



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000350147

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1003639-47.2021.8.26.0010/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CONSTRUTORA METROCASA LTDA., são embargados MILENA ALVES DA SILVA e WELLINGTON ALVES SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado do julgamento por V.U.**, de conformidade com o voto da relatora, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 9 de abril de 2025.

CLAUDIA MENGE
Relatora
Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração nº 1003639-47.2021.8.26.0010/50001

Relatora: CLAUDIA MENGE

Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado

Embargante: CONSTRUTORA METROCASA LTDA

Embargada: MILENA ALVES DA SILVA e WELLINGTON ALVES SILVA

Ação: Declaratória de rescisão contratual e condenatória de indenização

Comarca: São Paulo-Foro Regional VII-Itaquera-5ª vara cível

Voto nº 7.945

RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Recurso julgado. Omissão constatada pelo Superior Tribunal de Justiça. Acolhimento do recurso especial. Não examinado o argumento referente à aplicação ao caso do art. 67-A, I e § 5º, da Lei nº 4.591/1964. Determinação de retorno dos autos para nova análise dos embargos de declaração no ponto indicado.

- Razão de decidir. A embargante não comprovou, no tempo processual adequado, a submissão do empreendimento ao regime de patrimônio de afetação. Afastada a incidência da retenção de 50% do valor pago prevista no art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/1964.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS EM PARTE, sem alteração do resultado.

I. Relatório

Trata-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos por **CONSTRUTORA METROCASA LTDA** contra acórdão unânime de desprovimento do recurso de apelação por ela interposto contra sentença de parcial procedência da **AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL E CONDENATÓRIA DE INDENIZAÇÃO** contra ela promovida por **MILENA ALVES DA SILVA E OUTRO**.

Rejeitados os embargos de declaração, seguiu-se o provimento do Recurso Especial pelo C. Superior Tribunal de Justiça, com ordem de retorno dos autos a esta Corte para sanção de vício de omissão relativo "*à validade de retenção do exato percentual de 50% do valor pago quando a incorporação estiver submetida ao regime de patrimônio de afetação*" (...) "*em especial, se, no caso dos autos, trata-se de incorporação submetida ao regime do patrimônio de afetação e a aplicação do art. 67-A, I e § 5º, da Lei nº 4.591/1964*".

II. Fundamentação

II.1. Na origem, ação declaratória de rescisão contratual e condenatória de indenização foi julgada procedente em parte, com declaração da rescisão do contrato e condenação da vendedora, ora embargante, a restituir o valor pago pelos autores, com dedução do percentual de 25%.

Ao interpor recurso de apelação, a ora embargante buscou, sem sucesso, a alteração do julgado singular para que a restituição se fizesse com retenção da comissão de corretagem e de 50% do valor pago pelos compradores.

"APELAÇÃO. Compromisso de compra e venda. Ação declaratória de rescisão contratual cumulada com condenatória de indenização. Resilição do contrato por iniciativa dos compradores. Sentença de parcial procedência. Recurso da incorporadora.

- Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova oral cuja produção foi postulada não se presta para solucionar a controvérsia.

- Comissão de corretagem. Tema nº 938, STJ. Cláusula redigida sem destaque. Ausência de informação clara e expressa.

- Restituição de valor pago a título de preço pelos promitentes vendedores. Previsão de retenção de 50%. Cláusula contratual abusiva. Jurisprudência que admite retenção de até 25%, percentual estipulado pelo juízo a quo.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO."

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração, rejeitados, com a seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação declaratória de rescisão contratual cumulada com condenatória de indenização. Acórdão de desprovimento do recurso de apelação. Suposta omissão.

- Não configuradas as hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil. Reiteração de fundamentos enfrentados. Recurso integrativo com inadmissível caráter infringente.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS."

Ao dar provimento ao Recurso Especial interposto pela ora embargantes, o C. Superior Tribunal de Justiça assim deliberou:

"Verifica-se que o TJSP, ao julgar os embargos de declaração opostos às fls. 294-297 (e-STJ), não sanou as omissões relativas à validade de retenção do exato percentual de 50% do valor pago quando a incorporação estiver submetida ao regime de patrimônio de afetação.

É condição para o conhecimento do especial que a questão de direito ventilada nas razões de recurso tenha sido analisada e decidida pelo acórdão objurgado. Na espécie, verifica-se que o acórdão dos embargos de declaração apenas consignou que (e-STJ, fl. 306):

'Nesse sentido, cabe destacar que constou do acórdão embargado que "a cláusula que dispõe sobre a comissão de corretagem não mereceu sequer mínimo destaque no instrumento contratual (quadro-resumo I.2, fl. 152), quer pelo tamanho da letra, quer pelo acréscimo de negrito ou subscrito. Trata-se, portanto, de cláusula inserida em desconformidade com as diretrizes fixadas no Tema nº 938" (fl. 290)."

Assim, recusando-se o Tribunal estadual a se manifestar sobre as questões federais (explicitando, em especial, se, no caso dos autos, trata-se de incorporação submetida ao regime do patrimônio de afetação e a aplicação do art. 67-A, I e § 5º, da Lei n. 4.591/1964), terminou por negar prestação jurisdicional à recorrente."

Está claro que, a esta altura, a análise está adstrita aos limites postos pela Corte Federal, até porque outros temas não foram abordados pelo E. Ministro Relator.

II.2. A despeito de insistir na tese de que o empreendimento está submetido ao regime de patrimônio de afetação e de invocar o teor da cláusula 11.3.b do compromisso de compra e

venda, a embargante deixou de trazer aos autos, ao tempo processual próprio, prova concreta e efetiva da adoção de referido regime, para tanto insuficiente a mera existência de previsão contratual nesse sentido. Por isso, ao caso não se aplica o disposto no art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/1964.

Como pontuou o juízo *a quo* (fl. 241):

“Em que pese a alegação do réu quanto ao regime de afetação que foi instituído para proteger os que compram imóvel na planta, não houve comprovação nos autos que tomou as providências cabíveis, tais como: o terreno da construção deve estar registrado no CNPJ da empresa; ii) elaboração do termo de afetação; iii) abertura do processo junto à Receita Federal indicando-se o Patrimônio de Afetação, para criação de CNPJ específico para incorporação imobiliária; iv) averbação junto à matrícula do imóvel da afetação patrimonial etc. De modo que, inaplicável a retenção de 50% consoante pretende a parte requerida”

Oportuno ressaltar que o art. 31-B da Lei nº 4.591/1964 dispõe que:

“Art. 31-B. Considera-se constituído o patrimônio de afetação 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.”

Todavia, foi injustificadamente tardia a comprovação pela embargante da averbação registral da submissão do empreendimento imobiliário ao regime de afetação (fl. 266), já que a certidão imobiliária correspondente aportou aos autos apenas com as razões de apelação. Por isso, o documento não está em condições de ser considerado, em obediência ao que dispõe o art. 434 do CPC.

Ademais, ainda que fosse considerada a constituição do regime de afetação, inexistente direito líquido certo da embargante de reter o percentual de 50% do valor pago como pretende, uma vez que o art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/1964 não obsta a fixação de percentual inferior a título de retenção. Nesse sentido julgou o C. STJ:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. CONCLUSÃO ACERCA DA CARÊNCIA DE PROVA DE CONSTITUIÇÃO DO REGIME DE AFETAÇÃO NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. CABIMENTO DA RETENÇÃO DO PERCENTUAL DE 25% (VINTE E CINCO) POR CIENTO DA QUANTIA PAGA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O acórdão estabeleceu que a insurgente não fez prova da averbação da constituição do regime de afetação do imóvel, porquanto não juntou aos autos, no momento processual oportuno, a demonstração nesse sentido, o que seria feito pela colação da certidão da matrícula do bem emitida pelo Cartório de Registro de Imóveis; bem como asseverou que a recorrida questionou todos os pontos trazidos na contestação; acrescentou que há a premissa no julgamento de que a prova da constituição de patrimônio de afetação não foi juntada no momento oportuno - aplicação do art. 434 do CPC. Óbice das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Julgados desta Corte Superior entendem que, mesmo na hipótese de devida comprovação da constituição do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a retenção dos valores pagos pelo promitente comprador pode chegar a até 50% (cinquenta por cento), conforme o estabelecido no art. 67-A, I, e § 5º, da Lei n. 13.786/2018; nada obsta, portanto, a que o seja em percentual menor, como no mínimo de 25%

(vinte e cinco por cento) da quantia paga. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido." (STJ, AgInt no AREsp nº 2.590.853/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 12/8/2024) – sem destaque no original

Por todos os ângulos de análise não é possível encontrar nos autos elementos mínimos em respaldo ao acolhimento da pretensão da embargante. Foi, portanto, acertada a solução adotada pelo juízo *a quo* e confirmada no acórdão embargado, consistente em limitar a retenção, a título de pena convencional, a 25% do valor pago.

Em síntese, o caso atrai juízo de retratação positivo para sanar o vício de omissão, acolher em parte os embargos de declaração, sem alteração do resultado proclamado para o recurso de apelação.

III. Conclusão

Pelos fundamentos expostos, pelo meu voto, **EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO, MODIFICO** em parte o acórdão para **ACOLHER EM PARTE** os embargos de declaração, sem alteração do resultado proclamado no recurso de apelação.

CLAUDIA MENGE

Relatora