



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2015.0000846129

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0123030-49.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes OSVALDO FABBRINI e SILVIA MARIA DE NICODEMOS FABBRINI, é apelado ESSER PARIS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em 8ª 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 Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e SILVÉRIO DA SILVA.

São Paulo, 11 de novembro de 2015.

ALEXANDRE COELHO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 0123030-49.2012.8.26.0100

Apelantes: Osvaldo Fabbrini e Silvia Maria de Nicodemos Fabbrini

Apelado: Esser Paris Empreendimentos Imobiliários Ltda

Comarca: São Paulo

Voto nº 1527

PRESCRIÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - DISTRATO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE 90% DAS QUANTIAS PAGAS, TAXA "SATI" E DESPESAS DE CONDOMÍNIO E IPTU - DIREITO DO CONSUMIDOR - Para as ações de repetição de valores pagos no ato de aquisição de imóvel, a título de taxa SATI, entende-se que o prazo prescricional é de 10 anos, previsto no artigo 205, do CC, diante da falta de previsão específica a respeito. Precedentes da Câmara.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - DISTRATO - RESCISÃO CONTRATUAL MOTIVADA PELO DESINTERESSE DOS ADQUIRENTES - RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR - DEVOLUÇÃO DO IMÓVEL E DAS QUANTIAS PAGAS, COM RETENÇÃO. Verificada vontade dos adquirentes no distrato por falta de interesse no prosseguimento do negócio, cabível a rescisão do contrato, devendo as partes serem restituídas ao estado anterior, mediante devolução do imóvel e do dinheiro pago, autorizada, contudo, a retenção de 10% a título de indenização pelas despesas geradas. Inteligência da súmula 543, do STJ. Precedentes.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - SATI - RESTITUIÇÃO - INADMISSIBILIDADE. Ressalvada a existência de divergência a respeito, o princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), também aplicável em relação ao consumidor, é incompatível com a conduta de quem tem plena ciência da cobrança em separado da assessoria imobiliária, concorda com tal cobrança, usufrui dos serviços e efetua os respectivos pagamentos destacados do preço do imóvel, tudo previsto em contrato, e somente depois de dilargado tempo, vem questionar tal obrigação, surpreendendo a outra parte contratante. Precedentes.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - PARCELAS DE CONDOMÍNIO E IPTU - PAGAMENTO EM PERÍODO ANTERIOR À POSSE DO IMÓVEL - RESTITUIÇÃO - ADMISSIBILIDADE. não pode ser imputado ao consumidor o pagamento das despesas



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

condominiais e tributos antes da entrega das chaves, uma vez que tais encargos são inerentes à posse e fruição do imóvel.

Resultado: apelação provida em parte.

Trata-se de apelação interposta por OSVALDO FABBRINI e SILVIA MARIA DE NICODEMUS FABBRINI contra a respeitável sentença de fls. 153/158, cujo relatório ora se adota, que julgou improcedente a ação proposta em face de ESSER PARIS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., tendo reconhecido a prescrição das pretensões de ressarcimento deduzidas na inicial.

Os autores apelam objetivando a reforma da sentença para que se afaste o reconhecimento da prescrição, julgando-se procedentes todos os pedidos constantes da inicial, a fim de que sejam declaradas nulas as cláusulas contratuais impugnadas e seja a ré condenada a restituir à autora a diferença dos valores pagos no distrato do negócio, bem como os valores pagos à título de SATI e das quantias de IPTU e condomínio indevidamente quitadas.

O recurso foi recebido e contrariado.

É o relatório.

Os autores firmaram com a ré, em 01/03/2008, instrumento particular de compromisso de compra e venda no intuito de adquirir unidade autônoma em empreendimento construído pela ré, segundo as condições constantes do contrato anexado aos autos.

Restou incontroverso que, por solicitação dos autores, que perderam o interesse na negociação, as partes firmaram termo de rescisão do referido instrumento particular, tendo ficado pactuado que seria restituído aos autores o valor de R\$ 38.392,88, o que corresponde ao percentual de 60% do montante pago, muito embora o termo de compromisso de compra e venda houvesse previsto a restituição de apenas 30% da quantia paga.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Assim, os autores ajuizaram a presente ação, objetivando a declaração de nulidade das cláusulas contratuais com previsão dos percentuais de devolução das quantias pagas no caso de resolução do contrato por inadimplemento do adquirente, bem como das cláusulas do instrumento de distrato, nas quais consta o pacto pela devolução de 60% dos valores pagos e a quitação plena e geral do negócio. Sustentam que devem ser ressarcidos 90% dos valores pagos, pleiteando seja a ré condenada a pagar a diferença. Além disso, pugnam pela devolução da quantia paga à título de taxa de assessoria imobiliária (“SATI”), além da devolução dos valores de IPTU e condomínio pagos no período de maio a novembro de 2011 por entender serem indevidos.

A r. sentença de primeiro grau reconheceu ter decorrido o prazo prescricional de três anos da pretensão de ressarcimento das quantias, sob o fundamento de que se trata de pedido de restituição por enriquecimento ilícito.

Contudo, respeitado o entendimento do MM. Juízo sentenciante, o caso não é de aplicação da prescrição trienal.

À falta de norma específica, aplica-se a norma geral, contemplada no artigo 205, do Código Civil, segundo a qual o prazo prescricional é de dez anos.

Este é o entendimento adotado nesta Colenda 8ª Câmara de Direito Privado, como se vê na **Apelação nº 1012676-93-2014.8.26.0576**, relator o Desembargador SALLES ROSSI, j. 15/04/15, que faz referência a julgados recentes da 6ª Câmara (Apelação nº 057947-52.2012.8.26.0564), da 2ª Câmara (Apelação nº 0165199-51.2012.8.26.0100) e da 5ª Câmara (Apelação nº 0027314-64.2012.8.26.0562), bem como na **Apelação nº 1041318-49.2014.8.26.0100**, relator o Desembargador LUIZ AMBRA, j. 08/04/15.

No específico caso da diferença da quantia devolvida por ocasião do distrato, inexistente o decurso de qualquer prazo prescricional, seja ele de três anos, seja ele de dez anos. Isso porque o termo de rescisão do instrumento particular foi firmado em 18/11/2011, sendo que a ação foi distribuída em 07/03/2012, no que se percebe não ter decorrido, nem mesmo, seis meses entre uma data e outra. Tal também ocorre com os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dispêndios relativos aos valores de condomínio e IPTU, pois foram suportados pelos autores no período de maio a novembro de 2011.

Deste modo, é certo que não transcorreu o prazo prescricional em relação a nenhum dos pedidos formulados pelos autores, devendo ser reformada a r. sentença que o reconheceu.

Superada a questão relativa à prescrição, passa-se ao julgamento da matéria de fundo dos pedidos deduzidos pelos autores e ratificados no apelo.

Não se pode olvidar que o compromissário comprador de imóvel tem direito a pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas quando não mais lhe interessar prosseguir com o negócio, sob pena de enriquecimento sem causa. Assim, rescindido o contrato por vontade do adquirente, as partes devem ser restituídas, tanto quanto possível, ao estado anterior.

Incide ao caso recente súmula editada pelo C. Superior Tribunal de Justiça que trata da devolução imediata das quantias pagas pelo adquirente, mas não em seu valor integral quando ausente culpa do promitente vendedor.

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. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).

No caso, existe previsão contratual de retenção de 70% dos valores pagos em caso de rescisão por inadimplemento (Cláusula 11.03 item “b”), o que foi reduzido no distrato firmado entre as partes para 40%. Contudo, considerando o direito das partes de serem respondidas ao *status quo ante*, é cabível redução ainda maior deste percentual para o índice de 10%, conforme pleiteado pelos autores apelantes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Admitido o direito de o adquirente recuperar o dinheiro pago, é de se contrapor que ao contratar, ele gerou despesas ao vendedor, relativas às operações de venda, publicidade etc, donde se aplicar a retenção que vem sendo praticada no foro, na ordem de 10%, exatamente para recompor o patrimônio da parte que adimpliu o contrato e que, *ipso facto*, não pode ser prejudicada (artigo 475, do Código Civil). Nesse sentido: **Apelação 1022389-89.2014.8.26.0577**, relator o Desembargador Salles Rosi, j. 16/04/2015.

Tal linha de entendimento vem sendo confirmada pelos precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% a 25% do total da quantia paga. 2. O percentual a ser retido pelo vendedor é fixado pelas instâncias ordinárias em conformidade com as particularidades do caso concreto, de maneira que não se mostra adequada sua revisão na via estreita do recurso especial. 3. O Tribunal de origem, ao analisar os documentos acostados aos autos, bem como o contrato firmado entre as partes, entendeu abusiva a cláusula contratual que previa a retenção de 25% do valor das quantias pagas em caso de rescisão por inadimplemento. Analisando as peculiaridades do caso, fixou a retenção em 10% do valor das parcelas pagas, o que não se distancia do admitido por esta Corte Superior. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 600.887/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 22/06/2015).

Assim, importa reconhecer a procedência do pedido dos autores para que sejam declaradas nulas as cláusulas 11.03 do instrumento particular de compromisso de compra e venda e as cláusulas 3, 5 e 6 do termo de rescisão deste instrumento, a fim de condenar a ré apelada a pagar aos autores a diferença entre a quantia restituída por ocasião do distrato (R\$38.392,88) e o resultado do percentual de 90% sobre os valores pagos até o momento do distrato.

Quanto ao pedido de devolução da taxa SATI, merecer ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

afastada tal pretensão. É incontroverso – e foi provado - que os adquirentes arcaram com o pagamento da taxa SATI, estipulada em contrato.

A esse respeito, há recentes e bem fundamentados julgados mandando devolver o dinheiro pago a tal título, por abusividade da cláusula que contém a obrigação de o consumidor pagar pelos serviços de quem foi contratado pela construtora e não por ele, como também não são poucas as decisões que, igualmente bem fundamentadas, trilham o caminho oposto e aceitam a legalidade de tal ajuste.

O fator que se apresenta decisivo à questão vem a ser a boa-fé objetiva, que, segundo a lei, deve permear todos os contratos, sem exceção, antes e durante sua execução, exigindo das partes conduta coerente com a respectiva vontade manifestada, no sentido de bem cumprir suas obrigações, em conformidade com os objetivos reciprocamente traçados e aceitos na ocasião em que as vontades antagônicas se fundiram e deram causa àquilo que se pode ter como vontade não mais de uma só parte, mas de ambas, representada pelo contrato.

Alinhe-se, ademais, que, conforme dicção do artigo 422, do Código Civil, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Em comentário à referida norma, NELSON NERY JUNIOR assim se manifesta:

Boa-fé objetiva. Natureza. É cláusula geral (v. coments. prelim. CC 1º), ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena assim como a lei e outras fontes. É fonte jurígena porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção e segundo os usos e costumes. Com isso a norma do CC 422 classifica-se, também, como regra de conduta (Martins-Costa, Boa-fé. P. 421), seguindo, nesse passo, o direito italiano (CCital. 1175 e 1337). Deixou de ser princípio geral de direito porque incluída expressamente no texto do direito brasileiro. (...)

Boa-fé objetiva. Conteúdo. A boa-fé objetiva impõe ao

*contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurídica criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. A boa-fé é, essencialmente, fidelidade e empenho de cooperação (v. Betti, *Negoziio giuridico*, ns. 8 e 45, pp. 111 e 357/358). A boa-fé objetiva abre espaço para que a finalidade ética e econômica do contrato se entrelacem (Hedemann. *Schuldrecht*, § 2 III b, p. 12) (...)*

Boa-fé objetiva. Responsabilidade pré e pós-contratual. As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 422. O BGB § 242, que inspirou a norma brasileira sob comentário, mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual nem tampouco a pós-contratual, e nem por isso a doutrina e jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias no âmbito de sua aplicação (...) Portanto, estão compreendidas no CC 422 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado (v. CC 462). Com isso, os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes – o contrato já se findou pela sua execução) – também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais. (Código Civil Comentado. RT, 8ª ed, p. 544-545)

Pois bem.

Na esteira deste entendimento, releva notar que os documentos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

juntados a fls. 30/31 deixam claro o conhecimento prévio do consumidor a respeito de que, para a concretização do negócio, foram prestados serviços de assessoria técnica imobiliária, tanto que emitidos documentos bastantes a respeito dos valores devidos a esse título, pagos pelo adquirente, donde é forçoso reconhecer não só a ciência, como também a concordância do consumidor quanto às circunstâncias desta parte do negócio e da obrigação então assumida.

Deste modo, se as partes ajustaram as respectivas vontades neste sentido e se a adquirente procedeu ao pagamento da SATI espontaneamente, ratificando a vontade manifestada, sem nada reclamar naquela oportunidade, somente agora, depois de longo tempo, vindo a pleitear a devolução da verba, extrai-se a conclusão de que os serviços foram efetivamente prestados e deles se beneficiou a adquirente, contrariando as expectativas da parte contrária e a boa-fé objetiva a reclamação tardia realizada, a qual, ipso facto, não comporta o beneplácito da Justiça.

*“As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem. O conjunto desses valores constitui um pressuposto gerado pela probidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações.” (ARNALDO RIZZARDO. *Contratos*. Forense, 14ª ed, 2014, p. 31)*

Malgrado o respeitável entendimento de que aplicável a teoria da supressio, a espécie não se amolda aos exatos contornos deste instituto, por não se tratar de ausência prolongada de exercício de determinado direito previsto em norma jurídica, mas sim de obrigação inicialmente cumprida pelo consumidor e depois de bom tempo por ele questionada (aqui, o decurso do tempo poderia implicar a prescrição, quando implementado o prazo previsto em lei).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Bem por isso, forçoso é reconhecer não ser devida pela ré apelada a restituição das quantias relativas às taxas de SATI.

Os apelantes pedem também a condenação da ré a reembolsar as despesas condominiais e de IPTU pagas no período de 31/05/2011 a 01/11/2011, uma vez que foram cobrados antes da efetiva posse no imóvel.

A esse respeito e nada obstante a contratação operada, esta Colenda Câmara entende, a favor do consumidor, ser abusiva – e por isso nula - eventual cláusula que antecipa a responsabilidade do consumidor pelo pagamento das despesas condominiais e tributos, uma vez que tais encargos são inerentes à posse e fruição do imóvel.

Neste sentido, na **Apelação 0059716-59.2012.8.26.0576**, relator o Desembargador Silvério da Silva, j. 10/06/2015, ficou ementado que *“despesas condominiais, contas de consumo e IPTU devidos somente após a entrega das chaves, quando o condômino pode efetivamente usar, gozar e dispor do imóvel, e não do Habite-se, quando as obras sequer haviam sido entregues.”*

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que *“a efetiva posse do imóvel, com a entrega das chaves, define o momento a partir do qual surge para o condômino a obrigação de efetuar o pagamento das despesas condominiais”* (REsp 489.647/RJ, relator o Ministro Luis Felipe Salomão, j. 15/12/2009)

Feito este registro, é inexorável a conclusão de que não cabia aos adquirentes o pagamento das despesas condominiais e de IPTU no período em que não estavam na posse do imóvel em razão da mora da construtora.

Muito embora a ré tenha sustentado que a posse do imóvel ocorreu em 16/05/2011, anexando aos autos termo de vistoria e entrega de chaves (fls. 136) - e por isso tais verbas seriam devidas - sua versão não convenceu, pois restou isolada frente às demais provas dos autos.

Como se vê, referido termo é composto de duas partes: a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

primeira acerca da vistoria, com um parágrafo específico declarando a realização da vistoria, estando esta declaração datada de 16/05/2011 e assinada em campo próprio; a segunda parte do documento é um parágrafo que se refere à declaração de entrega das chaves, com campos para preenchimento da data e assinatura individualizados para esta parte do documento, campos estes que não estão preenchidos e nem assinados.

Além do mais, o termo de distrato foi firmado em 18/11/2011 e nada cita acerca da ocupação do imóvel pelos autores durante o período de maio a novembro de 2011.

Assim, como os autores passaram a pagar tais despesas desde maio de 2011, as rés devem ser condenadas a restituir aos autores os pagamentos destas despesas vencidas até novembro de 2011, no valor de **R\$2.802,81 (fls. 35/41), com correção monetária desde então e juros de mora, de 1% ao mês, a contar da citação.**

Por derradeiro, inviável a devolução em dobro das quantias a que está sendo a ré condenada a restituir, pois, a despeito disso, a espécie não se amolda ao instituto da repetição de indébito previsto no Código de Defesa do Consumidor, vez que a cobrança decorreu de previsão contratual, não estando configurada também a má-fé da ré-apelada em referida cobrança.

Ante o exposto, pelo presente voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, nos termos acima expostos.

ALEXANDRE COELHO

Relator