

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 686.865 - PE (2004/0138085-6)

RELATOR : **MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**
RECORRENTE : CONSTRUTORA MILÃO LTDA
ADVOGADO : FRANCISCO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO
RECORRIDO : BENEDITO AUTO JUNIOR GUIMARÃES E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DA SILVA

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA. DISTRATO. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E A RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO DE 17% EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 51, II, 53 E 54. CÓDIGO CIVIL DE 1916, ART. 924. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA INTEIRAMENTE.

I. Não é possível a demonstração do dissídio jurisprudencial sem a juntada dos inteiros teores dos acórdãos divergentes ou a indicação do repositório autorizado.

II. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avançadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002, p. 281).

III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado em 17%, atendendo ao próprio pedido da construtora-ré, abaixo do percentual usualmente fixado para casos que tais.

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

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro

Brasília (DF), 28 de agosto de 2007 (Data do julgamento).

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Relator



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2004/0138085-6

REsp 686865 / PE

Números Origem: 120010298291 200400280070 885450

PAUTA: 21/08/2007

JULGADO: 21/08/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA MILÃO LTDA
ADVOGADO : FRANCISCO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO
RECORRIDO : BENEDITO AUTO JUNIOR GUIMARÃES E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DA SILVA

ASSUNTO: Civil - Contrato - Compra e Venda - Imóvel - Promessa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

O julgamento foi adiado, por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de agosto de 2007

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 686.865 - PE (2004/0138085-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: -

Adoto o relatório do v. acórdão recorrido (fls. 138/139):

"Trata-se de Apelação Cível interposta em face da sentença do juiz de Direito da 14ª Vara Cível da comarca da Capital que julgou procedente a Ação Ordinária de Nulidade de Cláusulas Contratuais proposta por BENEDITO AUTO JÚNIOR GUIMARÃES em face da INCORPORADORA MILÃO LTDA.

O comando sentencial, decretando a nulidade das cláusulas 06 e 07 do Instrumento Particular de Transação e outros pactos, que estipulavam a perda de mais de 50% (cinquenta por cento) das parcelas pagas pelo promitente comprador, condenou a vendedora a restituir aos autores/apelados o total dos valores pagos pelo negócio desfeito, corrigidos monetariamente.

Inconformada, apelou a Incorporadora Milão Ltda. argüindo preliminares de inépcia da inicial, bem como de nulidade da sentença por cerceamento de seu direito de defesa.

No mérito, sustenta a apelante que cumpriu estritamente as obrigações contratuais que lhe competiam, enquanto que a parte adversa, ao desistir unilateralmente do negócio, demonstra o intento de obter enriquecimento ilícito, buscando eximir-se das penalidades decorrentes da mora e do inadimplemento.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar in totum, a sentença guerreada.

Contra-arrazoando às fls. 120/130, busca o apelado rechaçar as alegações expendidas, ao tempo em que requer o improvimento do recurso."

A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fls. 148/149):

"CIVIL - PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS. MÉRITO. TRANSAÇÃO - CLÁUSULA QUE PREVÊ PERDA DE MAIS DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO VALOR PAGO PELA COMPRA DE IMÓVEL. NULIDADE. - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I - Não há que se falar em inépcia da inicial por incompatibilidade entre os pedidos formulados, uma vez que pode ser declarada a improcedência de um dos pedidos e a procedência do remanescente. II - De igual modo, inexistente cerceamento de defesa se a matéria dependia tão somente da produção de prova documental. III - Não há impedimento à análise das condições postas em transação na qual existam cláusulas que ponham o consumidor em desvantagem exagerada. IV - A regra prevista no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que resulte na perda total ou substancial das prestações pagas. In casu, autoriza-se a retenção de 10% (dez por cento) do total das prestações pagas com o fim de ressarcir despesas efetuadas com publicidade e corretagem, de existência notória. V - Havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados, arcando cada parte com a verba do seu patrono.

VI - Apelo improvido."

Inconformada, Construtora Milão Ltda. interpõe recurso especial pelas alíneas "a" e "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, alegando violação do art. 5º, inciso XXXVI, da mesma Carta Política, em virtude da infringência ao ato jurídico perfeito contratual, além de divergência com o entendimento desta Corte acerca da matéria, conforme exarado nos REsp n. 158.036/DF, 293.214/SP, 303.240/SP e 167.082/PR.

Alega a recorrente que não deu causa ao desfazimento do negócio; que não teve outra alternativa a não ser aceitar o distrato; que este, por superar por transação o contrato, não está adstrito às normas do CDC quanto à devolução das prestações; que na transação não pode ser considerada fornecedora para tal efeito, eis que não houve adesão dos recorridos, que a propuseram.

Lembrando ainda os precedentes acima referidos, asseve que o STJ tem

Superior Tribunal de Justiça

fixado o percentual de retenção em 30% quando não houver a fruição do imóvel, como na espécie.

Ressalta que laborou **extra petita** o julgado vergastado quanto à condenação ao pagamento de juros sobre o valor do reembolso, que pleiteia seja excluído (fl. 179).

Por fim, requer, alternativamente, sejam reconhecidas a validade do distrato e o montante acordado para devolução ou pelo menos a retenção de 17% (dezessete por cento) do total pago (fl. 182).

Contra-razões às fls. 189/193, afirmando a ausência de dissídio jurisprudencial e pleiteando a manutenção do aresto estadual, com o acréscimo que até o distrato não ocorreu inadimplência das prestações.

O recurso foi inadmitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fl. 197, tramitando o especial perante o STJ por força do provimento do AG n. 591.452/PE (fl. 204).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 686.865 - PE (2004/0138085-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): - Trata-se de ação movida em face da ora recorrente, empresa construtora, objetivando a nulidade do distrato de promessa de compra e venda, com o recebimento do montante pago, que então perfazia R\$ 64.929,57, dois quais R\$ 31.088,36 foram reembolsados em dez parcelas mensais, sem correção monetária, devido à desistência da aquisição de duas unidades habitacionais que ainda estavam em construção, em empreendimento residencial promovido pela ré.

A pretensão foi acolhida pela r. sentença, porém o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco proveu em parte a apelação, para fixar a retenção de 10% (dez por cento) das parcelas adimplidas.

Inicialmente, com relação à letra "a" do permissivo constitucional, não detém este Tribunal competência para se pronunciar a respeito de matéria afeta com exclusividade ao e. STF, referente à suposta negativa de vigência do art. 5º, XXXVI, da Carta Máxima, desde que a parte o deduza em recurso próprio.

Além disso, aplicáveis as Súmulas n. 282 e 356 do mesmo Excelso Pretório ao tema do julgamento **extra petita**, concernente à condenação não requerida em juros sobre o valor a ser devolvido, eis que carente do indispensável prequestionamento.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, o inconformismo também não pode ser aproveitado por inteiro. Com efeito, não promoveu a recorrente a obrigatória juntada dos inteiros teores dos REsp n. 158.036/DF, 303.240/SP e 167.082/PR, cujas ementas transcreveu, o que colide com a norma inserta no art. 255, § 1º, "a" do Regimento Interno do

Superior Tribunal de Justiça

STJ, não sendo suficiente a mera menção ao Diário de Justiça que os publicou, porquanto não se trata de repositório oficial, restando que a temática ali abordada não tem como ser considerada para o fim pretendido.

Por outro lado, apenas quanto ao REsp n. 293.214/SP foi satisfeito o requisito constante da alínea "b" do mencionado dispositivo regimental, apontando a recorrente a RSTJ, vol. 149, p. 321 (fl. 175), o que permite o ingresso no mérito da controvérsia.

No julgamento do EREsp n. 59.870/SP, a 2ª Seção, por maioria, entendeu ser possível ao consumidor, adquirente de imóvel, propor o desfazimento da compra em face de impossibilidade sua no adimplemento das prestações.

O acórdão, de relatoria do eminente Ministro Barros Monteiro, está assim ementado:

"PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte."

Na ocasião, proferi voto vencido, acompanhando a divergência inaugurada pelo ilustre Ministro Ari Pargendler, com a seguinte fundamentação:

"De toda sorte, inobstante o que se disse acima, adentro, de logo, também no mérito, e tenho que a razão está com a interpretação dada pela divergência.

É que não extraio do art. 53, caput, a compreensão de que

Superior Tribunal de Justiça

ela se dirige à hipótese – como a presente – em que a iniciativa da rescisão parte do próprio devedor inadimplente. Essa situação era prevista, como bem acentuado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, no parágrafo 1º, que foi vetado. E as razões do veto presidencial, transcritas no voto do relator do recurso especial, à fl. 397, não deixam dúvida alguma da clara intenção de postergar, para legislação posterior, tal espécie de resilição.

Assim, a tese oposta importa, na realidade, na revigoração de uma disposição deliberadamente afastada pelo legislador, de sorte que estaria, aí, o Judiciário, não suprimindo simplesmente uma lacuna, porém assumindo papel que não lhe cabe na distribuição constitucional dos poderes do Estado.

E, de outro lado, também não identifiquei contrariedade ao art. 54, parágrafo 2º, porquanto, a par do entendimento da instância ordinária, soberana na interpretação do quadro fático específico, de que não se cuidava de contrato de adesão, a cláusula é facultativa, inexistente na espécie em prol da consumidora."

Ocorre, porém, que, como antes frisado, tal posição restou minoritária, de sorte que curvo-me ao entendimento que prevaleceu e, de conseqüência, estou em que o pedido inicial procede.

No mesmo EREsp n. 59.870/SP, foi definido como razoável, para o ressarcimento às despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos, recolocação no mercado, etc, alusivas à unidade residencial em comento, **um percentual de retenção, em favor da vendedora, da ordem de 25% (vinte e cinco por cento)** das parcelas pagas pelo comprador (cf. voto do Min. Barros Monteiro).

Seguindo nesse novo rumo, a 4ª Turma também fixou o mesmo percentual no REsp n. 196.311/MG, de relatoria do douto Min. Cesar Asfor Rocha (unânime, DJU de 19.08.2002, p. 168).

Superior Tribunal de Justiça

Também no julgamento dos REsp. n. 59.626/SP, 218.032/MG e 723.034/MG, de minha relatoria, decidiu-se, respectivamente, que:

"CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVOUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE.

I. Celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, válida é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de promessa de compra e venda.

II. Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto e consideradas as custas administrativas, operacionais e de corretagem da empresa construtora, sob pena de injustificada redução patrimonial. Retenção fixada em 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

(4ª Turma, Resp n. 59.626/SP, unânime, DJU de 02.12.2002, p. 312)

"CIVIL E PROCESSUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO PELO COMPRADOR POR INSUPOORTABILIDADE DA PRESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RETENÇÃO SOBRE PARTE DAS PARCELAS PAGAS (25%). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 51, II, 53 E 54. CÓDIGO CIVIL, ART. 924.

I. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (REsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2000).

II. Pretensão que não fica obstada pelo fato de o comprador, no momento em que notifica a vendedora dessa pretensão, se achar em dia com as parcelas, por não ser razoável exigir-se, para a prova da alegação das dificuldades econômicas, o prévio inadimplemento obrigacional, se o autor prefere ainda honrar, apesar dos ônus, seus compromissos, até o instante em que submete a questão ao Poder Judiciário.

III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade, em face do desgaste no imóvel devolvido e das despesas realizadas pela vendedora

Superior Tribunal de Justiça

com corretagem, propaganda, administrativas e assemelhadas, sob pena de injustificada redução patrimonial em seu desfavor, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto. Retenção elevada. Precedentes.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido."

(4ª Turma, REsp n. 218.032/MG, unânime, DJU de 25.08.2003, p. 309)

"CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA. ACÓRDÃO PARADIGMA, DO STJ, QUE FIXA RETENÇÃO A FAVOR DA VENDEDORA SUPERIOR À DETERMINADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ELEVAÇÃO DO PERCENTUAL, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS E OPERACIONAIS DA CONSTRUTORA.

I. Não provoca a nulidade do processo a não-realização da audiência de conciliação quando já decidido o mérito da demanda. Precedentes.

II. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (REsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002).

III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção que se eleva a 25%, para compatibilizá-lo com a orientação jurisprudencial mais recente do STJ, a fim de melhor ressarcir as despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido."

(4ª Turma, REsp n. 723.034/MG, unânime, DJU de 12.06.2006, p. 489)

Contudo, na hipótese **sub examen**, à fl. 182, a recorrente pugna pela fixação do percentual de 17% (dezessete por cento), que se encontra aquém da faixa admitida pelo julgado pacificador acima transcrito.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento, acolhendo o pedido alternativo, para fixar o percentual de retenção em 17% (dezesete por cento).

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2004/0138085-6

REsp 686865 / PE

Números Origem: 120010298291 200400280070 885450

PAUTA: 21/08/2007

JULGADO: 28/08/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ALDIR PASSARINHO JUNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FERNANDO HENRIQUE OLIVEIRA DE MACEDO**

Secretária

Bela. **CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA MILÃO LTDA
ADVOGADO : FRANCISCO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO
RECORRIDO : BENEDITO AUTO JUNIOR GUIMARÃES E OUTRO
ADVOGADO : JOÃO CARLOS DA SILVA

ASSUNTO: Civil - Contrato - Compra e Venda - Imóvel - Promessa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 28 de agosto de 2007

CLAUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE BECK
Secretária