



Processo nº 0013742-93.2012.8.14.0006

Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Privado

Recurso: Apelação

Comarca: Ananindeua/PA

Apelante: Direcional Diamante Empreendimentos Imobiliários LTDA.

Advogados: OAB 9880 - ANDERSON COSTA RODRIGUES OAB 20344-A -
HUMBERTO ROSSETTI PORTELA

Apelados: Paulo Afonso das Mercês dos Santos e Lygia Maria de Paula Cassiano

Advogados: OAB 4198 - MARIA DE NAZARE DA SILVA PEREIRA OAB 5354 -
MONICA FAVACHO BANDEIRA

Relator: José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C
INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E
VENDA DE IMÓVEL. RECURSO DA CONSTRUTORA.**

1) Sentença que reconheceu a desistência dos compradores em prosseguir com o contrato de promessa de compra e venda, determinando a devolução dos valores pagos, com retenção de 30% (trinta por cento) em benefício da Construtora.

2) Impossibilidade de devolução dos valores pagos consoante disciplina o contrato, uma vez que a cláusula contratual é abusiva ao prever retenção superior a 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos compradores, consoante entendimento do STJ. E, em obediência ao art. 47 do CDC, por se tratar de uma relação de consumo, deve ser adotado a interpretação mais benéfica ao consumidor. Recurso conhecido e improvido.

3) Possibilidade de minoração do quantum de retenção arbitrado em sentença. O Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, não podendo ser afastada ou excepcionada pela vontade das partes, sendo assim, qualquer abusividade constatada no contrato é considerada matéria de ordem pública, pelo o que pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo, inclusive, ser pronunciadas de ofício pelo magistrado.

4) Assim, tenho que a retenção de 30% (trinta por cento) dos valores pagos prevista no contrato e autorizada pelo juízo se mostra abusiva por excessiva onerosidade em desfavor do consumidor, razão pela qual deve ser, de ofício, declarada nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, IV do CDC, pelo o que a retenção dos valores pagos deve ser limitada a 25% (vinte e cinco por cento).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Componentes da 1ª Turma de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Pará, à unanimidade, em CONHECER do APELO, PORÉM, NEGAR-LHE PROVIMENTO e DE OFÍCIO, LIMITAR A RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS EM 25% (VINTE E CINCO POR CENTO), nos termos do voto do Relator.

Julgamento presidido pelo Exm Sr Des CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.



Belém (PA), 25 de setembro de 2020.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR

Desembargador Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por DIRECIONAL DIAMANTE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial de Ananindeua/PA, nos autos da Ação de Restituição de Valores c/c Indenização por Dano Moral, ajuizada por PAULO AFONSO DAS MERCES DOS SANTOS e LYGIA MARIA DE PAULA CASSIANO, que julgou parcialmente procedente o pedido da inicial, para condenar a requerida ao ressarcimento do valor de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), corrigido deste a citação pelo INPC, mais juros de 1% (um por cento) ao mês. Condenou a sucumbente nas custas processuais e honorários que fixou em 10% (dez por cento) do valor da condenação atualizada.

Em suas razões recursais (fls.255/260), a apelante sustenta que o juiz, apesar de considerar válida a cláusula contratual que determinou a devolução de 70% (setenta por cento) do valor pago, entendeu por indevida a retenção do percentual de 7% (sete por cento) do valor da obra para custas de publicação.

Alega que não é necessária qualquer comprovação de prejuízo, posto que certo é que a incorporadora possui custos fixos de publicidade e de administração para a colocação da venda de unidades.

Assim, entende que o contrato precisa ser cumprido em sua totalidade, uma vez que não existe qualquer abusividade a afastar a retenção de 7% (sete por cento), à título de publicidade, além dos 30% (trinta por cento) já deferido.

Houve oferta de contrarrazão (fls. 274/276), requerendo o improvimento do recurso.

Os autos vieram a mim por redistribuição à fl. 283.

É o relatório.

Inclua-se em pauta de julgamento do Plenário Virtual.

VOTO

Conheço do recurso, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal.

Consigna-se, primeiramente, que os autores, ora apelados, confessaram na petição inicial que a iniciativa de rescisão do contrato se deu por sua vontade, devido a ocorrência de fato superveniente que lhes impediram de assumir as parcelas do financiamento junto à CEF.

Em sentença, o juízo 'a quo' ratificou a desistência dos compradores, determinando a restituição dos valores pagos, admitindo a retenção de 30% (trinta por cento).

Assevera-se, ainda, que os consumidores não recorreram da sentença, pelo o que a hipótese dos autos se trata de rescisão de contrato por culpa dos promitentes compradores.

É sabido que, por força da súmula 543 do STJ, nos casos de rescisão contratual por culpa da promitente compradora, entende-se ser justo e razoável que o promitente vendedor, ao restituir os valores pagos, retenha parte das prestações pagas pelo consumidor como forma de indenizá-lo



pelos prejuízos suportados, haja vista que este não deu causa à rescisão contratual. E, apesar de não haver delimitação sumular do percentual que pode ser retido pela construtora, firmou-se o entendimento de que o promitente vendedor pode reter, em seu benefício, até 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo comprador.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO UNILATERAL PELO COMPRADOR. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 25% DAS PARCELAS PAGAS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido da adoção do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção pela vendedora para o caso de resilição unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das parcelas. 2. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg nos EDcl no Ag: 1136829 SP 2008/0276415-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2013) (grifo nosso).

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE ATÉ 25% EM BENEFÍCIO DO VENDEDOR.

1. A rescisão de contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas - que pode variar de 10% a 25% - como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados. Precedentes.

2. No caso, o Tribunal a quo, com base no contexto fático-probatório dos autos, entendeu que a previsão de perda da totalidade das parcelas pagas seria abusiva (fl. 165), devendo ser retidos 10% sobre esse valor, percentual que reputou suficiente para reparar todos os prejuízos da empresa recorrente. Incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Recurso especial a que se nega seguimento.

(STJ - Resp nº 1269059 SP 2011/0158858-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 17/06/2015) (grifo nosso).

Analisando o instrumento contratual firmado entre as partes, especialmente sua cláusula 5.1, alínea 'b' (fl. 21/22), observa-se a seguinte redação:

Cláusula quinta – Da mora, da rescisão e seus efeitos

5.1 Caso o(s) PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES) deixe(m) de pagar qualquer parcela do preço, antes do recebimento da escritura de compra e venda referida na cláusula quinta deste contrato, ou antes de assinar contrato de financiamento imobiliário com o agente financeiro, A VENDEDORA poderá, alternativamente: [...]

b) resolver a promessa de compra e venda após interpelação extrajudicial com o prazo de 15 (quinze) dias para pagamento, hipótese em que (o)s PROMISSÁRIO(S) COMPRADOR(ES) receber(ão), a título de reembolso 70% (setenta por cento) do valor por ele pago até a data da resolução do contrato atualizado pelo mesmo índice celebrado em cada prestação, excluídos os juros e as sanções pecuniárias eventualmente pagas, descontados os gastos referentes a despesas de publicidade, desde já fixados em 7% (sete por cento) do valor total do contrato. A devolução de eventual diferença apurada ocorrerá em 06 (seis) parcelas mensais, com carência de 60 (sessenta) dias.

Verifica-se, portanto, que o contrato autoriza retenção de 37% (trinta e sete por cento) dos valores pagos, o que ultrapassa o limite de 25% (vinte e cinco por cento) autorizado pela jurisprudência do STJ, pelo o que tenho que ele não pode ser aplicado. Note-se que se está diante de uma relação



de consumo e que por isso deve ser adotado a interpretação mais benéfica ao consumidor, em observância ao art. 47 do CDC.

Sendo assim, entendo que a cláusula 5.1, alínea 'b' do contrato é abusiva por impor excessiva onerosidade em desfavor do consumidor, não sendo possível majorar a retenção nos termos ali definidos, tal como requer o recorrente.

Não obstante o juízo 'a quo' tenha deferido a devolução das parcelas pagas com retenção de 30% (trinta por cento) e os compradores não tenham recorrido desta decisão, tenho que a minoração do percentual nesse momento é possível.

Isso porque, o Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, não podendo ser afastada ou excepcionada pela vontade das partes, sendo assim, sua observância é absolutamente obrigatória, não podendo o instrumento contratual prever de maneira diversa, sob pena de fazer letra morta a lei consumerista que exerce relevante função social.

Ressalta-se que existe entendimento pacificado na jurisprudência pátria que o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de compra e venda, nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. O Código de Defesa do Consumidor atinge os contratos de compra e venda nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias mediante financiamento. Acórdão em harmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 120905 SP 2011/0282239-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 06/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2014) (grifo nosso).

Sendo assim, por tal incidência, qualquer abusividade constatada é considerada matéria de ordem pública e interesse social, pelo o que podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo, inclusive, ser pronunciadas de ofício pelo magistrado.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO E DECLARAÇÃO 'EX OFFICIO' DA NULIDADE DE CLÁUSULA NITIDAMENTE ABUSIVA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, que autoriza a revisão contratual e a declaração de nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais abusivas, o que pode ser feito até mesmo de ofício pelo Poder Judiciário. Precedente. (REsp. 1.061.530/RS, afetado à Segunda Seção). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 334.991/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009) (grifo nosso).

Atente-se, ainda, que a liberdade contratual deve ser exercida nos limites da função social do contrato, conforme previsto no art. 421 do Código Civil, sendo dever do juiz, na aplicação da lei, atender os fins sociais a que ela se destina (art. 5º da LINDB).

Dito isto, é certo que a decisão que pronuncia de ofício a abusividade das cláusulas constantes nos contratos de consumo não ofende o princípio do tantum devolutum quantum appellatum, dado a possibilidade de ocorrência do efeito translativo.

Assim, tenho que a retenção de 30% (trinta por cento) dos valores pagos prevista no contrato e autorizada pelo juízo se mostra abusiva por excessiva onerosidade em desfavor do consumidor, razão pela qual deve



ser, de ofício, declarada nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, IV do CDC, pelo o que a retenção dos valores pagos deve ser limitada a 25% (vinte e cinco por cento).

Ante o exposto, CONHEÇO, porém, NEGO PROVIMENTO à Apelação Cível, entretanto, por se tratar de matéria de ordem pública, de ofício, declaro nula a cláusula 5.1, alínea 'b' do contrato, reformando sentença para determinar que sejam devolvidos os valores pagos pelo comprador, autorizada, tão somente, a retenção de 25% (vinte e cinco por cento), mantendo a sentença em seus demais termos, conforme fundamentação supra.

É como voto.

Belém (PA), 25 de setembro de 2020.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR
Desembargador – Relator