RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.549 - SP (2019/0328393-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MOURA RIBEIRO**
RECORRENTE	:	BETAB ADMINISTRACAO DE BENS LTDA
ADVOGADO	:	MARCELO DE ALMEIDA TEIXEIRA - SP115125
RECORRIDO	:	DEOLINDA FOGANHOLI ASAM
ADVOGADOS	:	JOSÉ GIOLO NETO - SP055018 JOSÉ GIOLOFILHO - SP181040

EMENTA

CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. **AGRAVO E RECURSO ESPECIAL MANEJADOS SOB A ÉGIDE DO NCPC.** AÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS. RETENÇÃO, 25% DOS VALORES. POSSIBILIDADE. TRIBUNAL LOCAL QUE FIXOU O VALOR DA RETENÇÃO EM 20%. INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO. USO E GOZO DE LOTE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e reintegração de posse ajuizada por BETAB ADMINISTRAÇÃO DE BENS LTDA. CONSTRUTORA) contra DEOLINDA FOGANHOLI ASAM (DEOLINDA), alegando, em síntese, que aos 18/8/2008 firmou contrato de compromisso de compra e venda de unidade residencial com vaga de garagem e que a ré deixou de cumprir com as obrigações, inadimplindo o pagamento das parcelas pactuadas.

A demanda foi julgada parcialmente procedente para (i) declarar a resolução do compromisso de compra e venda pactuado entre a autora e a ré; (ii) condenar a ré ao pagamento da cláusula penal, mediante a retenção pela parte autora de 15% dos valores comprovadamente pagos; (iii) ser, o autor, reintegrado na posse do imóvel, se comprovado o reembolso dos 85% restantes, em uma única parcela, devidamente atualizada desde o desembolso, devendo a ré suportar todos os gastos inerentes à posse, como o pagamento das taxas condominiais, água, luz, gás e IPTU, até a data da efetiva reintegração de posse. (e-STJ, fls. 417/424).

As partes recorreram.

O Tribunal bandeirante deu parcial provimento ao apelo da CONSTRUTORA para alterar o percentual de retenção fixado para 20% das quantias pagas e negou provimento ao recurso de DEOLINDA.

O acórdão foi assim ementado:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

> *AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - DISTRATO POR CULPA DA COMPRADORA - R. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, QUE FIXOU A DEVOLUÇÃO DE 85% DOS VALORES PAGOS – INSURGE-SE A AUTORA/VENDEDORA – REQUER A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA CONTRATUAL, A FIM DE MAJORAR OS VALORES DE RETENÇÃO, BEM COMO A FIXAÇÃO DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – PARCIAL PROCEDÊNCIA – A FIM DE TRAZER RAZOABILIDADE E EQUILÍBRIO, ALTERA-SE O PERCENTUAL DE RETENÇÃO PARA 20% DAS QUANTIAS PAGAS, ATENDENDO AOS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA CÂMARA – INDENIZAÇÃO POR FRUIÇÃO DO BEM FIXADA EM 0,5% DO VALOR DO CONTRATO, INCIDINDO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO EM MORA DA RÉ ATÉ A DESOCUPAÇÃO DO BEM - REINTEGRAÇÃO DE POSSE APÓS O DEPÓSITO (EM UMA SÓ PARCELA) DO SALDO EM FAVOR DA COMPRADORA - ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA PARA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA R. SENTENÇA E NÃO DA CITAÇÃO - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ - INSURGE-SE, TAMBÉM, A RÉ REQUER A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO DESINTERESSE DA PARTE AUTORA PLEIT EIA A ANULAÇÃO DO CONTRATO, ARGUMENTANDO QUE FALTA CLAREZA E DEVER DE INFORMAÇÃO POR PARTE DA VENDEDORA IMPROCEDÊNCIA INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 166 DO CÓDIGO CIVIL APELO RASO E SEM QUALQUER COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DA RÉ IMPROVIDO*. (e-STJ, fl. 506).

Os embargos de declaração opostos pela CONSTRUTORA foram rejeitados (e-STJ, fls. 597/602).

Inconformada, a CONSTRUTORA interpôs recurso especial, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, sustentou, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 395, 402, 408, 927 e 944 do CC/02, alegando, em síntese, **(1)** que o valor da retenção de 20% do valor pago não se mostra razoável para minimizar os prejuízos patrimoniais impostos pela resilição do contrato pelos recorridos, devendo ser majorado para 30%; e, também, **(2)** que a fixação da taxa de ocupação pelo período da inadimplência não indeniza, na forma da lei, a recorrente, devendo se dar pelo tempo integral de ocupação do imóvel, ou seja, desde junho de 2012.

Contrarrazões do recurso especial não apresentadas (e-STJ, fl.606).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

O Tribunal de origem admitiu o apelo nobre (e-STJ, fls. 607/608).

É o relatório.

DECIDO.

A irresignação merece parcial provimento.

De plano, vale pontuar que o presente agravo em recurso especial foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *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.*

(1) Do percentual de retenção pelo desfazimento do contrato pelo comprador

CONSTRUTORA alegou que a retenção dos valores pagos na razão de 20% não se mostra apta para suprir as despesas da promitente vendedora, devendo ser majorado para 30%.

Com relação ao tema, *"a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do Resp nº 1.723.519/SP, em 28/08/2019, reafirmou a orientação pela adoção de um padrão-base de cláusula penal - retenção de 25% dos valores pagos - nos casos de desistência imotivada pelo comprador de imóvel, em que o acórdão recorrido não menciona qualquer circunstância específica que justifique a redução do parâmetro jurisprudencial."* Íntegra do acórdão:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO CONDENATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA.*
>
> *1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do Resp nº 1.723.519/SP, em 28/08/2019, reafirmou a orientação pela adoção de um padrão-base de cláusula penal - retenção de 25% dos valores pagos - nos casos de desistência imotivada pelo comprador de imóvel, em que o acórdão recorrido não menciona qualquer circunstância específica que justifique a redução do parâmetro jurisprudencial.*
>
> *2. "Importa consignar que esta Corte Superior perfilha o entendimento de que as arras confirmatórias não se confundem com a prefixação de perdas e danos, tal como ocorre com o instituto das arras penitenciais, visto que servem como garantia do negócio e possuem característica de início de pagamento, razão pela qual não podem ser objeto de retenção na resolução*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

> *contratual por inadimplemento do comprador" (AgInt no AgRg no REsp 1197860/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).*
> *3. A matéria inserta nos artigos 1.336, inciso I, do Código Civil e 12, da Lei 4.591/64 não foi objeto de exame pelo acórdão recorrido, fazendo incidir o teor das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.*
> *4. Relativamente à questão dos juros e correção monetária, a ausência de indicação expressa de dispositivo de lei federal tido por vulnerado não permite verificar se a legislação federal infraconstitucional restou, ou não, malferida. Incidência do enunciado sumular 284 do STF, por analogia.*
> *5. Agravo interno parcialmente provido para, reconsiderando em parte a decisão monocrática anteriormente proferida, fixar o percentual de retenção em 25% dos valores pagos pela autora.*
> (AgInt no AgInt no AREsp 1418295/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, j. em 10/09/2019, DJe 18/09/2019)

No caso, a Corte de origem acerca do tema majorou de 15% para 20%, o percentual de retenção em dos valores pagos, conforme se vê das razões abaixo:

> *[...] merece prosperar o inconformismo da apelante no sentido de que a retenção de 15% sobre os valores pagos se mostra insuficiente para saldar os gastos despendidos pela construtora com administração, tributos, propaganda, dentre outros.*
> *Ou seja, aplicar um ou outro percentual de retenção nos termos pleiteados pela apelante provocaria injustificado desequilíbrio entre os contratantes. Assim, nada impede que o julgador, a quem cabe o justo equacionamento do litígio no caso concreto, estabeleça o alcance da cláusula penal, de modo a equilibrar as posições das partes contratantes, inclusive, porque tal penalidade não pode configurar enriquecimento ilícito por parte do fornecedor.*
> *Dessa forma, de modo a trazer razoabilidade e equilíbrio entre as partes, bem como atender aos parâmetros adotados por esta Câmara em casos análogos, altero o percentual de retenção fixado para 20% das quantias pagas, montante este que recompõe os custos administrativos e fiscais despendidos com a formalização da avença, sem qualquer outra compensação ou incidência de multa contratual.*
> *Ademais, rescindido o contrato, o imóvel em questão estará liberado para nova comercialização, garantindo, assim, a atividade lucrativa da apelante, e recompondo, também, os alegados prejuízos decorrentes da inadimplência dos compradores* (e-STJ, fl. 511).

(2) Do pagamento pela fruição do imóvel

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

A respeito da indenização pelas perdas e danos pela fruição do imóvel, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a *multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel.*

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. PERDAS E DANOS - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR - CLÁUSULA PENAL - TAXA DE FRUIÇÃO - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE.*
> *1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo* ***quando há uso e gozo do imóvel****. Precedentes.*
> *2. Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no REsp 1.285.565/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, j. em 1º/10/2015, DJe 8/10/2015.) (sem destaque no original)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RESCISÃO POR CULPA DOS COMPRADORES. REEXAME DE PROVAS E DO PACTO CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL SEM CONTRAPRESTAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. CUMULAÇÃO COM PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. Inadimplemento incontroverso e a prova dos autos indica que a culpa pela rescisão foi exclusivamente do comprador. Demonstrada a utilização do imóvel sem a respectiva contraprestação, inclusive com a percepção de renda oriunda de contratos de arrendamento.*
> *2. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, impõem reexame da relação contratual estabelecida e incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.*
> *3. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Sodalício, a "multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e* ***não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel."*** *(REsp 953.907/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 09/04/2010).*
> *4. Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no AgRg no AREsp 611.557/SP, Rel. Ministro LUIS

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

> FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. em 26/5/2015, DJe 2/6/2015.) (sem destaque no original)
>
> *AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLEMENTO DO PROMISSÁRIO COMPRADOR.*
> *PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO USO DO IMÓVEL. OBRIGAÇÃO DEVIDA POR TODO O PERÍODO DE OCUPAÇÃO. CONSECTÁRIO LÓGICO DO RETORNO AO ESTADO ANTERIOR. PRECEDENTES DA CORTE.*
> *1. Decretada a resolução do contrato de compra e venda de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida. Precedentes.*
> *2. A pretensão de que apenas fosse indenizada a posse do imóvel a partir do momento em que o comprador se tornou inadimplente ensejaria enriquecimento ilícito do ocupante, uma vez que as prestações pagas serão devolvidas como efeito da própria rescisão.*
> *3. Agravo interno provido para negar provimento ao recurso especial.* (AgInt no REsp 1.216.477/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 7/6/2018)

No presente caso, o Tribunal de origem fundamentou que a indenização tal como pleiteada pela CONSTRUTORA, qual seja, em 1% do valor do imóvel ao mês desde a assinatura do contrato "é excessivamente onerosa" (e-STJ. fl. 513).

Assim, para desconstituir essa conclusão e acatar a tese recursal, necessário seria o reexame do conjunto probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7 do STJ.

No caso em tela, houve provimento parcial do recurso de apelação da CONSTRUTORA. Assim, os honorários recursais não devem ser majorados, pois ausente um dos requisitos para tal.

Nessas condições, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso especial para fixar o percentual de retenção em 25%.

Publique-se. Intimem-se.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5

Brasília, 03 de dezembro de 2019.

Ministro MOURA RIBEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: E4F0F560-A984-4651-A5A5-7BEA319FE0C5