TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
00796005

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 302.535-4/8-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante CANTON UNA INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA., sendo apelados ANTÔNIO ROBERTO DE SOUZA ARANHA e OUTRA:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento, em parte, ao recurso, v. u.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CARLOS STROPPA (Presidente, sem voto), MAIA DA CUNHA e TEIXEIRA LEITE.

São Paulo, 31 de março de 2005.

ÊNIO ZULIANI
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 7999
APEL.Nº: 302.535-4/8
RELATOR DES. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado)
COMARCA: SÃO PAULO
APTE. : CANTON UNA INCORPORAÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA.
APDO. : ANTONIO ROBERTO DE SOUZA ARANHA (E OUTRA)

Execução de sentença – O Tribunal poderá, sem ofensa aos limites da lide [arts. 128, 460 e 610, do CPC], se servir da cognição do processo executivo aberto para cumprimento da transação homologada e adjudicar aos autores a unidade residencial negociada com preço pago, estabelecendo multa diária para que a incorporadora providencie a baixa da hipoteca que inscreveu sobre o terreno no qual o condomínio edilício se ergueu, resolvendo, dessa forma, o conflito das partes, com a transferência do domínio por carta de sentença – Provimento, em parte, para cancelar a multa e deliberar no sentido da adjudicação.

Vistos.

ANTÔNIO ROBERTO DE SOUZA ARANHA e sua esposa, MIRELLA MARIA HESPANHOL, ingressaram com ação contra Bartyra Rodrigues Torres e Canton Una Incorporações e Participações Ltda., objetivando alteração de cláusulas contratuais. Essa ação terminou com a transação elaborada na ata de audiência de fl. 188/189, do apenso, quando o casal acertou as pendências relacionadas com o pagamento do preço da aquisição do apartamento com Bartyra [vendedora], mediante aprovação da Canton, que se obrigou a outorgar escritura definitiva para que o domínio se consolidasse.

Antônio e Mirella não receberam a escritura definitiva. Foi agendada data em Cartório preparado para lavrar o ato, com a intimação de

Canton [fl. 252], por Oficial de Justiça, para que se cumprisse a formalidade, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00. No dia assinalado a Canton não compareceu, conforme da escritura que registrou a ausência [fl. 236 e verso].

CANTON ingressou com embargos à execução argumentando: a: que não foi citada, na forma do art. 632, do CPC; b: inocorrência de mora, devido a existir uma hipoteca, em favor do Bradesco, que os compradores não aceitam a transferência [cita o art. 251, da Lei 6015/73] e c: que a multa, de valor excessivo, deve ser reduzida e ter sua incidência a partir da data em que for citada.

O douto Juiz rejeitou os embargos, o que motivou o presente recurso de apelação.

É o relatório.

A hipoteca que a incorporadora celebrou com o Bradesco antes de comercializar as unidades autônomas [ver matrícula 119.917, do Décimo Oitavo Cartório de Registro de Imóveis da Capital – fl. 44 e verso] não interfere com o direito do compromissário comprador, com preço quitado, de receber a escritura definitiva de venda e compra do apartamento, cujo registro consolidará o direito real de propriedade [art. 1245, *caput* e § 1º, do CC, de 2002].

Essa é uma verdade jurídica declarada pela jurisprudência que, chamada a se pronunciar em casos do gênero, considerou que o compromissário comprador é digno de tutela jurídica ampla devido a quitação que realizou e pelo seu proceder de boa-fé. Os julgados levaram em conta, igualmente, que os bancos credores adotam, ao aceitar a hipoteca de coisas futuras [unidades em construção], certos de que elas serão vendidas para terceiros, um comportamento censurável e extremamente perigoso para a segurança dos negócios imobiliários, exatamente porque a surpresa da garantia real pesando sobre a acessão introduzida no terreno hipotecado pela incorporadora, cria embaraços para o exercício pleno dos direitos de propriedade.

50.18.025

Havia e há uma forte discussão para não considerar integrada na hipoteca que pesa sobre o terreno a receber o prédio de incorporação, o apartamento que nele se ergue, devido ao art. 236, da Lei 6015/73, que possibilitaria interpretação de que uma nova hipoteca, sobre a unidade com "habite-se", seria indispensável para que a oneração incidisse sobre a coisa nova. O art. 1488, do novo CC, acabou com a dúvida, anotando que a hipoteca do apartamento somente valerá com a anuência do comprador, na proporção de sua quota adquirida.

Contudo, existem casos antigos que necessitam de resolução, como esse que trouxe o processo ao Tribunal. Já assinei Acórdão considerando ineficaz, para o comprador, a hipoteca do terreno da incorporação [Ap. 219.991-4/8, DOESP 30.07.2002, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 19, p. 93, verbete n. 1901]. O colendo STJ declarou, igualmente, que "a hipoteca instituída pela construtora ao agente financiador, que recai sobre unidade de apartamentos, é ineficaz perante os promissários-compradores, a partir de quando celebrada a promessa de compra e venda" [Resp. 505.407 GO, Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 4.10.2004, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 32, p. 131, verbete n. 3122].

Não há, portanto, razão alguma para acolher a justificativa da apelante, cujo dever é o de outorgar a escritura para que o negócio, integralmente quitado, se consume para satisfazer as expectativas contratuais legítimas do compromissário comprador. É importante acusar um dado importantíssimo para o julgamento, qual seja, a de que não existir prova de que o Bradesco, credor hipotecário, esteja criando obstáculos para que se lavre a escritura, até porque não poderia o banco se opor ao ato ou ao registro da escritura. O Bradesco sofrerá reveses em todas as manifestações que se fizer contra o direito dos compromissários compradores, alerta a jurisprudência.

No extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil ocorreu um julgamento em que se discutia o direito de o compromissário receber a escritura,

50.18.025

quando foi anotado, com invulgar propriedade, o fato de não ter o credor hipotecário notificado os compromissários compradores para que eles pagassem o preço do contrato ao banco credor, uma providência salutar para amortizar a dívida hipotecária; assim, considerou a Turma Julgadora, o banco comete abuso de direito ao executar e penhorar as unidades autônomas adquiridas por terceiros [Ap. 924.707-4.4, j. 10.12.2003, Juiz Gomes Corrêa, *in RT* 827/261].

Ora, tendo a Canton perfeita compreensão da jurisprudência dominante, amplamente favorável aos compromissários compradores, não poderia recusar a outorga da escritura definitiva com o pretexto de que a hipoteca é empecilho para o ato notarial. Não o é, reafirma o colendo STJ [Resp. 401.252 SP, DJU de 5.8.2002, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in* RSTJ 163/404]: "Na incorporação de imóvel, é ineficaz a cláusula que institui hipoteca em favor do financiador da construtora da unidade alienada e paga por terceiro adquirente".

Resulta, do exposto, que a apelante não cumpriu os termos da transação homologada, submetendo-se, com essa resistência, aos preceitos executórios. A multa [*astreinte*] deveria ser imposta com expressão financeira significativa, devido a representar um mecanismo de pressão para que se respeitem os comandados judiciários, evitando que a desobediência dissemine uma falsa noção de impunidade civil. Há um risco de deformação da missão institucional do Judiciário com o não cumprimento das ordens definitivas, pelo que a multa atua com eficiência para persuadir o devedor a cumprir, quando possível, a sentença que se executa.

É preciso, no entanto, investigar se essa penalidade foi bem aplicada. A Canton foi intimada para se dirigir ao Cartório designado para lavrar a escritura e, no dia agendado, faltou, frustrando a intenção do casal adquirente e da cessionária [Bartyra], que lá estavam com a documentação preparada.

A intimação ocorreu no dia 2 de agosto de 2001 [fl. 252, último apenso], enquanto que a data para a escritura era de 6 de agosto de 2001. Não

50.18.025

ocorreu ofensa ao art. 632, do CPC, pois essa regra foi escrita para dar início a uma execução de título extrajudicial, quando, por princípio de justiça, caberá uma citação para que a parte exerça seu direito de defesa previsto no art. 5º, LV, da CF. Aqui, no entanto, trata-se de um procedimento típico das ações mandamentais ou executivas *lato sensu*, em que na gênese do título executivo criado pela sentença, ou pelo acordo homologado, se faz explícita a carga executória a exercer imediata coerção por execução dinâmica, sem a burocracia do sistema convencional. A citação formal é dispensada, porque o devedor possui plena convicção e conhecimento da natureza do ato a ser realizado.

O grande desafio deste processo está em encontrar uma solução que resolva, de vez, os problemas dos litigantes. Não se deve ignorar que o Estado-juiz assumiu a missão, ao homologar o acordo das partes, de destrinchar, da mais eficiente forma possível, o conflito das partes. Esse é um dever institucional [art. 5º, XXXV, da CF], agora agravado pelo fator tempo, visto que a Emenda Constitucional 45, de 2004, obriga que a tutela seja concedida em prazo razoável [art. 5º, LXXVIII, da CF]. A homologação, embora nada resolva porque simplesmente declara o efeito extintivo da relação jurídica resolvida pelo acordo das partes, encerra um negócio com reflexos processuais. O Juiz deve fazer respeitar a sua sentença homologatória, com o mesmo rigor que atua para fazer valer as sentenças tradicionais que emite.

É sabido que o Juiz, pela tutela específica, supre os efeitos da recusa do contratante desidioso, emitindo uma sentença que substitui o título não outorgado pela parte. Esse instrumento surgiu com a adjudicação compulsória do Decreto 58, de 1937 [art. 22], até ser consolidado nos arts. 639 e 461, do CPC. Nada obsta, portanto, que o Tribunal aplique esses enunciados para, servindo-se da cognição da execução não satisfeita, expedir a sentença que, registrada, terá o mesmo valor e função da escritura que transfere o domínio ao comprador.

A execução específica é uma construção jurídica derivada da evolução do direito, porque resolve o grave problema do não cumprimento da

50.18.025

obrigação exigível. POTHIER advertia que deveria ser emitida uma sentença, diante da recusa do vendedor de concluir o contrato-promessa, que valesse como escritura, por constituir prática que "está más en armonía con la fidelidad que debe reinar entre los hombres para el cumprilimento de sus obligaciones" [*Tratado del contrato de venta*, Buenos Aires; Atalaya, 1948, p. 239, § 480]. Para MICHELE, deverá o juiz expedir esse pronunciamento constitutivo, sempre que tal providência não for excluída pelo título, bastando que se confirme "la violación de la obligación" [*Derecho Procesal Civil*, tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1970, III, p. 369].

Estão presentes os pressupostos para a tutela específica. Poder-se-ia cogitar, ao ser emitida, de ofensa ao princípio dispositivo [arts. 128 e 460, do CPC], porque os credores não formularam pedido de adjudicação compulsória. Ocorre que o resultado está inserido no objeto da lide [execução] e nada impede que o Tribunal conceda a tutela específica que o direito material anseia. Verifica-se que o compromisso de venda e compra está com o preço quitado e a incorporadora não ostenta motivo justo para a recusa da outorga da escritura pública, que é ato essencial de validade do negócio. A cessionária [Bartyra] concorda e o motivo constante da escritura [fl. 69] de se respeitar a hipoteca, enquanto ela estiver acesa, é considerada cláusula não escrita pela jurisprudência do STJ [RSTJ 163/410].

Resulta que a r.sentença deveria ter construído esse dispositivo, que, aliás, é a única composição compatível com a finalidade da execução. A transação homologada não merece flutuar como obra pendente, como se tivesse sido firmada para postergar a solução do litígio; ela substitui a sentença tradicional que não foi emitida por consenso das partes, o que obriga o Judiciário a atuar de modo a não permitir que sobreviva remanescente residual da vontade sem cumprimento efetivo.

Emitindo sentença que vale para registro, os autores conseguem o cumprimento da transação homologada. Não inovar, agora, seria o

50.18.025

mesmo que encaminhar as partes para uma outra demanda voltada à outorga da escritura que resolva a pendência, o que parece ilógico diante da oportunidade de se encerrar o impasse neste procedimento. Afinal, todos estão de acordo com a transmissão do domínio; emperra a solução o problema da hipoteca que a Canton mantém com o Bradesco.

É evidente que a solução poderia sugerir a falsa impressão de que o infrator, no caso a apelante Canton, estivesse sendo beneficiada, devido a não ter mais a obrigação de outorgar escritura ou resolver a pendência com o Bradesco. Essas questões são secundárias e não interessam para a ideologia do processo. O importante é que a Canton responderá pelo comportamento desidioso, vez que não se poderá esquecer da função da multa diária de R$ 5.000,00, que o douto Juiz admitiu em caso de não cumprimento.

Ocorre que o verdadeiro sentido da multa não seria producente em se aplicando da forma como disposto na r. sentença, mas, sim, direcionada para o futuro. O Tribunal, certo de que a hipoteca celebrada para com o Bradesco, não poderá restringir o direito dos autores, vai aproveitar da execução para, nos limites do art. 610, do CPC, adjudicar o imóvel, servindo o presente Acórdão como sentença que possibilitará o registro. No entanto, a providência não atingirá o seu desiderato enquanto não der baixa da hipoteca em relação ao apartamento que os autores adquiram e, nesse instante, a eficácia da multa será importantíssima para remover esse último obstáculo que afeta a plenitude do direito contratual.

A Turma Julgadora concede 20 dias a partir da data em que se fizer a intimação da Canton para que ela providencie a baixa da hipoteca em relação a unidade dos autores, o que permitira que a carta de sentença tenha acesso ao registro imobiliário, sob pena de incidir, a partir do vigésimo primeiro dia, em multa diária de R$ 5.000,00. A multa que se pretendeu aplicar não teria efeito positivo, porque não poderia pressionar a Canton a tomar uma medida pronta para que a solução jurídica se concretizasse. Agora, não mais existe nada que

comprometa o seu agir com lealdade para o bem de vida do processo resolvido, de sorte que a multa será útil no caso de persistir a recusa na limpeza da matrícula.

Pelo exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso e cancela-se a multa que foi aplicada a Canton; em conseqüência, declara-se adjudicado para os credores, ANTÔNIO ROBERTO DE SOUZA ARANHA e sua esposa, MIRELLA MARIA HESPANHOL, o apartamento n. 83, do edifício Príncipe do Canadá, indicado como sendo da matrícula 145.529 [fl. 53, verso, dos embargos], servindo essa sentença como título de transferência do domínio e registro imobiliário. Deverá a Canton providenciar a baixa da hipoteca para que o registro da carta de sentença ocorra sem restrições para os credores, no prazo de 20 (vinte) dias a contar da data em que for intimado para tal fim, sob pena de pagar, a partir do vigésimo primeiro dia, multa diária de R$ 5.000,00 que incidirá cumulativamente enquanto persistir sua desídia. Os demais dispositivos da r. sentença ficam mantidos.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator

50.18.025