

RECURSO ESPECIAL Nº 1.751.629 - CE (2018/0162059-3)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA
RECORRENTE : CONDOMINIO VIVENDA DAS AGUAS
ADVOGADO : JULIANA DE ABREU TEIXEIRA - CE013463
RECORRIDO : RITA DE CÁSSIA MAIA BEZERRA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA. com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CONTRATO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DA COMPRADORA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVOLUÇÃO DE 75% EM FAVOR DA ADQUIRENTE. NULIDADE DA CLÁUSULA QUE LIMITA A RESTITUIÇÃO DO QUANTUM PELA APELADA. 1. Da prova dos autos se infere que: a) o contrato fora firmado entre apelante e apelada (vide fls. 17), figurando a Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda. como promitente vendedora/incorporadora contratada; b) Demais disso, a notificação extrajudicial endereçada à recorrida para purgação da mora foi remetida pelo Condomínio juntamente com a Construtora recorrente (fls. 99), evidenciando a participação efetiva da incorporadora.; c) consta a presença da incorporadora, ora apelante, no Edital de Leilão Extrajudicial (fls. 37/38). que se observa é que, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, a saber a Incorporadora Porto Freire, figurando o condomínio como mero fiscalizador das obras realizadas e dos valores cobrados, que eram apresentados pela construtora. Portanto, se a promovida foi legítima para contratar com a apelada, estando apta a praticar atos de administração e gestão, é parte legítima também para figurar no polo passivo da demanda. Ilegitimidade processual civil afastada. 2. Não restam dúvidas de que a relação que se discute

deve ser apreciada com espeque no Código de Defesa do Consumidor. É que aplicação da Lei 4.591/64 aos contratos de incorporação não afasta a incidência da Lei Consumerista e dos princípios gerais de direito que vedam o locupletamento de uma parte em detrimento de outra.3. In casu, a recorrida contribuiu para a construção do empreendimento (pagou 19 das 59 prestações ajustadas), sendo que, ao final, não pode a mesma ter seu bem leilado pela incorporadora, sem qualquer ressarcimento, sob pena de se levar indubitavelmente ao enriquecimento sem causa do vendedor em prejuízo daquela que já havia pago uma série de prestações. 4. Ademais, o próprio contrato em sua cláusula quarta, parágrafo primeiro prevê a restituição integral das parcelas pagas. 5. Não houve violação do o art. 58 da Lei 4.591/64 e do art. 1º, IV, Título I da Constituição Federal na decisão de primeiro grau. Como é sabido, aplica-se o CDC aos contratos sob a égide da Lei 4.591/64 e os direitos do consumidor não se submetem ao princípio da livre iniciativa invocado pela apelante. 6. Assim, analisando o pedido inaugural à base da legislação aplicável à espécie, vejo que agiu por bem o Juízo Planicial, ao julgá-lo procedente em parte, de modo que não merece censura o decisum que condenou os apelantes a restituírem à apelada o equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) das prestações pagas. Apenas acrescento que resta autorizada a venda extrajudicial da unidade imobiliária em comento, através de leilão. 7. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE." (e-STJ, fls. 347/348)

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta violação dos arts. 28, 50, 58, 60 e 63 da Lei 4.591/1964, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta a ilegitimidade da recorrente para responder pela devolução do valor decorrente da rescisão do contrato e acentua que "*o responsável pela restituição é o condomínio, não o recorrente que teve participação simplesmente administrativa - gerencial*" (e-STJ, fl. 361).

Afirma, ainda, a necessidade de observância da forma de rescisão para os casos de desistência ou mora previstas na Lei 4.591/1964, especialmente a possibilidade de realização de leilão do imóvel.

É o relatório. Passo a decidir.

Extrai-se dos autos que a recorrida ajuizou ação em desfavor de Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda. e Condomínio Vivendas das Águas, com o objetivo de ver

rescindido o contrato de compra e venda de imóvel firmado entre as partes, com a devolução de valores, por não mais suportar o pagamento das parcelas do contrato.

A ação foi julgada parcialmente procedente para declarar a nulidade da cláusula que previa a limitação da restituição do *quantum* pago pela condômina inadimplente, para rescindir o contrato, bem como condenar as rés a devolverem o valor pago com o abatimento de 25% do total.

O Tribunal de origem reformou em parte a sentença de primeiro grau. Quanto à legitimidade passiva da recorrente, destacou o seguinte:

"Segundo aduz a Construtora recorrente, após a formalização da compra e venda, a Incorporadora passou a figurar no contrato como mera gerente ou administradora da construção, passando a ser o Condomínio Vivenda das Águas, formado pelos adquirentes das unidades imobiliárias, o responsável pela obra.

Porém, da prova dos autos se infere que o contrato fora firmado entre Construtora apelante e apelada (vide fls. 17), figurando a Porto Freire Engenharia e Incorporação Ltda. como promitente vendedora/incorporadora contratada.

Demais disso, a notificação extrajudicial endereçada à recorrida para purgação da mora foi remetida pelo Condomínio juntamente com a Construtora recorrente (fls. 99), evidenciando a participação efetiva da incorporadora.

No mesmo sentido, verifica-se a presença da incorporadora, ora apelante, no Edital de Leilão Extrajudicial (fls. 37/38).

O que se observa é que, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, a saber a Incorporadora Porto Freire, figurando o condomínio como mero fiscalizador das obras realizadas e dos valores cobrados, que eram apresentados pela construtora.

Ora, se a Construtora, ora apelante, foi legítima para contratar com a apelada, estando apta a praticar atos de administração e gestão, é parte legítima também para figurar no polo passivo da demanda." (e-STJ, fls. 331/332)

Como se observa, o acórdão atacado afirmou que houve participação efetiva da incorporadora no negócio, inclusive constando como promitente vendedora/incorporadora contratada, bem como que os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente a ora recorrente, de modo a apresentar entendimento consentâneo com a jurisprudência desta Corte.

A propósito:

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR ADQUIRENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA QUE RESTOU RESPONSÁVEL POR TODA A ADMINISTRAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, INCLUSIVE PELO RECEBIMENTO DAS PARCELAS PAGAS PELOS CONDÔMINOS.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A construção do imóvel sob o regime de administração (preço de custo), na forma do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos próprios adquirentes, sendo incabível, em regra, que a incorporadora figure no pólo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio.

3. Contudo, no caso ora em análise, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, o qual se confunde com os incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas, razão pela qual não há falar em carência da ação, respondendo os réus, em tese, pela devolução dos valores pagos e pelos eventuais danos decorrentes do alegado inadimplemento da obrigação.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido."
(REsp 426.934/SP, Relator o **Ministro Luis Felipe Salomão**, DJe de 12/4/2010)

Noutro vértice, a Corte local ainda reconheceu o cabimento da restituição do equivalente a 75% das parcelas pagas pela adquirente em decorrência da rescisão contratual, diante da aplicação da legislação consumerista em conjunto com a Lei 4.591/1964, bem como autorizou o leilão extrajudicial da unidade imobiliária, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 336/346):

"O ponto meritório controvertido diz respeito à possibilidade de restituição das parcelas pagas pela adquirente em decorrência da rescisão contratual ocasionada pela inadimplência da

devedora/compradora.

Segundo a recorrida, esta restou inadimplente desde junho/2003 em razão de dificuldades financeiras resultantes do aumento no valor das prestações.

Não restam dúvidas de que a relação que se discute deve ser apreciada com espeque no Código de Defesa do Consumidor. É que a aplicação da Lei 4.591/64 aos contratos de incorporação não afasta a incidência da Lei Consumerista e dos princípios gerais de direito que vedam o locupletamento de uma parte em detrimento de outra.

[...] Da análise da Lei nº 4.591/64 depreende-se que o leilão extrajudicial está previsto no art. 63, §§1º e 4º, in verbis:

§ 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.

§ 4º Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver.

Ocorre que a forma como se dá a restituição das parcelas pagas não pode afrontar as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Impende, pois, transcrever o que dispõe a Lei Consumerista quanto ao tema:

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.

Não se discute que, in casu, a recorrida contribuiu para a construção do empreendimento (pagou 19 das 59 prestações ajustadas), sendo que, ao final, não pode a mesma ter seu bem leilado pela incorporadora, sem qualquer ressarcimento à adquirente, ora apelada, sob pena de se levar indubitavelmente ao enriquecimento sem causa do vendedor em prejuízo daquele que já

havia pago uma série de prestações. [...]

Considero importante transcrever o teor do parágrafo primeiro da cláusula quarta – RESCISÃO:

Parágrafo Primeiro: No caso de rescisão do presente contrato, por desistência ou inadimplemento do Promitente-Comprador atendendo as disposições do Art. 53 da Lei nº 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor), estando o mesmo pagando parcelas da Fração Ideal do Terreno, ou seja, não tendo concluído os pagamentos referentes a mesma, a Promitente-Vendedora obriga-se a restituir o valor pago até a data da rescisão, devidamente corrigido pelo IGPM-FGV ou outro que venha a substituí-lo.

Assim, não tem razão a irresignação dos apelantes.

[...] No tocante aos prequestionamentos deduzidos pelos recorrentes, não vejo tenha havido violação ao art. 58 da Lei 4.591/64 e ao art. 1º, IV, Título I da Constituição Federal.

Como é sabido, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos sob a égide da Lei 4.591/64. E os direitos do consumidor não se submetem ao princípio da livre iniciativa invocado pela apelante.

[...] Assim, analisando o pedido inaugural à base da legislação aplicável à espécie, vejo que agiu por bem o Juízo Planicial, ao julgá-lo procedente em parte, de modo que não merece censura o decisum que condenou os apelantes a restituírem à apelada o equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) das prestações pagas. Apenas acrescento que resta autorizada a venda extrajudicial da unidade imobiliária em comento, através de leilão."

Assim, a orientação do acórdão atacado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a atrair a incidência da Súmula 83/STJ, senão vejamos:

"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." (REsp 1.723.519/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, DJe de 2/10/2019; sem grifo no original)

Ademais, extrai-se do acórdão impugnado, que foi autorizada a venda extrajudicial da unidade imobiliária de que cuidam os autos, por meio de leilão, a evidenciar que um dos objetivos do recorrente já foi atingido.

Diante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília/DF, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator