



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000431858

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1125357-42.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PHASER INCORPORAÇÃO SPE S/A, são apelados MARCEL RESENDE PORTO e ISABEL LUQUEZE GALVÃO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente sem voto), PIVA RODRIGUES E GALDINO TOLEDO JÚNIOR.

São Paulo, 14 de junho de 2016.

[ANGELA LOPES]

[Relatora]

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 277

Apelação Cível n. 1125357-42.2015.8.26.0100

Origem: 30ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo

Juíza: Dra. Flavia Poyares Miranda

Apelante: PHASER INCORPORAÇÕES SPE S/A

Apelados: MARCEL RESENDE PORTO E OUTRA

NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C.C. RESCISÃO DO CONTRATO E DEVOLUÇÃO DE VALORES – Cláusula penal que, na prática, permite a retenção de mais de 80% dos valores pagos pelos promitentes compradores, em caso de rescisão contratual – Nulidade – Violação ao art. 51, II e IV, do CDC – Consumidores em desvantagem exagerada – Óbice ao direito de reembolso das quantias pagas – **Retenção corretamente fixada em 10% sobre os valores efetivamente pagos** – Não demonstração de que a promitente vendedora suportou prejuízo superior à compensação autorizada – Juros moratórios devidos a partir da citação válida da ré – Arts. 405 do CC e 219 do CPC/1973 – Sentença mantida – **RECURSO DESPROVIDO.**

Trata-se de ação proposta por Marcel Resende Porto e Isabel Luqueze Galvão objetivando a declaração de nulidade da cláusula 10ª, itens “2.2.1” (e subitens “a”/”e”), “2.2.2” e “2.2.24” do Compromisso Particular de Venda e Compra e a rescisão da avença, com a conseqüente condenação da ré Phaser Incorporação SPE S/A à devolução de 90% (noventa por cento) dos valores pagos, correspondente a R\$ 93.963,31.

Sobreveio a r. sentença de fls. 152/162, integrada a fl. 182 em razão de acolhimento de embargos de declaração, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação, para rescindir o compromisso de compra e venda, condenando a ré à devolução dos valores pagos pelos autores, descontando-se apenas o percentual de 10%, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. A ré foi condenada, também, ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10%



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, apela a ré as fls. 184/198. Afirma que os autores pagaram o total de R\$ 104.403,68 e que a retenção de pouco mais de dez mil reais autorizada pela r. sentença (10% sobre o valor pago) é manifestamente insuficiente para ressarcir as perdas e danos causados em razão do desfazimento de um contrato superior a trezentos e cinquenta mil reais.

Discorre sobre o delicado momento econômico atualmente vivido pelo setor da construção civil no país, salientando o problema das devoluções dos imóveis pelos consumidores, em razão de sucessivos pedidos de rescisão dos contratos, o que ocasiona prejuízos financeiros incalculáveis, notadamente se resultarem na devolução da quase totalidade das prestações pagas pelos compradores, acrescidas de juros que implicam, na maioria das vezes, em devoluções superiores a 100% do que os adquirentes pagaram.

Sustenta que, se mantido o percentual da sentença, sofrerá prejuízos graves e irreversíveis com a rescisão, acrescentando que, ainda que consiga revender a unidade no futuro, não há garantia de que recupere o investimento, pois os preços dos imóveis estão reduzidos. Alega que é praticamente certo que a unidade devolvida ficará por meses no estoque até ser novamente comercializada, amargando prejuízos com despesas da revenda (divulgação, publicidade, corretagem, administrativas) e relativas ao próprio imóvel (impostos, condomínio), além de que o bem ficará exposto às intempéries e terá seu valor de mercado ainda mais depreciado com o passar do tempo.

Entende que tais argumentos são mais que suficientes para a reforma da sentença, para que seja aplicado o decaimento previsto na cláusula 10ª, item 2.2.1, letra “e”, ou para que o percentual de retenção seja elevado para algo em torno de 25% a 30%, bem como para que seja alterado o termo inicial dos juros moratórios, nos termos do art. 396 do CC e jurisprudência pacificada pelo STJ, com o estabelecimento de sucumbência recíproca entre as partes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Argumenta que o abrandamento da cláusula penal configura medida de caráter excepcional e, quando operado, deve limitar-se a um valor que, circunstancialmente, seja justo, pois o CDC veda a perda total das prestações pagas, admitindo-se, em tese, uma perda parcial. Insiste que, no caso em concreto, tendo os autores quitado apenas R\$ 104.403,68, a substancial redução da cláusula penal (de 70% para 10%) implicará na retenção insuficiente de somente R\$ 10.440,36, no que diz respeito às parcelas do compromisso.

Defende que a r. sentença não considerou que a retenção de apenas 10% sobre os valores pagos seria relativamente pequena se comparada ao valor global do contrato (que é de R\$ 359.800,08) e que os autores não cumpriram quase nada, causando prejuízos enormes para a promitente vendedora.

Afirma que a cláusula que prevê a retenção de 70% não é abusiva e invoca a força obrigatória dos contratos.

Salienta que o STJ já julgou razoável, em embargos de divergência que unificou o entendimento da Segunda Seção, a retenção de 25% das parcelas pagas pela vendedora, independentemente de o adquirente ter ou não exercido a posse sobre a unidade.

Afirma que a devolução parcelada das quantias se mostra como medida de justiça, para que possa revender a unidade e amenizar o impacto da rescisão, pois os valores pagos foram empregados na construção e a determinação de reembolso em uma única parcela seria injusta à realidade econômica funcional do contrato, contrariando a forma como se pretendeu cumpri-lo.

Alega que os juros de mora são devidos apenas a partir do trânsito em julgado, pois, enquanto não for definido judicialmente o percentual de restituição razoável e justo, não há que se falar em mora da vendedora.

Postula o provimento do recurso para que seja reconhecida a legalidade da cláusula rescisória, culminando na resolução do contrato com retenção de 70% dos valores pagos e devolução do restante em doze parcelas, bem como para que o termo inicial dos juros moratórios seja fixado a partir do trânsito em julgado da sentença. Caso não seja este o entendimento desta Col. Câmara, pretende que os valores de retenção sejam fixados entre 30% a 25% dos valores pagos pelos autores. Pretende, também, a redistribuição da sucumbência, sendo o autor culpado pela rescisão e causador da demanda judicial.

Recebido o recurso no duplo efeito (fl. 221), as contrarrazões foram apresentadas as fls. 223/277.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, os itens “2.2.1” (e subitens “a”/”e”), “2.2.2” e “2.2.24” da cláusula 10ª do “*Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outras Avenças*” são nulos, uma vez que as deduções contratualmente previstas reduzem o valor a ser restituído em quantia extremamente irrisória, em violação às normas consumeristas (art. 51, II e IV, do CDC).

Afinal, assim dispõe o contrato (fls. 47/48):

“2.2.1 – Para fins de rescisão do contrato ou ainda para o cálculo a ser apreciado em juízo para a fixação do valor a ser devolvido ao “COMPRADOR” na situação mencionada em 2.2, fica desde logo convencionado que:

a) Será inicialmente procedida a atualização monetária de todos os valores que o “COMPRADOR” tiver pago à “vendedora” por conta do preço ajustado, pelos critérios estabelecidos neste contrato;

b) Desse valor obtido, será deduzida a

porcentagem de 10% (dez por cento) do preço da venda atualizado, a título de ressarcimento das despesas da “vendedora” com corretagem, publicidade e custos administrativos;

c) Será ainda e sucessivamente, efetuada a dedução de 1% (hum por cento) ao mês do preço da venda atualizado, caso o “COMPRADOR” esteja na posse do bem, pelo período de sua posse; e calculada até a data da efetiva restituição do imóvel à “VENDEDORA”, a título de retribuição pela fruição e compensação pela indisponibilidade do imóvel pela “vendedora”;

d) Em forma subsequente, serão também deduzidos valores de despesas de IPTU, condomínio, luz, água, gás, etc..., desde que não pagos pelo “COMPRADOR”;

e) **Apurado o valor total pago pelo “COMPRADOR” e devidamente corrigido como está disposto na letra “a”, e após as deduções mencionadas nas letras “b”, “c” e “d”, o saldo encontrado será parcialmente restituído pela “vendedora”, obedecidos os seguintes critérios:**

*** Se já tiverem sido pagos até 30% (trinta por cento) do preço total da venda, a restituição será de 30% (trinta por cento) do saldo encontrado;**

* Se já tiverem sido pagos mais de 30% (trinta por cento) do preço total da venda, a restituição será de 50% (cinquenta por cento) do saldo encontrado.

2.2.2 – A devolução prevista será feita em 12 (doze) parcelas mensais iguais e sucessivas, sobre elas incidentes a correção monetária na forma prevista neste contrato, vencendo-se a primeira dentro de 30 (trinta) dias contados da assinatura do instrumento de resolução da promessa, se amigável; ou na forma que vier a ser determinada por sentença, se judicial.

(...)

2.2.4 – Na hipótese de resolução, judicial ou extrajudicial, a “VENDEDORA” terá livre disponibilidade sobre o imóvel, podendo, inclusive, aliená-lo, desde logo, a terceiros, ainda que não tenha restituído ao “COMPRADOR” as quantias a ele porventura devidas, na forma deste contrato, inclusive no caso em que o “COMPRADOR” deixar de recebe-las, por sua ação ou omissão” (g. n.).

De outro lado, restaram incontroversos nos autos que: a) o valor da venda do imóvel foi de R\$ 359.800,08; b) os apelados pagaram o total de R\$ 104.403,68; c) conforme item 2.2.1, subitem “b”, do contrato, à apelante seria permitida a retenção de aproximados R\$ 35.980,01 (correspondentes a 10% do preço da venda), a título de ressarcimento de despesas administrativas; d) conforme item 2.2.1, subitem “e”, do instrumento, do saldo restante (R\$ 104.403,68 – R\$ 35.980,01 = R\$ 68.423,67), a apelante ainda teria direito à retenção de 70%; e e) a vendedora restituiria apenas o valor aproximado de R\$ 20.527,10.

Evidente, portanto, que a forma como estipulada a devolução das parcelas (total adimplido pelos compradores, subtraídos a pena convencional de 10% sobre o preço corrigido do contrato e a retenção de mais 70% sobre o saldo apurado) colocam os consumidores em desvantagem abusiva e praticamente inviabilizam o direito de serem reembolsados pelas quantias já pagas, pois o montante de R\$ 20.527,10 representa apenas 19,66% do total pago, o que se mostra inadmissível, consoante jurisprudência consolidada sobre o tema:

“RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLENTO DOS COMPRADORES. RETENÇÃO DE 10%. ALUGUÉIS DE 0,5% AO MÊS, SOBRE O VALOR DO IMÓVEL AJUSTADO NO CONTRATO. MANUTENÇÃO. RAZOABILIDADE. PREJUÍZO SUPERIOR NÃO DEMONSTRADO. ALUGUÉIS DEVIDOS DESDE O INÍCIO DA POSSE. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. TERMO INICIAL DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE OS VALORES A SEREM DEVOLVIDOS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA COM OS RÉUS. APELO DA CORRÉ NÃO PROVIDO E APELAÇÕES DO CORRÉU E DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual diante do inadimplemento dos compradores, determinando a devolução de 10% da quantia paga, e o pagamento de indenização pelas benfeitorias introduzidas no imóvel. Os réus foram condenados ao pagamento de aluguéis, arbitrados em 0,5% sobre o valor do imóvel ajustado no contrato, desde a data do inadimplemento até a desocupação. 2. Inadimplemento dos compradores desde 18/05/2011. Valores depositados pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

*corrê insuficientes para a quitação do contrato. 3. Inadimplemento dos adquirentes que justifica a rescisão da avença, e, a condenação dos réus ao pagamento de alugueres. Valores devidos, porém, desde a data do início da posse. 4. Aluguéis fixados em 0,5% sobre o valor do imóvel ajustado no contrato. **Retenção de 10% dos valores pagos pelos compradores. Razoabilidade. Ausência de prova de prejuízos superiores pela autora. Observância à Súmula nº 01, TJSP.** 5. Incidência dos juros moratórios sobre os valores a serem devolvidos somente a partir da data em que for exigível o cumprimento forçado da sentença, caso não seja observado o prazo legal para pagamento espontâneo (art. 475-J, CPC). Correção monetária que deverá incidir da data de cada desembolso, pois é mera recomposição do valor da moeda. 6. Indenização pelas benfeitorias. Não é requisito necessário a aprovação da construção (regularidade administrativa), mas sim que esteja de acordo com "a lei ou o contrato". Vedação do enriquecimento sem causa. Exegese do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 6766/79. Ressalva, apenas, de que eventuais despesas correspondentes à regularização do imóvel deverão ser abatidas da indenização devida pelas benfeitorias e eventualmente dos valores a serem devolvidos. 7. Apelação da corrê não provida e apelações do corrêu e da autora parcialmente providas." (TJ/SP, 9ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0005583-22.2013.8.26.0224, Rel. Alexandre Lazzarini, DJ 15/12/2015, original sem grifos)*

“Apelação. Promessa de venda e compra de imóvel. Relação de consumo. Conquanto não se discuta a validade do distrato firmado entre as partes, não pode o manto do "pacta sunt servanda" acobertar a exigência de encargos abusivos, sendo, portanto, perfeitamente possível a eventual revisão da relação contratual, ainda que os compromissários compradores já tenham recebido quantias atinentes à rescisão - Embora, no comum das vezes, seja prevista cláusula de irretratabilidade no contrato, tratando-se de inequívoca relação de consumo, afigura-se abusiva a extirpação da possibilidade de arrependimento por parte do compromissário comprador, ainda que inadimplente. Direito potestativo. Súmula nº 01, desta E. Corte. Embora não se discuta que, com a resolução da avença, as partes devam ser restabelecidas ao "status quo ante", com a devolução das parcelas pagas, não se pode olvidar das despesas havidas com desfazimento do vínculo, gastos administrativos do empreendimento e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

eventuais prejuízos da compromitente vendedora. **Conquanto indiscutível o descabimento da retenção de 80% dos valores pagos, haja vista que os promissários compradores sequer se imitiram na posse da coisa, considerando-se o inequívoco impacto que a rescisão impõe ao sistema arrecadatório da incorporadora imobiliária, afigura-se suficiente a retenção de 10%**, descontados os valores já recebidos. Inversão da sucumbência e honorários advocatícios fixados na r. sentença. Recurso provido.” (TJ/SP, 9ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0008973-55.2011.8.26.0002, Rel. Mauro Conti Machado, DJ 08/03/2016, original sem grifos).

Não bastasse isso, evidente que a cláusula 10ª da avença está em confronto às Súmulas 1 e 2 deste E. Tribunal de Justiça, que assim dispõem sobre o tema:

Súmula 1: O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

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.

Cumpra observar, ainda, o julgamento do REsp nº 1.300.418/SC, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973 (recursos repetitivos), em 13/11/2013, tendo o Col. STJ sedimentado o entendimento de que os valores pagos pelos compradores devem ser devolvidos em parcela única:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 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 contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. *Em tais avenças, 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.*

2. *Recurso especial não provido.*” (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, g. n.).

De outro lado, também não prospera o pedido subsidiário para que os valores de retenção sejam majorados para 25% ou 30% dos valores pagos pelos compradores, uma vez que não comprovada nos autos que a retenção de apenas 10% é insuficiente para fazer frente às despesas administrativas relacionadas à avença, sendo relevante ressaltar que os apelados não foram imitidos na posse do bem.

Frise-se que os argumentos da apelante, além de serem demasiadamente genéricos (crise no setor imobiliário, dificuldade de revenda do imóvel), não são capazes de autorizar a majoração do percentual de retenção, pois nada mais constituem que os riscos do negócio, que devem ser suportados apenas por ela. Além disso, a agravante alega, mas não comprova, que o valor de revenda do bem será inferior ao do negócio jurídico discutido neste processo, não podendo este fato hipotético ser considerado no cálculo das perdas e danos. Observe-se que não há notícias nos autos de que as obras foram finalizadas e qual o custo final do empreendimento, sendo impossível concluir que a apelante tenha sofrido prejuízos superiores à compensação autorizada (pois não se sabe o preço final da venda da unidade).

Razão também não assiste à apelante, em relação ao termo inicial dos juros moratórios, que deve ser considerado como a data da citação válida, nos termos dos arts. 405 do CC e 219 do CPC/1973.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Afinal, é a partir da citação que a parte ré é cientificada sobre os termos da demanda, conhecendo os limites do pedido inicial que, no caso, consistia na rescisão do compromisso de compra e venda do imóvel e devolução de 90% dos valores pagos pelos consumidores.

Neste mesmo sentido, é o entendimento desta Col. Câmara:

*“Compromisso de compra e venda. Pedidos declaratório e indenizatório. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das rés. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos (art. 252 RITJSP). Mantida a resolução do contrato e devolução de 80% do valor pago pela autora. **Juros de mora da citação.** Recurso desprovido.” (Apelação nº 1040829-12.2014.8.26.0100, Rel. Piva Rodrigues, DJ 12/04/2016, original sem grifos)*

“DIREITO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO c.c. RESTITUIÇÃO DE VALORES. Sentença que, na origem, declara rescindido o vínculo contratual e condena a empresa requerida a restituir ao autor o patamar de 90% dos valores pagos, atualizados os referidos valores nos termos previstos na Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a contar dos desembolsos, sem prejuízo da incidência de juros de mora, em patamar de 1% ao mês, com contagem da citação. Requerida responsabilizada, por fim, pelos ônus de sucumbência. Recurso de Apelação da requerida. Regime de restituição de valores em caso de desistência do compromissário comprador. Abusividade da cláusula de decaimento prevista em contrato. Reconhecimento. Retenção do percentual de 10% dos valores pagos que se mostra razoável e equânime para bem compensar eventuais perdas e custos suportados pela requerida com o rompimento do vínculo contratual. Multa diária. Julgador autorizado a determinar providências para a efetivação da tutela específica, tal qual se dá com a imposição de multa para o caso de descumprimento do preceito voltado à abstenção de cobrança de parcelas contratuais vincendas (artigo 461, § 5º, do CPC). Eventual excesso que, se surgir, deve ser tema de cumprimento de sentença, passível de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

*alegação na origem, em momento oportuno, sob pena de indesejada supressão de instância. Juros de mora atrelados aos valores objeto de restituição. **Citação válida que, nos termos do disposto no art. 219 do CPC se afigura como o correto marco inicial de incidência dos juros de mora na espécie.** Regime sucumbencial. Simples fato de ser o autor desistente não indica que tenha sido ele processualmente vencido, tampouco que tenha dado causa à lide. Sucumbência carregada em desfavor da requerida com acerto no caso concreto. Recurso de Apelação da requerida não provido.” (Apelação nº 0034913-80.2010.8.26.0576, Rel. Alexandre Bucci, DJ 28/04/2015, original sem grifos).*

Por fim, não há que se falar em sucumbência recíproca, uma vez que a ação foi julgada totalmente procedente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

ANGELA LOPES
Relatora