

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.511.155 - SP (2019/0150779-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
AGRAVANTE : MARQUES CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
ADVOGADOS : JOSEFA SOLIUDA OLIVEIRA MATIAS - SP182806
LUCIANO LUCENA DA SILVA - SP334948
AGRAVADO : KARINA CRUZ IMLAU
ADVOGADO : RICARDO GARCIA MARTINEZ - SP282387

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado (fl. 231, e-STJ):

APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Discussão relativa às consequências da rescisão. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. O juiz é o destinatário da prova, competindo-lhe aferir da conveniência do julgamento antecipado da lide. Questão afeta à validade de disposição contratual que dispensa dilação probatória. Preliminar rejeitada. RESCISÃO CONTRATUAL E RETENÇÃO DE VALORES. Inaplicabilidade da cláusula contratual que, na prática, implicaria na perda da totalidade das quantias pagas pelo consumidor. Percentual de retenção arbitrado em primeiro grau, equivalente a 20% dos valores pagos, que se revela adequado, sendo amplamente admitido pela jurisprudência desta Corte e do E. STJ. JUROS DE MORA. Encargos que devem incidir a partir do trânsito em julgado, uma vez que a rescisão se fundamenta em pedido deduzido pela compradora. Sentença reformada nesta parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 262/265, e-STJ).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos arts. 371, 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil e 93, IX, da Constituição Federal.

Sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da produção da prova pericial contábil.

Pede, subsidiariamente, a majoração do percentual do valor pago pela

Superior Tribunal de Justiça

adquirente, de vinte para cinquenta por cento.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 270/288, e-STJ.

O recurso não foi admitido na origem, nos termos da decisão de fls. 289/291, e-STJ.

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

A Súmula nº 568 desta Corte, dispõe que “relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Destaca-se, inicialmente, que não compete a esta Corte Superior a análise de violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME VIA APELO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. READEQUAÇÃO DE BENEFÍCIO. REVISÃO. TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/98 E 41/03.

QUESTÃO DIRIMIDA SOB ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. ANÁLISE VEDADA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. ALÍNEA 'C'. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. O exame da violação de dispositivo constitucional (art. 5º, II, da Constituição Federal) é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

(...)

5. Recurso Especial não conhecido"

(STJ, REsp 1.672.259/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 30/6/2017)

Anoto, em seguida, que não prosperam as alegações de ocorrência de cerceamento de defesa.

Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade, ou não, de dilação

Superior Tribunal de Justiça

probatória, tendo em vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS.165 E 458, DO CPC. INEXISTÊNCIA. PROVA PERICIAL. REVISÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há que se falar em violação dos arts. 165 e 458, do Código de Processo Civil, pois o tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

3. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp 1175616/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011).

4. O exame acerca da legitimidade ativa e passiva demandaria revolvimento das circunstâncias fáticas dos autos, providência vedada pela Súmula 7/STJ (REsp 1216020/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 04/02/2011).

5. Rever os fundamentos do acórdão recorrido exigiria reapreciação do conjunto probatório, o que é vedado em recurso especial, ante o teor das Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 782.322/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 2/2/2017)

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela desnecessidade de produção de outras provas pelos seguintes fundamentos (fls. 233/235, e-STJ):

CERCEAMENTO DE DEFESA

Como é cediço, o Código de Processo Civil adota o sistema do livre convencimento motivado, por meio do qual fica a cargo do julgador decidir pela necessidade ou não de se realizarem atos durante a fase instrutória, bem como escolher os meios de prova pertinentes para o deslinde da controvérsia.

Há de se destacar que o juiz é o destinatário da prova, competindo-lhe aferir a possibilidade de pronto julgamento, não devendo se submeter ao interesse unilateral da parte na produção de provas caso venha a entender que seu convencimento já está formado, sob pena de violar o princípio da eficiência, pois, se o conjunto probatório carreado for suficiente para embasar a persuasão do magistrado, a produção de outras provas implicaria a prática de atos inúteis e meramente protelatórios.

(...)

Deste modo, conclui-se ser desnecessária a produção da prova pericial pretendida pela apelante, observando-se, ademais, que a análise da validade de cláusula que dispõe sobre a rescisão é matéria eminentemente jurídica, mostrando-se correto o julgamento da lide, sem que isso configure cerceamento de defesa.

Verifico que a Corte de origem fixou o percentual de retenção em 20% (vinte por cento) sobre os valores pagos pela autora, ora recorrida, a título de indenização pelas perdas e danos experimentados em razão da rescisão contratual intencionada pela consumidora, como se extrai dos seguintes excertos (fls. 235/237, e-STJ):

RESCISÃO CONTRATUAL E PERCENTUAL DE RETENÇÃO

Com efeito, nos termos do artigo 53, da legislação de consumo, o consumidor tem o direito potestativo de rescindir a avença, motivada ou imotivadamente, e obter de volta parte dos valores pagos, sendo a devolução calculada mediante dedução de percentual correspondente à indenização devida à vendedora, pelas perdas acarretadas pela rescisão.

O tema encontra-se pacificado por esta E. Corte, consoante o disposto na Súmula nº 1 do TJSP:

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.

A questão controvertida refere-se à extensão das perdas e danos sofridos pela promitente-vendedora, de modo que se defina o percentual que poderá ser retido objetivando ao ressarcimento dos seus prejuízos, assim como o valor que deverá ser restituído à compradora.

A apelante pretende que a rescisão atenda ao previsto na cláusula 20ª do contrato, ou seja, pretende reter, a título de cláusula penal, os juros compensatórios que tiverem sido cobrados; juros moratórios e multa de mora paga; despesas com propaganda e publicidade no valor de 8% do preço da alienação; PIS; COFINS; condomínio, luz, gás e IPTU; taxa diária de ocupação equivalente a 0,033% sobre o preço de venda; todos os tributos sociais e, por fim, despesas administrativas estimadas em 2% sobre o preço de alienação reajustado (fls. 52).

Todavia, a cláusula que estabelece a retenção de todos esses valores mostra-se abusiva, porquanto sua incidência pode implicar a perda da totalidade da quantia paga pelo consumidor, o que é vedado pelo ordenamento:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Consoante demonstram os cálculos apresentados pela apelada, na inicial (fls. 5), e pela apelante, em suas razões (fls. 190), a fixação da indenização segundo os parâmetros estabelecidos no contrato afigura-se inviável, na medida em que representaria decaimento total do consumidor, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, considerando que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (art. 413 do Código Civil), cumpre definir a quantia que a apelante poderá reter.

Segundo entendimento já adotado pelo C. STJ, mostra-se razoável que a vendedora retenha de 10% a 25% sobre a quantia paga, de modo a recompor suas perdas.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Nesta demanda, o Juízo de primeiro grau autorizou a retenção de 20% da quantia paga, que, em valores nominais, representa R\$ 8.678,00. Tal percentual não destoa do que vem sendo arbitrado e admitido pela jurisprudência, e compõe satisfatoriamente as perdas acarretadas pela rescisão, já que supera as despesas administrativas da apelante (R\$ 7.858,19), que ainda poderá revender o imóvel pelo preço de venda acrescido da valorização imobiliária.

A propósito dessa questão, registro que a Segunda Seção do STJ, em recente julgamento do REsp n. 1.723.519/SP (28.8.2019), de minha relatoria, firmou o entendimento no sentido de que, nos contratos firmados antes da Lei n. 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção, definido anteriormente no julgamento dos EAg n. 1.138.183/PE, por ser adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato.

Naquela oportunidade, foi enfatizado que tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, servindo como modo de desestimular o rompimento unilateral e imotivado de contratos, pois quem se obriga deve arcar com as consequências de sua conduta. Relembrou-se o voto do Ministro ARI PARGENDLER, no julgamento, perante a Segunda Seção, dos EREsp 59.870/SP, no qual enfatizou que a devolução das prestações pagas deve ser feita após a retenção, não apenas das despesas incorridas pelo empreendedor, como custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância, mas também de “uma indenização adicional pelo rompimento do vínculo, porque, se assim não for, estaremos dizendo que a pessoa pode contratar sem se estar obrigando. Quem se obriga e rompe essa obrigação, sofre uma pena”.

Seguindo esse norte, ficou também decidido no já citado julgamento do REsp n. 1.723.519/SP, assim como também já o fora nos EAg n. 1.138.183/PE, não haver diferença, para o fim de retenção do percentual de 25% dos valores pagos, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento. Além disso, ficou definido que a estipulação dentro do limite proposto, vale dizer, de no máximo 25% (vinte e cinco por cento), deve ensejar respeito à vontade dos contratantes, caso não seja efetivamente demonstrada a existência de eventual abusividade, em face de circunstância

específica e particular que justifique a redução do percentual.

Confira-se a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO ANTERIOR À LEI 13.786/2018. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. DESISTÊNCIA IMOTIVADA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR. RESTITUIÇÃO PARCIAL. DEVOLUÇÃO AO PROMISSÁRIO COMPRADOR DOS VALORES PAGOS COM A RETENÇÃO DE 25% POR PARTE DA VENDEDORA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PRECEDENTE FIRMADO EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO.

1. A despeito do caráter originalmente irretratável da compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, art. 32, §2º), a jurisprudência do STJ, anterior à Lei 13.786/2018, de há muito já reconhecia, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o direito potestativo do consumidor de promover ação a fim de rescindir o contrato e receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor sem culpa pelo distrato, de outro lado, o direito de reter parcela do montante (Súmula 543/STJ).

2. Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada pela Segunda Seção em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, "nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão" (REsp 1.740.911/DF, DJe 22.8.2019).

Superior Tribunal de Justiça

4. Recurso especial parcialmente provido.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem reduziu o percentual pactuado no contrato para 20% (vinte por cento), sem, contudo, mencionar nenhuma peculiaridade que justificasse tal redução.

Dessa forma, entendo que deve prevalecer o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pela adquirente, suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e compensá-lo do rompimento unilateral do contrato.

Em face do exposto, conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial para fixar em 25% (vinte e cinco por cento) a retenção sobre os valores pagos pela recorrida.

Nos termos dos arts. 85, § 2º, e 86, *caput*, do CPC/2015, considerada a sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% (cinquenta por cento) das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora