



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Registro: [REDACTED]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº [REDACTED] da Comarca de São Paulo, em que são apelantes [REDACTED] é apelado TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 31 de agosto de 2022.

FERREIRA DA CRUZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação nº [REDACTED]

Apelada: TGSP-52 Empreendimentos Imobiliários Ltda.
 Ação: Rescisão Contratual c/c Restituição dos Valores.
 Origem: 3ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro.
 Juiz de 1ª instância: Dr. Fabricio Stendard.
Voto nº 5.569.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. Rescisão contratual requerida pelos autores. Possibilidade. Art. 53 do CDC e Súm. 543 do STJ. Ajuste posterior à Lei nº 13.786/18. Retenção reduzida para 25% dos valores pagos. Razoabilidade. Hipótese em que é possível a adoção de critério simétrico àquele usado pelo STJ para vínculos antigos no intuito de reduzir a cláusula penal, como qualquer outra, a patamares não abusivos. Incidência do art. 413 do CC. É impossível admitir um direito adquirido ao abuso. A multa/retenção de 50% para empreendimentos com regime de afetação de patrimônio sempre foi, e continuará sendo, abusiva. Precedentes específicos da Corte e desta Câmara. Recurso provido em parte.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 222/224, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido para: a) rescindir o contrato firmado entre as partes; b) condenar a ré à restituição dos valores pagos, com retenção de 50%.

Busca-se a reforma do *decisum* monocrático porque: a) é aplicável o CDC ao caso; b) abusiva se mostra a retenção de 50% dos valores pagos, prevista na Lei nº 13.786/18, nos casos de empreendimento submetido ao regime de patrimônio de afetação; c) deve-se evitar o enriquecimento sem causa da ré; d) a retenção deve ser minorada para o patamar de 20% (fls. 229/248).

Tempestiva e preparada (fls. 249/251), vieram aos autos contrarrazões (fls. 256/262).



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

É a síntese do necessário.

Com efeito, a relação jurídica *sub examine* é nitidamente de consumo e, por isso, impõe-se sua análise dentro do microsistema protetivo instituído pela Lei nº 8.078/90, sobretudo quanto à vulnerabilidade material e à hipossuficiência processual dos consumidores.¹

Fixadas tais premissas, vinga o apelo.

Gravita o debate em torno de contrato celebrado no dia 15.12.2019 (fls. 113/153), portanto submetido à disciplina da Lei nº 13.786/18, que introduziu o art. 32-A na Lei nº 6.766/79 e o art. 67-A na Lei nº 4.591/64, a pretender o polo aderente, forte na própria inadimplência, como lhe autoriza o direito positivo², dissolver o ajuste com a impositiva devolução das parcelas que pagou, mero reflexo da dissolução, ainda que modo parcial.

Com efeito, à luz do que se pacificou nos termos do art. 543-C do antigo CPC (Tema 577)³, a tornar irrelevante a cláusula penal ajustada (item 6.4 – fls. 134/135), impõe-se a restituição⁴ – e de uma só vez⁵ – de todos os valores efetivamente pagos (sinal + parcelas), com o direito de a fornecedora reter⁶ certo percentual em seu benefício, a título de despesas administrativas e contratuais decorrentes da rescisão.

A rescisão de um 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

¹ CDC, art. 4º, I, c.c. 6º, VIII.

² CDC, art. 53.

³ STJ, REsp. 1.300.418/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.11.2013.

⁴ TJSP, Súm. 3.

⁵ TJSP, Súm. 2.

⁶ TJSP, Súm. 1.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador (g.n.).⁷

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.⁸

A definição desse percentual de retenção sempre variou ao longo do tempo, a permitir o STJ flutuasse ele entre 10% e 25%⁹; agora, todavia e **apenas** para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, consolidou a 2ª Seção do intérprete soberano da legislação federal o entendimento de que o parâmetro deve ser o de 25% dos valores pagos pelos adquirentes.¹⁰

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

⁷ STJ, REsp. 1.224.921/PR, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 26.04.2011.

⁸ STJ, Súm. 543.

⁹ STJ, AgRg no REsp. 1.110.810/DF, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 03.09.2013.

¹⁰ STJ, AgInt no AREsp. 1.860.381/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 27.09.2021; AgInt no AREsp. 1.453.487/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 09.02.2021; REsp. 1.820.330/SP, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 24.11.2020.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

*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.*¹¹

Observe-se, a propósito, que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos (fls. 189), pode chegar até o limite de 50% da quantia paga.¹²

Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, **como qualquer outra**¹³, à luz da função social do ajuste¹⁴ e sem prova **concreta** de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos¹⁵, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei nº 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em obra doutrinária.¹⁶

Não se ponha no oblivio que, apesar da intrínseca diferença valorativa que apresentam, as figuras do direito adquirido e do ato jurídico perfeito estão intimamente ligadas e exercem idêntica função: conferir força e legitimidade a direitos e a obrigações¹⁷; sem que tal quadro, todavia, autorize um **impossível** direito adquirido ao abuso ou legitime um ato jurídico formalmente perfeito que procure admitir reflexos antes não tolerados, pois abusivos.¹⁸

¹¹ STJ, REsp. 1.723.519/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.08.2019.

¹² Lei 4.591/64, art. 67-A, § 5º.

¹³ CPC, art. 413.

¹⁴ CC, art. 421.

¹⁵ CDC, arts. 6º, V, 1ª figura, c.c. 51, IV e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III.

¹⁶ *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008.

¹⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 564/565.

¹⁸ Guilherme Ferreira da Cruz. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

A multa/retenção de 50% sempre foi – e continuará sendo – abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado.

Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra a retenção de 25% dos valores pagos (item 4 – fls. 29/30), que observa o teto legal (até 50%), mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na sentença (fls. 224), como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁹

Há precedentes específicos, desta Colenda 28ª Câmara inclusive²⁰, a tratar dessa problemática posta:

CLÁUSULA PENAL. Contrato que prevê retenção de 50% dos valores pagos. Abusividade. Previsão do artigo 67-A, §5º, da Lei 4.591/1964, que não deve ser aplicada de forma absoluta. Retenção fixada em 25% dos valores pagos, em redução de cláusula contratual abusiva (art. 6º, V, CDC, e do art. 413, CC). Precedentes. Ausência de prejuízos elevados à apelada, que poderá revender o Imóvel.²¹

Assim, possível a dedução de importância inferior à prevista no inciso II e §5ª do artigo 67-A, devendo a fixação do percentual a ser retido estar em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor, o qual deve ser aplicado de forma harmônica com a Lei 13786/08.

Por conseguinte, claramente abusiva a retenção de 50% das quantias pagas prevista na alínea

¹⁹ TJSP, AC 0001626-09.2011.8.26.0248, rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 02.09.2014; AC 1002056-28.2013.8.26.0068, rel. Ramon Mateo Júnior, j. 20.08.2014; TJSP, AC 9181496-91.2009.8.26.0000, rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 11.12.2013.

²⁰ TJSP, AC 1008862-90.2021.8.26.0006, rel. Ferreira da Cruz, j. 10.05.2022.

²¹ TJSP, AC 1008243-07.2021.8.26.0348, rel. Carlos Alberto de Salles, j. 09.08.2022.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

“b” da cláusula 8.4.1. (fl. 52), representando evidente desequilíbrio entre as partes, em desvantagem excessiva à compradora e conseqüente enriquecimento ilícito da vendedora; referida disposição contratual é nula de pleno direito, por ofensa ao disposto no artigo 51, incisos I e IV do Estatuto Consumerista.²²

Nada há falar-se sobre comissão de corretagem, vez que os autores foram isentos do pagamento, pois Silvia – fato não contrastado²³ – era corretora de imóveis e trabalhava para a Ré na ocasião em que adquiriu o imóvel objeto da presente demanda (sic) (fls. 18).

Por fim, é evidente que não há ônus tributários e/ou de condomínio sem exercício de posse²⁴, pouco importando a existência de disciplina contratual diversa, nitidamente abusiva²⁵, e/ou a obtenção do *habite-se* ou a instalação formal da universalidade; aliás, *segundo a jurisprudência do STJ, as despesas de condomínio e IPTU são de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente.*²⁶

Logo, de rigor a inversão da sucumbência, a arcar a ré com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, diante da sucumbência mínima do polo ativo.²⁷

Ex positis, pelo meu voto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para **REDUZIR** o percentual de retenção de 50% para 25%, na forma e no prazo previstos na motivação, com isso a **AMPLIAR** o valor a ser restituído aos autores.

²² TJSP, AC 1065981-86.2019.8.26.0100, rel. Paulo Alcides, j. 20.10.2020.

²³ CPC, art. 341.

²⁴ STJ, AgInt no AREsp. 1.034.823/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.05.2017; AgRg no REsp. 1.395.818/ SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.08.2015; AgRg no REsp. 1.502.219/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, j. 02.06.2015; AgRg no AREsp. 535.078/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2014; EREsp. 489.647/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.11.2009.

²⁵ CDC, art. 51, III, VI e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III.

²⁶ STJ, AgInt no REsp. 1.697.414/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05.12.2017.

²⁷ CPC, art. 86, par. ún.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Eventuais embargos de declaração **serão** – em princípio – julgados de modo virtual²⁸, **salvo** interesse público e/ou discordância convincente inscrita no seu corpo.

FERREIRA DA CRUZ
Relator

²⁸ TJSP, Res. nº 549/11, art. 1º.