

Aponte-se nesse sentido, que as regras a serem seguidas são aquelas que se referem à forma dos contratos de adesão, estes que, segundo parágrafos 4º e 3º do art. 54 CDC:

“Serão redigidos em termos claros e com caracteres, ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

e, observando que,

“as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumi-

dor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

Nesse sentido deve interpretar-se o princípio de transparência máxima (art. 4º *caput* CDC) e o dever de informação decorrente do art. 6º III CDC, *verbis*:

“São direitos básicos do consumidor: (...) a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, **bem como sobre os riscos que apresentem;**” (grifo nosso);”

As letras miúdas da embalagem, fl. 26 são difíceis de ler até para quem usa óculos para leitura com lentes adequadas, e não obedecem ao dispositivo legal. O produto é outrossim comercializado sem bula.

Sublinhe-se que as reações alérgicas ao uso do produto estão descritas na embalagem, e a respeito confirmou o expert que:

“Uma das reações apresentadas pela autora está descrita na bula e não se tem dados médicos que possam afastar uma reação própria do organismo da autora frente a utilização do produto e possíveis interações com outras substâncias ingeridas, inaladas ou com contato com a pele” (fl. 183).

Logo, tendo restado desobedecidas as disposições legais referentes à ostensividade e adequação das precauções relativas ao produto com risco inerente, e diante do inegável dano, provado pela declaração médica de fl. 20, incide o art. 12 CDC, tendo ocorrido fato do produto, gerador de responsabilidade civil objetiva, e dever de indenizar o dano.

Aponte-se que a exclusão de responsabilidade, somente se daria, caso a fornecedora tivesse comprovado a culpa exclusiva da consumidora, à inteligência do inciso II do §3º do art. 14 CDC.

Entretanto, tal não ocorreu, haja vista que, mesmo que se considerasse possível a leitura clara das precauções inseridas na embalagem

(fl. 26), esta é silente no tocante à necessidade da prova de toque, cuidado simples que teria evitado a reação alérgica.

Os danos morais restaram inequívocos na hipótese, eis que a reação alérgica é registrada à fl. 25 ao mencionar o diagnóstico médico:

“ reação anafilática à utilização do produto.”

No entanto, não havendo lesão permanente ou mesmo de longa duração, a valorização do dano moral far-se-á com base em precedentes de lesões de baixa gravidade, em R\$ 8.000,00.

Veja-se a jurisprudência:

INDENIZATÓRIA. PRODUTO DE BELEZA. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO CLARA QUANTO AOS RISCOS À SAÚDE E À SEGURANÇA, GERANDO DANOS À CONSUMIDORA. IRRITAÇÃO NA PELE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 31 DO ESTATUTO CONSUMERISTA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM FIXADO EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE (R\$ 8.000,00). - Como cediço, todas as informações relativas ao produto, sobretudo às relacionadas aos possíveis riscos à saúde e à segurança dos consumidores, devem estar previstas nos rótulos e bulas. - O produto adquirido não possuía advertência básica de segurança, nem mesmo quanto ao teste de toque, comprometendo, sem qualquer dúvida, a segurança da usuária. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (TJRJ – Ap. Cív. nº: 0007144-43.2007.8.19.0206 - Des. Flávia Romano de Rezende - Julgamento: 27/02/2013 – Vigésima Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE DEPILAÇÃO A LASER QUE PROVOCOU QUEIMADURAS DE 2º GRAU NA CLIENTE. CONFIGURADA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CENTRO DE ESTÉTICA, DIANTE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO ADEQUADA QUANTO AOS RISCOS INERENTES AO PROCEDIMENTO, INCLUSIVE QUEI-

MADURAS, AINDA QUE EVENTUAIS. SOLIDARIEDADE ENTRE PARCEIROS COMERCIAIS À LUZ DA TEORIA DA APARÊNCIA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO CULPA PARA CONFIGURAR A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA MÉDICA OPERADORA DO APARELHO DE LASER, PREPOSTA DO CENTRO ESTÉTICO. DANO MORAL CARACTERIZADO E ARBITRADO EM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL AO DANO SOFRIDO. DANO MATERIAL COMPROVADO NOS AUTOS. DANO ESTÉTICO INEXISTENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL.1- Restou incontroverso, seja pelo laudo pericial, seja pelo que se infere das alegações dos réus, que as queimaduras de 2º grau nas pernas da autora decorreram do procedimento de depilação a laser realizado pela médica, preposta do centro estético, cujas instalações se localizam nas dependências da academia de ginástica frequentada pela autora, onde a demandante tomou conhecimento do serviço estético. Dano moral e nexos causal demonstrados.2- Afastada a incidência de responsabilidade subjetiva da médica, porquanto não obrou com culpa, conforme apurado na perícia médica. Entretanto, a responsabilidade do centro estético é objetiva e, *in casu*, o nexo de causalidade não se constrói por intermédio da apuração da culpa de seu preposto, mas sim pela ausência da prestação de informação prévia adequada ao consumidor, nos termos do art. 14, *caput*, do CC.3- Ausência de comprovação de culpa exclusiva da vítima, que configuraria excludente de responsabilidade, porquanto a parte ré não logrou provar que a autora se expôs ao sol após o tratamento a laser e, por outro lado, as testemunhas da autora, ouvidas como informantes, negaram sua exposição ao sol.4- Configuração de responsabilidade solidária da academia de ginástica, onde se localiza o centro de estética, pois as duas pessoas jurídicas dividem o mesmo espaço físico, vindo a apresentar, perante o consumidor uma aparência de parceria e, assim, fazer com que a confiabilidade que o cliente deposita em uma se estenda à outra. No caso concreto, a autora era consumidora dos serviços da academia, o que a influenciou contratar o serviço de depilação. RECURSOS DE APELAÇÃO AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (Ap. Cív. nº: 0010604-29.2007.8.19.0209 - Des.

Márcia Alvarenga - Julgamento: 11/07/2012 – Décima Sétima Câmara Cível). (Observação: Danos morais: condenação do 1ª e 2ª réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 10.000,00).

Danos materiais caracterizados, justificando a condenação da ré ao pagamento da indenização, a título de danos materiais, referentes ao valor do produto, perfazendo o total de R\$ 98,00.

Isso posto, na forma do art. 557, §1º-A, CPC, **DOU PROVIMENTO** ao recurso, reformando a sentença, e julgando procedentes os pedidos, condenando a apelada a pagar à apelante indenização de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), com correção monetária desta data e juros da citação; ao pagamento de R\$98,00 pelos danos materiais, com incidência de juros legais de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária desde da aquisição do produto, e ônus da sucumbência, com honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA

RELATOR ◆

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. ART. 225, CAPUT E §1º DA CF. OCUPAÇÕES IRREGULARES EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL (APA). ÁREA DE RISCO. PARALISAÇÃO DO PROGRAMA HABITACIONAL DENOMINADO “BAIRRINHO”, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO AUTORAL VOLTADA PARA A EXECUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA, ATRAVÉS DA DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES IRREGULARES, REFLORESTAMENTO E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. JULGAMENTO *CITRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. JUDICIÁRIO QUE, EM SEDE DE PROCESSO DE CONHECIMENTO, PODE RECONHECER O DEVER DE RECUPERAR O ENTE PÚBLICO ÁREA AMBIENTAL DEGRADADA. FORMA DE RECUPERAÇÃO, REVEGETAÇÃO E REFLORESTAMENTO COM DEMOLIÇÃO DE IMÓVEIS IRREGULARES QUE SE FARÁ EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA (ART. 475-E, CPC) E SEGUINDO CADASTRAMENTO E OPÇÃO DAS FAMÍLIAS MORADORAS NO LOCAL DE REALOCAÇÃO OU INDENIZAÇÃO NA FORMA DOS DECRETOS MUNICIPAIS/RJ Nº 20454/01 E 33017/10. MODULAÇÃO DE EFEITOS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A FALTA DE CUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO AUTORAL QUE NÃO IMPORTA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS OCUPANTES E/OU DE TERCEIROS E NEM TAMPOUCO INVASÃO DA ESFERA DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTE DO STF. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. OMISSÃO GENÉRICA. MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO. ART. 461, §4º DO CPC. INCIDÊNCIA A PARTIR DO MOMENTO EM QUE A OBRIGAÇÃO DE FAZER TENHA SIDO ESPECIFICADA E O DEVEDOR TENHA SIDO INTIMADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO EM FAVOR DO FUNDO ESPECIAL DO MP. DESPROVIMENTO DO APELO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REFORMA, EM PARTE, DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0090210-85.2006.8.19.0001. RELATORA: DES. CRISTINA TEREZA GAULIA. JULGADO EM 12 DE NOVEMBRO DE 2013)

5ª CÂMARA CÍVEL

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pelo Município do Rio de Janeiro à sentença da 6ª Vara de Fazenda Pública da capital, que, nos autos da ação civil pública movida pelo primeiro apelante em face do segundo, julgou procedente, em parte, a pretensão autoral para “condenar o município-réu a recuperar a área de proteção ambiental permanente (APP) existente no Morro da Babilônia, localizado no bairro do Leme, que foi desmatada por conta de ocupação irregular, procedendo a seu reflorestamento, consoante mapeamento que foi acostado aos autos no Laudo Técnico juntado por linha, e a fiscalizar a área para evitar novas ocupações, providências que devem ser implementadas imediatamente, diante do risco de ampliação da área de ocupação”, sem custas e honorários advocatícios.

Fundamentou o juízo de 1º grau, em sede de preliminar, inexistir litispendência, pois nesta ação se busca a recuperação de área de proteção ambiental, desmatada por conta de ocupação irregular, reflorestando-se-a, e a fiscalização com o objetivo de evitar novas ocupações; e no processo em curso na 13ª Vara de Fazenda Pública busca-se a promoção de obras de contenção de encosta com o objetivo de preservar a vida e a integridade das pessoas residentes na área do morro da Babilônia. No mérito, afirmou que a referida área é tombada pelo Patrimônio Histórico e Artístico Nacional e considerada macrozona de restrição à ocupação urbana e patrimônio paisagístico municipal, delimitada em seu âmbito territorial um área de especial interesse social e, portanto, *non aedificandi*, havendo, todavia, ocupações não autorizadas e predatórias ocorridas antes das qualificações; e que, em razão destas ocupações e com o objeto de cadastrar moradores e realizar obras de infraestrutura, urbanização e saneamento, o município-réu instituiu o programa “Bairrinho”. Fundado na prova pericial, afirmou ter ficado caracterizada a omissão do município-réu em coibir ocupações irregulares na área em questão, a despeito da desaceleração

nas ocupações irregulares devido às notificações de desocupação expedidas em face de moradores instalados nos limites da AEIS e dos mutirões de reflorestamento. Ressaltou, ainda, que, ao colacionar, quatro anos após a propositura da ação, plano de remoção e reflorestamento da área de preservação permanente (APP), admitiu o município-réu a sua omissão quanto ao dever constitucional de disciplinar e fiscalizar o uso do solo urbano, a ensejar a ocorrência de dano ambiental, que atinge, não só a comunidade do Morro da Babilônia, mas todos os moradores do Rio de Janeiro.

Em razões de apelação, às fls. 966/999, o Ministério Público narra que, já decorridos nove anos da implementação do programa “Bairrinho” no morro da Babilônia, até a presente data não foram concluídas as obras de melhoria das condições urbanísticas e ambientais na AEIS contígua à APA do local, sendo contínua a degradação ambiental através da propagação de construções irregulares, o que, inclusive, teria sido confirmado pelo perito. Preliminarmente, sustenta que o juízo de 1º grau, mesmo instado em sede de embargos de declaração, deixou de apreciar pleito de condenação do réu à obrigação de demolir as construções irregulares localizadas na área em questão, ainda que a tenha mencionado em sua fundamentação. No mérito, com base nos fatos acima narrados, sustenta a ocorrência do dano moral ambiental, pois, a despeito da legislação protetiva, a degradação de um patrimônio ambiental, como o morro da Babilônia, gera sofrimento difuso para a população de uma cidade conhecida como “Cidade Maravilhosa”, e ressalta que o não implemento das medidas necessárias para proteger concretamente o morro da Babilônia contraria o princípio da vedação ao retrocesso social, que, no presente caso, não é limitado pela cláusula da reserva do possível. Registra, ainda, que o dever de reparar se encontra positivado nos arts. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, 186 e 927, par. único, estes do CC, independe da existência de culpa e visa coibir a reincidência do causador do dano em seu comportamento ilegal. Outrossim, argumenta a necessidade de imposição de multa por eventual descumprimento pelo município-réu das obrigações judicialmente firmadas, com base no §4º do art. 461 do CPC; e dos honorários sucumbenciais, com base no arts. 19 da Lei nº 7.347/85 e 20 do CPC. Ao final, prequestiona dispositivos constitucionais e legais, bem como requer o provimento do recurso, reformando-se, em parte, a sentença para condenar o município-

-réu à implantação integral das obras previstas no programa “Bairrinho”, no prazo de 18 meses, à demolição das construções erguidas na área de proteção ambiental do morro da Babilônia, fora dos limites da área de especial interesse social (AIES), com a respectiva realocação das famílias necessitadas, ao pagamento de indenização por danos morais ambientais, cujo valor deverá ser apurado oportunamente, a ser revertido ao Fundo Estadual de Controle Ambiental (FECAM) ou aplicado em projetos voltados para a recuperação ambiental da área de proteção ambiental da Babilônia; bem como à imposição de multa ao réu pelo eventual descumprimento das obrigações judicialmente firmada, e, por fim, à condenação do réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais, sendo os honorários advocatícios revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público (FEMP).

Apela o Município do Rio de Janeiro, às fls.1001/1015, com razões acompanhadas dos documentos de fls. 1016/1022. Sustenta o município-réu, preliminarmente, a existência de litispendência, eis que, recentemente, proposta nova ação pelo MP, em curso na 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital, na qual pleiteia providência de mesmo teor das constantes neste feito, ainda que na demanda superveniente haja pedido mais amplo; e a indeterminação da condenação no que concerne ao *modus operandi* da fiscalização do local. No mérito, aduz a inexistência de omissão fiscalizatória, tendo, a partir da criação da AEIS, promovido ações, inclusive demolições, que provocaram a retração das ocupações, o que, inclusive, foi detectado pelo perito; e que, ainda que assim não se entenda, razoável o temperamento da responsabilidade que lhe é imposta, na forma do parágrafo único do art. 944 do CC, pois as condutas danosas são dos ocupantes irregulares e não da municipalidade, esta que vem empreendendo medidas de reflorestamento. Argumenta, ainda, a impossibilidade material de execução da sentença, pois a instituição de áreas de preservação ambiental importa apenas em limitações administrativas, e não em transferências de domínio, de modo que as medidas de reflorestamento seriam praticadas em áreas particulares, cujos proprietários, sobretudo a União, não participaram do feito e, portanto, não podem ser alcançados pelos limites subjetivos da coisa julgada, ou, ao menos, anuírem com a atuação municipal, sob pena de violação da direito constitucional de propriedade. Outrossim, registra a inviabilidade de se determinar, ainda que por ato judicial, a fisca-

lização em área específica. A uma, por que a obrigação fiscalizatória já decorre do texto constitucional; e, a duas, porque interpretação no sentido da imputação do dever de fiscalização em área específica importa em indevida intromissão no planejamento municipal, que se pauta pelo princípio da eficiência, podendo gerar prejuízo para outras áreas. Ao final, requer o provimento do recurso para que seja anulada a sentença e remetidos os autos para a 13ª Vara de Fazenda Pública da capital; ou, subsidiariamente, também anulada por indeterminação quanto ao dever de fiscalização; ou, ultrapassadas as preliminares, reformada a sentença para afastar a obrigação de recuperação da cobertura vegetal, ou, ao menos, condicioná-la à anuência dos proprietários; ou, por fim, afastar a obrigação fiscalizatória.

Contrarrrazões do Ministério Público às fls. 1030/1048.

A Procuradoria de Justiça, às fls. 1055/1056, requereu a intimação do Município do Rio de Janeiro para contrarrrazões, o que foi determinado à fl. 1057.

Certidão, à fl. 1060, quanto à não apresentação de contrarrrazões pelo Município do Rio de Janeiro.

Manifestação do Município do Rio de Janeiro, à fl. 1062, na qual colaciona relatório da Secretaria Municipal de Habitação, que, segundo afirma, aponta as iniciativas já desenvolvidas para recuperação ambiental da área do morro da Babilônia (fls. 1063/1083).

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 1085/1106, opinando pelo provimento do recurso do Ministério Público de 1º grau e pelo desprovisionamento do apelo do Município do Rio de Janeiro.

É o relatório.

Rio de Janeiro, ____/____/2013.

Des. Cristina Tereza Gaulia

Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os argumentos das apelações cíveis de referência, em que constam partes as acima indicadas, ACORDAM os

Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por _____, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do Município do Rio de Janeiro; **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público; e, em reexame necessário, **REFORMAR, EM PARTE, A SENTENÇA**, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 12 / 11 / 2013.

Cristina Tereza Gaulia

Relator

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento dos recursos, apreciando-se, em primeiro lugar, a apelação do Município do Rio de Janeiro, devido às matérias aduzidas.

Antes da análise dos recursos, porém, razoável que se faça escorço histórico desta ação civil pública.

O Ministério Público propôs a presente ação civil pública, originalmente, em face do Município do Rio de Janeiro e do então Prefeito, César Epitácio Maia (fls. 02/52). A inicial imputava ao município-réu responsabilidade por omissão nos deveres de fiscalização e recuperação ambiental, ante a paralisação do programa “Bairrinho”, que previa a realização de obras de infraestrutura urbana na comunidade do Morro da Babilônia e o reassentamento de moradores cujos imóveis se encontrassem nos limites da área de proteção ambiental ali instituída; bem como, ao segundo réu, omissão caracterizadora de improbidade administrativa, relacionada à área ambiental, pela referida paralisação, tipificando-a no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92¹.

Em seu despacho inicial, à fl. 211 e verso, o juízo de 1º grau, salientando a divergência procedimental, afirmou, a *contrario sensu* do art. 292, §1º, III,

¹ “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; (...)”

do CPC², a impossibilidade de cumulação das pretensões ambiental e de improbidade, e determinou que fosse definida, pelo autor, com qual das duas pretensões pretendia prosseguir.

O Ministério Público, então, às fls. 212/216, apresentou pedido de reconsideração e, subsidiariamente, manifestou-se pela continuidade “da ação civil pública no tocante a questão ambiental propriamente dita”, sendo este último pleito acolhido (fls. 218/220).

A partir de então, o processo seguiu seu trâmite regular, conforme previsto na Lei nº 7.347/85 e demais diplomas associados à questão ambiental, culminando com a prolação da sentença ora em exame.

A) DA APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (2º APELANTE)

Cinge-se a controvérsia recursal aos seguintes pontos: a) litispendência; b) indeterminação da condenação no que concerne ao *modus operandi* da fiscalização do local; c) inexistência de omissão do Poder Público; d) inviabilidade de cumprimento da sentença, por indevida intromissão do direito de propriedade de terceiros; e e) inviabilidade de determinação judicial para fiscalização municipal em área específica.

Preliminarmente, afasta-se a arguição de litispendência, que somente se configuraria ante a tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedido) das ações em curso.

Isso porque o Município do Rio de Janeiro não colacionou cópia da petição inicial da ação civil pública cujo processo tramita na 13ª Vara de Fazenda Pública (nº 0486120-90.2011.8.19.0001), limitando-se a indicar pontos, que afirma, de identidade, e cópia da inicial deste feito em exame (fls. 836/890), sendo, portanto, impossível a aferição real da arguição.

2 “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 10 São requisitos de admissibilidade da cumulação:

(...)

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.”

Ainda que assim não fosse, a partir do cotejo dos trechos apresentados pelo apelante com a inicial deste feito, chega-se à conclusão de que inexistente a apontada litispendência.

No presente feito, ainda que a partir de programa de ordem urbanística (“Bairrinho” – fl. 85), busca-se recuperação de área de proteção ambiental (APA)³ do Morro da Babilônia, delimitada pelos Decretos Municipais/RJ nº 14874/96⁴ e 17731/99⁵ (fls. 162/172) e que tem sido alvo de ocupações irregulares. Já naquela ação em curso na 13ª Vara de Fazenda Pública, o que se busca é tão somente intervenção de ordem urbanística com vistas ao afastamento de riscos de escorregamentos e deslizamentos de solo em toda a extensão do Morro da Babilônia, o que extrapola os limites da APA, conforme se depreende da planta acostada à fl. 598 e das ortofotos acostadas no anexo 5 do laudo pericial.

Acerca do objeto desta ação, refira-se trecho de manifestação do Ministério Público, à fl. 212:

“Busca-se pela presente demanda a condenação do Município do Rio de Janeiro (...), à obrigação de fazer consistente em adotar várias medidas arroladas no pedido liminar e principal desta ação, com vistas a reparar os danos ambientais ocasionados na Área de Proteção 11. do Morro da Babilônia, no Leme (...).”

Para análise da segunda e terceira teses recursais – indeterminação da condenação no que concerne ao *modus operandi* da fiscalização do local e inviabilidade de determinação judicial para fiscalização municipal em área específica –, imprescindível referir-se o dispositivo da sentença:

³ “Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.”

⁴ Ementa: “Cria a Área de Proteção Ambiental dos Morros da Babilônia e de São João.”

⁵ Ementa: “Regulamenta a Área de Proteção Ambiental do Morro da Babilônia e São João, criada pelo Decreto Municipal 14.874, de 05 de Junho de 1996.”

“Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido para CONDENAR o réu a recuperar a área de proteção ambiental permanente APP existente no Morro da Babilônia, localizado no bairro do Leme, que foi desmatada por conta de ocupação irregular, procedendo a seu reflorestamento, consoante mapeamento que foi acostado aos autos no Laudo Técnico juntado por linha, e a fiscalizar a área para evitar novas ocupações, providências que devem ser implementadas imediatamente, diante do risco de ampliação da área de ocupação, e EXTINGO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO.” (g. n.)

A leitura do dispositivo indica que, de fato, a obrigação não foi definida, e exatamente assim porque, nas ações de conhecimento, o Judiciário reconhece e declara as obrigações (de pagar, fazer ou não fazer), mas é na fase de execução, antecedida, quando necessário, como no caso presente, da competente liquidação, que se estabelecem os passos concretos a serem seguidos para a concretização do mandamento jurisdicional.

Neste passo, a atuação judicial, prevista nas regras dos arts. 461, *caput* do CPC⁶ e 11 da Lei nº 7.347/85⁷, deve ocorrer nos termos da amplitude constitucional do poder/dever atribuído ao Poder Judiciário, sendo o *modus faciendi* de cumprimento da ordem judicial delineado em conformidade com as normas processuais em vigor (art. 461, §5º⁸ e dispositivos do Capítulo IX, do Título VIII do CPC⁹).

6 “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

7 “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

8 “Art. 461 – (...)”

§5º – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

9 Cap. IX, do Tít. VIII do CPC: “Da Liquidação de Sentença”.

Inexiste, outrossim, qualquer vício ou equívoco na sentença, quando delimita a área a ser ambientalmente recuperada e submetida à fiscalização.

A área é a descrita pelo laudo pericial que serviu de base à sentença, e sobre a qual gira toda a lide.

Não há, na mesma senda, qualquer agravo ou indevida intromissão no planejamento do Executivo municipal. Refira-se a jurisprudência da Corte Constitucional:

RE 417408 AgR/RJ

Primeira Turma

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 20/03/2012

Publicação: DJe-081 DIVULG 25/04/2012; PUBLIC 26/04/2012

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de Poderes.

3. Agravo regimental não provido.”

ARE 639337 AgR/SP

Segunda Turma

Rel. Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/08/2011

Publicação: DJe-177 DIVULG 14/09/2011; PUBLIC 15/09/2011

“(…) LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – (…)

POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

(…)

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.

(…)

- A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e per-

versos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL’ E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’.

(...)

- A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

- A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (...))”

Melhor sorte não assiste ao Município do Rio de Janeiro quanto à pretendida improcedência da ação sob a arguição de inexistência de omissão do Poder Público quanto ao dever de fiscalização ambiental.

De início, registre-se que, de acordo com o art. 429, VI, c da LOM/RJ, a política de desenvolvimento urbano municipal tem como preceito a “urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa

renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área ocupada imponham risco de vida aos seus habitantes”, devendo, nesta última hipótese, o assentamento ocorrer “em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho”.

Orientando-se por este preceito e diante da necessidade de compatibilização com a preservação ambiental, haja vista que já haviam sido criadas as áreas de proteção ambiental, na forma dos Decretos Municipais/RJ nº 14874/96 e 17731/99 já acima mencionados, o município-apelante instituiu e delimitou, através da Lei Municipal/RJ nº 2912/99¹⁰, a área de especial interesse social do Morro da Babilônia.

As áreas de especial interesse social, como instrumentos de gestão do uso e ocupação do solo, destinam-se à implementação de uma política habitacional através da definição de parâmetros urbanísticos diferenciados, bem como de ações de recuperação ambiental. É o que se depreende tanto da legislação correlata vigente ao tempo dos fatos, quanto da atual:

- **Lei Complementar Municipal/RJ nº 16/92 (plano diretor municipal – vigente ao tempo dos fatos e da propositura da ação, porém atualmente revogada)**

“Art. 58 - Serão objeto de estruturação e regularização as áreas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais de baixa renda, assim como as respectivas vizinhanças.

§1º - As ações previstas neste artigo compreendem:

I - regularização fundiária;

II - realocação de moradias, nos casos mencionados no art. 44, §1º;

III - urbanização e integração na malha urbana;

IV - recuperação das condições ambientais, abrangendo a vizinhança.

¹⁰ Ementa: “Declara como especial interesse social, para fins de urbanização e regularização, as áreas que menciona, e estabelece os respectivos padrões especiais de urbanização.”

§2º - As áreas referidas neste artigo poderão ser declaradas áreas de Especial Interesse Social, no todo ou em parte.

§3º - As áreas mencionadas no parágrafo anterior serão recuperadas para criação de programa de moradias para população de baixa renda, desde que o laudo técnico indique essa possibilidade.

(...)

Art. 107 - Cada Área de Especial Interesse receberá apenas uma das seguintes denominações e conceitos:

(...)

II - Área de Especial Interesse Social, a que apresenta terrenos não utilizados ou subutilizados e considerados necessários à implantação de programas habitacionais de baixa renda ou, ainda, aquelas ocupadas por favelas, loteamentos irregulares e conjuntos habitacionais, destinadas a programas específicos de urbanização e regularização fundiária;

(...)

Art. 141 - Lei de iniciativa do Poder Executivo delimitará como Área de Especial Interesse Social os imóveis públicos ou privados necessários à implantação de programas habitacionais e os ocupados por favelas, por loteamentos irregulares e por conjuntos habitacionais de baixa renda, conforme previsto no art. 107.

§1º A declaração de especial interesse social é condição para a inclusão de determinada área nos programas previstos no art. 146.

§2º A lei estabelecerá padrões especiais de urbanização, parcelamento da terra e uso e ocupação do solo nas áreas declaradas de especial interesse social.”

- **Lei Complementar Municipal/RJ nº 111/2011 (plano diretor municipal vigente)**

“Art. 70. Áreas de Especial Interesse, permanentes ou transitórias, são espaços da Cidade perfeitamente delimitados sobrepostos em uma ou mais Zonas ou Subzonas, que serão submetidos a regime urbanístico específico, relativo a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano e formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para as Zonas e Subzonas que as contêm.

Parágrafo único. Cada Área de Especial Interesse receberá apenas uma das seguintes denominações e conceitos:

(...)

II - Área de Especial Interesse Social - AEIS é aquela destinada a Programas Habitacionais de Interesse Social – HIS, destinados prioritariamente a famílias de renda igual ou inferior a seis salários mínimos, de promoção pública ou a ela vinculada, admitindo-se usos de caráter local complementares ao residencial, tais como comércio, equipamentos comunitários de educação e saúde e áreas de esporte e lazer, abrangendo as seguintes modalidades:

a) AEIS 1, caracterizada por:

1. áreas ocupadas por favelas e loteamentos irregulares;
2. conjuntos habitacionais de promoção pública de interesse social e em estado de degradação;

(...)

Art. 141 Lei de iniciativa do Poder Executivo delimitará como Área de Especial Interesse Social os imóveis públicos ou privados necessários à implantação de programas habitacionais e os ocupados por favelas, por loteamentos irregulares e por conjuntos habitacionais de baixa renda, conforme previsto no art. 107.

(...)

Art. 205. Para viabilizar soluções habitacionais de interesse social, o Município poderá adotar padrões diferenciados de exigências urbanísticas e de infraestrutura mediante a declaração de Áreas de Especial Interesse Social - AEIS, desde que sejam asseguradas as condições de segurança, higiene e ha-

bitabilidade das habitações, incluindo equipamentos sociais, culturais e de saúde, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local.

§1º Os Programas Habitacionais de Interesse Social – HIS, em Áreas de Especial Interesse Social, serão destinados a famílias de renda igual ou inferior a seis salários mínimos, de promoção pública ou a ela vinculada, admitindo-se usos de caráter local complementares ao residencial, tais como comércio, equipamentos comunitários de educação e saúde e áreas de esporte e lazer, abrangendo as seguintes modalidades:

I - AEIS 1 - áreas ocupadas por população de baixa renda, abrangendo favelas, loteamentos precários e empreendimentos habitacionais de interesse social para promover a recuperação urbanística, a regularização fundiária, a produção e manutenção de Habitações de Interesse Social – HIS; (...)”

O conjunto probatório, porém, demonstra que as obrigações ambiental e urbanística não foram devidamente cumpridas. A vasta documentação, bem como a prova pericial, esta realizada em 2009, demonstram com clareza que o Município do Rio de Janeiro, através de seus agentes, faltou com seu dever geral de fiscalização, tornando possível o crescimento da comunidade do Morro da Babilônia para dentro dos limites da APA por aquele mesmo instituída.

Cumpra registrar que, de acordo com as plantas de fl. 598 e do anexo 8 do laudo pericial (esta referente ao programa “Bairrinho”), a delimitação da área de especial interesse social (AEIS), onde deveriam ser promovidos projetos de habitação adentra os limites da APA, inclusive extrapolando a restrita zona de ocupação controlada definida no art. 4º do Decreto Municipal/RJ nº 17731/99, que ora se refere:

“Art. 4º – A Zona de Ocupação Controlada – ZOC, compreende as áreas que apresentam um certo grau de degradação ambiental em função do uso e da forma de ocupação, sendo passíveis de ocupação e expansão das áreas urbanas já consolidadas.

Parágrafo Único – A ZOC se divide em:

I - ZOC-1, compreendendo uma faixa estreita de terreno limitada pela Rua General Cardoso de Aguiar e a Rua General Francisco José Pinto.

II – ZOC-2, compreendendo a área limitada pela Rua General Cardoso de Aguiar e Rua General Francisco José Pinto.

III – ZOC-3, localiza-se nos terrenos lindeiros à Ladeira do Leme parte em Botafogo e parte em Copacabana.

IV – ZOC-4, localiza-se em trecho de terreno da Rua Carlos Peixoto, onde apresenta sua curvatura mais acentuada.”

Há, ainda, diversos registros fotográficos, alguns, inclusive, acompanhados de matérias jornalísticas (fls. 68/80, 139/158, 657/690), que demonstram a existência de ocupações irregulares na APA, o que é corroborado pela planta acostada à fl. 598. Ressalte-se que o próprio Município do Rio de Janeiro juntou, à fl. 232, planta onde registra a existência de 85 casas irregulares dentro da APA.

Registre-se que, ainda no ano de 2006, o então presidente da associação de moradores do Morro da Babilônia declarou, em depoimento ao Ministério Público, que o programa municipal de reflorestamento foi interrompido em 2004 (fls. 82/83). No mesmo ano, a então Secretaria Municipal de Meio Ambiente, o gerente do 2º escritório técnico daquele órgão e o coordenador da Procuradoria Administrativa/PGM-RJ, declararam ter conhecimento do “processo de continuidade de ocupação irregular da comunidade da Babilônia”, bem como a existência de autorização do Fundo de Conservação Ambiental para indenização dos 85 moradores irregulares e demolição das construções, estas que se iniciariam em 11/05/2006 e que seriam embargadas pela Secretaria Municipal de Habitação as “construções irregulares na área de interesse especial social” (fl. 160).

O laudo pericial, elaborado em setembro/2009, porém, aponta que, àquele tempo, permaneciam as mesmas 85 casas “dentro dos limites da APA (acima da cota 120), precisamente na subzona ZPVS (zona de preser-

vação da vida silvestre)” (fls. 07 e 22), extrapolando os limites da AEIS (fl. 08), o que implicou em “supressão da vegetação” (fl. 11). Ao final, concluiu que “o crescimento horizontal da comunidade, bem como o progressivo adensamento das construções, acarretou supressão de vegetação de remanescente de mata atlântica, desenvolvimento de processos erosivos e alterações na paisagem e no relevo local, em decorrência da execução de cortes no terreno natural e de aterros para a criação de platôs de fundação para as casas e caminhos de acesso”, bem como afirmou “a ocorrência de queimadas dentro da APA, em plena floresta remanescente de mata atlântica” (fls. 23/24).

E mesmo após a sentença, o Município do Rio de Janeiro, às fls. 1063/1083, junta documentos, atuais, através dos quais pretende demonstrar as “iniciativas já desenvolvidas naquela comunidade, tudo já no sentido da recuperação ambiental” (fl. 1062). A documentação, contudo, ainda que comprove a deflagração de programa urbanístico-ambiental, corrobora as falhas reiteradas em efetivar as práticas oficiais na área ao longo do tempo, sobretudo quando registra a existência, dentro da área da APA, de “98 edificações, que deverão ser demolidas” e, sem qualquer cronograma, apresenta, apenas como proposta, “o reflorestamento e a revegetação da área” (fl. 1083) Ou seja, mesmo durante o processo judicial, houve crescimento da ocupação irregular, ausência do dever de fiscalização e princípio de iniciativa de reflorestar, revegetar e recuperar a área.

Tampouco há que se falar em inviabilidade de cumprimento da sentença por implicar em indevida intromissão no direito de propriedade de terceiros, pois ratifique-se que o que se discute nestes autos é o descumprimento pelo Município do Rio de Janeiro do exercício do poder de polícia que lhe foi atribuído, pela Constituição Federal e pelas leis ambientais, em prol da preservação do meio ambiente (arts. 2º, I, Lei nº 6.938/81¹¹; 70,

11 “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”.

“Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; (...)”

§3º, Lei nº 9.605/98¹²), e o referido múnus deve ser exercido, inclusive, em relação aos proprietários de imóveis inclusos em áreas de preservação ambiental, que devem se submeter às limitações administrativas¹³ decorrentes desta inclusão (art. 15, §§1º e 2º, Lei nº 9.985/00¹⁴).

Nesse sentido, refira-se:

REsp 1246443/PR

SEGUNDA TURMA

Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES

Julgamento: 23/08/2011

Publicação: DJe 13/04/2012

“AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. DEMOLIÇÃO DE EDIFÍCIO IRREGULAR. AUTO-EXECUTORIEDADE DA MEDIDA. ART. 72, INC. VIII, DA LEI N. 9.605/98 (DEMOLIÇÃO DE OBRA). PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO.

1. A questão cinge-se ao debate sobre o eventual interesse processual do Ibama em ação civil pública cujo pedido consiste na condenação dos recorridos à reparação de danos

12 “Ementa: Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”

“Art. 70 – (...)”

§3º - A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.”

13 “Limitações administrativas são determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento ou função social” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Manual de Direito Administrativo”, Lumen Juris, 14ª ed., 2005, p. 627).

14 “Ementa: Regulamenta o art. 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.”

“Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

§1º - A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas.

§2º - Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental.”

ambientais, bem como à indenização por eventual dano coletivo causado ao meio ambiente em razão da construção de prédio na margem do ‘Rio Chumbo’, área de preservação permanente.

(...)

3. Mesmo que a Lei n. 9.605/98 autorize a demolição de obra como sanção às infrações administrativas de cunho ambiental, a verdade é que existe forte controvérsia acerca de sua auto-executoriedade (da demolição de obra).

4. Em verdade, **revestida ou não a sanção do referido atributo, a qualquer das partes (Poder Público e particular) é dado recorrer à tutela jurisdicional, porque assim lhe garante a Constituição da República (art. 5º, inc. XXXV) - notoriamente quando há forte discussão, pelo menos em nível doutrinário, acerca da possibilidade de a Administração Pública executar *manu militari* a medida.**

(...)

6. **Por fim, não custa pontuar que a presente ação civil pública tem como objetivo, mais do que a demolição do edifício, também a recuperação da área degradada.**

7. **Não se pode falar, portanto, em falta de interesse de agir.**

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”

REsp 1071741/SP

SEGUNDA TURMA

Rel. Min. HERMAN BENJAMIN

Julgamento: 24/03/2009

Publicação: DJe 16/12/2010

“AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA.

TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. (...)

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais incumbe ao Estado ‘definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção’ (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

(...)

6. O dever-poder de controle e fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), além de inerente ao exercício do poder de polícia do Estado, provém diretamente do marco constitucional de garantia dos processos ecológicos essenciais (em especial os arts. 225, 23, VI e VII, e 170, VI) e da legislação, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981, arts. 2º, I e V, e 6º) e da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente).

(...)

8. Quando a autoridade ambiental ‘tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade’ (art. 70, §3º, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado).

9. Diante de ocupação ou utilização ilegal de espaços ou bens públicos, não se desincumbe do dever-poder de fiscalização ambiental (e também urbanística) o Administrador que se limita a embargar obra ou atividade irregular e a denunciá-la ao Ministério Público ou à Polícia, ignorando ou desprezando outras medidas, inclusive possessórias, que a lei põe à sua dis-

posição para eficazmente fazer valer a ordem administrativa e, assim, impedir, no local, a turbação ou o esbulho do patrimônio estatal e dos bens de uso comum do povo, resultante de desmatamento, construção, exploração ou presença humana ilícitos.

(...)

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbano-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

(...)

18. Recurso Especial provido.”

Conclui-se, pois, que o cumprimento da obrigação firmada na sentença não importará indevida intromissão no direito de propriedade de terceiros, mas no regular exercício do poder de polícia ambiental.

B) DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO (1º APELANTE)

Cinge-se a controvérsia recursal aos seguintes pontos: a) julgamento *citra petita*, por não apreciação do pleito demolitório; b) ocorrência de dano moral ambiental, com o consequente dever reparatório; c) necessidade de imposição de multa cominatória; e, d) possibilidade de condenação do município-réu ao pagamento de honorários advocatícios.

De início, registre-se não ter ocorrido julgamento *citra petita* pelo juízo de 1º grau, mas tão somente erro material no que se refere ao pleito demolitório.

O exame da sentença demonstra que o pleito demolitório foi, efetivamente, apreciado pelo juízo de 1º grau, tendo ocorrido tão somente omissão no dispositivo. Refram-se trechos da sentença:

“(…) Resta, pois, indubitável que as obrigações ora requeridas pelo MP se incluem na área de competência e atuação primordial do réu, cabendo aquilatar a existência ou não de omissão no atuar do réu, a ensejar a intervenção do Poder Judiciário, cuja atribuição é dar efetividade às normas na solução dos conflitos judiciais.

(…)

Isso porque, a demolição de construções irregulares e o reflorestamento das áreas degradadas por conta de ocupação irregular, bem assim a fiscalização da área para evitar novas ocupações inclui-se no âmbito do poder/ dever de polícia do ente público, ora réu, que tinha assim o dever de agir e não o fez, acarretando com sua inércia evidente o dano ambiental que atinge não só a comunidade do Morro da Babilônia, mas todos os moradores da cidade do Rio de Janeiro.

(…)

Impõe-se, assim, **a impor a procedência do pedido principal** para condenar o réu a recuperar a área de proteção ambiental permanente APP existente no Morro da Babilônia, localizado no bairro do Leme, que foi desmatada por conta de ocupação irregular, na forma do **procedendo à demolição de todas as construções existentes na área**, com seu reflorestamento e a fiscalizar a área para evitar novas ocupações. (...)” (g. n.)

Assim sendo, é de considerar-se incluída, no dispositivo da sentença, a determinação relativa às demolições, pois que estas integram a fórmula impressa nessa parte da sentença e que se refere à ordem judicial de “recuperar” a área, o que só é possível com as demolições, tratadas e apreciadas no bojo da sentença.

Aqui, como fórmula de modulação de efeitos da sentença, será estabelecida, em sede de liquidação, a fixação da melhor agenda para as demolições com a realocação planejada das famílias ou a indenização em dinheiro, conforme abaixo, em sede de reexame necessário.

No que concerne ao dano moral ambiental e eventual obrigação indenizatória, os mesmos aqui não se fazem presentes.

Em verdade, malgrado a possibilidade de fixar-se tal espécie de indenização em favor da coletividade, incide a mesma tão só quando houver uma ação direta que cause as lesões ambientais, não se podendo impor indenização quando, em verdade, foram os ocupantes que causaram as lesões de forma direta. Neste jaez, aplicável à hipótese o mesmo princípio que vale para a imposição de condenação ressarcitória, nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, aos entes públicos; já assentado, neste campo, que tal responsabilidade só é de ser reconhecida quando houver omissão específica, e que não ocorre quando a omissão for genérica, havendo participação específica de terceiros na causação do dano.

Quanto às astreintes, estas podem ser fixadas na forma do art. 461, §4º do CPC¹⁵, a valerem, no entanto, a partir do momento em que houver clara obrigação de fazer descumprida. Esta, por sua vez, deverá ser fixada através de liquidação por artigos, em conformidade com o art. 475-E do CPC, que estabelecerá como e em que período aproximado de tempo se poderá/deverá fazer a recuperação da área na forma determinada pela sentença, discriminando-se a exata pauta de ações (obrigações de fazer) a serem executadas, ocasião em que, por igual, dever-se-á estabelecer como as demolições se processarão, mediante a melhor política de realocação ou indenização, o que se explicitará melhor abaixo quando do reexame necessário, conforme o art. 475, I do CPC.

Acerca dos honorários de sucumbência, a leitura do art. 18 da Lei nº 7.347/85¹⁶ indica referir-se, em sua parte final, às hipóteses de improcedência, quando a condenação sucumbencial recai sobre o autor, de modo que,

¹⁵ “Art. 461 – (...)”

§4º – O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”

¹⁶ “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.”

nos casos de procedência, aplica-se a regra geral da sucumbência prevista no *caput* do art. 20 do CPC¹⁷, conforme permissivo do art. 19 daquela lei¹⁸.

Destarte, é devida a verba honorária ao Fundo Especial do Ministério Público (FEMP), na forma do art. 4º, XII da Lei Estadual/RJ nº 2819/97¹⁹, que, neste particular, derogou o art. 3º, I, a da Lei Estadual/RJ nº 1183/87²⁰, que remetia tal receita para o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral da Justiça do ERJ.

Corroborando a argumentação supra, refira-se a jurisprudência do STJ:

REsp 1298685/RS

SEGUNDA TURMA

Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES

Julgamento: 19/06/2012

Publicação: DJe 27/06/2012

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÃO DO RÉU. AUSÊNCIA DE PREPARO. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. DESERÇÃO.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a isenção prevista no art. 18 da Lei n. 7.347/85 dirige-se, apenas, ao autor da ação civil pública e não ao réu. Precedentes:

¹⁷ “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

¹⁸ “Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

¹⁹ “Art. 4º - Constituem receitas do Fundo Especial do Ministério Público:

(...)

XII - as provenientes da sucumbência concedida ao Ministério Público em qualquer procedimento judicial; (...)”

²⁰ Art. 3º - Para custear as despesas necessárias ao funcionamento do CEJ, fica instituído um Fundo Orçamentário Especial - o FOCEJ, cujos recursos provirão de:

I - Receitas operacionais como:

a) valor da sucumbência concedida em qualquer procedimento judicial de natureza cível, ajuizado pelos órgãos de atuação do Ministério Público; (...)”

AgRg no Ag 1344093/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 27/02/2012; AgRg nos EAg 1173621/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 22/06/2011; AgRg no Ag 1366872/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011; AgRg nos EREsp 1060529/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/08/2010, DJe 28/10/2010; AgRg no Ag 1100404/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 4.8.2009; REsp 885.071/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22.3.2007.

3. Recurso especial provido.”

No que concerne à quantificação da verba, ante as diretrizes dos §§3º e 4º do art. 20 do CPC, entende-se razoável o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

C) DO REEXAME NECESSÁRIO

Em sede de reexame necessário, aplicar-se-á à presente hipótese a moderna teoria da modulação de efeitos, expressa na jurisprudência superior que se refere exemplificativamente:

ADI 1842/RJ

Tribunal Pleno

Rel. Min. LUIZ FUX

Rel. p/Acórdão Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 06/03/2013

Publicação: DJe-181 DIVULG 13/09/2013; PUBLIC 16/09/2013

“Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos

do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

(...)

6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em razão da necessidade de continuidade da prestação da função de saneamento básico, há excepcional interesse social para vigência excepcional das leis impugnadas, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/1998, pelo prazo de 24 meses, a contar da data de conclusão do julgamento, lapso temporal razoável dentro do qual o legislador estadual deverá reapreciar o tema, constituindo modelo de prestação de saneamento básico nas áreas de integração metropolitana, dirigido por órgão colegiado com participação dos municípios pertinentes e do próprio Estado do Rio de Janeiro, sem que haja concentração do poder decisório nas mãos de qualquer ente.”

REsp 274602/SP

QUARTA TURMA

Rel. Min. RAUL ARAÚJO

Julgamento: 04/09/2012

Publicação: DJe 29/10/2012

“PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR REALIZADO E CONCLUÍDO DURANTE A VIGÊNCIA DA LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. EFEITO EX TUNC. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO, EM CASOS ESPECIAIS RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS(PRECEDENTES). POSTERIOR SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO (CPC, ART. 267, V). COISA JULGADA. AUTORIDADE (CPC, ART. 472). TERCEIRO PREJUDICADO. HOSPITAL QUE SUPORTOU AS DESPESAS. VIA RECURSAL

(CPC, ART. 499) OU AÇÃO PRÓPRIA. FACULDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

(...)

4. A posterior revogação da medida liminar em antecipação de tutela opera efeitos *ex tunc* apenas em relação às partes litigantes no processo (segurada e seguradora), jamais quanto a terceiros, no caso o hospital conveniado recorrente, que, realizando o tratamento, contraiu despesas em valor elevado, durante o período em que vigeu a antecipação de tutela.

5. A jurisprudência desta Corte Superior, em casos especiais, deixa de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, mesmo entre as partes litigantes, como em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, diante da comprovação da urgência alegada. Aspecto que poderá ser debatido oportunamente, fora do âmbito deste recurso.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, reconhecendo-se o direito do recorrente (terceiro prejudicado) de ser ressarcido pela seguradora-recorrida das despesas que efetuou com o tratamento médico-hospitalar da segurada-promovente, durante o período em que vigeu a antecipação da tutela deferida, cujo montante deverá ser apurado em liquidação pela forma que melhor se adequar aos questionamentos suscitados pelas partes (Súmula 344/STJ), inclusive por arbitramento.”

No que concerne ao acolhimento do pleito demolitório, deve-se afastar a imediatidade determinada para a demolição das moradias apontadas como irregulares, fixando-se condicionantes e prazo para tanto.

Da forma como a obrigação demolitória está posta na sentença, o cumprimento pelo Município do Rio de Janeiro implicará a prática de outro ilícito, pois os moradores seriam despojados de suas residências sem qual-

quer garantia de colocação noutra imóvel, recebimento de aluguel social ou indenização, visto que não há nos autos, certificação quanto à conclusão das obras das unidades decorrentes da implementação do programa habitacional “Bairrinho” e, ainda que houvesse, não se afiguraria obrigatória a aceitação de tais unidades.

A imposição de garantias prévias à demolição se ajusta ao patamar constitucional e social do direito à moradia (arts. 6º, CF²¹; art. 39, CERJ²²), que se reflete no âmbito infraconstitucional (art. 2º, I, Lei nº 10.257/01 – “Estatuto da Cidade”²³).

Ainda no âmbito infraconstitucional, as referidas garantias decorrem da aplicação dos arts. 4º da MP nº 2220/01²⁴, bem como das diretrizes para implantação da política habitacional, que determinam a busca de soluções habitacionais através de intervenções graduais e progressivas, garantindo-se a permanência dos moradores, salvo quando impossível a eliminação de riscos, conforme os arts. 147, 148, 150, 151 e 152, §5º, LC/MRJ nº 16/92, e 201, I, 210, *caput* e §1º, II, e 211, §1º, LC/MRJ 111/11, os dois últimos planos diretores municipais. Refiram-se os dispositivos citados:

- LC/MRJ nº 16/92

“Art. 147 - Para fins de aplicação do Plano Diretor Decenal,

21 “Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

22 “Art. 39 - O Estado e os Municípios assegurarão o pleno exercício dos direitos sociais contemplados na Constituição da República, inclusive os concernentes aos trabalhadores urbanos e rurais.”

23 “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – **garantia do direito** a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...)”

24 “Art. 4º No caso de a ocupação acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º* em outro local.” (*concessão de uso especial para fins de moradia)

favela é a área predominantemente habitacional, caracterizada por ocupação da terra por população de baixa renda, precariedade da infraestrutura urbana e de serviços públicos, vias estreitas e de alinhamento irregular, lotes de forma e tamanho irregular e construções não licenciadas, em desconformidade com os padrões legais.

Art. 148 - **A urbanização e a regularização urbanística e fundiária serão realizadas mediante intervenções graduais e progressivas em cada favela**, para maximizar a aplicação dos recursos públicos e disseminar os benefícios entre o maior número de habitantes.

(...)

Art. 150 - **O programa garantirá a permanência dos moradores na favela beneficiada, pela imposição de restrições ao uso e ocupação do solo e de outros instrumentos adequados.**

Art. 151 A determinação do grau de prioridade da favela, para efeito de sua integração ao programa, considerará os seguintes critérios:

- I - participação da comunidade no programa;
- II - viabilidade técnica, considerada a relação custo-benefício social, das intervenções do Poder Público;
- III - **existência de áreas de risco;**
- IV - proximidade de unidade de conservação ambiental.

Art. 152 – (...)

§5º - **Os projetos de urbanização de favelas contemplarão, quando possível tecnicamente, soluções que eliminem os fatores de risco para os moradores.”**

- LC/MRJ nº 111/11

“Art. 201. São diretrizes da Política de Habitação:

- I - produzir novas soluções habitacionais;

(...)

Art. 210. A urbanização de favelas e loteamentos irregulares e clandestinos compreenderá a implantação ou ampliação da infraestrutura, dos serviços públicos e dos equipamentos urbanos em favelas e loteamentos irregulares e clandestinos, segundo critérios de prioridade previamente estabelecidos.

§1º A determinação do grau de prioridade para efeito de inclusão de assentamentos em programa de urbanização considerará os seguintes critérios, uma vez demonstrada a sua viabilidade técnica:

(...)

II - existência de áreas de risco ambiental;

Art. 211 - (...)

§1º - No caso de necessidade de remanejamento de construções serão adotadas, em ordem de preferência, as seguintes medidas, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município:

I - reassentamento em terrenos na própria área;

II - reassentamento em locais próximos;

III - reassentamento em locais dotados de infraestrutura, transporte coletivo e equipamentos urbanos.”

Nesse mister, o Executivo municipal editou o Decreto nº 20454/01, que “aprova as diretrizes de relocação em edificações de assentamentos populares”. Neste diploma, o Poder Executivo firmou que “a relocação compulsória de uma moradia, mesmo em casos justificados, deve ser precedida de um entendimento e aceitação, por parte das famílias a serem relocadas, dos objetivos, condições e benefícios do projeto”, devendo, “ainda ser considerados os investimentos realizados, por essas famílias, na produção da sua moradia, reconhecendo o direito a estas benfeitorias”; e que serão abertas às famílias quatro possibilidades: a) nova moradia no local mediante a construção de unidades residenciais; b) indenização por benfeitorias; c) compra de nova moradia, preferencialmente na própria

comunidade; e, d) auxílio financeiro para liquidação de financiamento imobiliário residencial firmado no âmbito do programa “Minha Casa, Minha Vida” (esta introduzida pelo Decreto Municipal/RJ nº 33017/10). Assenta, ainda, o decreto a existência de processo de cadastramento das famílias e que, em caso de opção por nova moradia a ser construída, será pago aluguel provisório (ou auxílio aluguel) até a conclusão da obra.

No presente caso, a demolição somente poderá concretizar-se quando, concluído o cadastramento e feitas as opções necessárias, tal puder ocorrer sem traumas, sob pena de imposição à municipalidade de obrigação ilícita, eis que violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, de onde parte o direito à moradia.

E para que o cadastramento e registro das possibilidades a serem disponibilizadas, para opção dos cidadãos residentes nas casas a serem demolidas, realocando-se ou indenizando-se os mesmos, não se alonguem indefinidamente, permanecendo o risco, tanto para os moradores alcançados quanto para os demais da mesma comunidade e limítrofes à área em questão, necessária a fixação de prazo para tais procedimentos, apresentando-se como razoável, a partir do número de famílias a serem removidas (85), que o mesmo seja de 12 (doze) meses a contar do trânsito em julgado.

Observe-se, por fim, que os dois procedimentos, a liquidação de sentença, por artigos, e a demolição com cadastramento e opção prévios, ocorrerão concomitantemente, pois independente o primeiro do segundo, sendo que tal concomitância acelera o próprio mandamento jurisdicional de recuperação da área.

D) DISPOSITIVO

Isso posto, voto pelo **DESPROVIMENTO** do recurso do Município do Rio de Janeiro; pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do apelo ministerial, reformando, em parte, a sentença para condenar o município-réu ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em favor do Fundo Especial do Ministério Público (FEMP); e, **EM REEXAME NECESSÁRIO**, reformar, em parte, a sentença para que conste que a

recuperação (com a demolição para tanto necessária), ocorrerá na forma da liquidação de sentença, por artigos, esta que será realizada conforme o art. 475-E do CPC e que, para possibilitar a demolição, esta que ocorrerá concomitantemente ao processo judicial de liquidação de sentença, o Executivo terá o prazo de 12 (doze) meses, a partir do trânsito em julgado da sentença, para proceder ao cadastramento, com a realocação ou indenização, por opção dos cidadãos, das 85 (oitenta e cinco) famílias que habitam os imóveis a serem demolidos, na forma do Decreto Municipal/RJ nº 20454/01 c/c Decreto Municipal/RJ nº 33017/10, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA

RELATOR ◆

APELAÇÃO CÍVEL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. SUBSUNÇÃO À LEI 8.078/90. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. REPARAÇÃO DOS DANOS AO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E EMERGEN- TES. IMPOSSIBILIDADE DE QUITAÇÃO DO SALDO RESIDUAL PELAS PROMITENTES COMPRADORAS POR NÃO CONSEGUIREM CAPTAR FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO, FATO CAUSADO PELO ATRASO NA AVERBAÇÃO DO HABITE-SE. AVERBAÇÃO DO HABITE-SE NO RGI, QUE É EXIGIDO COMO CONDIÇÃO À LIBERAÇÃO DO MÚTUO PELAS INSTI- TUIÇÕES FINANCEIRAS. FATO NOTÓRIO. APLICAÇÃO DO ART. 334 I CPC. AFASTAMENTO DA COBRANÇA DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA CONTRATUAL, DURANTE O PERÍODO DA MORA DAS RÉS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 400 II CC/02 C/C 43 II C/C V LEI 4.591/64, EM DIÁLOGO DE FONTES COM O ART. 47 CDC. PRECE- DENTES DO TJRJ. DESPESAS COM A LOCAÇÃO DE IMÓVEL PARA RESI- DÊNCIA. PROVA DO PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS. RESSARCIMENTO DEVIDO. FRUSTRAÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DOS AUTORES DE RECEBER O IMÓVEL ADQUIRIDO PARA MORADIA NO PRAZO ES- TIPULADO NO CONTRATO. VERBA INDENIZATÓRIA PROPORCIONAL- MENTE ARBITRADA. SUCUMBÊNCIA PELAS RÉS, NA FORMA DO PA- RARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 CPC. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO APELO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DAS AUTORAS. (TJERJ. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0023469-11.2012.8.19.0209. RELATORA: DES. CRIS- TINA TEREZA GAULIA. JULGADO EM 10 DE SETEMBRO DE 2013)

5ª CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os argumentos das apelações cíveis de referência em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembar-

gadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por _____, em **NEGAR PROVIMENTO** ao primeiro apelo e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao segundo, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 10 / 09 / 2013.

Des. Cristina Tereza Gaulia

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de duas apelações cíveis, a primeira interposta pelas rés, X. e Y., e a segunda, pelas autoras, Z e W, à sentença da 1ª. Vara Cível da Barra da Tijuca que, nos autos da ação indenizatória, pelo rito sumário, que estas moveram em face daquelas, julgou procedente, em parte, o pedido, para condenar a primeira ré a indenizar os danos morais experimentados pelas autoras, em R\$ 6.000,00, para cada uma; condenar ambas as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização pelos danos materiais, consistentes nos alugueres efetivamente pagos pelas autoras no período de 26 dias de atraso na entrega do empreendimento, respeitado o prazo de carência, até a entrega das chaves, devidamente corrigido a partir da cada desembolso, acrescido de juros legais a contar da citação, a ser apurado em liquidação, com sucumbência recíproca.

A sentença rejeitou as arguições de ilegitimidade passiva e de submissão à cláusula compromissória. No mérito, aduziu que houve efetivo atraso na entrega do imóvel pelas rés; que, segundo o contrato, o mesmo deveria ser entregue até o último dia do mês de janeiro de 2011, admitindo-se a prorrogação de tal prazo por 180 dias; que não se considera nula a cláusula de prorrogação da entrega das chaves por 180 dias, vez que tal estipulação é praxe no mercado imobiliário e razoável ante aos obstáculos da construção civil; que o imóvel só foi entregue em 30/12/2011, não servindo de justificativa que tal atraso se deveu à inadimplência das autoras, vez que o saldo devedor foi quitado por financiamento, e é notório que as financeiras não liberam o empréstimo sem o habite-se, e este só aconteceu em 06/10/2011; que, em razão da mora das rés, é devido o ressarcimento por danos morais, vez que na hipótese os danos extrapolam o mero aborrecimento; que não restaram

comprovados os alegados danos materiais decorrentes da cobrança de correção monetária sobre o saldo devedor, sendo descabida a pretensão de congelamento do saldo devedor, cuja aplicação do INCC apenas mantém a atualização do poder de compra da moeda; que são devidos, no entanto, o ressarcimento dos valores gastos com o pagamento de aluguéis durante o período de atraso na entrega do imóvel.

Apelam as rés, alegando que o item 15 do quadro resumo do contrato previa que a entrega da unidade seria no último dia útil de janeiro de 2011, podendo ser prorrogado por até 180 dias, conforme cláusula 26^a; que a unidade estava concluída em 28/07/2011, contudo as autoras não foram imitidas na posse por estarem inadimplentes com suas obrigações de pagamento; que as autoras somente quitaram as parcelas referentes ao contrato em 23/12/2011, sendo este o motivo de as chaves terem sido entregues em 30/12/2011; que não há que se justificar o atraso do pagamento em virtude da não expedição do habite-se, isto porque a parcela em referência deveria ser quitada com recursos próprios, sendo apenas facultada a quitação por meio de financiamento; que o habite-se foi expedido em 28/07/2011, sendo certo que a demora na entrega das chaves se deu exclusivamente por culpa das autoras; que nem todas as instituições financeiras exigem habite-se para a concessão do crédito; que devem as apeladas comprovar que deixaram de obter o crédito por conta da falta de comprovação do habite-se; que sendo a mora imputável às autoras, não é devida a condenação por danos morais ou materiais. Concluem requerendo o provimento do recurso.

Apelam as autoras, alegando que as rés entregaram o imóvel com enorme atraso; que o valor dos danos morais fixados na sentença em R\$ 6.000,00 para cada autora, é ínfimo, devendo ser majorado; que a sentença, indevidamente, afastou o pedido de restituição da correção monetária e encargos que incidiram sobre o saldo devedor durante o período de mora exclusiva das rés; que a data convencionada para a entrega do imóvel era janeiro de 2011, ocasião em que o habite-se da unidade já deveria estar averbado, para que os adquirentes pudessem quitar a parcela estipulada na cláusula 10c do quadro resumo do contrato, com vencimento em abril de 2011; que apenas as autoras foram prejudicadas com o atraso, vez que tiveram que pagar saldo devedor muito maior; que a incidência de atu-

alização monetária durante o período de atraso, exclusivamente ocasionado pelas rés, afronta os arts. 400 do CC c/c 43 V da Lei de Incorporação Imobiliária; que se o habite-se tivesse sido averbado na data inicialmente prevista no contrato, e fosse o saldo devedor atualizado até a data do vencimento da parcela 05/04/2011, o saldo devedor seria de R\$ 165.933,82, e não o que foi efetivamente cobrado, 194.003,86, com majoração indevida de R\$ 28.070,04; que os danos morais devem ser majorados, vez que não há razoabilidade no valor arbitrado na sentença em R\$ 6.000,00 para cada adquirente; que, na hipótese, não se verificou sucumbência recíproca, que os pedidos acatados representam a quase a totalidade do que foi requerido. Concluem requerendo o provimento do recurso.

Nas contrarrazões de fls. 336/375 e 377/388 as partes refutam as razões trazidas pela adversa.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia trazidas pelas partes nos apelos está em definir: 1) a quem se deve a mora na entrega das chaves; 2) se é devida a repetição da correção monetária incidente sobre o saldo devedor, cobrada durante o período de atraso na entrega do imóvel; 3) se devem ser majorados os danos morais fixados na sentença e, 4) se correta a divisão meio a meio dos ônus da sucumbência, e proporcional o valor dos honorários.

O contrato firmado pelas partes previa, em sua cláusula 15ª, que o imóvel deveria ter sido entregue até o último dia do mês de janeiro de 2011, admitindo-se, entretanto, a prorrogação deste prazo por até 180 dias, na forma das cláusulas 21ª e 25ª (fl. 38).

O imóvel que deveria, portanto, ter sido entregue, no máximo, até 31 de julho de 2011 (data já com a aplicação da cláusula de prorrogação), só foi efetivamente entregue em 30/12/2011, conforme se extrai do termo de recebimento de chaves de fl. 61.

As partes atribuem-se, reciprocamente, a responsabilidade pela mora na entrega das chaves, sendo que as rés alegam que o imóvel já se encontrava disponível para a entrega em 31 de julho de 2011, mas que as autoras

encontravam-se inadimplentes com seu dever de quitação constante do item 10c do quadro resumo do contrato. Já as autoras alegam que não puderam cumprir com a obrigação prevista no item 10c do contrato por não terem as rés averbado o habite-se no RGI, inviabilizando, portanto, a aquisição de financiamento imobiliário, já que todos os bancos condicionam a liberação de empréstimo à inscrição do habite-se na matrícula do imóvel no RGI.

O contrato firmado pelas partes, no item 11 do quadro resumo, autoriza que o preço, segundo a cláusula 10 c (“sem prejuízo da atualização monetária e da responsabilidade pelo pagamento dos demais acréscimos previstos neste instrumento, o OUTORGADO quitará o saldo do preço, nesta data, equivalente ao valor nominal de R\$ 178.000,00, que será pago do seguinte modo: (...) c) R\$ 152.256,30 através de 01 parcela reajustável com vencimento em 05/04/2011.” – fl. 37), seja quitado pelo promitente-comprador através da captação de financiamento imobiliário, com instituição financeira de sua preferência.

Conforme consta da certidão do RGI (fl. 243), a averbação do habite-se só se verificou em 06/10/2011, extrapolando os prazos contratualmente assumidos pelas rés para a entrega do imóvel.

As instituições financeiras exigem a averbação do habite-se como condição para a liberação de financiamento imobiliário, vez que a unidade imobiliária só serve de garantia à alienação fiduciária, se o imóvel estiver livre e juridicamente desembaraçado para habitação. Tal fato é notório, e como tal, na forma do art. 334 I CPC¹, independe de prova.

Neste contexto, coloca o consumidor em situação de extrema desvantagem (art. 51 IV CDC²), a incorporadora imobiliária que exige o pagamento do saldo residual do contrato, sem cumprir, antes do vencimento da referida parcela, com sua obrigação de averbar o habite-se no RGI, condição *sine qua non* para que aquele capte financiamento para o cumprimento da obrigação de pagar lhe compete.

¹ CPC Art. 334. “Não dependem de prova os fatos: I - notórios;”

² CDC. Art. 51 – “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

Na mesma senda, considerando que o atraso no pagamento se deu exclusivamente por fato atribuído às rés, não podem as autoras serem penalizadas com a majoração do saldo devedor, decorrente da incidência de atualização monetária, juros moratórios e multas contratuais sobre o mesmo, durante o período compreendido entre o vencimento da parcela do saldo residual (05/04/2011) e a quitação deste saldo (23/12/2011, fls. 62/89), devendo ser devolvidos os valores cobrados a este título, de forma simples.

Tal vem sendo a posição da jurisprudência desta Corte:

0006649-14.2012.8.19.0209 - DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 08/05/2013 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO E AVERBAÇÃO DO HABITE-SE, O QUE INVIABILIZOU A REALIZAÇÃO DE FINANCIAMENTO DO VALOR RESIDUAL DO SALDO DEVEDOR. ATUALIZAÇÃO INDEVIDA DO SALDO DEVEDOR, TENDO EM VISTA A CULPA EXCLUSIVA DAS RÉS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR QUE NÃO ATENDE ÀS PECULIARIDADES DA HIPÓTESE. MAJORAÇÃO. LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. NÃO HÁ QUALQUER ABUSIVIDADE NA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA ESPECIFICADA NO CONTRATO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. O não recebimento do imóvel no prazo pactuado configura mais do que simples descumprimento contratual, em razão das frustrações e insegurança causadas ao promitente comprador, importando no pagamento de indenização por dano moral. Sentença reformada para condenar as rés na devolução dos valores referentes à atualização indevida do saldo devedor, a ser apurada em sede de liquidação de sentença, e para majorar a verba indenizatória a título de danos morais. Sucumbência pelas rés. Provimento parcial do primeiro recurso e desprovimento do segundo.

0012735-35.2011.8.19.0209 - DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 24/10/2012 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ATRASO NA EXPEDIÇÃO E AVERBAÇÃO DO HABITE-SE, O QUE INVIABI-

LIZOU A REALIZAÇÃO DE FINANCIAMENTO DO VALOR RESIDUAL DO SALDO DEVEDOR E CONSEQUENTEMENTE A ENTREGA DAS CHAVES. LEGITIMIDADE DA 2ª RÉ PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO, DEVENDO RESPONDER SOLIDARIAMENTE PELOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO. CLÁUSULA CONTRATUAL DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS PARA ENTREGA DO IMÓVEL QUE NÃO DENOTA ABUSIVIDADE, SENDO CORRIQUEIRA NO MERCADO IMOBILIÁRIO. CIÊNCIA DO ADQUIRENTE. LEGALIDADE DA COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES NÃO CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS QUE DEVE SER MANTIDO, PORQUANTO SE REVELA RAZOÁVEL SEM OCASIONAR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE DEVEM SER RATEADOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS; O PRIMEIRO PARA AFASTAR O PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM; E O SEGUNDO PARA DECLARAR A LEGITIMIDADE PASSIVA DA 2ª RÉ, BEM COMO PARA DETERMINAR A DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO A MAIOR PELA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR OCORRIDA DESDE O TERMO FINAL DO PRAZO DE PRORROGAÇÃO DE 180 DIAS ATÉ O EFETIVO REGISTRO DO HABITE-SE, COM CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O DESEMBOLSO E JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS DESDE A CITAÇÃO, MANTIDA NO MAIS A SENTENÇA. UNÂNIME.

Neste sentido refirmam-se as regras legais constantes dos arts. 400 CC/02 e 43 II e V da Lei 4.591/64, dispositivos legais estes que devem ser lidos em diálogo de fontes com o art. 47 CDC, todos a seguir transcritos:

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a êstes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a êste couber a culpa;

V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

É nesse sentido que pontifica Leoni:

“Não recebendo a coisa na data prevista, e esta sofrer oscilação no período de mora, isto é, entre a data da entrega prevista e a data da efetiva entrega da coisa, pode o devedor escolher a estimacão que lhe for mais favorável.”³

Por outro lado, configurou-se a responsabilidade civil das rés, pelo incumprimento contratual, o que corresponde a grave defeito na prestação do serviço, na medida em que restou incontroverso o atraso injustificado na entrega do imóvel às autoras.

Nenhuma prova fazem as rés de qualquer motivação sobre as razões do atraso em questão.

³ in Oliveira. J.M. Leoni, “Novo Código Civil anotado” II Vol., Direito das Obrigações, Lumem Juris, 2ª ed., pg. 254.

Sabe-se, por outro lado, e tal decorre não só da experiência comum (art. 335 CPC), mas também em face das centenas de ações já julgados neste e em todos os demais tribunais estaduais do País, que as construtoras e empresas imobiliárias não obedecem ao *pacta sunt servanda*, não cumprem prazos contratualmente previstos com seus clientes, muito embora, se os consumidores atrasam em alguns dias qualquer pagamento, impõem aquelas a estes duríssimas sanções.

Tal fazer refere comportamento abusivo, discrepante da boa-fé objetiva, na forma do art. 51 IX e XIII CDC, *verbis*:

“São nulas de pleno direito, entre outros, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;”

As rés não provaram, e o ônus lhes incumbia, a teor do art. 333, II, CPC e do §3º do art. 14 CDC, qualquer das excludentes de responsabilidade acima elencadas, ou o alegado caso fortuito, sendo certo que apenas eventos não relacionados com os riscos inerentes ao negócio poderiam ser considerados para fins de exclusão de sua responsabilidade, sendo a não entrega do imóvel no prazo contratual, por motivos ínsitos à construção, e/ou regularização do imóvel junto aos órgãos competentes ou Prefeitura, dentre outros na mesma linha, mero fortuito interno, este que não exclui a responsabilidade civil.

Assim vem reiteradamente decidindo este Tribunal de Justiça:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA QUE PERDURA ATÉ ESTE MOMENTO. MORA DA PROMITENTE VENDENDORA. REVELIA DECRETADA. AUSÊNCIA DE CAUSA IDÔNEA SUPERVENIENTE, CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR A JUSTIFICAR O INADIMPLEMENTO. DANOS MORAIS INCIDENTES NA HIPÓTESE, DECORRENTES DA FRUSTRAÇÃO, DO SOFRIMENTO E DA INSEGURANÇA A QUE FOI SUBMETIDA A APELADA. A INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS DEVE REPRESENTAR COMPENSAÇÃO RAZOÁVEL PELO CONSTRANGIMENTO EXPERIMENTADO, CUJA INTENSIDADE, ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES DE CADA CONFLITO DE INTERESSES, DEVE SER CONSIDERADA PARA FIXAÇÃO DO SEU VALOR. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJRJ. 0059403-87.2003.8.19.0001 - APELAÇÃO DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 26/10/2010 - QUINTA CÂMARA CÍVEL).

As rés devem, via de consequência, indenizar os autores pelo descumprimento de suas obrigações contratuais primárias.

Os danos morais restaram evidenciados, e decorrem da frustração à legítima expectativa dos consumidores, com ênfase no fato de que o imóvel foi adquirido para moradia, devendo a ré reparar os danos causados àqueles, conforme previsto no art. 6º VI CDC.

Como regra geral, o CC/2002, no art. 944, parágrafo único⁴, especifica, como parâmetros para o cálculo da verba, a gravidade da culpa e o dano.

Na seara consumerista, a fixação da indenização deve atender, também, ao caráter preventivo e pedagógico da medida, para que o fornecedor evite reincidir na violação dos direitos dos consumidores.

Tem-se, portanto, e na esteira dos parâmetros desta Corte, que o valor fixado na sentença atende às peculiaridades do caso concreto, devendo ser prestigiado. Veja-se, nesta linha, o aresto a seguir colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - Direito do consumidor. Aquisição de unidade imobiliária em construção. Entrega das chaves que se deu com atraso de aproximadamente dois meses. Pretende a autora o ressar-

4 CC/02: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

cimento de danos materiais e morais. - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido pra condenar a ré ao pagamento do valor de R\$15.000,00 a título de danos morais, bem como a pagar os valores gastos com aluguel de imóvel e guarda móveis. - Apelo da demandada sustentando a improcedência do pedido, a inoccorrência de danos morais ou, alternativamente, a redução de seu quantum, além da não comprovação de danos materiais. - Ilícito contratual evidenciado. Descumprimento do prazo para entrega. - Configuração dos danos morais alegados. - Verba indenizatória elevada, merecendo, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se, ainda, o postulado da vedação ao enriquecimento sem causa, ser reduzida para R\$ 6.000,00 (seis mil reais). - Documentos que comprovam o dano material. -Aplicação do disposto no art. 557 § 1º-A, do CPC. - PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJRJ. 0136551-67.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 09/06/2010 - QUARTA CÂMARA CÍVEL).

Diante da modificação que ora se propõe, não há razão para que os ônus da sucumbência sejam compensados, já que as autoras saíram-se vencedoras na quase totalidade dos pedidos que deduziram na ação, incidindo, por conseguinte, o parágrafo único do art. 21 CPC.

Almejam, ainda, as autoras a majoração dos honorários advocatícios para 20%, o que deve ser afastado, já que as ações de revisão de contrato imobiliário são reiteradas nessa Corte, contando a matéria com vasta jurisprudência, o que minora a complexidade da causa. Por outro lado, não é necessária a produção de qualquer prova, a não ser a estritamente documental e o trâmite do feito, por tal fato, é ordinariamente célere.

Neste contexto, não se justifica a majoração dos honorários advocatícios.

Isso posto, voto pelo **DESPROVIMENTO** do primeiro apelo, e pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do segundo, para condenar as rés a repetir os

valores cobrados a título de correção monetária, juros de mora e multa incidentes sobre o saldo devedor, que só incidirão entre o fim do período de prorrogação e a efetiva entrega do habite-se, valor a ser apurado em liquidação, condenando, outrossim, as rés ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

DES. CRISTINA TEREZA GAULIA

RELATOR ◆