



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2014.0000712XXX**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº XXXXXXXX-77.2013.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante LUCIANA (Omitido), é apelado TIBÉRIO-INPAR PROJETO RESIDENCIAL SÃO BERNARDO DO CAMPO SPE XI LTDA.

**ACORDAM**, em 5ª 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 Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente sem voto), EDSON LUIZ DE QUEIROZ E FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 5 de novembro de 2014.

Moreira Viegas  
RELATOR  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelação:** XXXXXXX-77.2013.8.26.0564  
**Comarca:** São Bernardo do Campo  
**Apelante:** LUCIANA (Omitido)  
**Apelado:** TIBÉRIO – INPAR PROJETO RESIDENCIAL  
SÃO BERNARDO DO CAMPO SPE XI LTDA.

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA –  
**Distrato celebrado com construtora - Abusividade do percentual descontado reconhecida - Possibilidade de rediscussão** - Aplicação dos artigos 413 do CC. – e 53 do CDC Precedentes - Recurso parcialmente provido.

**VOTO Nº 113XX**

Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição das quantias pagas e perdas e danos julgada improcedente pela r. sentença de fls. 273/277, cujo relatório se adota.

Apela a autora buscando a inversão do julgado. Alega, em apertada síntese, não ser o distrato óbice à discussão das quantias cobradas e retidas pela construtora/incorporadora. Observa-se que o pedido é juridicamente possível, porquanto se discute percentual a ser restituído após a rescisão do contrato. Ressalta que a matéria em questão produz efeitos após a rescisão do contrato. Finalmente, insiste em afirmar a ocorrência de danos morais indenizáveis (fls. 284/307).

Recurso processado com resposta (fls. 327/365).

É o relatório.

Inicialmente observo que o pedido da autora é juridicamente possível, porquanto limita-se, na essência, a discussão das



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quantias cobradas e retidas pela construtora/incorporadora após a rescisão do contrato. Ressalto que a matéria em questão produz efeitos após a rescisão do contrato, podendo ser discutida nessa ação.

A visão liberal da força obrigatória e aplicação absoluta do contrato vem sofrendo restrições e relativizações marcadas pelo intervencionismo estatal nas relações obrigacionais, limitando a autonomia da vontade através do controle do conteúdo dos contratos, pautados pelos princípios da boa-fé, equidade e interesse social. Atualmente não se admite a aplicação absoluta do *pacta sunt servanda*, o qual por muitas vezes é utilizado como válvula de escape à aplicação das normas legais.

Exemplo dessa restrição é o Código de Defesa do Consumidor que instituiu normas legais de caráter cogente para amparar a parte mais fraca na relação contratual, mitigando a tirania da liberdade do liberalismo ao compensar a desigualdade econômica com a superioridade jurídica.

Certo que, as partes deste litígio se enquadram nas definições dos artigos 1º e 3º da Lei 8.078/90 e a aplicação de tal legislação tem cunho protetivo. Assim, caracterizada a relação de consumo, é de se analisar as cláusulas estatutárias sob a ótica de eventual abusividade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Feita essa observação, passo a análise do caso.

Segundo se infere dos autos, a autora celebrou compromisso de venda e compra de imóvel com a ré Tibério. Note-se que a autora efetuou pagamentos à construtora/incorporadora, a título de sinal, quitação de parcelas, serviços de assessoria e taxas condominiais, ajustado que o saldo remanescente seria quitado por intermédio de

financiamento bancário; comissão de corretagem, também foi paga.

Contudo, o negócio não se concretizou em razão da não obtenção de financiamento bancário, o que motivou a formalização do distrato, com devolução de apenas R\$ 42.976,56 (**mais ou menos 50% do que havia sido pago**).

Na hipótese vertente, é certo que o contrato não se aperfeiçoou pela impossibilidade da obtenção do financiamento bancário. E o fato de ter pago as prestações e interrompido as restantes, por si só não se revela motivo suficiente para que a requerente perca grande parte das quantias pagas, pois que isso induziria ao locupletamento sem causa da vendedora - do mesmo modo que a utilização do imóvel, sua ocupação e pagamentos devidos de taxas e impostos - poderia caracterizar situação contrária, ou seja, locupletamento sem causa por parte do comprador.

Ressalte-se que não se trata de admitir o puro arrependimento por parte da compradora, o que somente é possível na hipótese do art. 49 do CDC. **No entanto, havendo motivação econômica considerável que justifique o inadimplemento do comprador, não pode este arcar com perdas e danos exagerados.**

Por ser contrato de adesão, com características de cláusulas predeterminadas por uma das partes, sem possibilidade de discussão pela contratante, **a retenção de 50% das quantias pagas, onera-a excessivamente**, comprometendo a principal característica do contrato: o equilíbrio entre direitos e deveres estabelecidos entre as partes, base de todo negócio jurídico. Desta forma, não deve prevalecer.

A condição prevista no art. 53 do CDC permanece em qualquer circunstância em que haja - como no caso - a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

hipótese de locupletamento sem causa. Isso, sem dúvida, não irá afetar a segurança do negócio jurídico.

Extrai-se dessas circunstâncias que, no momento da assinatura do distrato, não ocorreria a requerente rebelar-se contra os cálculos de quantias pagas e restituição definida unilateralmente pela vendedora. Logo, apesar da quantia paga, merece discussão o fato de ter sido aquela suficiente para evitar-se o mencionado locupletamento de qualquer das partes. Ressalta-se que a devolução de parte das parcelas pagas pelo compromissário comprador mostra-se consequência natural da rescisão operada, devendo ser discutido, conforme as peculiaridades de cada caso (tempo de ocupação etc), o montante a ser restituído.

Nesse aspecto, a jurisprudência tem enfrentado esta hipótese de forma a permitir-se a redução da cláusula penal, evitando-se o enriquecimento sem causa também da vendedora, uma vez que esta, com a revenda do imóvel, não sofrerá maiores prejuízos - salvo imprevisão ou má-administração - enquanto o consumidor vê-se privado do sonho da casa própria, ao menos temporariamente, não havendo porque crer que a inadimplência tenha sido almejada.

Aplica-se ao caso não somente o artigo 53 do CDC, mas também o artigo 924 do CC/1916, então em vigor.

Confira-se julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

“Processo Civil - Agravo Regimental - Contrato - Compra e venda de imóvel - Rescisão - Devolução das parcelas pagas - Cláusula penal compensatória - Redução a patamar justo - Artigos 920 e 924 do Código Civil de 1916 -

Possibilidade - Desprovimento. 1. A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido da possibilidade de redução da cláusula penal no contrato de compra e venda, quando verificado, no caso concreto, que o valor avençado acarreta excessiva onerosidade do promissário-comprador e enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. Precedentes (AgRg no Ag. 660801/RS - Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 17/05/2005).

Interessante observar que o art. 413 do CC/2002, ao reproduzir o art. 924 do CC/1916, dirimiu antigas dúvidas e dispôs que: "A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz"..., o que, nas palavras de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, atualmente significa que a redução passa a ser definitivamente um dever do juiz, e não mais uma faculdade. Cabe ao juiz também, no caso concreto, reduzir a multa se esta for manifestamente excessiva, levando-se em conta a natureza e a finalidade do negócio. O campo é o da equidade. O princípio se coaduna com a finalidade social do contrato (...), bem como a boa-fé objetiva (Direito Civil, Ed. Atlas, 5ª ed., 2005, pg. 377).

**Daí se extrai a abusividade dos valores retidos pela requerida quando do distrato.**

Pois bem, **na resolução do contrato por descumprimento do promissário comprador, as partes devem ser restituídas à situação em que se encontravam antes da celebração do negócio, autorizada a retenção de uma porcentagem, pelo alienante, a título de cláusula penal.**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nesses termos, a Súmula nº 1, editada por este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem (no caso incorrente).

Em casos análogos ao presente, vem o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, adotando, como parâmetro razoável de retenção, algo em torno de **10%** a 25% **sobre os valores pagos**:

“1. 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 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.

2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso” (STJ, REsp 1.224.921/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/04/2011)



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Também a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça tem concluído pela suficiência da retenção no patamar de 10% a 25% das parcelas pagas para o ressarcimento das perdas e danos e despesas administrativas suportadas pela alienante que não deu causa à rescisão.

Na hipótese vertente, a abusividade ocorrida no distrato é por demais evidente, certo que o contrato não se aperfeiçoou pela impossibilidade da obtenção do financiamento bancário. E, isto não pode ser imputado às partes, uma vez que no instrumento há previsão de que o saldo remanescente do preço seria pago com recursos de terceiro, ou seja, daquele que não foi parte do contrato.

Em razão disso, conclui-se que houve assunção do risco em caso de insucesso perante a entidade financeira, pois não se pode olvidar que financiamentos sujeitam-se a diversas condições para que possam ser liberados valores. A celebração do negócio, nos moldes narrados e diante dos termos do contrato acordado, gerou na autora a expectativa quanto à obtenção de crédito bancário e, por consequência, a crença de que a aquisição do bem seria perfeitamente viável. Neste passo, a obtenção do empréstimo caracteriza-se como evento futuro e incerto ao qual o cumprimento do contrato está subordinado, afastando a imputação de culpa a qualquer dos contratantes.

Ademais, se os documentos apresentados indicam que a autora tomou as providências cabíveis no sentido de diligenciar o financiamento, não se pode atribuir-lhe culpa pelo insucesso do negócio.

Logo, **a retenção de valores deve ficar limitada ao patamar mínimo, qual seja o de 10% das quantias pagas, excluídos do**



cálculo o que a promissária compradora pagou a título de comissão de corretagem, taxa de assessoria imobiliária e contribuições condominiais, por indevidas.

É cediço que, em regra, os vendedores devem suportar o pagamento da comissão pela intermediação da compra e venda de um imóvel, conhecida por taxa de corretagem. Entretanto, nada impede que o comprador assumo o respectivo pagamento.

Aliás, esta é a praxe corrente no mercado, nada tendo de ilegal, desde que dada ciência ao adquirente.

Ocorre que, no caso dos autos, não se vislumbra a existência de cláusula contratual imputando a compradora, de forma clara, **o pagamento da corretagem, razão pela qual a cobrança é manifestamente indevida.**

Nesse sentido, precedentes desta E. Corte:

“AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. TAXAS DE INTERMEDIAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. REVELIA. IRREGULARIDADE SANÁVEL. PAGAMENTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. RESTITUIÇÃO SIMPLES. DANO MORAL. MERO ABORRECIMENTO. Insurgência contra sentença de parcial procedência. Sentença mantida. Prescrição. Inocorrência. Prazo aplicável: 10 anos (art. 205, CC). Ilegitimidade passiva. Responsabilidade objetiva das rés na qualidade

de fornecedoras (art. 12, CDC) que torna irrelevante o fato de o serviço ter sido prestado por terceiros. Pagamento indevido. Ausência de informação adequada torna inviável a cobrança dessas verbas (art. 6º, III, CDC). Revelia. Ausência de contrato social no momento da apresentação da defesa é regularidade sanável. Repetição de indébito. Inviável a condenação à restituição em dobro se não há demonstração cabal da má-fé da ré (art. 42, parágrafo único, CDC). Dano moral. A cobrança indevida representa mero aborrecimento, sem repercutir negativamente na moral dos autores. Recursos desprovidos (AC 4000051-77.2013.8.26.0004, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Carlos Alberto de Salles, j. em 02.09.2014).

“COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA  
Incorporação imobiliária Legitimidade passiva da ré verificada Comissão de corretagem Devolução do valor cobrado a tal título de rigor Negociação de imóvel na planta, restando descaracterizado o trabalho típico da corretagem, de aproximação Corretores que atuaram como verdadeiros prepostos da ré Aquisição do imóvel condicionada à contratação deste serviço que caracteriza "venda casada" Abusividade configurada Devolução dos valores de forma simples, não em dobro Ausência de comprovação de má-fé da ré na cobrança Ação procedente em parte Mantida a condenação da ré nas verbas da sucumbência Recurso provido

em parte” (AC 4002890-08.2013.8.26.0576, 1ª Câmara de Direito Privado, Relator Paulo Eduardo Razuk, j. em 02.09.2014, grifo nosso).

“COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C. OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1.- Matéria preliminar. Ilegitimidade passiva. Não acolhimento. Participação da ré na avença que estabeleceu a cobrança das verbas ora questionadas. Julgamento da demanda que alcança a requerida. Precedentes. 2.- Cobrança da verba de corretagem. Inadmissibilidade. Profissionais, na espécie, que se ocuparam da intermediação do negócio em benefício exclusivo da empreendedora. Não identificação, ainda, da natureza pessoal exigível para o estabelecimento do contrato de corretagem. Autores, na hipótese, que desconheciam as condições técnicas dos profissionais responsáveis pelos esclarecimentos prestados. Pagamento da verba, portanto, de atribuição da compromissária-vendedora. Adequada restituição dos valores. Prescrição inócurre. Incidência do prazo de 05 (cinco) anos constante do art. 206, § 5º, inc. I, do Código Civil. 3.- Atraso na obtenção do habite-se. Circunstância que importou no atraso à entrega do imóvel adquirido pelos autores. Mora configurada. Hipótese em que admissível a substituição do INCC pelo IGP-M. Índice menos oneroso ao consumidor. Precedentes. SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ART. 252 DO RITJSP. APELO IMPROVIDO”(AC 4021971-29.2013.8.26.0224, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Donegá Morandini, j. em 02.09.2014).

No tocante aos serviços de assessoria que, diga-se logo, não se confundem com os serviços de corretagem, a omissão se repete. Nota-se que no contrato não foi especificado quais seriam os referidos serviços, cuja prestação tampouco foi comprovada pela ré.

Nesta senda, patente que a cobrança da taxa de assessoria imobiliária, violou os artigos 30 e 31, bem como 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que configura “venda casada”.

**A autora também não poderia ser cobrada por despesas condominiais, antes do recebimento das chaves.** Neste sentido o entendimento desta C. 5ª Câmara de Direito Privado:

**“Ação de consignação em pagamento julgada procedente. Compra e venda de imóvel. Nulidade da sentença. Inocorrência. Aplicabilidade da Teoria da Causa Madura, prevista nos arts. 130 e 131 do CPC. Sentença de procedência devidamente fundamentada. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Inteligência do art. 252 do RITJ. Antes da regularização do empreendimento e da entrega formal das chaves, é da construtora a responsabilidade pelo pagamento de despesas condominiais. Recurso não provido.”** (Ap. 0028083-61.2011.8.26.0577, rel. Dr. Edson Luis de Queiroz, julgado em

17/10/12)

**“Apelações Cíveis. Compromisso de venda e compra. Autora insurge-se contra cobrança de taxas condominiais, correção do contrato pelo índice ICC-SP e cobrança de juros moratórios. Manutenção da R. Sentença de procedência parcial. Devida a cobrança de juros moratórios, tendo a própria autora dado causa à demora no adimplemento das prestações avençadas. Devida incidência do ICC-SP até a data da entrega prevista do imóvel, conforme expressa previsão contratual. Indevida a cobrança de taxas condominiais desde o 'habite-se', o qual foi concedido antes mesmo da instituição do condomínio. Taxas condominiais devidas a partir do recebimento das chaves. Nega-se provimento aos recursos.”** (Ap. 9146887-19.2008.8.26.0000, rel. Des. Christine Santini, julgado em 01/02/12)

Em resumo, o direito de retenção conferido à Tibério limita-se a 10% daquilo que lhe foi pago a título de sinal e parcela do preço, nada mais do que isso. Cumprindo-lhe devolver a Autora, **os 90% restantes desses recebimentos e a integralidade daquilo que lhe foi pago a título de corretagem, taxa de assessoria imobiliária e contribuição condominial.** Apurado, por cálculo do contador, o saldo da autora este deverá ser devolvido de uma só vez.

Rejeitado, finalmente, o pedido de indenização por danos morais. Não impressionando a alegação de perda de uma chance, pois a frustração do financiamento não se deu por culpa da



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

construtora/incorporadora.

Ante o exposto, pelo meu voto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, na forma e nos limites acima explicitados. Procedente em parte a ação, custas, despesas e honorários serão repartidos pelas partes.

**JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS**  
Relator