

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.655.367 - SP (2016/0245343-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**  
**RECORRENTE** : **JOAO CANTARELLI DE CARVALHO FILHO**  
**ADVOGADOS** : **MARCUS VINICIUS PEREIRA DA SILVA E OUTRO(S)**  
MARCELO DE BIASI PEREIRA DA SILVA - SP162541  
**RECORRIDO** : **BRICK CONSTRUTORA LTDA**  
**ADVOGADOS** : **FERNANDO MAURO BARRUECO E OUTRO(S) - SP162604**  
ZACARIAS PANTA CARVALHO - SP155229

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial manifestado por JOÃO CANTARELLI DE CARVALHO FILHO, no qual se alega violação dos arts. 51, I, e 53 do Código de Defesa do Consumidor e 413 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial. O acórdão recorrido está retratado na seguinte ementa (fl. 545):

Rescisão contratual c/c reintegração de posse, indenização por perdas e danos e lucros cessantes - Ação e reconvenção julgadas parcialmente procedentes - Resolução contratual decretada diante do não pagamento das prestações avençadas - Mora devidamente comprovada - Contrato firmado em 1996 - Mensalidades pagas somente até 1998 - Comprador inadimplente que tem o direito de obter a devolução de valores quando da rescisão contratual por falta de pagamento - Inteligência dos artigos 51, inciso IV, § 1º e 53, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor - Retenção de 50% (cinquenta por cento) que se mostra suficiente, não sendo considerada elevada diante do longo tempo de inadimplência - Demais descontos previstos no contrato que traduzem cláusula abusiva e injustificável, que impõe desvantagem excessiva ao consumidor - Sucumbência recíproca - Fixação correta, diante do não acolhimento total do pedido da autora - Sentença mantida - Recursos desprovidos (principal e adesivo).

Sustenta o recorrente que "o valor a ser retido pela parte demandada a título de cláusula penal deve ser de 10% sobre todas as quantias pagas pelo compromissário comprador, por ser o valor justo e adequado para cobrir as eventuais perdas e danos, devendo ser reconhecida a ilegalidade da cláusula 6.2.3 do contrato objeto do litígio" (fl. 568). Afirma que a jurisprudência do STJ admite a redução da multa quando for exagerada

ou leonina. Requer, dessa forma, seja determinada a devolução da integralidade da quantia paga pelo ora recorrente à empresa recorrida, "deduzindo o montante equivalente a 10% (dez por cento)" (fl. 571).

Assim posta a questão, passo a decidir.

Destaco que o acórdão recorrido foi publicado antes da entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte.

Verifico que a sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da ação de rescisão contratual ajuizada pela construtora e da reconvenção apresentada pelo consumidor, ora recorrente, nos seguintes termos (fls. 471/473):

(...)

Trata-se de ação de rescisão de contrato de compromisso de venda e compra. O requerido não se opõe ao pedido de rescisão nem impugnou a alegação pertinente à mora. A controvérsia restringe-se à questão da devolução das parcelas pagas e indenização por perdas e danos.

Quando firmado o compromisso de compra e venda, em 1º de dezembro de 1996, o requerido pagou R\$ 43.647,00 a título de sinal e princípio de pagamento, e comprometeu-se a pagar trinta e seis parcelas mensais de R\$ 1.799,55 mais seis parcelas semestrais de R\$ 7.357,66 (fls. 37).

Posteriormente, na data de 27 de fevereiro de 1998, firmado termo de retificação, constando o saldo de vinte e duas parcelas de R\$ 2.180,85 e de quatro parcelas semestrais de R\$ 8.916,62 (fls. 62).

Portanto, apesar da ausência de demonstrativos de pagamento, conclui-se do próprio instrumento que até aquela data o requerido pagara além do sinal, quatorze prestações mensais e duas semestrais.

Depois da novação (fls. 62/63), quitou o montante de R\$ 18.442,24, ressaltando que a soma constante da petição inicial está incorreta (fls. 4) além de omitir os pagamentos efetuados antes da novação.

Assim, o total pago pelo devedor consiste na quantia original de R\$ 113.114,48 (fls. 228).

Ressalta-se que irrelevante a apuração do valor atualmente devido pelo requerido, visto que incompatível o pedido de rescisão do contrato com o de cobrança do saldo residual.

**O contrato é rescindido por culpa do compromissário comprador, que se tornou inadimplente deixando de efetuar o pagamento das parcelas devidas a partir de agosto de 1998.**

**De acordo com a cláusula II.6.8. do contrato, no caso de inadimplemento do comprador, restitui-se o percentual de 50% das parcelas pagas deduzidas ainda as despesas das alíneas "a" a "o" (fls. 50/51).**

**A dedução das despesas descritas no contrato é abusiva, pois o percentual de 50% já é suficiente para fazer frente às despesas com a venda e as demais como tributos, taxa de ocupação, despesas com publicidade, dentre outras.**

**As únicas verbas que podem ser deduzidas consistem nas despesas relacionadas ao imóvel na data da desocupação (condomínio, luz, gás e IPTU).**

**O percentual de 50% é retido a título de cláusula penal em razão do longo período em que o requerido manteve-se inadimplente, mas continuou na posse do imóvel.**

**A cláusula penal tem por finalidade fixar antecipadamente as perdas e danos, e uma vez convencionado o valor não cabe a cumulação com condenação em lucros cessantes.**

No mais, o montante deve ser devolvido de uma só vez até porque por força da tutela antecipada, o autor recebeu a posse indireta do imóvel e os aluguéis lhe são devidos desde aquela data (fls. 151). Em consequência, será considerada como data da desocupação pelo requerido, o dia da concessão da tutela antecipada.

Deixo de condenar as partes nas penas da litigância de má-fé, pois ausentes os pressupostos do art.17 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO e RECONVENÇÃO, confirmando decisão que antecipou os efeitos da tutela, para rescindir o contrato de compromisso de venda e compra, reintegrar o autor na posse do imóvel, ressalvada a posse do locatário nos termos do acordo homologado nos autos dos embargos de terceiro, e condenar o autor na devolução da quantia de R\$ 56.557,24 (cinquenta e seis mil quinhentos e cinquenta e sete reais e vinte e quatro centavos), com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, excluídas as despesas relacionadas ao imóvel na data da desocupação (condomínio, luz, água, gás e IPTU); declaro a nulidade das demais deduções previstas na cláusula II.6.8. do contrato.

(...) (grifos nossos)

Contra a referida sentença, a construtora, ora recorrida, opôs embargos de declaração, que foram parcialmente acolhidos, nos seguintes termos (fl. 486):

(...)

Trata-se de embargos de declaração opostos em face da sentença de fls. 435/439, sob alegação de obscuridade, contradição e omissão.

Com razão o embargante, uma vez que o juízo acolheu o valor lançado na planilha que instruiu a reconvenção (fls. 228), sem notar que o requerido lançou nas prestações de nº 8 e nº 10 o valor de R\$ 7.357,66, quando o correto seria R\$ 1.799,55.

Conforme fundamentação da sentença, no tocante ao primeiro contrato, o requerido pagou apenas as duas parcelas semestrais de R\$ 7.357,66 e não as quatro que incluiu em seu cálculo, sem qualquer lastro que as justificassem.

Portanto, a soma dos valores devidos, conforme constou da fundamentação da sentença, totaliza a quantia de R\$ 101.998,26 e metade desse valor perfaz a quantia de R\$ 50.999,13.

No mais, a sentença reconheceu o direito do embargante de descontar do montante devido as despesas relacionadas ao imóvel. No entanto, como observou o embargante necessário que conste também a condenação do embargado no pagamento de tais valores para que não gere dúvida alguma no futuro se o valor das despesas superar o valor a ser restituído.

Diante do exposto, ACOLHO os embargos de declaração e o dispositivo da sentença passa a ter a seguinte redação: "Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO e RECONVENÇÃO, confirmando decisão que antecipou os efeitos da tutela, para rescindir o contrato de compromisso de venda e compra, reintegrar o autor na posse do imóvel, ressalvada a posse do locatário nos termos do acordo homologado nos autos dos embargos de terceiro, e condenar o autor na devolução da quantia de R\$ 50.999,13 (cinquenta mil, novecentos e noventa e nove reais e treze centavos), com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado, excluídas as despesas relacionadas ao imóvel na data da desocupação (condomínio, luz, água, gás e IPTU) ficando o requerido condenado no pagamento

dessas despesas, acrescidas de correção monetária e juros legais desde os respectivos vencimentos; declaro a nulidade das demais deduções previstas na cláusula 11.6.8. do contrato.

(...)

O Tribunal de origem, por sua vez, entendeu que a retenção de 50% (cinquenta por cento) sobre os valores pagos pelo recorrente se mostra suficiente, não sendo considerada elevada diante do longo tempo de inadimplência na posse do imóvel, conforme se extrai dos seguintes trechos (fls. 548/199):

(...)

As partes firmaram o "Contrato de Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outros Pactos" em 01.12.1996, tendo por objeto a unidade 44, do Edifício Real, localizado no bairro de Vila Mariana, em São Paulo/SP, conforme preço e condições discriminadas em suas cláusulas (fls. 34/60). Posteriormente, em 27.02.1998, foi entabulado o "Termo de Retificação, Ratificação e Aditamento de Contrato de Compromisso de Venda e Compra", no qual foi estabelecida nova forma de pagamento do quanto anteriormente avençado (cf. fls. 62/64).

Alegando inadimplemento do adquirente, devidamente constituído em mora através de notificação extrajudicial, consiste o pedido na rescisão contratual, com a consequente reintegração na posse do bem, indenização por perdas e danos e lucros cessantes.

**A inadimplência é incontroversa. O apelante réu foi regularmente notificado em 30.09.2002 para o pagamento das parcelas em atraso (fls. 66v°), o que não ocorreu, restando a mora devidamente comprovada. A ação de rescisão somente foi ajuizada em 19.09.2008. Desde modo, não se pode ignorar o fato de que a rescisão contratual já se operou, faltando apenas sua declaração judicial.**

**Nesse ponto, cumpre anotar que é entendimento pacífico que o comprador inadimplente tem o direito de obter a devolução das parcelas adimplidas, quando da rescisão contratual por falta de pagamento (artigos 51, inciso IV, § 1º, inciso III e 53 do Código de Defesa do Consumidor). E essa devolução deve ser imediata e em parcela única, pois a vendedora retomará o**

**imóvel de uma vez e por inteiro.**

**Todavia, nos casos de rescisão resultantes de inadimplência do comprador, a retenção de parte dos valores traduz o pagamento de despesas presumidamente feitas pela administração, bem como, o cumprimento de suas obrigações, que não poderá ser devolvida sob pena de resultar a seu favor enriquecimento sem causa com prejuízo da outra parte. Também é de se destacar que está a vendedora inibida de negociar o imóvel com terceiros enquanto não dirimida definitivamente a controvérsia, de sorte que a perda de parte dos valores pagos, diante de tal peculiaridade, não afronta qualquer dispositivo legal.**

**Logo, é necessário que do valor a ser devolvido seja descontado percentual suficiente para o pagamento das perdas e danos e despesas administrativas, aí incluídas as de corretagem e publicidade.**

**Assim, tem-se como apropriada a retenção tal como determinada (50% - cinquenta por cento), lembrando que o contrato foi firmado em 1996 e as parcelas avençadas somente foram pagas até 1998, sendo certo que a partir daí, verificou-se a inadimplência.**

**Essa quantia se revela suficiente para a composição de eventuais prejuízos pela ocupação indevida, não podendo ser esquecido o fato de que deverão também ser descontadas as despesas não pagas e relativas ao condomínio, luz, água, gás e IPTU até a data da desocupação.**

No que tange aos descontos relacionadas nas alíneas "a" a "o", da cláusula II.6.8, correto o reconhecimento de sua abusividade, nos termos do art. 53, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), pois impõe desvantagem excessiva ao consumidor, já que somente metade dos valores pagos será devolvida. Além do que, repita-se, o percentual a ser retido, se acha suficiente para o pagamento das perdas e danos e despesas administrativas, sem esquecer que o imóvel voltará definitivamente ao patrimônio da vendedora.

Também correta a fixação da sucumbência recíproca, posto que não foi atendido o pedido da autora em sua totalidade.

(...) (grifos nossos)

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, por ser adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato, sendo irrelevante a ocupação do imóvel, pois esta deverá ser objeto de indenização específica, sob pena de enriquecimento indevido.

Na oportunidade, ficou consignado que "a garantia ao promitente vendedor do recebimento de indenização pelo tempo em que o promissário comprador desistente ocupou o bem, a fim de evitar enriquecimento ilícito, não deve ser confundida e englobada no percentual da cláusula penal de retenção em favor do construtor, destinada esta a desestimular e indenizar a rescisão unilateral do contrato".

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, entretanto, as instâncias ordinárias entenderam apropriada a retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo recorrente, ao argumento de que tal retenção recompõe também os prejuízos decorrentes do longo período de ocupação indevida do imóvel.

Como se vê, a dosimetria da cláusula penal foi efetuada com base em peculiaridades da causa que justificam sua conclusão em patamar especialmente elevado e, por esse motivo, a adoção de entendimento diverso por Corte esbarra nos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI  
Relatora