

RECURSO ESPECIAL Nº 907.856 - DF (2006/0263272-1)

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
RECORRENTE : REAL ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : BENTO DE FREITAS CAYRES FILHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : GETÚLIO ALVES DE LIMA
ADVOGADO : MAXIMIANO S. A. NETO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI(Relator):

1.- Trata-se de ação visando à rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel cumulada com nulidade de cláusulas e restituição de quantias pagas proposta por GETÚLIO ALVES DE LIMA em face de REAL ENGENHARIA LTDA, tendo por objeto um apartamento em construção localizado na SHCGN 704, Projeção 2, Asa Norte, Brasília/DF.

2.- Alegou o autor que, diante de problemas de saúde e financeiros, ficou impossibilitado de cumprir o contrato, tendo sido informado por representantes da ré que, em caso de rescisão da avença, teria direito ao ressarcimento de R\$ 29.403,48, apesar de já ter efetuado o pagamento de R\$ 52.123,10.

3.- Sustentando haver entre as partes relação de consumo, requereu o promitente comprador a declaração de nulidade, entre outras, da cláusula que prevê multa pelo descumprimento do contrato, equivalente a 10% sobre o valor atualizado do negócio e não sobre o total das prestações pagas.

4.- A sentença de fls. 169/177, da lavra da Juíza IRACEMA MIRANDA E SILVA julgou parcialmente procedente o pedido, declarando rescindido o contrato firmado entre as partes, e reconhecendo a nulidade da cláusula 11.3, relativamente à base de cálculo da multa, condenando ainda a ré a restituir ao autor os valores por ele pagos, desde o seu desembolso, devidamente atualizados, deduzindo-se desse total, além do valor do sinal - correspondente às arras penitenciais -, o importe de 10%, a título de multa rescisória, tomando por base o valor das prestações pagas e não o valor total do imóvel, conforme previa o contrato.

Superior Tribunal de Justiça

5.- Inconformadas, ambas as partes apelaram, e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios proveu, em parte, apenas o apelo do autor, determinando que, da importância a ser retida pela construtora, ficasse fora, também, o valor do sinal. Esta a ementa do Acórdão, da lavra do Des. LUCIANO VASCONCELLOS:

APELAÇÃO - PEDIDO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE RECONVENÇÃO - CONTRATO - INEXECUÇÃO - CLÁUSULA PENAL - REDUÇÃO - CONTRATO - LEGALIDADE - OBSERVÂNCIA - ARRAS E CLÁUSULA PENAL - CONFUSÃO - INCIDÊNCIA DE UMA ÚNICA PENALIDADE - PRIMEIRO RECURSO IMPROVIDO - SEGUNDO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1) - Não pode o requerido, em apelação, apresentar pedido, quando não fez reconvenção, não podendo ele se esquecer que contestação tem a única finalidade de tentar impedir o atendimento do pedido do autor, mantendo-se a regra de que "o autor pede e o réu impede."

2) - Descumprindo o contrato, deve a parte inadimplente ser penalizada, com incidência da cláusula nele inserida, que prevê perda de importâncias pagas, a título de cláusula penal.

3) - Mostrando-se excessivo o valor a ser perdido, deve ele ser reduzido, como autorizado pelo artigo 413 do Código Civil Brasileiro.

4) - Assinado contrato, sem que tenha sido o ato realizado em decorrência de qualquer vício, sendo ele decorrente de vontade livremente manifestada por pessoa que o podia fazer, tem ele que ser respeitado, em decorrência de sua força obrigatória.

5) - Passando as arras a serem punição pelo não cumprimento do negócio, confundem-se elas com a cláusula penal, e, por isto mesmo, deve haver a incidência de somente esta última, sob pena de apenamento excessivo.

6) - Primeiro recurso conhecido e improvido, segundo conhecido e parcialmente provido. (fl. 256)

6.- Seguiu-se, então, a interposição do presente recurso especial por parte da demandada, com amparo em ambas as alíneas do permissivo constitucional, dando por

Superior Tribunal de Justiça

violados os artigos 51, IV, e 53 do Código de Defesa do Consumidor; 408, 412, 413, 418, 419 e 472 do Código Civil; 300 e 458 do Código de Processo Civil. Sustenta a recorrente, em síntese que: a) independentemente de poder renegociar o imóvel, suportou prejuízo efetivo com o desfazimento do negócio, tendo em vista as despesas que realizou com comissão de corretagem, impostos, custos administrativos, etc, razão pela qual, no presente caso, não haveria que se falar em penalidade excessiva com a fixação da multa em percentual equivalente a 10% do valor do imóvel, devendo ser respeitado o princípio da imutabilidade dos contratos; b) a pretensão de declaração da não abusividade da cláusula 11.3 do contrato não constituiria pedido processual contra o réu, e, por isso, somente seria alegável em reconvenção, por tratar-se de matéria relativa ao negócio firmado entre as partes, no qual observados todos os requisitos necessários à produção de efeitos legais no mundo jurídico; c) haveria deficiência na fundamentação do Acórdão, na medida em que o Colegiado *a quo* deixou de analisar as questões de fato e a prova dos autos relativamente às despesas suportadas pela recorrente, haja vista que o valor a ser retido - 10% do total das prestações pagas - não cobriria sequer um terço dos gastos realizados, de modo que resultando no enriquecimento ilícito do promitente comprador, ora recorrido. Indicou dissídio com julgados deste Tribunal.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 907.856 - DF (2006/0263272-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI(Relator):

7.- Trata-se de recurso especial interposto nos autos de ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel cumulada com pedido de nulidade de cláusulas e restituição de quantias pagas.

8.- Com efeito, é lícito ao Magistrado analisar a defesa em seu conjunto, e, no presente caso, a despeito de o Colegiado *a quo* ter consignado que a ré, ora recorrente, não poderia apresentar na apelação pedido não deduzido em reconvenção, verifica-se que a discussão quanto à legalidade da cláusula 11.3, a qual estipulou a base de cálculo da multa pelo descumprimento do contrato, podia ser alegada como matéria de defesa e levava ao mesmo efeito prático, por não configurar pretensão autônoma, que pudesse recomendar a instauração de uma nova relação jurídica paralela, por meio de reconvenção.

9.- Ora, se o autor postulou na inicial a declaração de nulidade da referida cláusula, por considerá-la abusiva, ao se contrapor a esse pedido por meio de contestação, estava a ré, por imperativo de lógica, a defender sua legalidade e, por conseguinte, a incolumidade do contrato.

10.- Nesse sentido, precedente deste Tribunal, de que Relatora a E. Min^a. NANCY ANDRIGHI, (MC 12.809/RS, DJ 10.12.07), *verbis*:

a reconvenção será incabível quando a matéria puder ser alegada com idêntico efeito prático em sede de contestação, até porque, em tal hipótese, ela se mostra absolutamente desnecessária, afrontando inclusive os próprios princípios que a justificam, da celeridade e economia processual.

11.- A despeito de assistir razão à recorrente, quanto à questão preliminar em análise, tal fato, por si só, não enseja a nulidade do Acórdão recorrido.

Superior Tribunal de Justiça

12.- Isso porque o sistema de nulidades o processo civil rege-se pelo princípio *pas de nullité sans grief*, e, no caso em exame, embora tendo o Acórdão asseverado que a ré não poderia sustentar a legalidade da cláusula contratual que fixou a base de cálculo da multa senão por meio de reconvenção, prosseguiu o Colegiado *a quo* no julgamento da apelação, oportunidade em que reiterou a possibilidade de redução do valor da cláusula penal quando esta se mostrar excessiva, o que significa dizer que, ao assim proceder, corroborou o Órgão julgador, implicitamente, o entendimento da sentença quanto à abusividade dessa mesma cláusula.

13.- Conclui-se, desse modo, não ter havido qualquer prejuízo para a recorrente quanto ao enfrentamento das questões suscitadas nas razões da apelação, e ante a ausência de demonstração de dano efetivo, não há que se falar em nulidade do processo.

14.- Por sua vez, é iterativa a jurisprudência desta Corte no sentido de ser possível a rescisão unilateral do compromisso de compra e venda, por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas de suportar o pagamento das prestações avançadas com a empresa vendedora do imóvel, caso em que a extinção do negócio jurídico ensejará a retenção pelo promitente vendedor, de parte das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelos custos operacionais da contratação.

15.- No caso em análise, o Tribunal de origem confirmou a sentença que declarou a rescisão do contrato celebrado entre as partes, determinando a retenção de 10% do valor das parcelas pagas, afastando, ainda, a possibilidade de retenção das arras, por considerar que havia confusão entre estas e a cláusula penal, que passaram a ser uma única coisa.

16.- De fato, a cláusula penal já constitui meio de liquidar antecipadamente o valor das perdas e danos devidos ao contraente inocente, na hipótese de inexecução contratual culposa.

17.- Desse modo, pactuada a venda de imóvel com o pagamento de arras confirmatórias como sinal - que têm a função apenas de assegurar o negócio jurídico -, com o seu desfazimento, a restituição das arras é de rigor, sob pena de se criar vantagem exagerada

Superior Tribunal de Justiça

em favor do vendedor, .

18.- Em relação à perda de parte das prestações pagas, a título de indenização à promitente vendedora pelas despesas decorrentes do negócio, determinou o Aresto hostilizado, no presente caso, que a multa de 10% pelo descumprimento da avença incidisse sobre o valor das prestações pagas e não sobre o valor do imóvel, ante a abusividade da cláusula. No ponto, assim se expressou o Órgão julgador:

Levando-se em conta ter este apelante pago, em valores atualizados até 27 de outubro de 2004, como informado na inicial às fls. 14, R\$ 52.123,58 (cinquenta e dois mil, cento e vinte e três reais e cinquenta e oito centavos), 10% sobre este valor reporão os custos da apelada, que novo lucro terá com a nova venda, além de ter podido usar o dinheiro do recorrente por um bom tempo.

19.- Embora se mostre correta a fixação da multa sobre o montante das prestações pagas, ao invés de incidir sobre o valor total do imóvel, assim como decidiu o Tribunal de origem, infere-se que o percentual de 10% sobre esse *quantum* destoia da orientação jurisprudencial desta Corte, que, em hipóteses análogas, tem determinado a retenção de 25%. Confira-se, a esse respeito, o seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLÊNCIA DOS ADQUIRENTES. PARCELAS PAGAS. DEVOLUÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PERDAS E DANOS. INEXISTÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7-STJ PENALIZAÇÃO CONTRATUAL. SITUAÇÃO PECULIAR. OCUPAÇÃO DA UNIDADE POR LARGO PERÍODO. USO. DESGASTE. CDC. ELEVAÇÃO DO PERCENTUAL DE RETENÇÃO. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA N. 98-STJ.

I. (...).

II. (...).

III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Elevação do percentual de 10% para 25% sobre o valor pago, a título de ressarcimento das despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem na alienação, nos termos dos precedentes do STJ a respeito do tema (2ª Seção, EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 09.12.2002; 4ª Turma, REsp n. 196.311/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, DJU de 19.08.2002; 4ª Turma, REsp n. 723.034/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 12.06.2006, dentre outros).

IV. Caso, todavia, excepcional, em que ocorreu a desistência, porém já após a entrega da unidade aos compradores e o uso do imóvel por considerável tempo, a proporcionar enriquecimento injustificado se não reconhecida à construtora compensação mais ampla, situação que leva a fixar-se, além da retenção aludida, um ressarcimento, a título de aluguéis, a ser apurado em liquidação de sentença.

V. (...).

VI. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 712.408/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 24.3.08)

E, ainda no mesmo sentido: REsp 489.057/PR, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 24.11.03; REsp 469.484/MG, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 17.12.07; EREsp 59.870/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 9.12.02.

20.- Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, determinando-se apenas a majoração do percentual de retenção das parcelas pagas pelo autor para 25% em favor da recorrente, mantido, no mais, o julgamento recorrido.

Superior Tribunal de Justiça

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

