



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000400800

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2079850-35.2024.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que são agravantes ELIUZA LOPES PENIDO, ROGÉRIO HUMBERTO RIBEIRO PENIDO e PENIDO CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA, são agravados MARIA MARTA KAVALIERIS DA CUNHA, WILSON FLORIDO FERREIRA, MARLENE ELIAS FERREIRA, TEREZINHA DA CUNHA NEME, JOSÉ DIRCEU DA CUNHA, ELAINE PINTO DA CUNHA SOUSA e RISCALA BENEDITO NEME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª 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 ALBERTO GOSSON (Presidente sem voto), AUGUSTO REZENDE E MÔNICA DE CARVALHO.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

ENÉAS COSTA GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2079850-35.2024.8.26.0000

Agravantes: Eliuza Lopes Penido, Rogério Humberto Ribeiro Penido e Penido Construtora e Pavimentadora Ltda

Agravados: Maria Marta Kavalieris da Cunha, Wilson Florido Ferreira, Marlene Elias Ferreira, Terezinha da Cunha Neme, José Dirceu da Cunha, Elaine Pinto da Cunha Sousa e Riscala Benedito Neme

Interessado: EXM Partners Assessoria Empresarial Ltda

Comarca: São José dos Campos

Juiz: Eduardo de França Helene

Voto nº 12.358

DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DO DANO INDENIZÁVEL. PARCIAL PROVIMENTO.

I. Caso em Exame

Agravo de instrumento interposto contra decisão em liquidação de sentença que nomeou perito judicial, determinando que os honorários sejam arcados pelo devedor e que o laudo siga parâmetros apontados pelos credores.

A agravante se insurge contra o critério adotado para liquidação do dano, considerando que não se deveria fixar a indenização com base no valor total dos lotes que seriam alienados no caso de implantação do loteamento. Insurge-se a agravante contra a parte da decisão que lhe atribuiu dever de arcar com o custeio da prova pericial.

II. Questão em Discussão

A questão em discussão consiste em determinar o critério adequado para liquidação das perdas e danos, considerando se deve ser adotado o valor de venda dos imóveis do futuro loteamento ou o valor do imóvel transferido, e a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

III. Razões de Decidir

A indenização por perdas e danos deve corresponder ao valor do imóvel transferido, não ao lucro total hipotético do loteamento.

O dano deve ser direto e imediato e mesmo quando se trata de lucro cessante não basta a possibilidade, havendo necessidade de grande probabilidade.

O negócio celebrado era de risco, tendo os exequentes alienado o imóvel na expectativa de recebimento do percentual sobre a venda dos lotes.

Não se pode desconsiderar o risco e assegurar como indenização o valor que seria obtido com a venda de

todos os lotes, pois se trata de fato imprevisível, não sendo possível assegurar que o negócio seria tão bem sucedido a ponto de todos os lotes serem alienados prontamente.

Indenização que deve corresponder ao valor do imóvel transferido, inclusive apurando qual seria a valorização deste para implantação de loteamento.

A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais na fase de liquidação de sentença cabe à parte sucumbente, conforme entendimento do STJ, inexistindo incorreção na decisão agravada.

IV. Dispositivo

Recurso parcialmente provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em oposição à r. decisão de fls. 67/68, proferida em liquidação de sentença, a qual nomeou perito judicial, determinou que os honorários deverão ser arcados pelo devedor e que o laudo deverá seguir os parâmetros indicados pelos credores.

Alega a agravante que: a) se trata de execução de obrigação de fazer, decorrente de contrato de parceria para implementação de loteamento urbano; b) cabia à agravante implementar loteamento, em gleba de terras pertencente aos agravados; c) a agravante enfrentou diversos obstáculos para viabilizar o loteamento, com ações judiciais de coproprietários da gleba, processos de desapropriação de parte da área, mudanças na lei de zoneamento e a crise econômica que culminou com o processo de recuperação judicial da empresa; d) houve comprovação de que a agravante dispensou todos os esforços cabíveis para viabilizar o loteamento, dispensando vultosa quantia para tanto; e) em que pese não existir previsão de termo para o cumprimento da obrigação, houve decisão judicial para conversão da obrigação de fazer em perdas e danos; f) a r. decisão agravada determinou a realização de perícia, determinando que o perito observe os parâmetros indicados pelos credores, sem permitir discussão pela agravante quanto aos critérios justos para estabelecimento do crédito a ser liquidado, violando a isonomia das partes; g) o contrato de parceria estabelecia a divisão dos lucros dos lotes efetivamente vendidos, de maneira que ambas as partes se beneficiariam com o valor agregado pelo empreendimento; h) os agravados assumiram o risco do negócio,

assim como fizeram os agravantes que investiram milhões de reais no empreendimento; i) os agravados não podem receber a totalidade dos lucros como se o loteamento tivesse sido concluído, pois haveria enriquecimento sem causa em detrimento da agravante que suportaria o ônus do empreendimento não viabilizado, por circunstâncias alheias à vontade das partes; j) os agravados transferiram a propriedade à agravante em caráter *pro soluto*, cabendo indenização pela perda da propriedade, mas não pelos lucros cessantes, pois ambas as partes perderam pela não conclusão do negócio; k) os lucros cessantes são inerentes ao risco do negócio; l) houve avaliação judicial do imóvel *sub judice* na ação de recuperação judicial, a qual pode ser utilizada como base na aferição do valor devido aos agravados; m) em conformidade com o título executivo, as perdas e danos estão limitadas a 10% dos valores a que os agravados têm direito; n) os agravados Fábio e Shirislaine não figuraram no título executivo e são parte ilegítima para figurar no polo ativo da execução; o) houve indevida inversão do custos da perícia; p) foram os agravados que postularam a produção da prova pericial, motivo pelo qual devem arcar com o valor dos honorários do perito, em consonância com o disposto no art. 95 do CPC.

Assim, postulou: a) fixação das perdas e danos considerando o valor da cota parte do imóvel transferida à agravante; b) alternativamente, a determinação para que o perito judicial avalie os danos emergentes que devem ser pagos aos agravados; c) a determinação para que os agravados arquem com o valor dos honorários periciais.

Deferido o efeito suspensivo postulado (fls. 15), o recurso foi regularmente processado e respondido pela parte agravada (fls. 21/36).

É o Relatório.

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

Em 2005, as partes firmaram contrato de parceria para

construção de loteamento urbano, no qual os agravados transferiram à agravante 100 alqueires da “Fazenda São Bento”, correspondente a 10,444444% do imóvel objeto da matrícula nº 76.376 do CRI de São José dos Campos.

A agravante assumiu a obrigação de implantar o loteamento urbano.

O loteamento não foi implementado e em 2015 a empresa agravante ingressou com pedido de recuperação judicial, incluindo o imóvel *sub judice* como bem disponível para liquidar os débitos.

Assim, os agravados aforaram a presente ação de execução de obrigação de fazer, requerendo que a agravante fosse compelida a implementar o loteamento urbano, com pagamento de percentual de 30% do valor bruto da venda, que seria o resultado prometido aos exequentes no caso de cumprimento do contrato.

A agravante apresentou embargos à execução aduzindo que não houve inadimplemento, os quais foram julgados improcedentes, com reconhecimento de que a ré não tomou as providências necessárias para viabilizar o loteamento nos prazos definidos.

Todavia, com a notícia de que parte do imóvel foi desapropriada, houve conversão da obrigação de fazer em perdas e danos e a determinação de apuração do valor devido em liquidação por arbitramento.

Os agravados indicaram os parâmetros que entendiam que deveriam ser observados (fls. 635/638 - dos autos originários), segundo a qual:

“a) Primeiramente, deverá ser encontrado o valor total bruto, correspondente da venda de um loteamento urbano em área equivalente, **PRONTO E ACABADO**, na data de 12 de setembro de 2017;

b) Logo após, sobre este valor total bruto, deverá incidir o

percentual de 30% e posteriormente o percentual de 10,4444% (cota parte dos executados);

c) Por fim, sobre tais valores resultantes, incidir correção monetária e acréscimo de juros legais” (grifo no original).

A ré propôs critério diverso de indenização, que deveria ser pautado pelo valor do imóvel transmitido pelos exequentes.

O juízo *a quo* adotou o critério exposto pelos exequentes, o que deu ensejo ao presente recurso.

Não há que se falar em violação ao princípio da isonomia das partes, pois a r. decisão anterior de fls. 558/560 (dos autos originários) que converteu a obrigação em perdas e danos, abriu prazo para que ambas as partes apresentassem pareceres ou documentos elucidativos, existindo manifestação dos agravados e dos agravantes (fls. 563/564 e 618/621, dos autos originários).

A decisão agravada decidiu a questão controvertida, optando por um dos critérios apresentados, determinando que o laudo deve observar os parâmetros indicados pelos exequentes, apurando o valor bruto correspondente à venda do loteamento urbano, a fim de verificar o montante da cota parte pertencente aos credores.

Entendem a agravante que o valor da indenização por perdas e danos deveria corresponder apenas ao valor da cota parte do imóvel transferida pelos agravados à loteadora.

Data venia, assiste razão a agravante, não se podendo conferir indenização na forma reclamada pelos autores, o que corresponderia ao lucro total que seria obtido em todo o projeto contratual.

Foi estipulado que a contraprestação dos autores corresponderia a 30% do valor bruto apurado com a venda dos lotes.

Inegavelmente se tratava de negócio que envolvia risco. Não é possível assegurar que todos os lotes seriam vendidos.

Ainda que o inadimplemento culposo da ré atribua ao credor o direito a perdas e danos, as quais englobam o efetivamente perdido e o que razoavelmente se deixou de ganhar, é necessário que se estabeleça relação de probabilidade elevada quanto ao resultado futuro que se busca a título de indenização.

Como leciona PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, T. XXII, p. 214): "*Não basta a simples possibilidade. É preciso a grande probabilidade*".

Conforme o art. 403 do Código Civil, o dano deve ser certo, decorrer de forma direta e imediata do inadimplemento.

No caso *sub judice* os autores também assumiram o risco do negócio. Alienaram o imóvel em troca de contraprestação que era incerta. Não seria possível garantir a obtenção de resultado 100% positivo do negócio, com venda imediata de todos os lotes.

Mesmo com cumprimento rigoroso da obrigação, com a plena e tempestiva implantação do loteamento, não se poderia assegurar que todos os lotes seriam vendidos, ou vendidos pelo preço que o loteador imaginava, que a operação seria lucrativa.

Portanto, se mesmo sem o inadimplemento o lucro poderia não ser obtido não cabe considerar este fato como perda a justificar indenização.

Ainda a lição de PONTES DE MIRANDA (ob. cit., p. 215): "*Se, ainda sem o ato gerador de responsabilidade, o ganho não se teria produzido, não há pensar-se em indenização*".

No caso *sub judice* a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos corresponde ao prejuízo que decorre da não conclusão do loteamento e não necessariamente ao lucro que o loteamento poderia produzir se concluído, o que é incerto.

Portanto, sob pena de grave distorção e atribuição de indenização por lucro que não era assegurado, não deve ser adotado o critério proposto pelos exequentes.

O prejuízo a ser indenizado corresponde ao valor do imóvel que os autores transferiram e que foi incorporado ao patrimônio da ré, inclusive com avaliação do imóvel levando em consideração qual seria o valor do bem considerado o interesse em sua transformação em loteamento.

Em situação semelhante o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de afastar pedido de indenização pelo proveito que seria obtido com a implantação de incorporação, determinando a indenização do terreno com a consideração de seu valor de mercado inclusive para fins de futuro empreendimento imobiliário:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO - PERDAS E DANOS - INDENIZAÇÃO PELA NÃO-IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - DANO HIPOTÉTICO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO EM PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL - SÚMULA 7/STJ.

1. Impossibilidade de indenizar-se, em ação de desapropriação, expectativa de lucros advindos de implantação de empreendimento imobiliário, ainda que aprovado pelas autoridades competentes.
2. Na desapropriação, a indenização pelo valor de mercado já leva em conta o potencial de exploração econômica do imóvel.
3. Possibilidade de indenização por danos materiais, se comprovados.
4. Questão relativa ao prejuízo quanto à impossibilidade de implantação do projeto após a desapropriação que se insere no contexto fático-

probatório e que, por isso, esbarra no teor da Súmula 7/STJ.

5. Possibilidade de fixação de honorários em percentual inferior ao mínimo legal quando vencida a Fazenda Pública, sendo inviável, em recurso especial, reexaminar-se os elementos de fato que influenciaram no arbitramento da verba pelo Tribunal a quo (Súmula 7/STJ).

6. Recurso especial não conhecido."

(STJ - REsp n. 325.335/SP, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6/9/2001, DJ de 24/3/2003, p. 191.)

Assim, fica acolhido o recurso da agravante neste aspecto, afastando-se o critério de liquidação com base no valor de venda dos imóveis no caso de conclusão do loteamento, adotado, por outro lado, o critério de avaliação do imóvel transferido, inclusive considerando sua avaliação não apenas como imóvel rural, mas como imóvel potencialmente negociável para fins de implantação de loteamento.

Não comporta acolhimento a alegação da agravante de que deveria ser observada a multa contratual de 10% dos valores que os agravados fariam direito no empreendimento, pois não houve resolução do contrato por inadimplemento dos agravantes, mas conversão de obrigação de fazer (implementação do loteamento) em perdas e danos.

No que concerne aos honorários não procede o recurso.

As regras de pagamento dos honorários periciais da fase de conhecimento não são aplicáveis na fase de liquidação de sentença.

Na fase de liquidação de sentença (por arbitramento ou por artigos), cabe à parte sucumbente o dever de reembolsar o devedor pelas despesas antecipadas, de acordo com a regra do ônus de sucumbência, conforme entendimento consolidado pelo C. STJ (tema 871):

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA

CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. TELEFONIA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. ENCARGO DO VENCIDO. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: (1.1) "Na liquidação por cálculos do credor, descabe transferir do exequente para o executado o ônus do pagamento de honorários devidos ao perito que elabora a memória de cálculos". (1.2) "Se o credor for beneficiário da gratuidade da justiça, pode-se determinar a elaboração dos cálculos pela contadoria judicial". (1.3) "Na fase autônoma de liquidação de sentença (por arbitramento ou por artigos), incumbe ao devedor a antecipação dos honorários periciais". 2. Aplicação da tese 1.3 ao caso concreto. 3. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1274466/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 21/05/2014).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta E. 1ª

Câmara de Direito Privado:

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – Decisão que imputou à ré executada o ônus de custeio dos honorários periciais – Inconformismo desta – Não acolhimento – Questão preclusa – Entendimento sedimentado pelo C. STJ em julgamento do Recurso Especial Representativo de Recursos Repetitivos de que as regras do ônus da prova são aplicáveis apenas na fase de conhecimento – Responsabilidade que deve seguir o regime de sucumbência imposto no decisor executado – Hipótese em que foi reconhecida a sucumbência da ré – Honorários periciais que deverão ser custeados por ela – Recurso desprovido (TJSP; Agravo de Instrumento 2011820-16.2022.8.26.0000; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 15/06/2022).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Decisão que determinou a realização de prova pericial, carreado os honorários periciais à agravante – Hipótese em que, tratando-se de liquidação de sentença, incumbe à parte executada, sucumbente na fase de conhecimento, o ônus do pagamento dos honorários periciais – No caso, a perícia visa a aferir o valor das benfeitorias, que devem ser pagas pela agravante, e também o valor da indenização por ocupação do imóvel, que deve ser pago pelos agravados, sendo de rigor, portanto, o rateio do valor dos honorários periciais - Entendimento do STJ no Tema 871 – Decisão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reformada – Recurso provido em parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 2221206-23.2021.8.26.0000; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 17/12/2021; Data de Registro: 17/12/2021).

No caso *sub judice*, diante da sucumbência da agravante os honorários periciais deverão ser suportados pela agravante.

No mais, convém observar que a alegação de ilegitimidade de parte agravados Fábio e Shirislaine não foi objeto da r. decisão agravada, não podendo ser analisada no presente recurso.

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

Enéas Costa Garcia
Relator