



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000287940

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003319-24.2018.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que são apelantes DEIVID VASQUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e JAQUELINE SANATANA BARRAS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO PAN S/A, PARQUE GABRIEL RESIDENCIALLE - INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS SPE LTDA e TOYA MARTINS PLANEJAMENTO E CONSULTORIA IMOBILIÁRIA LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE MARCONDES (Presidente) E ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 19 de abril de 2021.

ENÉAS COSTA GARCIA
Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 1003319-24.2018.8.26.0229

Apelantes: Deivid Vasques da Silva e Jaqueline Sanatana Barras
Apelados: Banco Pan S/A, Parque Gabriel Residencial - Incorporações
Imobiliárias Spe Ltda e TOYA MARTINS PLANEJAMENTO E
CONSULTORIA IMOBILIÁRIA LTDA.
Comarca: Hortolândia
Juiz: Luis Mario Mori Domingues

Voto nº 4.245

Apelação. Compromisso de compra e venda de imóvel. Resolução por fato imputável ao promitente-vendedor. Acolhimento. Efeito restitutivo da resolução.

Cessão fiduciária do crédito representativo do preço, para garantia do financiamento concedido. Legitimidade passiva do cessionário, que suporta as consequências na sua esfera jurídica da resolução do contrato do qual deriva o crédito cedido. Aferição da legitimidade passiva ad causam à luz da teoria da asserção.

Responsabilidade solidária do cessionário pela restituição das parcelas do preço recebidas na cessão de crédito. Resolução do contrato que opera efeitos *ex tunc*, com restituição dos valores percebidos. Efeito que alcança o cessionário, o qual tem conhecimento das circunstâncias ligadas à origem do crédito e compõe o contrato coligado de venda e financiamento. Responsabilidade limitada aos valores recebidos em razão da cessão.

Lucro cessante. Não cabimento. A indenização devida ao credor que demanda resolução (art. 475 do Código Civil) diz respeito ao interesse negativo do contrato. A resolução produz efeito liberatório da prestação das partes. Havendo contrato bilateral não se mostra admissível que a parte inocente, que demandou a resolução e que fica livre da obrigação de cumprimento da sua prestação, pretenda receber indenização de lucro cessante pela não fruição do bem (interesse positivo do contrato) cuja aquisição não se completou e pelo qual a parte não realizará pagamento. Indenização excluída. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de apelação interposta contra sentença (fls. 145/150) que julgou parcialmente procedente ação de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel em razão de inadimplemento do vendedor.

Recorrem os autores (fls. 165/178) pleiteando



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconhecimento da legitimidade passiva e responsabilidade solidária do Banco requerido, bem como condenação dos réus ao pagamento de indenização pelo lucro cessante.

Recurso bem processado e respondido (fls. 181/191).

É o relatório.

A assistência judiciária foi expressamente deferida aos autores (fls. 75).

Respeitado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, o recurso comporta parcial provimento.

O banco requerido é legitimado passivo para a causa, considerando a imputação de responsabilidade constante da inicial e sua submissão, ainda que parcial, aos efeitos da resolução do contrato.

As condições da ação - e especialmente a legitimidade *ad causam* - são aferidas, conforme a teoria da asserção, de acordo com o alegado pela parte. O juiz deve verificar, de forma hipotética, se as pessoas indicadas seriam aquelas titulares da relação material discutida no processo, pressupondo como verdadeiros os fatos alegados pelo autor. É o quanto basta para o reconhecimento da legitimidade *ad causam*. Verificar, in concreto, se realmente são verdadeiros os fatos alegados é matéria do mérito e eventual incongruência gera a improcedência do pedido.

Neste sentido a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial, in Temas de direito processual, primeira série, p. 200): "*O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das 'condições da ação' –, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória."

Além de a parte autora atribuir responsabilidade ao corréu, é incontroverso que o crédito oriundo do compromisso foi cedido ao banco, de modo que a resolução do contrato implica, ao menos, interrupção dos pagamentos do crédito cedido ao requerido, o que por si já é suficiente para determinar a necessidade de sua inclusão no polo passivo da ação.

No mérito, assiste parcial razão aos apelantes, havendo responsabilidade da instituição financeira pela restituição dos valores que recebeu na cessão de crédito.

A controvérsia reside na responsabilidade da cessionária do crédito, relativo às prestações do compromisso de compra e venda, no caso de resolução do contrato por fato imputável ao promitente-vendedor e cedente.

A cessão fiduciária do crédito não implica cessão de posição contratual, razão pela qual a cessionária não passa a ocupar a posição de vendedora/incorporadora, não sendo responsável por reparação dos danos que sejam decorrência do inadimplemento do contrato de incorporação imobiliária.

Neste sentido o art. 31-A, §12 da Lei nº 4.591/94: "*§ 12. A contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).*"

Não há, portanto, responsabilidade do cessionário por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

danos oriundos do inadimplemento do incorporador/vendedor, inexistindo responsabilidade solidária e nem integração na cadeia de consumo pelo simples fato de atuar como agente financeiro da incorporação.

Situação diversa diz respeito aos valores percebidos quanto ao crédito cedido.

Justamente por não haver cessão da posição contratual, figurando a instituição financeira como cessionária do crédito oriundo do compromisso, a resolução deste interfere diretamente no ativo negociado com a cessionária.

Resolvido o compromisso surgem duas consequências para o crédito objeto da cessão: a interrupção dos pagamentos futuros e a restituição *ex tunc* do contrato, com restituição dos valores percebidos.

Em princípio a resolução do contrato cedido (compromisso) acarreta efeitos *ex tunc*, inerentes à resolução contratual, sendo as partes recolocadas no estado anterior, o que implica efeito restitutivo das prestações pagas pelo compromissário-comprador.

Poder-se-ia objetar que os efeitos retroativos não poderiam prejudicar terceiro de boa-fé, autônomo em relação ao negócio.

Porém, no caso *sub judice* a instituição financeira não pode invocar desconhecimento do fato e nem é propriamente terceiro, pois há contrato coligado de incorporação/venda e financiamento, tendo a cessionária pleno conhecimento de que o crédito cedido decorre da obrigação subjacente a cargo do incorporador, consistente na construção e entrega da unidade.

Assim, a eficácia *ex tunc* da resolução alcança também a cessionária, razão pela qual deve restituir os valores recebidos, ressalvado seu direito de regresso contra o cedente que transmitiu o crédito em garantia.

A respeito do tema precisa a lição do Desembargador Francisco Loureiro:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"De qualquer modo, sabe perfeitamente a securitizadora, na qualidade de cessionária do crédito, que se encontra sujeita à sorte do contrato, de modo que será afetada por sua nulidade, ou mesmo extinção por inadimplemento da cedente.

"Sabido que a resolução tem efeito ex tunc, vale dizer, desfaz a relação obrigacional e retroage à data da celebração do contrato, exceto no tocante aos contratos de execução continuada.

"No dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução produz efeitos liberatórios e recuperatórios. Produz a liberação de ambas as partes, que retornam ao estado anterior. Produz o direito à restituição das prestações já pagas, que, no caso do compromisso de venda e compra, implica a devolução da coisa ao promitente vendedor e do preço ao promitente comprador (Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor, 2ª. Edição AIDE, p. 259).

"Pois bem.

"A securitizadora ÁPICE é afetada pela resolução do contrato quanto a dois aspectos de seu crédito: (i) o crédito das parcelas vincendas do preço perde exigibilidade; (ii) é obrigada a restituir as parcelas que já recebeu do promissário comprador correspondentes ao crédito vencido.

"A restituição das parcelas do preço crédito cedido que já recebeu não deriva de seu próprio inadimplemento, até porque é mera cessionária de crédito, e não da posição contratual.

"A prestação restituitória tem origem na força ex tunc da resolução, que inaugura relação de liquidação e faz as partes retornarem ao estado anterior.

"Nessa operação de liquidação que nasce da resolução a securitizadora ÁPICE tem a obrigação de restituir as parcelas do preço que recebeu.

"Cabe-lhe, é claro, direito de regresso em face das cedentes (...)"

Este Tribunal já teve oportunidade de reconhecer a responsabilidade da cessionária pela restituição dos valores percebidos em razão da resolução do contrato do qual se originou a cessão:

"Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da obra. Rescisão e indenização. Cessão fiduciária do crédito representativo do preço, para garantia do financiamento concedido. Cessionário que responde pela devolução das parcelas no limite do quanto por ele recebido. Ausência, porém, de corresponsabilidade pela indenização. Sentença em parte revista. Recurso parcialmente provido."

(TJSP; Apelação Cível 1002802-87.2016.8.26.0229; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Cível; Data



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do Julgamento: 30/07/2019; Data de Registro: 01/08/2019).

"CONTRATO – Compra e venda de imóvel em construção – Cessão fiduciária dos direitos creditórios da alienação do empreendimento imobiliário – Atraso na entrega das obras – Rescisão – Lucros cessantes – Legitimidade passiva "ad causam" do banco cessionário, que passou à gestão direta dos recebíveis imobiliários – Responsabilidade solidária pelo atraso na entrega da obra de que não se cogita – Condenação no pagamento de lucros cessantes afastada – A responsabilidade do cessionário fiduciário limita-se à devolução das parcelas por ele recebidas, o que, no caso, poderá ser apurado em sede de liquidação de sentença – Inteligência dos arts. 266 c/c 275, CC – Hipótese em que a cessão fiduciária ocorreu antes do contrato de compra e venda, denotando que todas as parcelas foram destinadas diretamente à instituição financeira – Pedido procedente em parte com relação ao cessionário – Sucumbência recíproca – Sentença alterada – Apelação provida em parte. (TJSP; Apelação Cível 1002166-24.2016.8.26.0229; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Criminal da Comarca de Hortolândia; Data do Julgamento: 17/12/2019; Data de Registro: 18/12/2019).

Em síntese, responde a cessionária (instituição financeira) solidariamente pela restituição dos valores que recebeu em razão da cessão de crédito, não sendo responsável por valores pagos diretamente à promitente vendedora antes ou após a cessão.

Não procede o pedido de indenização de lucro cessante.

Apesar de o art. 475 do Código Civil estabelecer que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato e indenização por perdas e danos, estes danos estão ligados ao chamado interesse negativo do contrato, ou seja, prejuízos que decorrem do desfazimento do negócio.

Ressalvadas exceções muito específicas, não cabe indenizar o interesse positivo, ou seja, conferir à parte o resultado que seria obtido caso o contrato fosse cumprido.

Por força da resolução se verificam três efeitos: a) liberatório; b) restitutivo e c) indenizatório.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pelo efeito restitutivo as partes devem ser recolocadas *no statu quo ante*, o que significa restituição dos valores pagos e bens recebidos em razão do contrato.

Conforme o efeito liberatório a parte fica desobrigada de cumprir sua obrigação no contrato.

O efeito indenizatório consiste na reparação dos prejuízos decorrentes da frustração do contrato, a perda que a parte suporta em decorrência do inadimplemento da contraparte.

O contrato é bilateral e o credor que pede a resolução também tinha prestação a ser cumprida, da qual ficou liberado em razão da resolução.

O contrato ficaria desequilibrado se a parte inocente pudesse se exonerar do cumprimento de sua obrigação e ao mesmo tempo exigir, a título de indenização, o benefício que lhe seria cabível caso o contrato fosse cumprido, o que dependeria do efetivo cumprimento da sua própria contraprestação.

Nesse sentido a doutrina de ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA & GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES (Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento, p. 401. In: *Inexecução das obrigações*. Coord. ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA & GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES):

"Não se trata, note-se bem, de colocar o credor na situação hipotética em que estaria caso o contrato inadimplido houvesse sido cumprido, o que significaria indenizá-lo com base no interesse positivo. O interesse positivo - também conhecido como "interesse de cumprimento" - consiste na "vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante". Semelhante raciocínio revela incoerência entre os efeitos da resolução: como se pode, de um lado, pretender, com o efeito restitutivo, reconduzir as partes à situação em que estariam se não tivessem celebrado o contrato e com o indenizatório, à situação hipotética em que estariam se esse mesmo contrato tivesse sido regularmente adimplido? A situação hipotética que o efeito indenizatório busca reconstruir é aquela que, assim como o efeito restitutivo, ignora a existência do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contrato descumprido, ou seja, é aquela situação que teria se concretizado caso esse contrato sequer tivesse sido firmado. Trata-se, por conseguinte, de indenizar o credor tomando como parâmetro o interesse negativo - ora referido pela alcunha "interesse de confiança" -, não já o positivo".

No caso *sub judice* o autor não realizará o pagamento do preço, recobrando a integralidade do que foi pago, contudo, pretende receber indenização de lucro cessante pela não fruição da coisa, bem este pelo qual deveria pagar o preço de aquisição, o que não irá ocorrer.

Não há, portanto, lugar para indenização de lucro cessante.

Em relação ao requerido Banco Pan houve sucumbência recíproca, considerando a limitação da responsabilidade.

Assim, responde o réu pelo pagamento de metade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor de sua condenação.

Os autores respondem perante o Banco Pan pela outra metade de custas e despesas processuais, bem como por honorários fixados em 10% do valor do pedido de lucro cessante, observada a assistência judiciária.

Em relação aos demais requeridos não há alteração da sucumbência.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso.

Enéas Costa Garcia
Relator