



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000001032

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026141-57.2023.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes/apelados JOÃO VÍTOR BERIGO SOARES (JUSTIÇA GRATUITA) e ORLANDO INÁCIO DE MEDEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante D E S ADMINISTRADORA E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente), PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO E SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

SALLES ROSSI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº: 60.635

Apelação Cível nº: 1026141-57.2023.8.26.0576

Comarca: São José do Rio Preto – 3ª Vara Cível

1ª Instância: Processo nº: 1026141-57.2023.8.26.0576

Apte(s): João Vitor Berigo Soares e outro e DES Administradora e Participações Ltda.

Apdo(s): Os mesmos

VOTO DO RELATOR

EMENTA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – Parcial procedência – Lote – Recursos de ambas as partes – CDC – Aplicabilidade – Contrato firmado sob a égide da Lei do Distrato – Cláusula penal estabelecida com base no art. 32-A, da Lei nº 6.766/79 – Diálogo das fontes – Cabimento – Possibilidade de afastamento de disposições abusivas – Taxa de fruição – Descabimento – Lote não edificado – Impossibilidade de efetiva fruição do bem pelos compradores – Não verificação de enriquecimento sem causa dos adquirentes ou empobrecimento da vendedora – Resilição por iniciativa dos adquirentes – Direito de retenção de percentual dos valores pagos – Cabimento – Súmula nº 543, do STJ – Percentual de retenção de 20% dos valores pagos que se afigura adequado e suficiente – Caráter indenizatório e cominatório da retenção – IPTU e taxas condominiais – Obrigação dos adquirentes arcarem com essas despesas durante a posse do imóvel, autorizando-se o desconto de eventuais débitos do montante a ser restituído – Posse mantida pelos autores no período de 21/7/2020 (data da assinatura do contrato) a 30/6/2023 (data de concessão da liminar) – Devolução dos valores que deve ocorrer de forma imediata e de uma só vez, conforme Súmula nº 543, do C. STJ, combinado com Súmula nº 2, deste E. TJSP – Ação parcialmente procedente – Sucumbência recíproca – Autores que decaíram de parte mínima do pedido – Sucumbência a cargo da requerida – Art. 86, parágrafo único, do CPC – Fixação de honorários por equidade – Descabimento, "*in casu*" – Descabimento de honorários recursais – Recursos parcialmente providos.

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a respeitável sentença de fls. 113/115, proferida em autos de ação de rescisão contratual cumulada com restituição de valores pagos que, apreciando pelo mérito os pedidos contidos na inicial, acabou por

decretar a parcial procedência dos mesmos, rescindindo o contrato firmado pelas partes; condenando a ré a restituir aos autores 90% dos valores pagos; e condenando os autores ao pagamento de indenização pela fruição do bem, no valor de 0,5% ao mês sobre o valor atualizado do contrato, bem como IPTU e taxas condominiais, durante o período de posse e a arcarem com o custo do processo, por terem decaído da maior parte do pedido.

Inconformados, apelam os requerentes, alegando que o desconto da taxa de fruição cumulada com a multa os colocaria em situação de iniquidade, uma vez que representaria a perda total dos valores pagos, e ainda os tornaria devedores da quantia de R\$ 1.307,20, sendo completamente abusiva tal medida.

Dizem que o CDC veda a possibilidade de perda da totalidade dos valores pagos, devendo as partes ser repostas ao "*status quo ante*" (conforme súmula nº 3, deste E. TJSP), sem que haja o enriquecimento de qualquer delas.

Aduzem que a decisão, além de violar as súmulas nº 543, do STJ, e nº 03, deste E. TJSP, viola o CDC (arts. 51 e 53), devendo ser declaradas nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada e sejam incompatíveis com a equidade; e que o art. 413, do CC, autoriza a redução equitativa da penalização quando ela se mostrar manifestamente excessiva.

Sustentam que o reembolso das quantias pagas deve ser dar de imediato e em parcela única; que a taxa de fruição só é cabível nas rescisões de contrato de terreno com construção/benfeitoria, onde houve efetivo gozo e fruição do imóvel, o que não se verificou no caso

em exame; e que a retenção de taxa de fruição cumulada com a multa configuraria *"bis in idem"*.

Afirmam que, como a ré já retomou o lote (que poderá ser vendido), ela não sairá financeiramente prejudicada do negócio com o afastamento da taxa de ocupação e se evitará seu enriquecimento sem causa.

Pugnaram, ao final, pelo provimento do apelo.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fls. 156.

Apela também a requerida, alegando que a retenção de 10% dos valores pagos se mostra insuficiente para compensar os gastos próprios de administração e propaganda dispendidos, mormente porque os autores permaneceram na posse do imóvel por 32 meses.

Diz que, como o contrato foi firmado sob a égide da Lei nº 13.786/2018, deve ser aplicado o art. 67-A, da Lei nº 4.591/64, que prevê a retenção de até 25% dos valores pagos, além dos débitos referentes a tributos (IPTU, taxa condominial), devidos desde a assinatura do contrato até a data de concessão da liminar (30/6/2023).

Aduz que nunca se opôs à pretensão dos autores de rescindirem o contrato, mas o percentual de retenção de 10% é insuficiente para compensar seus gastos, devendo ser fixado percentual capaz de assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, sob pena de prejuízos inclusive aos demais adquirentes de unidades do loteamento.

Sustenta que, quando do projeto do empreendimento, foram elaborados cronogramas de dispêndios financeiros, alinhando as entradas de receitas dos compradores e as despesas, de modo que, quando um comprador resolve rescindir seu

contrato, deve arcar com o ônus dessa conduta, recebendo somente parte do valor pago, com retenção de até 25%, como prevê o art. 67-A.

Afirma que, tendo em vista o valor do contrato, o total adimplido e o tempo que os autores permaneceram na posse do bem, não se afigura absurdo reter 25% dos valores pagos.

Pugnou, ao final, pelo provimento do apelo.

Contrarrazões a fls. 148/153.

É o relatório.

Recebo os recursos interpostos, no duplo efeito, na forma do art. 1.012, "*caput*", do CPC, passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II, do art. 1.011, do mesmo Estatuto.

Os recursos comportam parcial provimento.

Colhe-se dos autos que, em 21/7/2020, os autores firmaram com a requerida o Instrumento Particular de Contrato de Compra e Venda de Lote Residencial com Alienação Fiduciária de fls. 35/48, visando a aquisição do lote 04, da quadra 25, do loteamento denominado Marinas Náutico Residence, localizado na cidade de Fronteira – MG.

Em 26/5/2023, porém, os adquirentes ajuizaram a presente ação, pleiteando a rescisão do contrato e a restituição de 90% dos valores pagos, alegando não mais possuírem condições financeiras de arcar com as parcelas do preço e encargos do terreno (fls. 02).

Inicialmente, necessário consignar que se aplica à espécie o Código de Defesa do Consumidor e todos os princípios a ele inerentes, inclusive a inversão do ônus da prova.

O contrato firmado pelas partes estabelecia as seguintes condições para a rescisão por culpa do comprador (fls. 39):

“CLÁUSULA OITAVA – DA RESCISÃO (...)

Sem prejuízo das disposições aplicáveis da lei nº 6.766/79, para a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro deste contrato, acordam as partes que em caso de rescisão do presente Contrato, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, com exceção dos seguintes:

.a. Valor relativo à fruição do lote pelo tempo em que o mesmo permanecer na posse do COMPRADOR, calculado mês a mês, desde a posse até sua efetiva desocupação, à taxa de 0,75% a.m. (zero vírgula setenta e cinco por cento) sobre o preço de venda do lote, atualizado na forma estabelecida neste contrato.

.b. Montante relativo ao reembolso das despesas administrativas havidas com o presente, desde já prefixados em 10% (dez por cento) do valor total atualizado das prestações pagas;

.c. Juros e multas moratórios relativos às prestações eventualmente pagas em atraso pelo comprador;

.d. Valores decorrentes do eventual inadimplemento do comprador relativos a Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU, multas, contribuições condominiais ou associativas que sejam a estas equiparadas além de taxas e tarifas vinculadas ao imóvel, bem como de tributos incidentes sobre os valores recebidos e sobre a restituição, desde que irrecuperáveis a VENDEDORA, tais como tributos e taxas incidentes sobre o faturamento;

.e. Da corretagem, valor correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor total do contrato, devidamente atualizado monetariamente pelos índices pactuados neste contrato, que corresponde a comissão de corretagem, promoção e publicidade;

.f. Valor equivalente a 2% (dois por cento) do preço total de venda estabelecido neste contrato a título de pena irredutível e compensatória de perdas e danos, prefixado de comum acordo;

.g. despesas com eventuais custas de intimação e registro da rescisão;

.h. outros custos despendidos pela VENDEDORA e comprovadamente irre recuperáveis;

.i. eventuais custas e honorários advocatícios necessários à cobrança judicial dos débitos”.

E o art. 32-A, da Lei nº 6.766/79, incluído pela Lei nº 13.786/2018, estabelece que:

“Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens:

I - os valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, cujo prazo será contado a partir da data da transmissão da posse do imóvel ao adquirente até sua restituição ao loteador;

II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;

III - os encargos moratórios relativos às prestações pagas em atraso pelo adquirente;

IV - os débitos de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuições condominiais, associativas ou outras de igual natureza que sejam a estas equiparadas e tarifas vinculadas ao lote, bem como tributos, custas e emolumentos incidentes sobre a restituição e/ou rescisão;

V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote”. (Grifo nosso)

Consigne-se que, por tratar-se a hipótese de lote de terreno, a legislação aplicável é a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e não a Lei nº 4.591/64, que trata sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias.

Pois bem. Como se pode observar, a cláusula penal estabelecida no contrato prevê, dentre outras, as retenções constantes da lei. No entanto, extrai-se do texto legal que os descontos permitidos pela legislação não são obrigatórios, mas facultativos, sendo devidos conforme as circunstâncias de cada caso, cabendo ao julgador, segundo seu prudente critério, analisar o cabimento da retenção de cada verba no caso concreto.

Note-se também que, por tratar-se a espécie de relação consumerista, o art. 32-A, da Lei nº 6.766/79, deve ser aplicado, segundo a teoria do diálogo das fontes, de forma harmônica com as normas que regem a proteção e defesa do consumidor (que são de ordem pública), o qual goza, ainda, de proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V).

Segundo essa teoria, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática e coordenada, aplicando-se de forma conjunta normas coexistentes no sistema, seja de forma

complementar ou de forma subsidiária.

Em vista disso, não se pode desconsiderar o que dispõe o art. 51, inc. IV, do CDC, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade, bem como a vedação à perda total das prestações pagas em benefício do credor, constante do art. 53, do mesmo Codex, no caso de resolução do contrato de compra e venda de imóvel, em razão de inadimplemento do comprador.

Nesse sentido, tem decidido este E. TJSP:

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR INICIATIVA DO ADQUIRENTE APÓS A LEI DO DISTRATO – O contrato firmado pelas partes é posterior à Lei nº 13.786/2018, que, na hipótese de rescisão contratual por iniciativa do adquirente, seja caso de incorporação imobiliária (Art. 67-A da Lei nº 4.591/64), seja caso de loteamento (Art. 32-A da Lei nº 6.766/79), prevê penalidades que podem implicar perdimento da totalidade dos valores pagos pelo consumidor, o que conflita com a Lei nº 8.078/90, que veda o perdimento da totalidade dos valores já pagos pelo consumidor e reputa nulas e abusivas quaisquer disposições contratuais que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, inciso IV, e art. 53) – CONFLITO APARENTE DE NORMAS – APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – A Lei nº 13.786/2018, ao não revogar expressamente a Lei nº 8.078/90, não se sobrepõe a esta, de acordo com disposição expressa do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, (Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro) – PERCENTUAL DE RETENÇÃO – O consumidor tem direito à devolução das parcelas pagas, descontado percentual suficiente para o pagamento das perdas e danos e despesas administrativas – Súmula nº 1 deste E. Tribunal de Justiça. De modo a trazer razoabilidade e equilíbrio entre as partes, bem como atender aos parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, fixo percentual em 20%, a título de retenção das quantias já pagas, pois tal montante se mostra suficiente para cobrir os custos administrativos e fiscais despendidos com a formalização da avença, não havendo que se falar, assim, em qualquer outro tipo de compensação. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR INICIATIVA DO ADQUIRENTE APÓS A LEI DO DISTRATO – TAXA DE FRUIÇÃO – IMÓVEL NÃO OCUPADO – DESCABIMENTO – Embora se entenda que a taxa de fruição pode ser arbitrada de forma separada ao percentual de retenção de quantias já pagas pelo consumidor, o Colegiado tem sistematicamente entendido pelo seu não cabimento caso se trate de lote sem acesso ou benfeitoria, isto é, que não foi efetivamente ocupado pela requerida. Sentença reformada – Recurso provido” (Apel. nº 1042303-37.2022.8.26.0100. Des. Relator: Fernando Marcondes. 2ª Câmara de Direito Privado. D.J: 22/5/2023).

Portanto, a despeito de previsto em lei especial, determinado desconto estabelecido na cláusula penal do contrato pode ser considerado abusivo no caso concreto e não aplicado ou mesmo reduzido pelo julgador.

É o caso, por exemplo, da taxa de fruição.

É que, tratando-se de lote de terreno não-edificado, a

indenização pela fruição do imóvel não é devida, pois não houve a efetiva utilização do bem pelo comprador (STJ, AgInt no REsp. nº 1.902.636, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 11/4/2022).

Nesse sentido, tem decidido esta C. Câmara:

“APELAÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RESOLUÇÃO A PEDIDO DA ADQUIRENTE – PARCIAL PROCEDÊNCIA – INCONFORMISMO DA RÉ – PRETENSÃO DE REPARAÇÃO PELA FRUIÇÃO E DESPESAS DO LOTE – ACOLHIMENTO EM PARTE – Incabível a pretensão da vendedora de indenização pela fruição do imóvel em caso de resolução do contrato por culpa do adquirente, quando se trata de lote de terreno sem edificação – Precedentes desta Corte – Impossibilidade de exploração econômica imediata – Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/2018 aos contratos firmados antes da sua vigência – Despesas do imóvel – Início da responsabilidade é a imissão na posse – Caso em que a posse foi efetivamente transferida no ato da compra e venda, sendo adequada a retenção de eventuais valores devidos pelo imposto e taxas associativas, no período anterior à decisão de tutela provisória de suspensão da executividade do contrato – Sucumbência – Acertada a distribuição da sucumbência a ser suportada pela ré, ante ao princípio da causalidade e sucumbência mínima da autora – DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO”. (TJSP. Apel. nº 1094900-51.2020.8.26.0100. Des. Relator: Alexandre Coelho. 8ª Câmara de Direito Privado. D. J.: 5/7/2021).

A incidência da taxa de fruição só se justificaria se o adquirente tivesse efetivamente ocupado o lote ou se houvesse prova de proveito econômico por ele auferido.

Ausentes provas nesse sentido, não há que se falar em enriquecimento sem causa do comprador ou empobrecimento da vendedora, sendo, pois, indevida a taxa de fruição ou ocupação (AgInt no REsp nº 2.020.258/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 13/3/2023).

De outra parte, com razão a requerida em relação ao percentual de retenção.

Com efeito, como os autores alegaram não terem mais interesse na manutenção da avença, em razão de sua insuficiência financeira, a culpa pelo desfazimento do negócio jurídico é, portanto, dos compradores e a restituição dos valores pagos deve se dar de forma parcial.

Esse entendimento, aliás, está conforme ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso pelo verbete 543 ("*verbis*"):

“Súmula 543 – Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

De fato, o direito de retenção de valores pela vendedora deve ser reconhecido, em razão dos custos por ela assumidos quando da comercialização do imóvel, os débitos com administração e outros gastos.

No caso em exame, porém, tendo em vista o total

pago pelos autores (fls. 49/52 e 87/90), o percentual de retenção de 10% dos valores pagos fixado na sentença afigura-se insuficiente para reparar a vendedora pelos danos sofridos com administração, propaganda e com o desfazimento do negócio, cabendo majoração para 20% dos valores pagos.

Note-se que esse percentual é o comumente adotado em casos análogos, como se pode ver dos seguintes julgados, inclusive desta C. Câmara:

“Apelação. Ação com pedidos declaratório e condenatório. Compromisso de compra e venda. Sentença de procedência. Inconformismo da ré. Não acolhimento. Promitente comprador, até quando inadimplente, pode pleitear a resolução do contrato e a restituição imediata de parte dos valores pagos – Súmula nº 01 do TJ/SP e Súmula nº 543 do STJ. Em se tratando de relação submetida à proteção do Código de Defesa do Consumidor, as consequências pactuadas só podem subsistir uma vez reconhecida a sua compatibilidade com o referido sistema protetivo. Mantida determinação de devolução dos valores pagos com retenção de 20% (vinte por cento) como compensação pelas despesas administrativas. Devolução deverá ser imediata e operada em parcela única, conforme Súmula nº 2 deste Egrégio Tribunal. Afastada pretensão de majoração do percentual de retenção para 30% ou 40% do valor pago. Distribuição dos ônus da sucumbência feita de modo adequado pelo juízo sentenciante. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (art. 252, RITJSP). Recurso desprovido”. (TJSP. Apel. nº 1005520-16.2020.8.26.0068. Des. Relator: Piva Rodrigues. 9ª Câmara de Direito Privado. D. J.: 8/7/2021).

“APELAÇÃO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E PERDAS E DANOS – INADIMPLEMENTO DO PREÇO – PROCEDÊNCIA PARCIAL – INCONFORMISMO DA AUTORA – ACOLHIMENTO EM PARTE – Abusividade da cláusula contratual que prevê descontos excessivos para o caso de resolução contratual por culpa do adquirente – Caso concreto que demonstra ser razoável a retenção fixada em sentença, no percentual de 20% dos valores pagos a título de indenização pelas despesas geradas, segundo precedentes desta C. Câmara – Impossibilidade de retenção das arras pactuados como confirmatórias – Indevida fixação de taxa para indenização pela fruição do imóvel por se tratar de loteamento de terreno sem edificação – Impossibilidade de exploração econômica imediata – Precedentes do TJSP – IPTU e taxas de serviços – Despesas do imóvel devem ser suportadas pelos compradores até a reintegração de posse – Juros de mora – Modificação do termo inicial – Encargo que deve ser computado a partir do trânsito em julgado, pois a resolução do contrato decorreu da inadimplência do comprador – Tese firmada em sede de Recurso Especial Repetitivo pelo STJ (Temas nº 1.002) – DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO”. (TJSP. Apel. nº 1005000-48.2020.8.26.0297. Des. Relator: Alexandre Coelho. 8ª Câmara de Direito Privado. D. J.: 30/6/2021).

Portanto, pode a ré reter o percentual de 20% sobre os valores pagos pelos adquirentes.

Nem se alegue que esse percentual de 20% se afigura muito elevado, devendo ser levada em consideração a comprovação de despesas/gastos suportados pela loteadora para a

fixação do "*quantum*" da retenção, eis que o percentual de retenção não visa apenas indenizar as despesas incorridas pelo empreendedor, como custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância, etc, mas também a indenizá-lo pelo rompimento do vínculo contratual.

Com efeito, ao contratar, o contratante se obriga a cumprir o contrato.

Conquanto a rescisão unilateral da avença seja direito potestativo do consumidor, o desfazimento do negócio acarreta consequências significativas ao desistente, que deve indenizar a parte inocente pelo rompimento do vínculo. Isto é assim, pois o desfazimento do contrato não pode tornar-se mais interessante do que o seu cumprimento.

O percentual de retenção tem, pois, caráter indenizatório e cominatório, não se exigindo, para sua fixação, a demonstração das despesas incorridas pela vendedora.

Nesse sentido, é o entendimento do C. STJ, como se pode ver do seguinte julgado:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO ANTERIOR À LEI Nº 13.786/2018. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. DESISTÊNCIA IMOTIVADA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR. RESTITUIÇÃO PARCIAL. DEVOLUÇÃO AO PROMISSÁRIO COMPRADOR DOS VALORES PAGOS COM A RETENÇÃO DE 25% POR PARTE DA VENDEDORA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PRECEDENTE FIRMADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO.

1. A despeito do caráter originalmente irretratável da compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária (Lei nº 4.591/1964, art. 32, § 2º), a jurisprudência do STJ, anterior à Lei nº 13.786/2018, de há muito já reconhecia, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o direito potestativo do consumidor de promover ação a fim de rescindir o contrato e receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor sem culpa pelo distrato, de outro lado, o direito de reter parcela do montante (Súmula nº 543/STJ).

2. Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei nº 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg nº 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento. (...)” (REsp nº 1.723.519/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, j. 28/8/2019).

E extrai-se do acórdão do recurso citado:

“A rescisão unilateral do contrato não deve ser vista como direito potestativo, inafanoso a qualquer consequência significativa para desistente, e muito menos como investimento

financeiro para o adquirente. O desfazimento do contrato não deve se tornar, artificialmente - mercê de mal aplicadas interpretações jurisprudenciais, surgidas em contexto que as justificavam e para finalidades diversas - mais interessante do que o cumprimento do contrato com a finalidade social a que se destinava: aquisição da unidade imobiliária.

A proteção do interesse dos consumidores, portanto, deve ser exercida de forma equilibrada, sem descuidar da coletividade, o que ensejará a sustentabilidade e a estabilidade entre os interesses envolvidos na incorporação imobiliária.

Assim, tenho que a retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo promissário comprador - percentual consolidado pela Segunda Seção no julgamento dos EAg nº 1.138.183/PE - é adequada e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato, independentemente da ocupação da unidade imobiliária.

Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento.

Enfatizo que o referido percentual, sob a perspectiva da segurança jurídica, representa uma sinalização aos contratantes, a orientação de padrão-base aceitável de cláusula penal de retenção de valores em caso de desistência imotivada pelo comprador, cujo limite deve ser observado, sob pena de intervenção na autonomia da vontade das partes. A estipulação dentro do limite proposto, vale dizer, de no máximo 25%, a contrario sensu, deve ensejar

respeito à vontade dos contratantes, caso não seja efetivamente demonstrada a existência de abusividade, por qualquer circunstância específica, particular, a qual deve ser mencionada pelo tribunal de origem para fugir ao percentual estabelecido no contrato e ao parâmetro da jurisprudência consolidada deste Tribunal (Segunda Seção, EAg nº 1.138.183/PE)”.

No caso em exame, considera-se que o percentual de 20% dos valores pagos afigura-se suficiente e adequado para indenizar a vendedora pelas despesas gerais com o contrato e pelo rompimento do vínculo.

Desse montante, devem, ainda ser abatidos eventuais débitos de IPTU e taxas condominiais, que são devidas pelos autores durante o período em que se mantiveram na posse do imóvel, ou seja, de 21/7/2020 (data da assinatura do contrato) a 30/6/2023 (data da concessão da tutela de urgência – fls. 57/58), que foi o momento no qual as obrigações contratuais foram suspensas, não cabendo qualquer restituição de valores pagos a esses títulos e podendo ser retidos, ainda, eventuais valores em aberto (vencidos no período).

Portanto, fazem jus os autores à restituição de 80% dos valores pagos a título de parcelas do preço, de cujo montante podem ainda ser descontados os valores de eventuais débitos de IPTU e taxas condominiais vencidos no período de 27/7/2020 a 30/6/2023.

A restituição dos valores pagos deve dar-se em parcela única e de imediato, conforme tese fixada pelo C. STJ, quando do julgamento do REsp. nº 1.300.418/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (tema nº 577), nos seguintes termos:

“Em contratos submetidos ao Código de Defesa do

Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de qualquer dos contratantes”.

Do julgamento de tal tema, aliás, originou-se a súmula nº 543, do STJ (que determina a imediata restituição dos valores pagos), afigurando-se irrelevante que a citada súmula tenha sido editada anteriormente à Lei nº 13.786/18, uma vez que, tratando-se a presente de relação de consumo, cabível o afastamento das cláusulas consideradas abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, tal como o parágrafo 7º, da cláusula 2ª, do contrato (fls. 22/23).

O mesmo entendimento, aliás, foi adotado por este E. TJSP, como se pode ver da seguinte súmula:

Súmula 2: *A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.*

A ação é, pois, parcialmente procedente, tendo havido sucumbência recíproca.

Cândido Rangel Dinamarco, *"in"* Instituições de Direito Processual Civil – Vol. II, 7ª ed., Malheiros, 2017, p. 761, ensina que:

“(…) A condenação pelo custo processual é, pois, consequência necessária da necessidade do processo (Chiovenda).

Mas a doutrina está consciente de que a sucumbência não é em si mesma um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é a causalidade (Carnelutti,

Piero Pajardi, Yussef Cahali, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes). Responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir a juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito. (...)”.

Com efeito, dispõe o art. 86, do Código de Processo Civil (“*verbis*”):

“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

O renomado processualista leciona ainda (“*in op. cit.*”, p. 763/764):

“A sucumbência recíproca é a mais notória dessas hipóteses, porque, se cada litigante for parcialmente vencedor e parcialmente vencido, isso significa que na parte em que foi vencido ele sucumbiu. Isso pode acontecer sempre que o processo tenha um objeto composto, como no caso de cúmulo de pedidos, ou que ele seja decomponível (pedido de dinheiro, coisas fungíveis); ao julgar a demanda procedente em parte o juiz estará impondo parcial sucumbência a cada um dos litigantes. O acolhimento de um dos pedidos cumulados e a rejeição do outro significam que em relação a cada um deles uma das partes tinha razão e a outra sucumbiu. Em caso de pedido de condenação em dinheiro a condenação parcial significa que o autor tinha direito a uma parcela do que pediu, mas não o tinha à outra – sempre, sucumbência parcial ou recíproca.

Em todos esses casos, havendo cada um dos litigantes sucumbido em parte, entre eles serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados os honorários e as despesas do processo (CPC, art. 86). (...)

Dispõe também o parágrafo do art. 86 do Código de Processo Civil que, em caso de um dos litigantes decair de parte mínima, ele não pagará despesas nem honorários. Como ele se saiu vencedor na quase totalidade do litígio, o adversário (que foi quase totalmente vencido) pagará por inteiro todas as despesas do processo e responderá por honorários calculados sobre sua própria sucumbência. (...)”.

Como os autores, na inicial, pleitearam a rescisão do contrato e a condenação da ré à devolução de 90% dos valores pagos, com dedução de valores devidos a título de IPTU e demais encargos do imóvel desde a disponibilização da posse até a propositura da ação, e obtiveram, além da rescisão, a condenação da ré à devolução de 80% dos valores pagos, descontados eventuais valores devidos a título de IPTU e demais despesas incidentes sobre o imóvel desde a disponibilização da posse até a concessão da liminar, tem-se que eles decaíram de parte mínima do pedido, devendo, então, a ré responder pela integralidade das custas e despesas processuais.

Quanto aos honorários advocatícios, fica a ré condenada a pagar aos patronos dos autores a importância correspondente a 10% sobre o valor atualizado da condenação, a teor do art. 85, § 2º, do CPC.

Isto porque, segundo a tese firmada pelo C. STJ quando do julgamento do tema repetitivo nº 1.076, o arbitramento dos

honorários por equidade restringe-se às hipóteses legais, estando expressa nos seguintes termos:

“i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.

ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo”.

Como, *"in casu"*, houve condenação e o proveito econômico obtido pelo autor não é inestimável nem irrisório, os honorários devem ser fixados com base no art. 85, § 2º, do CPC, e não por equidade.

Note-se que, em relação aos autores, não se trata de majoração de honorários, mas de sua fixação, em razão do reconhecimento da sucumbência recíproca, mesmo porque, em caso de parcial provimento do recurso, não são cabíveis honorários recursais aos patronos da parte adversa, conforme decidido pelo C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESCRIÇÃO.

*REPARAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ILÍCITO
EXTRACONTRATUAL. ACÓRDÃO EMBARGADO CONFORME A
JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CABIMENTO. DECISÃO
MANTIDA. (...)*

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (...)". (STJ. AgInt nos EREsp. nº 1.539.725/DF. Min. Relator: Antonio Carlos Ferreira. 2ª Seção. D. J.: 9/8/2017).

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no âmbito do C. STJ que, para esse fim, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18.205/SP, Ministro FÉLIX FISCHER, DJ 8.5.2006 p. 240).

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos.

SALLES ROSSI

Relator