



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000375018

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003677-69.2024.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ASA DELTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, são apelados ROGÉRIO PALOMBO, GEISE DAIANE CARDOSO DE OLIVEIRA PALOMBO e WPA GESTAO INOVADORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª 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 LIA PORTO (Presidente) E JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 15 de abril de 2025.

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº **1003677-69.2024.8.26.0005**

Relator: **FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI**

Órgão Julgador: **7ª Câmara de Direito Privado**

Comarca: **São Paulo / 4ª Vara Cível do Foro Regional V - São Miguel Paulista**

Juiz: **Adriana Del Compari Maia da Cunha**

Apelante(s): **Asa Delta Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

Apelado(s): **Rogério Palombo e outro**

Voto nº 9214

APELAÇÃO CÍVEL – Rescisão de contrato com pedido de restituição de quantias pagas – Sentença de procedência – Irresignação da requerida – Alegação de que a cláusula que prevê retenção de 50% sobre os valores pagos não é abusiva – Acolhimento – Abusividade não caracterizada, dada a previsão contratual e da incorporação ter sido submetida a patrimônio de afetação – Inteligência do artigo 67-A, §5º, da Lei nº 4.591/64 – Precedentes – Requerimento pela fixação de taxa de fruição – Não acolhimento – Indevida a indenização pela fruição do bem por se tratar de lote sem qualquer construção – Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal – Sentença reformada apenas para determinar a retenção dos valores pagos na porcentagem de 50% – **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença proferida às p. 657/664, de sua Excelência, a Dra. Adriana Del Compari Maia Da Cunha, MM. Juíza da 3ª Vara Cível do Foro Regional V - São Miguel Paulista da Comarca de São Paulo, nos autos da ação de rescisão contratual c.c devolução de valores, proposta por **ROGÉRIO PALOMBO E GEISE DAIANE CARDOSO DE OLIVEIRA PALOMBO** em face de **ASA DELTA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. E OUTRO**, que julgou p procedente o pedido, para: i) declarar a rescisão do contrato de compra e venda dos imóveis urbanos celebrado entre as partes (p. 23/39); ii) declarar nula a cláusula oitava, parágrafo segundo, do referido contrato (p. 30), bem como a cláusula décima oitava, relativa ao foro (p. 36);

e iii) condenar as rés, solidariamente, à restituição de 80% dos valores efetivamente pagos pelos autores, inclusive os valores pagos após o ajuizamento da presente demanda, de forma simples, em parcela única, incidentes atualização monetária, desde os respectivos pagamentos, e juros de mora, a partir do trânsito em julgado da sentença.

Recorre a requerida Asa Delta Empreendimentos Imobiliários Ltda. (p. 680/692), sustentando, em apertada síntese, que deve prevalecer a retenção de 50% dos valores pagos disposta contratualmente, baseada na redação do artigo 67-A da Lei nº 13.786/2018, pois os autos tratam de patrimônio de afetação. Defende também a fixação da taxa de fruição sob o argumento de que “houve previsão expressa para a retenção da taxa de fruição, bem como houve a livre anuência da parte requerente no contrato”.

Contrarrazões às p. 698/711.

Recurso tempestivo e com regular preparo (p. 693/694).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso da requerida comporta **parcial provimento**.

Extraí-se dos autos que, no ano de 2019, as partes firmaram dois contratos particulares de promessa de compra e venda de unidade imobiliária, relativos aos imóveis B202/31, Lote 1-B, Quadra J e B201/51, Lote 1-B, Quadra J, ambos localizados no empreendimento Châteou Du Golden II, situado em Gramado/RS.

Ocorre que, não mais interessados em manter o contrato, os autores tentaram proceder com a rescisão, sem sucesso. Ajuizaram a presente ação

requerendo a rescisão dos contratos objeto da ação e a decretação de abusividade da cláusula 8ª, §2º e 18ª do referido contrato, a fim de que as requeridas fossem solidariamente condenadas à devolução dos valores adimplidos pelos requerentes, descontado apenas o percentual de 20% a favor das rés.

Sobreveio então a respeitável sentença combatida, julgando procedente a pretensão dos autores.

Cinge-se a controvérsia sobre: i) a validade da cláusula contratual que prevê a porcentagem de 50% de retenção por parte da requerida; ii) a fixação da taxa de fruição. Sobre o tema, convém destacar trecho da decisão:

“(…) Nesse sentido, considerando que a incorporação é regida sob o regime de patrimônio de afetação, a Cláusula Oitava, parágrafo segundo, do contrato impugnado detém amparo legal para o percentual de retenção em 50% sobre o montante efetivamente pago (fls.30). Todavia, em que pese a previsão das cláusulas contratuais estarem nos moldes do texto de lei, referido percentual mostra-se excessivamente oneroso aos autores, colocando-os em desvantagem exagerada e, conseqüentemente, causando desequilíbrio dos direitos das partes em evidente enriquecimento sem causa. No mais, a lei traz um limite máximo para retenção, o que não implica na efetiva aplicação deste percentual sobre todos os casos.

Desta feita, nos termos do art. 51, inciso IV, do CDC, de rigor declarar a nulidade das referidas cláusulas e, com fulcro no art. 67-A, §5º, da Lei 4.591/1964 com redação dada pela Lei 13.786/2018, referido percentual deve ser reduzido, no caso concreto, para 20% do montante efetivamente pago

(...) No que tange aos pedidos de compensação formulados pelas rés, com relação à taxa de fruição, entendo que não é aplicável, sobretudo porque as cotas adquiridas sequer estavam edificadas, sendo inviável qualquer proveito econômico por parte dos autores, o que impede a pretensão dos réus” (grifei).

Pois bem.

A despeito da respeitável ponderação da ilustre magistrada de origem, entendemos que, no caso em apreço, não há abusividade na cláusula contratual que prevê a retenção de 50% dos valores pagos.

Os imóveis objeto da ação estão registrados em regime de afetação (conforme se verifica às p. 583/588), e, portanto, a legislação¹ permite que, para os imóveis submetidos a esse regime, a multa contratual será de até 50%.

No caso em concreto, há expressa previsão contratual de que a incorporação foi submetida ao patrimônio de afetação, de modo que deve ser observada a contratada retenção de 50% do valor pago. Acrescente-se que tinham os autores pleno conhecimento das cláusulas contratuais, que observam previsão legal específica já em vigor à época da contratação, de forma que não há como reconhecer-se a abusividade na estipulação.

Esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça,

¹ “Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente como 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: (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018) § 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” (Lei nº 13.786/18).

para situações assemelhadas:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.
DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.
RESCISÃO CONTRATUAL REQUERIDA PELOS
ADQUIRENTES. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.
RETENÇÃO DE 50% DOS VALORES PAGOS.
CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O STJ firmou entendimento de que, nos contratos oriundos de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos, a retenção dos valores pagos pode chegar a 50%, conforme estabelece o art. 67-A, I, e § 5º, da Lei 13.786/2018. 2. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp n. 2.055.691/SP; Quarta Turma; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; j. 05/6/2023).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de
Justiça:

Rescisão contratual c/c devolução de valores pagos e danos morais. Instrumento particular de compromisso de venda e compra de fração ideal de terreno e aquisição futura de unidade autônoma. Pedido de rescisão fundada na desistência do comprador. Contrato que prevê retenção de 50% dos valores pagos. Abusividade não caracterizada, dada a previsão contratual e da incorporação ter sido submetida a patrimônio de afetação. Precedente do STJ. Sentença reformada nessa parte. Sem alteração da sucumbência. Recurso provido (Apelação Cível nº1004066-86.2020.8.26.0363; 3ª Câmara de Direito

Privado; Rel. Des. JOÃO PAZINE NETO; j. 23/01/2024; g.n.).

RESCISÃO CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL Compra e venda de imóvel, sob regime de patrimônio de afetação Parcial procedência Insurgência de ambas as partes Alegação do autor de que: i) houve erro substancial no que toca à data de entrega do imóvel; ii) todos os valores pagos devem ser restituídos Alegação da ré de que: i) a comissão de corretagem deve ser retida; ii) cabe a retenção de 50% dos valores pagos Descabimento do recurso do autor; parcial cabimento do recurso da ré Inexistência de prova de erro substancial Data de entrega do imóvel prevista no contrato Possibilidade de retenção de 50% dos valores pagos Patrimônio de afetação Previsão contratual Inteligência do art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64 Comissão de corretagem não prevista contratualmente e que integra o preço do imóvel Impossibilidade de retenção RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO; RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível nº 1094651-32.2022.8.26.0100; 7ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. MIGUEL BRANDI; j. 22/11/2023).

APELAÇÃO. Ação de rescisão contratual c/c pedido de tutela provisória de urgência. SENTENÇA de procedência. RECURSO manejado pela parte ré. EXAME. Expressa previsão contratual de retenção de 50% dos valores pagos na hipótese de rescisão por inadimplência do promitente comprador. Contrato celebrado posteriormente ao advento da Lei n.

13.786/2018. Ausência de abusividade da estipulação contratual, autorizada pelo artigo 67-A, §5º da Lei n. 4.591/64, visto que o patrimônio de afetação foi o regime de incorporação adotado. Observância do princípio do “pacta sunt servanda”. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PROVIDO (Apelação Cível nº1016339-35.2022.8.26.0361; 27ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. CELINA DIETRICH TRIGUEIROS; j. 20/12/2023).

O requerimento pela fixação da taxa de fruição, por sua vez, não prospera. Isso porque, embora o contrato tenha como objeto apartamentos no regime de multipropriedade, o referido instrumento, firmado em 02/05/2019, prevê que “as obras serão entregues no prazo de 48 (quarenta e oito) meses, contados à partir da Data de Incorporação do Empreendimento (04/06/2019)” (p. 24).

Os autores, portanto, não chegaram a exercer a posse ou usufruir do bem, pois ainda não construído, fato não impugnado pela apelante. Tal situação faz com que incida o entendimento o atual entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre a taxa de fruição em lotes não edificadas, aqui aplicada em analogia.

Segundo a Corte Cidadã, a ausência de edificação impede o arbitramento da taxa de fruição, ao fundamento de que **"a resolução não enseja nenhum enriquecimento do comprador ou empobrecimento do vendedor"**. Vejamos:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CELEBRADO ANTES DA LEI Nº 13.786/2018. VENDA DE LOTE

NÃO EDIFICADO. RESCISÃO POR INICIATIVA DO PROMITENTE COMPRADOR. LONGO PERÍODO DE POSSE DO IMÓVEL COMO CAUSA PARA GERAR A INDENIZAÇÃO POR DIREITO DE FRUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

1. Ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda c/c pedido de restituição de valores, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 30/4/2024 e concluso ao gabinete em 2/8/2024.

2. O propósito recursal consiste em decidir se, em rescisão de promessa de compra e venda de imóvel celebrado antes da Lei nº 13.786/2018, o decurso de longo prazo (mais de oito anos) na posse do bem pelo promitente comprador é causa apta a gerar o dever de pagamento de taxa de fruição (ou de ocupação) de imóvel não edificado (terreno).

3. Nos contratos celebrados antes da Lei nº 13.786/2018, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser indevida a taxa de ocupação ou fruição após o desfazimento de promessa de compra e venda de lote não edificado, uma vez que a resolução não enseja nenhum enriquecimento do comprador ou empobrecimento do vendedor.

4. O decurso de tempo na posse do imóvel pelo promitente comprador, ainda que por período considerado longo pelas instâncias ordinárias, não é motivo para aplicação da técnica da distinção (distinguishing) e, assim, para o afastamento da jurisprudência desta Corte sobre o tema.

5. Hipótese em que o Tribunal de origem, fazendo distinção com o entendimento desta Corte, reconheceu

o direito à taxa de fruição à promitente vendedora sob o argumento de que o promitente comprador se manteve sob a posse do terreno por longo prazo (mais de oito anos).

6. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 2.160.547/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 1/10/2024, DJe de 3/10/2024. – grifei)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTRATO E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. CLÁUSULA PENAL. BASE DE CÁLCULO. VALORES PAGOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. COBRANÇA DA TAXA DE FRUIÇÃO DE LOTE NÃO EDIFICADO. IMPOSSIBILIDADE. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DESEMBOLSO. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. AFERIÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. REVISÃO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

[...]

6. Conforme a orientação sedimentada no âmbito

desta Corte, "na hipótese de desfazimento de contrato de promessa de compra e venda de terreno não edificado por interesse exclusivo dos adquirentes, é indevida a condenação dos consumidores ao pagamento de taxa de ocupação/fruição" (AgInt no REsp n. 1.941.068/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2021, DJe 29/9/2021).

[...]

11. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp n. 2.110.844/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/8/2024, DJe de 22/8/2024. - grifei)

Daí que a r. sentença comporta ligeiro reparo, apenas para que sejam as rés condenadas, solidariamente, à restituição de 50% dos valores efetivamente pagos pelos autores.

A fim de evitar manejo de embargos de declaração voltados unicamente ao prequestionamento, e de modo a franquear acesso às instâncias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional debatida nos autos, porquanto apreciadas, neste Colegiado, as questões relacionadas à controvérsia, ainda que sem expressa menção ou individualização dos argumentos ou dispositivos legais invocados pelas partes.

Nessa linha, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que o prequestionamento “pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema” (EDcl no AgRg no REsp 1.172.919/PE); contentando-se com a sua forma implícita, tal como disposto, por exemplo, no AgRg 572.737/RS, REsp 365.079/SP, EDcl no Resp. 688.698/PR, EDcl no REsp. 855.181/SC, entre outros.

Levando em consideração o parcial provimento do recurso, ainda que se tenha implementado um acréscimo de êxito ou proveito econômico à parte, incabível majorar a verba sucumbencial fixada na origem fixada, conforme tese firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1.059, assentando que “a majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente”.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação

FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI
RELATOR