



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

5

14

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

ACÓRDÃO



\*03263641\*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 991.06.054960-3, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes WAGNER ANTÔNIO LOPES (JUSTIÇA GRATUITA) e ELISABETE SANTOS LOPES sendo apelado BANCO ABN AMRO REAL S/A.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM, EM PARTE, OS EMBARGOS À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DOS DEVEDORES, COM OBSERVAÇÃO; DECLARA VOTO VENCEDOR O 2º JUIZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VIEIRA DE MORAES (Presidente sem voto), GILBERTO DOS SANTOS E GIL COELHO.

São Paulo, 30 de setembro de 2010.

**MOURA RIBEIRO**  
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
11ª Câmara de Direito Privado

**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

**COMARCA: SÃO PAULO – 1ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga**

**APELANTE(S): WAGNER ANTÔNIO LOPES e outro**

**APELADO(S): BANCO ABN AMRO REAL S.A.**

**JUIZ DE 1ª INSTÂNCIA: Dr. JOSÉ MANOEL RIBEIRO DE PAULA**

**VOTO Nº 17.019**

***EMENTA: Embargos à execução hipotecária rejeitados liminarmente (art. 739, II, do CPC) – Inconformismo dos embargantes firme nas teses de que (1) suportaram cerceamento de defesa e (2) os gastos com o tratamento médico de seu filho que faleceu em virtude de leucemia ainda na juventude, foi a causa do inadimplemento – Acolhimento – Descaracterização da mora diante de fato que não pode ser imputado aos embargantes – Aplicação do art. 963, do CC/16 – Exclusão da cobrança de juros moratórios e multa contratual no período de junho/02 a outubro/04 – Sucumbência a cargo do embargado – Matéria preliminar rejeitada – Recurso parcialmente provido, com observação.***

A grave doença de um filho acometido por leucemia e que em virtude dela faleceu é fato que desconcerta a vida financeira de qualquer família e serve para caracterizar o caso fortuito, permitindo o afastamento da mora dos devedores no período da moléstia.



PODER JUDICIÁRIO -  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
11ª Câmara de Direito Privado

**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

Da sentença que rejeitou liminarmente os embargos à execução hipotecária opostos pelos devedores contra o banco credor (art. 739, II, do CPC), sobreveio apelação daqueles firme nas teses de que (1) suportaram cerceamento de defesa e (2) os gastos com o tratamento médico de seu filho que faleceu em virtude de leucemia ainda na juventude, foi a causa do inadimplemento.

Recurso isento de preparo, recebido, processado e respondido.

**É o relatório.**

O recurso merece provimento parcial, respeitada a convicção do d. prolator da r. sentença.

Inicialmente, fica afastada a alegação dos embargantes de que houve cerceamento de defesa porque não lhes foi dada oportunidade para se manifestarem acerca da petição de fls. 56/57 que, na verdade, apenas trouxe a justificativa do credor-embargado em não aceitar a proposta de acordo que eles formularam.

Os embargantes celebraram com o banco embargado "Instrumento Particular de Venda e Compra com Financiamento, Pacto Adjetivo de Hipoteca e Outras Avenças" aos 20/01/99 para aquisição do imóvel situado na Rua Avelino Barreiro, nºs. 225 e 229, no bairro de São João Clímaco, na cidade de São Paulo (fls. 19/32 da execução em apenso).



**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

Em setembro de 2004, diante do não pagamento das parcelas mensais, o banco embargado moveu contra os devedores uma execução hipotecária dizendo-se credor da quantia de R\$ .65.779,14, correspondente às obrigações em atraso, incluídos juros de mora e multa contratual, de conformidade com as planilhas de cálculos acostadas às fls. 4 e 38/46 do apenso.

Os embargantes não negaram a dívida. Todavia, sustentaram que o inadimplemento ocorreu em razão dos altos gastos que suportaram com tratamento médico de seu filho com a leucemia nele diagnosticada e que em virtude dela veio a falecer aos 29/10/2004 com 23 anos de idade (fls. 15/37 e 47).

Alegam, ainda, que solicitaram em vão ao banco embargado a renegociação das parcelas em aberto desde junho/2002 (fl. 12).

O exame dos autos revela o drama de uma família na tentativa desesperada de salvar a vida de seu filho acometido de grave doença, o que justifica o inadimplemento momentâneo das parcelas e o consequente afastamento da mora durante o período da moléstia.

Não se pode perder de vista que a mora fica descaracterizada diante da ocorrência de fato de que não pode ser



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
11ª Câmara de Direito Privado

**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

imputado ao devedor, como é o caso dos autos, consoante dispõe o art. 396, do CC/02, correspondente ao art. 963 do CC/16<sup>1</sup>.

Segundo os ensinamentos de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, *“o simples retardamento no cumprimento da obrigação, portanto, não implicará reconhecimento de mora. Nosso direito é expresso no requisito culpa. Não há dúvida quanto a isso.”*<sup>2</sup>

Nesse sentido, já se manifestou o Col. STJ, conforme abaixo transcrito:

*“Não há mora do devedor quando inexistente culpa sua, elemento exigido pelo art. 963 do CC para sua caracterização. Inexistindo mora, descabe condenar em juros moratórios e em multa”* (STJ, REsp 82560-SP, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 11/03/1996).

Além disso, não se pode deixar de mencionar que *“o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”*, conforme dispõe o art. 393, do CC/02, que corresponde ao art. 1.058, do CC/16.

<sup>1</sup> Art. 396, do CC/02 (art. 963, do CC/16): *“Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”*.

<sup>2</sup> *“Direito Civil”*, Editora Atlas, São Paulo, 5ª edição, 2005, p. 340



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
11ª Câmara de Direito Privado

**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

Como no caso dos autos ficou caracterizada a ocorrência de caso fortuito e a ausência de culpa dos devedores para o atraso no pagamento das parcelas avençadas, não há que se lhes impor os encargos decorrentes do inadimplemento temporário (durante o período da moléstia do seu filho).

Não custa acrescentar que os contratos devem ser interpretados consoante a sua função social, como ensina RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, ao ressaltar que *“o contrato tem de ser entendido não apenas como as pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade (...) Essa é apenas uma das consequências da nova socialidade do contrato. Além de útil, o contrato tem de ser também justo”*.<sup>3</sup>

Resumindo juridicamente as posições aqui adotadas, vale a pena lembrar as lições de J.M. CARVALHO SANTOS para quem, apoiado na obra de Arnaldo de Medeiros, o caso fortuito, ainda que comparável à força maior, para exonerar o devedor deve se referir à origem externa do obstáculo para a qual o devedor não concorreu.

E é por isso mesmo que o autor destacado, ao interpretar o art. 963, do CC/16 advertiu que *“a culpa é essencial à*

---

<sup>3</sup> Citação feita por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Código Civil Comentado”, Editora RT, São Paulo, 2005, p. 379.



**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

*constituição em mora, pois, em seu verdadeiro conceito, esta é um retardamento imputável ao devedor”<sup>4</sup>*

E o mesmo autor, logo em seguida sobre a mesma regra revela que em três hipóteses pode ser que o fato ou a omissão deixe de ser imputável ao devedor, dentre as quais destacou a que *“por ser consequência de caso fortuito ou de força maior, isto é, sempre que haja uma impossibilidade absoluta e objetiva da prestação para a exoneração do devedor.”<sup>5</sup>*

Tudo está a redundar e a ter domicílio na função social do contrato que se assenta em duas bases sólidas: uma realista porque se apóia em fatos empiricamente observados na vida social; socialista, porque busca preservar a coerência dos elementos sociais.

Daí porque é possível se dizer que *“toda regra jurídica imposta aos homens não se baseia no respeito e na proteção do direito individual, que não existem, e de uma manifestação de vontade individual, que por si mesma não produz efeito social algum, mas na solidariedade da estrutura social”*, como observam ARAKEN DE ASSIS, RONALDO ALVES DE ANDRADE e FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> “Código Civil Brasileiro Interpretado”, Calvino Filho Editor, Rio de Janeiro, 1936, vol. XII, pág. 375.

<sup>5</sup> *opus cit.*, págs. 375/376.

<sup>6</sup> “Comentários ao Código Civil Brasileiro”, Forense/Fadisp, Rio de Janeiro, 2007, vol. V, pág. 83.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
11ª Câmara de Direito Privado

**APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 991.06.054960-3**

Por derradeiro, não se pode afirmar a mora dos devedores porque diante do elemento externo imprevisível, ou acudiam as necessidades do filho doente, ou pagavam o mútuo hipotecário.

Optaram e bem pela primeira hipótese, até porque a Constituição Federal assegura, sem nenhuma restrição ou condição, o direito à vida (art. 5º, *caput*).

Assim, de rigor o provimento do presente recurso a fim de que sejam acolhidos os embargos à execução para afastar a mora dos embargantes no período de junho/2002 até outubro/2004 (data do óbito) de forma que sejam excluídos dos cálculos elaborados pelo banco embargado os valores correspondentes aos juros de mora e multa contratual.

Finalmente, diante do provimento do recurso, deverá o banco embargado arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre os valores excluídos e atualizados (juros de mora e multa contratual).

Nestas condições, pelo meu voto, **ACOLHO** os embargos à execução hipotecária e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso dos devedores, com observação.

**Moura Ribeiro**  
Relator



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**

**APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3**

Comarca: SÃO PAULO – 1ª VARA CÍVEL F. R. IPIRANGA  
Apelantes: WAGNER ANTÔNIO LOPES e ELIZABETE SANTOS LOPES  
Apelado: BANCO ABN AMRO REAL S/A  
Juiz de 1º grau: JOSÉ MANOEL RIBEIRO DE PAULA

**VOTO N.º 16.087 (vencedor)**

Trata-se de embargos do devedor em execução por quantia certa de saldo devedor de contrato de financiamento imobiliário pela quantia de R\$ 65.779,14, que foram rejeitados pela r. sentença de fls. 59/62, cujo relatório fica adotado, com a condenação dos embargantes ao pagamento das custas e honorários de advogado arbitrados em 10% do valor do débito.

Apelam os embargantes (fls. 70/78) com pedido de reforma do julgado, insistindo em que o atraso no pagamento das parcelas se deu por razões alheias e insuperáveis. O filho dos apelantes foi acometido de câncer, o que acarretou excessivos gastos e consumiu os recursos de que dispunham. Por outro lado, o apelado nunca se dispôs a qualquer composição.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 80/83), sustentando o apelado basicamente que “o infortúnio do devedor não pode ser transferido ao credor”.

É o relatório.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**

APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3

Respeitado o convencimento do ilustre Juiz de primeiro grau, estou acompanhando o entendimento do Desembargador Relator e também acolho os embargos para o fim de afastar os efeitos da mora dos devedores no período da grave doença que acometeu e levou ao óbito o filho deles.

Fosse apenas por conta da letra fria da lei, seria até possível afirmar que o fato pessoal do devedor realmente não poderia ser oposto ao credor. Contudo, as regras quase sempre comportam exceção, mormente no campo do Direito, onde cada caso é único em suas particularidades e assim precisa ser considerado e resolvido.

RECASÉNS SICHES inclusive bem leciona que “uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada”, razão pela qual, para compreendê-la cabalmente, “devemos analisá-la desde o ponto de vista da índole e da estrutura de vida humana” (*Filosofia Del Derecho*. México: Ed. Porrúa, 1961, p. 108).

Pois bem, do ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana, é fácil ver que jamais se poderá esperar que os pais prefiram dirigir seus recursos financeiros para pagar as prestações de um financiamento imobiliário, preterindo o tratamento do filho acometido de câncer.

Em situações tais, a opção pelo filho é natural, conseqüentemente não sendo razoável exigir conduta diversa. Por conseguinte, possível afirmar também que nessas hipóteses não há fato ou omissão efetivamente imputável ao devedor. E se não há, o devedor não incorre em mora.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**

APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3

Isso, aliás, é o que dispõe o art. 396 do Código Civil, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”*

Logo, se não se trata de inadimplemento motivado por uma causa imputável ao devedor, mas decorrente de uma impossibilidade de sua parte em realizar a prestação, por um motivo estranho à sua vontade, o caso melhor se enquadra como de simples “retardamento casual”. Nesse sentido leciona INOCÊNCIO GALVÃO TELES: “O retardamento casual tem, pois, como pressuposto um caso fortuito ou de força maior e a impossibilidade temporária de cumprir como sua consequência” (*Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 1997, p. 324).

Por sua vez, não se vê dificuldade em enquadrar a situação em discussão como caso fortuito. “O *fortuito* deriva de *fora*, e mais diretamente de *fortuna*, entendida, porém, esta, no sentido de *desgraça* ou de *triste acontecimento*, já que o *casus fortuitus* juridicamente não se reputa mais um acontecimento bom e feliz, atento a que dele decorre um dano, razão pela qual o *casus fortuitus* é chamado no direito romano de *periculu* (Lei 1ª, Lib. XVIII, Tit. VI)” (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES. *Curso de Direito Civil*. Vol. II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 373).

O câncer é doença das mais graves, que produz grandes sofrimentos e no mais das vezes a morte. É inegavelmente um triste acontecimento, uma desgraça, da qual apenas se pode dizer como o poeta:

“Viva, portanto, amigo. Viva, viva  
de qualquer jeito, na esperança viva



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**

APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3

de que o câncer há de morrer de câncer.

(CARLOS DRUMOND DE ANDRADE. “Versos Negros (mas nem tanto)”. In *Versiprosa*.)

A doença grave e prolongada que atingiu o filho do devedor pode perfeitamente ser havida como fato fortuito (vide CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, tomo II, p. 752). E o caso fortuito ou de força maior serve para afastar a responsabilidade pelos prejuízos resultantes (art. 393, Código Civil), salvo quando o devedor expressamente houver por eles se responsabilizado, o que não foi o caso.

De tal maneira, correta a solução dada pelo ilustre Desembargador Relator de afastar os efeitos da mora no período da doença do filho dos apelantes. Nesse sentido, aliás, é a doutrina:

“Se a causa da demora no cumprimento fosse devida a culpa do devedor, este responderia pelos danos que a mora trouxe ao credor. Não lhe sendo imputável, não responderá por tais danos: mas não ficará exonerado da obrigação, visto ser *temporário* ou *transitório* o obstáculo ao cumprimento. O efeito da impossibilidade temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar.

(JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA. *Das Obrigações em Geral*. Vol. II. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 80)

Por outro lado, não se trata de transferir ao credor o infortúnio do devedor, mas de se reconhecer a função social do contrato, pois este já não pode ser entendido apenas para realizar as pretensões individuais dos contratantes, porém como instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**

APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3

Conforme ensina MOSSET ITURRASPE: “A pessoa tem o dever social de cooperar para a consecução do bem comum, do qual, obviamente participa. A vivência dos valores da solidariedade e da cooperação, geralmente esquecida ou preterida pelos juristas, deve presidir sua atividade e marcar seu cotidiano. Isso obriga a pessoa a colaborar na realização das outras pessoas, para o qual deve também abster-se de toda ação contrária a esse propósito” (*Interpretación Económica de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 31).

Nessa esteira, como diz ANTONIO JEOVÁ SANTOS: “A função social do contrato obriga a todos do mundo jurídico a harmonizar o direito com a vontade de lucrar muito e mais como é próprio do sistema capitalista. Além de enxergar o contrato como instrumento jurídico, terá de observar que ele tem forte conteúdo de justiça e de utilidade” (*Função Social Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*. São Paulo: Método, 2002, p. 126).

Demais, diz a lei que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422, Código Civil). Isso implica, obviamente, presente “a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a *colaboração*, um ajudando o outro na execução do contrato” (ORLANDO GOMES. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43).

A solução pretendida pelo apelado e que busca tirar da infeliz situação todo o proveito possível por certo não condiz com esse dever de colaboração, pois ao invés de ajudar agrava ainda mais a posição dos devedores.



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 11ª CÂMARA**


APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 990.06.054960-3

Além de tudo, é de se ver que a simples retirada dos juros e multa de mora nem prejudica objetivamente o credor, pois o capital deste continua a sofrer a incidência da correção monetária e dos juros remuneratórios.

Verifica-se assim que a retirada dos referidos encargos moratórios abre oportunidade para a realização da prestação, com a consequente preservação da relação jurídica entre as partes. Se o contrato nasce para realizar um fim, é importante tudo fazer para que esse fim seja atingido, pois como já se disse o contrato é hoje um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes quanto da sociedade.

Enfim, como diz ARNOLD WALD: “(...) num mundo cada vez mais complexo, é preciso conciliar os interesses de curto, de médio e de longo prazos, que muitas vezes são contraditórios, mas que necessitam ser atendidos mediante sacrifícios proporcionais e justos, no que for possível” (“O interesse social no direito privado”. *In O Direito & O Tempo*. Embates jurídicos e utopias contemporâneas. GUSTAVO TEPEDINO e LUIZ EDSON FACHIN (Coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 80).

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, sopesadas as circunstâncias do caso em exame, acompanho integralmente o voto do Desembargador Relator.

  
GILBERTO DOS SANTOS  
Desembargador Revisor