



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000296059

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1158639-90.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante OKLAHOMA CITY EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado IVAN FERNANDO VARGAS COSSIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente sem voto), MILTON CARVALHO E ARANTES THEODORO.

São Paulo, 27 de março de 2025.

WALTER EXNER

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº: 1158639-90.2023.8.26.0100.

Apelante: Oklahoma City Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Apelados: Ivan Fernando Vargas Cossio.

Ação: Rescisória c.c. Indenizatória.

Comarca: São Paulo – Foro Central Cível – 31ª Vara Cível.

Juíza prolatora: Gisele Valle Monteiro da Rocha.

Voto nº 41.259

Apelação. Rescisão contratual c.c. indenização. Compromisso de compra e venda de unidade autônoma. Rescisão contratual unilateral pleiteada pelo promissário comprador. Contrato firmado sob a vigência da Lei 13.786/18, que acrescentou o artigo 67-A, §5º, à Lei 4.591/64. Previsão de retenção de 50% dos valores pagos, na hipótese de patrimônio sob regime de afetação. Inviabilidade da majoração para esse percentual na ausência de prova de averbação do termo de afetação na matrícula do imóvel. Afetação, aliás, que mesmo que comprovada, estaria extinta em razão da entrega da obra. Inteligência do artigo 31-E, I, Lei 4.591/64. Aplicação do percentual de até 25% (artigo 67-A, II, da Lei 4.591/64) ao caso. Sentença mantida. Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. indenizatória ajuizada por Ivan Fernando Vargas Cossio em face da Oklahoma City Empreendimentos Imobiliários Ltda., cuja r. Sentença de fls. 314/327, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente para declarar rescindido o contrato entabulado entre as partes, determinando a restituição do percentual de 75% dos valores pagos pelo autor, e a retenção, pela ré, dos outros 25%.

Inconformado, apela a ré alegando, em breve síntese, que, ante a rescisão voluntária do compromisso de compra e venda pelo promitente comprador, o percentual correto de retenção é de 50% dos valores pagos, conforme previsão contratual expressa na cláusula 4.2, de obrigatória observância (*“pacta sunt servanda”*), e disposição legal nesse sentido (artigo 67-A, §5º, da Lei do Distrato, com a redação dada pela Lei nº 13.786/18). Assim, pugna pela majoração do percentual da retenção de 25% para 50%, em razão do patrimônio de afetação, ou, subsidiariamente, para o patamar de 30%, bem como a aplicação dos juros de mora sobre o valor a ser restituído a partir do trânsito em julgado. Requer, ainda, a inversão do ônus da sucumbência.

O recurso foi contra-arrazado e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Narra a inicial que, em 14/06/2021, as partes celebraram contrato de promessa de compra e venda, cujo objeto resume-se na unidade U1306 do empreendimento “Kronos Moema” (fls. 38/191), no valor de R\$594.828,00. Sustenta que pagou diretamente à ré o montante de R\$196.770,32, correspondente ao sinal, à vista, somado a 29 parcelas, mas que, diante dos reflexos da pandemia Covid-19 e da guerra Ucrânia/Rússia, se viu impossibilitado em dar seguimento ao contrato, e, como a obra estava em andamento, não conseguiu

obter financiamento bancário para congelar o saldo devedor. Aduzindo ser abusiva a penalidade prevista em contrato (cláusula 4.2) de retenção de 50%, pleiteou a restituição de 90% dos valores pagos.

Proferida a sentença, insiste a parte ré, ora apelante, na legitimidade da retenção de 50% do montante pago pelo autor, majorando-se o valor previsto no “*decisum*”, tendo em vista o objeto do compromisso de compra e venda se mostrar submetido ao regime do patrimônio de afetação, do que implicaria na aplicação do artigo 67-A, §5º, da Lei 4.591/64.

De largada, compulsando os autos, de fato se mostra incontroverso que as partes firmaram contrato, cuja rescisão partiu do promitente comprador em razão de impossibilidade de pagamento das parcelas faltantes, o que lhe é de direito, conforme o artigo 53, do diploma consumerista. Nessa toada, considerando que a quebra do contrato partiu do autor sem culpa da ré, era mesmo de rigor, no caso em tela, a possibilidade de retenção de parte do valor pago a título indenizatório, conforme disposto na Súmula 543 do STJ:

“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.”

A vista disso, no caso em apreço, como firmado o instrumento em 14/06/2021, do que incide, portanto, as

regras introduzidas pela Lei nº 13.786/18, para o cômputo do valor a ser restituído, a Lei do Distrato assenta a retenção, pelo promitente vendedor, ora de percentual não superior a 25% ora de percentual de até 50%, a depender da submissão da incorporação ao regime do patrimônio de afetação. Especificamente, a legislação autoriza a retenção no percentual de até 50% do saldo dos valores pagos, se provado que o empreendimento se submete ao regime de afetação; do contrário, a retenção se limitará a 25%; “*in verbis*”:

“Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

I - a integralidade da comissão de corretagem;

II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga. (...)

§5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.”

Nessa lógica, para o deslinde da controvérsia, far-se-ia necessária a simples prova de que a incorporadora constituiu o patrimônio de afetação, que, conforme previsão legal, se considera constituído *“mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno”* (artigo 31-B, da Lei, incluída pela Lei 10.931/2004) - ônus do qual a parte ré não se desincumbiu.

Assim, andou bem o magistrado de primeiro grau em afastar a aplicação do artigo 67-A, §5º, da Lei nº 4.591/64; *“ipsis litteris”*:

“Embora a requerida tenha alegado que a incorporação estivesse submetida ao regime do patrimônio de afetação, o que permitiria a aplicação do artigo supracitado, fato é que a ré deixou de comprovar nos autos que a existência do patrimônio de afetação foi registrada na matrícula do imóvel, ônus que era de sua incumbência, de tal sorte que deve ser afastada a aplicação do percentual de retenção de até 50% previsto no §5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, aplicando-se o percentual previsto no inciso II do artigo 67-A do mesmo diploma legal. (Grifos não originais)

Seguindo a mesma orientação, já julgou esta C. Câmara em casos similares:

*“APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PACTO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **Iniciativa dos compradores por dificuldade econômica.** Sentença de procedência. Incontroversa a inadimplência dos compradores e a averbação da alienação fiduciária na matrícula do imóvel.*

*Ausência, contudo, de prova da constituição em mora dos devedores, conforme dispõe o art. 26, §1º, da Lei nº 9.514/97. Impossibilidade de aplicação do Tema 1095 do STJ. Precedentes. **Incidência do Código de Defesa do Consumidor para a resolução do contrato. Contrato firmado após a entrada em vigor da Lei nº 13.786/2018. Devolução dos valores pagos com autorização de retenção de 25% do valor atualizado do contrato que se mostra adequada ao caso.** Arras confirmatórias que não admitem retenção. Entendimento do STJ. Precedentes desta Colenda Câmara. Cobrança de IPTU e taxas associativas incidentes sobre o imóvel. Descabimento. Despesas da unidade que somente são devidas a partir da disponibilização do bem ao adquirente. Contrato que envolve lote sem qualquer edificação. Taxa de fruição do imóvel. Descabimento. Pagamento parcelado previsto na Lei 13.786/18, aplicável à hipótese. Atualização monetária. Termo inicial de cada desembolso que fica mantido. Atualização, contudo, conforme a Tabela Prática deste Tribunal. Débito judicial. Incidência de juros de mora a partir do trânsito em julgado. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.” (TJSP; Apelação Cível 1005954-07.2022.8.26.0271; Relator: Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itapevi - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/12/2023; Data de Registro: 04/12/2023) (Grifei).*

Não bastasse, mesmo se provado o termo de afetação averbado na matrícula do imóvel, conforme fls. 40 c.c. 377/378, a obra foi concluída em abril de 2024, de modo que se extinguiu o patrimônio de afetação; é o entendimento desta C. Corte:

“DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. RETENÇÃO DE VALORES. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL. OBRA CONCLUÍDA. RETENÇÃO LIMITADA A 20%. DESPROVIMENTO. I. Caso em exame

*Apelação cível interposta pela ré contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de rescisão contratual, condenando a restituir os valores pagos com retenção de 20%, por já estar extinto o regime de patrimônio de afetação. Sentença afastou a retenção de 50% dos valores pagos, prevista no contrato, com base na Lei do Distrato. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se, com a extinção do regime de afetação pela conclusão da obra, a retenção de 50% dos valores pagos pelo comprador pode prevalecer ou se o limite de retenção deve ser reduzido conforme normas consumeristas e a legislação aplicável. III. Razões de decidir 3. **Comprovada a extinção do patrimônio de afetação pela conclusão e entrega da obra, aplica-se o limite de 25% de retenção estabelecido pelo art. 67-A, II, da Lei nº 4.591/1964, sendo fixada em 20% na sentença.** 4. **A cláusula contratual que prevê retenção de 50% revela-se abusiva, não subsistindo o argumento da apelante quanto à sua aplicação automática em razão do patrimônio de afetação, já extinto.** IV. Dispositivo e tese 5. Apelação cível desprovida. Tese de julgamento: "A retenção de valores pagos em contratos de compra e venda de imóvel deve observar o limite de 25% dos valores pagos quando extinto o regime de patrimônio de afetação, sendo abusiva a cláusula que prevê percentual superior." (TJSP; Apelação Cível 1002959-22.2022.8.26.0400; Relator: João Baptista Galhardo Júnior; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Olímpia - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/11/2024; Data de Registro: 04/11/2024)*

*“Apelação. Ação de rescisão contratual, repetição de indébito e ressarcimento por perdas e danos. Compromisso de compra e venda de bem imóvel. Rescisão contratual a pedido dos promitentes compradores. Sentença de parcial procedência, para reconhecer a resolução do contrato e condenar a ré a devolução de 50% dos valores pagos. Recurso dos autores que merece prosperar parcialmente. Pretensão de redução da retenção para 10% dos valores pagos. Contrato firmado após a Lei do Distrato, que não afasta a aplicabilidade do CDC. Aplicação das Súmulas 1 e 2 deste Tribunal e Súmula 543 do STJ. **Empreendimento que***

foi submetido ao regime de patrimônio de afetação registrado na matrícula do imóvel. Ré que afirmou que houve a conclusão da obra e expedição de habite-se desde a aquisição pelos autores. Extinção do patrimônio de afetação (art. 31-E, I, Lei 4.591/64). Retenção 50% dos valores pagos (art. 67-A, §5º) afastada. Retenção que deve estar entre 10% e 25% do valor pago em interpretação conjugada da jurisprudência do STJ e art. 67-A, da Lei 4.591/1964, introduzida pela Lei 13.786/2018 (Lei do Distrato). Compradores que pagaram quase metade das parcelas do negócio (37 das 78 parcelas). Retenção fixada em 15% dos valores pagos. Rescisão a pedido do comprador. Juros de mora que incidem desde o trânsito em julgado (Tema 1.002 do STJ, REsp 1740911/DF). Correção monetária e juros de mora corretamente estabelecidos. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência alterada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1013114-96.2023.8.26.0320; Relator: L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/05/2024; Data de Registro: 31/05/2024) (Grifei).

Diante desse quadro, era mesmo de todo inviável a retenção de 50% pretendida nas razões do recurso, de forma que afasto a sua aplicação.

Destarte, mantenho a r. Sentença em todos os seus termos, inclusive quanto ao ônus sucumbencial, majorados os honorários advocatícios destinados ao patrono do autor, em 15% sobre o montante fixado na sentença (artigo 85, §11, do CPC), tendo em vista o desprovimento integral do recurso (Tema 1.059, do STJ) proposto por esta parte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isto posto, pelo meu voto, **nego**
provimento ao recurso.

WALTER EXNER

Relator