

13



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

221

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0149412-98.2006.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é apelante CONSTRUTORA INCON INDUSTRIALIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO S A sendo apelados PAULO DE TARSO ROCHA MARTINS e INES SILVA MARTINS.

ACORDAM, em 7ª 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(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUSA LIMA (Presidente sem voto), PEDRO BACCARAT E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 5 de outubro de 2011.

MIGUEL BRANDI
RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO N°: 2011/2405
APEL.N°: 0149412-98.2006.8.26.0000
COMARCA: CAMPINAS
APTE. : CONSTRUTORA INCON INDUSTRIALIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO S/A
APDO. : PAULO DE TARSO ROCHA MARTINS e INES SILVA MARTINS
(AJ)
JUIZ : ANDRE FERNANDES GONÇALVES

Rescisão de compromisso de venda e compra, cumulada com pedido de restituição de quantias pagas – Inadimplência do comprador - Circunstância que não impede a devolução das parcelas pagas, descontado o percentual relativo às despesas administrativas e pelo uso e fruição do bem, até a efetiva reintegração. Reintegração de posse condicionada a devolução de valores pagos, autorizada a retenção de 10% – Aplicação das Súmulas 1 a 3 desta Corte.

Hipoteca - Contrato firmado entre construtora e agente financeiro - Adquirentes de unidades habitacionais dele não participantes – Ineficácia da hipoteca frente aos adquirentes – Exegese da Súmula 308 do E. STJ.- Recurso provido em parte.

Ação declaratória de rescisão contratual, cumulada com condenatória de restituição de quantias pagas, indenização, retenção do imóvel adquirido até o reembolso e tutela antecipada para abstenção de inclusão do nome em cadastro de inadimplentes, movida pelos apelados em face da apelante (fls. 2/14, emendada às fls. 117/121).

Em sua inicial aduzem os compromissários compradores que após terem adquirido a unidade n° 64, com duas vagas de garagem, do empreendimento denominado Quintas do Verde, Bloco B, Torre 01, Edifício Azaléia (fls. 36/49 – em 30/06/1999), solicitaram a troca por outra unidade, de menor valor, altitude e com uma só vaga de garagem.

Atendendo a solicitação, em 09/04/2001, firmaram as partes instrumento particular de contrato de compra e venda de financiamento imobiliário, com alienação fiduciária em garantia e outros pactos (fls. 55/65).

Ante a existência de cláusulas que entendem abusivas, como v.g., a incidência da Tabela Price, e o fato da vendedora ter dado o empreendimento em hipoteca ao Banco Nossa Caixa, paralisaram os



pagamentos, e em juízo pleitearam a rescisão do contrato por inequívoca incerteza de que o imóvel seria entregue.

Após deferir liminar para que a ré se abstinhasse de incluir o nome dos autores no cadastro de inadimplentes (fls. 122/123), a sentença de fls. 258/260 julgou procedente em parte a ação, para declarar rescindido o contrato com o retorno das partes ao estado anterior, desconstituir os atos conexos ao pacto, manter a ordem de abstenção de inclusão do nome do autor em órgãos de restrição e, por fim condenar a requerida ao pagamento de R\$ 41.798,53 a título de danos materiais, acrescidos de juros de mora da taxa Selic desde a citação e correção monetária desde a data do desembolso, rejeitando o pedido de retenção do imóvel. Por consequência, condenou a ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, que arbitrou em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a construtora vencida (fls. 262/275), pugnando pela reforma do julgado. Preliminarmente sustenta o decreto de carência da ação, ante a inadimplência confessada dos apelados, que caracteriza falta de interesse de agir, e nulidade do mandado de citação, ante a ausência do despacho nele mencionado e da emenda da inicial. No mérito alega: i) exceção do contrato não cumprido, por terem sido os apelados que deram causa a rescisão contratual; ii) legitimidade de cobrança da correção monetária (IGPM) e dos juros de 1% ao mês pelo sistema "price" conforme pactuados; iii) que nunca se negaram a rescindir o contrato, bem como a negociar as prestações e saldo devedor com os apelados; iv) ausência das desvantagens alegadas nos itens "6 a 9" da inicial, que tem por finalidade mascarar a inadimplência que já dura mais de 4 (quatro) anos e, ainda, inexistência de vício ou vantagem excessiva, não havendo que se falar em teoria da imprevisão ou violação ao Código do Consumidor. Observa que os apelados fizeram um aditamento contratual em 26/09/03, visando um



refinanciamento dos valores inadimplidos, provavelmente, porque consideravam o compromisso da unidade 23 vantajoso. Quanto aos valores pagos a título de comissão, alega que não deve responder por atos da empresa Todeschini, visto que a comercialização do imóvel é feita por uma junção de empresas que não guardam relação entre si. (fls. 70/71). Frisa que sofreu prejuízos de ordem material, uma vez que teve gastos com a nova venda do bem, despesas administrativas, impostos, IPTU do imóvel e encargos de condomínio, ante a recusa dos apelados no recebimento da unidade.

Recurso preparado (fls. 277/278), recebido (fls. 279) e contrarrazoado (fls. 283/285).

É o relatório.

Recebi este processo, em redistribuição de acervo da Meta 2 do CNJ, nos termos da Resolução 542/2011 deste Tribunal. Conclusos a mim, novo Relator, em 19/08/2011 (fls.289).

Recebi este processo, em redistribuição de acervo da Meta 2 do CNJ, nos termos da Resolução 542/2011 deste Tribunal. Conclusos a mim, novo Relator, em 19/08/2011 (fls.289).

Com relação à carência da ação, não se vislumbra a falta de interesse de agir em virtude do inadimplemento verificado. Aliás, como se vê, foi sustentado pelos apelados que o pedido de rescisão está fundamentado no abuso e violação de cláusulas contratuais.

Por outro lado, ante o caráter instrumental e autônomo da ação, absolutamente adequada a postulação feita pelos apelados, uma vez que estes necessitavam do provimento judicial para a efetivação da tutela pretendida.

Nesse sentido explica Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, Editora Forense, 41a Edição, Volume I, pág. 55/56):



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"A segunda condição da ação é o interesse de agir, que também não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual 'se a parte sofre prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais'(...). O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material traduzido à solução judicial"

Quanto à alegação de nulidade do mandado de citação, sem razão a apelante.

Com efeito, citada (fls. 124/125), compareceu a apelante aos autos, consoante comprova a petição de fls. 126, em 14/12/2004 pugnando pela juntada do instrumento de procuração e contrato social.

Assim, era nesta oportunidade que deveria ter argüido toda e qualquer irregularidade que entendia haver na citação, para sobrevir a preclusão.

Como se vê, diante da inércia da apelante de se manifestar no momento oportuno, não há que se falar em nulidade da citação, agora.

Rejeito, por esses motivos, as preliminares argüidas.

Antes de adentrar propriamente a questão da rescisão contratual, necessário fazer algumas ponderações a respeito de temas que foram tratados nos autos.

Observo, primeiramente, que é despicienda a discussão referente à apelante não guardar relação com a sociedade empresária



Todeschini, uma vez que eventuais valores a serem devolvidos aos apelados são apenas os referentes ao segundo contrato, ou seja, os que foram efetivamente recebidos pela apelante.

Isso porque ao ser resolvido o primeiro contrato, referente à unidade 64 do Edifício Quintas do Verde, os apelados receberam os valores por eles desembolsados até aquela data (R\$ 14.710,00), os quais efetivamente tinham sido entregues à apelante (distrato de fls. 53/54), para, finalmente, empregá-los na unidade nº 23 (em razão da troca solicitada).

Dessa forma, a devolução deve se dar apenas sobre os valores efetivamente recebidos pela ré apelante, e não sobre os valores que foram pagos à Todeschini (fls. 70/71), tudo como pleitearam os apelados em sua inicial.

A prestação dos serviços de corretagem se aperfeiçoa com a conclusão da transação imobiliária, sendo irrelevante posterior distrato, uma vez que a efetivação dos serviços de corretagem já se tinha dado antes do desfazimento do contrato.

Esse o comando do art. 725, do atual Código Civil, que dispõe que a remuneração é devida ao corretor desde que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ainda que o negócio não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

Confira nesse sentido a jurisprudência:

"Comissão e arrependimento das partes. O corretor tem direito à remuneração se aproximou as partes e elas acordaram no negócio, mesmo que, posteriormente, se modifiquem as condições ou o negócio venha a ser rescindido ou desfeito, inclusive por arrependimento de qualquer dos contratantes (*RT*, 288:199, 261:265 e 280, 590:101, 680:202, 263:508, 203:494, 465:180, 712:220; *Ciência Jurídica*, 70:122 e 353, 69:107, *RSTJ*, 51:191, 90:109; *EJSTJ*, 12:68; *RJTJSP*, 131:99, 127:41).



“Compromisso de compra e venda - Rescisão - Atraso na entrega do apartamento evidenciada - Inadimplemento da construtora caracterizado - Rescisão contratual mantida - Devolução única e integral das parcelas pagas - **Despesas com corretagem não suscetíveis de devolução - Inteligência do art. 725 do CC** - Redução de honorários advocatícios determinada - Recurso parcialmente provido”. (TJSP - Apelação Cível com Revisão n. 172.577-4/8-00 - Ribeirão Preto - 5ª Câmara de Direito Privado - rel. Des. A. C. Mathias Coltro - 15.02.06 - V.U) (grifei).

No que se refere ao gravame hipotecário incidente sobre o empreendimento, nenhuma irregularidade existe na conduta da apelante.

Se os apelados não anuíram com o ônus, não são serão atingidos pela constituição da hipoteca, o que implica em afirmar que poderiam, acaso o contrato estivesse integralmente adimplido, exigir a outorga da escritura do imóvel, livre de quaisquer ônus.

O titular do direito emanado do compromisso de venda e compra faz jus à escritura definitiva do imóvel se pagou ao alienante a totalidade do preço do imóvel e não se obrigou à hipoteca por este contratada e que venha pesar sobre o imóvel adquirido.

A hipoteca, nessa circunstância, é ônus assumido pelo vendedor no seu exclusivo interesse de custear a edificação, não podendo ele transferir para o adquirente a obrigação resultante do financiamento. Sendo, a hipoteca ineficaz relativamente ao adquirente.

Não é outra a orientação da Corte Superior, que editou a Súmula 308, *in verbis*:

"A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".



Nesse sentido bem ilustra o seguinte aresto:

"RECURSOS ESPECIAIS. FINANCIAMENTO PARA CONSTRUÇÃO. SFH. HIPOTECA. TERCEIROS ADQUIRIENTES DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS. CANCELAMENTO DA GARANTIA. PRECEDENTE DO STJ. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel" (verbete n. 308/STJ). Ineficaz a hipoteca perante os terceiros adquirentes, não há possibilidade de o banco credor exercer o seu direito sobre ela, dando-se, via de consequência, o perecimento da citada garantia, nos termos dos art. 77 e 78 do Código Civil de 1916, possibilitando o seu cancelamento." (cf. REsp 576150/SP, Relator Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, 4a Turma, j. 28/06/2005, DJ 10.10.2005, p. 374).

Desnecessária, por outro lado, qualquer inserção sobre os temas da legitimidade ou não de incidência da Tabela Price, ou cláusulas onerosas, porque o pedido é de rescisão contratual e não de revisão de cláusulas, bem assim, não há recurso dos autores apelados.

Com as ponderações feitas, passo ao cerne da questão.

A jurisprudência tem reiteradamente decidido que, 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 fornecedor a título de cláusula penal, nos termos da Súmula nº 1, editada por este Egrégio Tribunal de Justiça, a qual dispõe que: "*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*".



Assim, é cristalino o direito de o comprador obter a devolução do que despendeu, observando-se, no entanto, a prerrogativa do alienante de reter parte desse numerário para ressarcimento das despesas administrativas.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *“Reconhecido que o promitente-comprador tem direito à devolução do que foi pago, posto que negado o pleito do autor, no sentido da perda das importâncias correspondentes, as partes deverão de ser repostas no estado anterior. Possibilidade de determinar-se a devolução, sem necessidade de reconvenção”* (STJ - REsp. nº 50.608-5 - SP (94.0019497-8) - 3ª T - Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO - DJU 20.11.95).

Na mesma direção o entendimento desta Corte, pacificado na Súmula nº 3:

“Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção”.

Como se vê, o consumidor, ainda que inadimplente, não pode ser penalizado com a perda total das prestações pagas ou com grande parte delas, sob pena de enriquecimento ilícito do vendedor, aplicando-se na hipótese o art. 53 do CDC que estabelece:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a devolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Na análise do caso, considerando o período que os vendedores ficaram privados do bem (abril de 2001 - data em que as chaves



foram entregues aos compradores [fls. 113], até a presente data), entendo que a “taxa” de 10%, a título de retenção sobre o valor das parcelas pagas, é suficiente para fazer frente às despesas administrativas da construtora apelante, e não se configura excessiva a ponto de caracterizar como onerosa aos compradores.

Este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

“CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PROPORCIONALIDADE. CC ART. 924.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está hoje pacificada no sentido de que, em caso de extinção de contrato de Promessa de compra e venda, inclusive por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização da promitente vendedora com as despesas decorrentes do próprio negócio, tendo sido estipulado, para a maioria dos casos, o quantitativo de 10% (dez por cento) das prestações pagas como sendo o percentual adequado para esse fim.

II - É tranqüilo, também, o entendimento no sentido de que, se o contrato estipula quantia maior, cabe ao juiz, no uso do permissivo do art. 924 do Código Civil, fazer a necessária adequação. Agravo regimental a que se nega provimento.”(STJ, Agra no REsp 244.625-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, j.09.10.01). (Grifos não constam do original).

Não se pode olvidar, entretanto, que do percentual a ser devolvido pela construtora (90%), deve ser descontada quantia a título de fruição e uso do bem, porque inafastável a imposição de indenização a título de alugueres pela fruição do imóvel ocupado pelos autores, sem a



correspondente contraprestação, já que determinada a devolução dos valores pagos.

De rigor que se inclua, portanto, na condenação, a indenização do valor locatício mensal daquele bem, de 0,5% (meio por cento) do seu valor de mercado, a contar do período de inadimplência (novembro de 2003 – fls. 152), até a efetiva reintegração de posse.

Nesse sentido o precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

“Na hipótese de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, em que o promissário-comprador continua a nesse residir após incorrer em mora das parcelas a lhe serem devolvidas, deve ser deduzido em favor do promitente-vendedor valor correspondente à locação do imóvel **durante o período entre a mora e a sua reintegração na posse do bem**, a ser determinada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.” (REsp nº 400.336-SP, 3ª T., DJU de 14/10/02). (grifei)

Sobre esse valor incidirá, na data de aniversário, correção pela variação do IGPM no ano imediatamente anterior.

Apurando-se na fase de liquidação a existência de eventuais débitos de IPTU, condomínio e contas de consumo, os valores poderão ser retidos pela construtora, para cumprimento dessas obrigações.

Isso porque, de acordo com a jurisprudência, as despesas relativas ao imóvel são de responsabilidade do comprador enquanto estiver na posse. Confira-se:

“Contrato de Promessa de compra e venda -Rescisão - Subsistência da responsabilidade do promitente-comprador até a data da devolução do apartamento - Recurso provido. 1 - A teor da jurisprudência desta Corte, o promissário comprador, imitado na



posse do bem, responde pelo pagamento das quotas condominiais relacionadas a período de sua imissão, somente sendo transferida a responsabilidade para o proprietário, após a reintegração deste na posse da unidade condominial.” (REsp 813161/São Paulo, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, DJ 08.05.2006 p. 235).

Assim, se houver débito de imposto predial, luz, água e gás, condomínio, pode a apelante descontar do valor que eventualmente deverá restituir aos apelados para retomar a posse do imóvel, comprovando todos os valores.

Descontando o percentual de 10% sobre os valores que foram recebidos pela construtora abatidos os valores a título de fruição e uso do bem, bem assim os eventuais débitos oriundos de impostos, condomínios ou contas de consumo que recaiam sobre o imóvel, o restante deverá ser devolvido devidamente corrigido, de acordo com o disposto na Súmula nº 2¹ da Seção de Direito Privado deste Tribunal.

Com essas considerações, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso para:

a) admitir o direito de retenção dos valores pagos pelos apelados no percentual de 10% (dez por cento), devendo a construtora devolver a eles a importância de 90% das parcelas pagas, devidamente corrigidas, a partir de cada desembolso, pelos índices da Tabela Prática desta Corte, acrescidas de juros de 1% a partir da citação até o efetivo pagamento, deduzidos os valores relativos ao “aluguel”, no percentual de 0,5% do valor de mercado do bem, a contar do inadimplemento (novembro de 2003), até o

¹ SÚMULA 2 - A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.



momento em que os apelados exercerem posse, corrigidos na data de aniversário pela variação do IGPM do ano imediatamente anterior; a partir desses valores, aplicar-se-á correção monetária pelos índices da Tabela Prática do TJSP e juros de 1% a contar da citação;

b) autorizar que do percentual de 90% a ser restituído pela apelante, além das despesas a título de aluguel, sejam deduzidas eventuais despesas comprovadas de água, luz, gás, imposto predial e condomínio em atraso, tudo a ser apurado em regular fase de liquidação;

c) determinar que havendo crédito em favor dos apelados estes deverão ser restituídos na forma da Súmula 02 desta Corte, subordinando a reintegração de posse do imóvel objeto do litígio à restituição de eventual crédito.

Tudo a ser apurado em fase de liquidação. Vencidos e reciprocamente vencedores arcarão os litigantes proporcionalmente com as custas e despesas processuais, ficando cada parte responsável pelos honorários de seus patronos.

É como voto.



MIGUEL BRANDI
Relator