

Superior Tribunal de Justiça

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.245.377 - DF
(2018/0028490-6)**

RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
AGRAVANTE : ELDORADO EMPREENDIMENTOS TURISTICOS LTDA
ADVOGADO : MÁRIO FERNANDO CAMOZZI - GO005020
AGRAVADO : PAULO NASCIMENTO GOMES
AGRAVADO : ROSILEIA MARTINS FRANCO GOMES
ADVOGADO : ALEXANDRE DO COUTO E SILVA COSTA - DF011646
**INTERES. : RCI BRASIL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERCÂMBIO
LTDA**
ADVOGADOS : ALEXANDRE DO COUTO E SILVA COSTA - DF011646
FLÁVIA AZZI DE SOUZA NICASTRO E OUTRO(S) - SP168553
ANALICE THOMAZ SOUZA MAYA FERREIRA - DF040248

DECISÃO

Em vista das razões de agravo interno (fls. 502/510), reconsidero a decisão de fls. 493/498, tornando-a sem efeito, e passo à análise do recurso.

Trata-se de agravo interposto por ELDORADO EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS LTDA contra decisão que negou seguimento a recurso especial, fundamentado na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado em face de acórdão proferido pela Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado (fls. 294/295):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO RETIDO. INEXISTÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. DESISTÊNCIA DO CONTRATO PELO CONSUMIDOR. CLÁUSULA PENAL COM PERCENTUAL ABUSIVO. REDUÇÃO OPERADA NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. TERMO INICIAL DOS JUROS. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Impossibilidade de conversão de pedido de reconsideração em agravo retido, mormente quando interposto na vigência do CPC/2015, que extinguiu do mundo jurídico aquela espécie recursal.
2. A prova documental produzida foi suficiente para resolução da lide, revelando-se inútil a produção de prova testemunhal, impondo-se o imediato julgamento antecipado do pedido, em conformidade ao que dispõem os artigos 4º, 6º e 355, I, do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

3. Ainda que a rescisão contratual tenha ocorrido sem a culpa das empresas réis, a multa contratual em percentual que alcança 20% dos valores pagos, é, na hipótese específica dos autos, conforme inteligência do art. 51, IV, da Lei n. 8.078/90, abusiva e incompatível com a boa-fé objetiva, tal como ressaltado pelo Ilustre Juízo de origem. Diante de tal quadro, revela-se adequada e razoável a revisão judicial operada na origem para o patamar de 10% sobre o valor das prestações adimplidas.

4. Rescindido o contrato por desistência do consumidor e determinada judicialmente a devolução de valores em montante maior que o estabelecido no contrato, os juros sobre quantia a ser devolvida só fluem a partir do trânsito em julgado da sentença que determina a restituição a maior, ante a inexistência de mora do fornecedor até o provimento jurisdicional.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Os embargos de declaração opostos pela ora agravante foram rejeitados sob a seguinte ementa (fls. 322/333):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DO VÍCIO ELENADO NO ART. 1.022 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE EXPRESSA INDICAÇÃO NUMÉRICA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS.

1. A inexistência de qualquer um dos vícios do art. 1.022 do Código de Processo Civil impõe a rejeição dos embargos.

2. Os embargos de declaração, mesmo para fins de prequestionamento, devem estar pautados na existência de um dos vícios do art. 1.022 do Código de Processo Civil, sob pena de rejeição.

3. O prequestionamento exigido pelos Tribunais Superiores, para conhecimento dos recursos especial e extraordinário, é da questão jurídica discutida nos autos, de modo que a mera indicação numérica dos dispositivos legais referentes à lide não satisfaz o pressuposto de admissibilidade recursal em epígrafe.

4. Embargos conhecidos e rejeitados. Majorada em 1% a verba honorária devida ao embargante, com fulcro e amparo no art. 85, § 11, do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

A agravante sustenta, nas razões de recurso especial, ofensa aos artigos 7º, 11, 79, 131, II, 489, I, II e III, § 1º, III e IV, 494, II, 1.022, II, III, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015, alegando a nulidade do acórdão recorrido diante da existência de omissão e de cerceamento de defesa, por ter sido indeferido o agravo retido e negado o direito de produção de prova, defende a validade da cláusula penal de retenção de 20% sobre o valor pago em contrato de cessão de direitos de uso de unidade hoteleira, ao argumento de que o agravado não comprovou qualquer vício de vontade ou onerosidade excessiva para justificar a redução da porcentagem de 20% para 10%, e aduz não ser cabível a majoração de honorários advocatícios, prevista no artigo 85, § 11, do CPC de 2015, em sede de embargos de declaração.

As contrarrazões apresentadas pugnaram pelo não provimento do recurso (fls. 408/415).

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

Inicialmente, verifico que o acórdão recorrido se manifestou da seguinte forma em relação à alegada impossibilidade de redução do percentual de retenção do valor pago (fls. 302/303):

No caso, o pedido de rescisão contratual formulado pelos autores foi acolhido pelo magistrado sentenciante, que, por sua vez, considerou abusiva somente a Cláusula 8.2 do contrato celebrado entre as partes e que prevê a possibilidade de retenção pela cedente, no caso, a ora apelante, de 20% do valor contrato no caso de rescisão antecipada do instrumento (fl. 20).

Na hipótese, o contrato celebrado entre os autores e as rés é, indubitavelmente, de adesão, visto que não resultou do livre debate entre as partes. Ao contrário, nessa espécie de contratação, aos consumidores apelados somente é permitido aceitar as condições que já se encontravam previamente estabelecidas pelas empresas rés, sem possibilidade de discussão sobre as cláusulas elaboradas de forma unilateral.

Nessa situação, a multa contratual por rescisão antecipada em percentual que alcança 20% do valor do contrato, conforme previsto na Cláusula 8.2 - fl. 20v, conforme inteligência do art. 51, IV, da Lei n. 8.078/90[1], mostra-se abusiva e incompatível com a boa-fé objetiva, revelando-se adequada e razoável a revisão

Superior Tribunal de Justiça

judicial operada na origem para o patamar de 10% sobre o valor do contrato. Ressalte-se que os valores contratados foram quitados quase em sua totalidade e os autores não usufruíram de nenhum dos serviços contratados (grifamos).

Com efeito, a redução efetuada encontra ressonância no princípio da razoabilidade, atende aos interesses dos fornecedores de indenizá-los de eventuais despesas decorrentes do distrato, evita seu enriquecimento sem causa, haja vista que impede o desequilíbrio contratual e encontra amparo nos artigos 6º, V, c/c, 51, IV, §1º, III, da Lei n. 8.078/90 e 413 do Código Civil[2].

Não observo, portanto, a apontada negativa de prestação jurisdicional, haja vista o Tribunal estadual ter dirimido clara e integralmente a controvérsia, porém em sentido diverso do pretendido pelas recorrentes.

A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos suscitados pela parte em embargos declaratórios, cuja rejeição, nesse contexto, não implica contrariedade à sua norma de regência.

No que diz respeito aos pleitos de reconhecimento de cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova testemunhal, cumpre destacar que o Tribunal de origem é soberano quanto à pertinência da produção das provas que as partes pretendam juntar aos autos, bem como acerca da análise das provas efetivamente trazidas.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ENGENHEIRO E DA EMPRESA CONTRATADA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Examinados suficientemente todos os pontos controvertidos, não

Superior Tribunal de Justiça

há falar-se em negativa de prestação jurisdicional.

II – Se, diante da prova dos autos, as instâncias ordinárias concluem pela culpa do agravante e pelo nexo de causalidade, entender diversamente esbarra na Súmula/STJ.

III - O Juiz é o destinatário da prova e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento. Assim, a apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e/ou o indeferimento de prova oral demanda reexame provas, providência vedada em sede de recurso especial.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 771.335/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 23.9.2008) .

Outrossim, verifica-se, à fl. 30, e-STJ, a seguinte fundamentação, utilizada para afastar a pretensão em análise:

Após a conclusão para sentença, a recorrente atravessou nova petição, postulando a reconsideração da decisão que indeferiu a produção da prova oral, conforme se constata às fls. 155/158 (cópia protocolada no dia 11/04/2016) e fls. 160/163 (original).

Feitas essas considerações sobre os atos processuais praticados, no caso, **a despeito de a apelante afirmar que houve interposição de "agravo retido", verifica-se dos autos que, na verdade, foi protocolada uma petição com pedido de reconsideração às fls. 155/158. Ou seja, a parte não manejou o recurso cabível contra a decisão que se buscava modificar.**

Assim, conforme muito bem acentuado na sentença recorrida, não se mostra possível o recebimento do pedido de reconsideração como agravo retido.

Além disso, deve ser destacada, também, a impossibilidade de interposição de agravo retido contra a decisão que rejeitou os embargos de declaração (fl. 153) que, por sua vez, foram opostos contra a decisão que indeferiu o pedido de produção de prova oral, visto que a publicação dessa decisão ocorreu em 1º/04/2016 (fl. 154). É que, nessa data, já estava em vigor o novo Código de Processo Civil e sobre a hipótese o colendo Superior Tribunal já estabeleceu que aos "recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciados Administrativos

Superior Tribunal de Justiça

nº 01 e nº 03 do STJ). Diga-se ainda que o novo estatuto processual civil extinguiu do mundo jurídico o agravo retido (grifamos).

Os fundamentos de que o agravante não protocolou agravo retido, mas petição de reconsideração, e de que não cabe agravo retido após a vigência do Código de Processo Civil de 2015 não foram impugnados no recurso especial. Incide no ponto a Súmula 283 do STJ.

Nestes termos, não há que se falar em cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova testemunhal, quanto mais quando o órgão julgador embasa seu entendimento em demais provas de maneira suficiente, como no caso dos autos.

Em relação à alegação de validade da cláusula contratual de retenção de 20% do valor pago, conforme demonstra o excerto acima transcrito, o Tribunal de origem concluiu por sua abusividade sem apontar fundamento justificadores para redução da cláusula penal.

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).

4. Recurso especial parcialmente provido.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem reduziu o percentual pactuado no contrato para 10% (dez por cento), sem, contudo, mencionar nenhuma peculiaridade que justificasse a redução.

Dessa forma, tendo sido respeitado o limite apontado de 25% (vinte e cinco por cento), entendo que deve prevalecer o percentual pactuado de retenção de 20% (vinte por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e compensá-lo do rompimento unilateral do contrato.

Por fim, em relação à insurgência contra a majoração dos honorários advocatícios em sede de embargos de declaração, também assiste razão à agravante.

Com efeito, não cabe a aplicação do disposto no artigo 85, § 11, do CPC de 2015 em virtude da interposição do recurso se não houver alteração do grau de jurisdição. Ilustrativamente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO.

1. Os Embargos de Declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento.

2. Ante o Enunciado Administrativo 7/STJ ('Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC'), o presente grau de jurisdição inaugurou-se com a publicação do acórdão que ensejou a

Superior Tribunal de Justiça

interposição do próprio Recurso Especial, protocolado em 31.8.2011, antes da vigência do novo diploma processual civil.

3. Na linha do decidido pelo STJ, 'deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do enunciado 16 da ENFAM: 'Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)'

(...)'

(STJ, AgInt no AgRg no REsp 1.200.271/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 17.5.2016).

Em face do exposto, conheço do agravo e dou parcial provimento ao recurso especial para excluir a majoração dos honorários advocatícios determinada na origem em sede de embargos de declaração e para manter a retenção sobre os valores pagos pela adquirente no percentual pactuado, isto é, em 20% (vinte por cento).

Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora