



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000783002

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039619-52.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GAFISA S/A, são apelados MARCONDIO MARQUES DE FREITAS e ANA MARIA DA SILVA MARQUES DE FREITAS.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NEVES AMORIM (Presidente), JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS E ALVARO PASSOS.

São Paulo, 25 de outubro de 2016.

NEVES AMORIM
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 1039619-52.2016.8.26.0100

Apelante: Gafisa S/A

Apelados: Marcondio Marques de Freitas e Ana Maria da Silva Marques de Freitas

Comarca: São Paulo

Voto nº 24441

EMENTA:

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO ATUALIZADO – DEVIDA – POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE DESPESAS – RECONHECIDA – VALOR EQUIVALENTE A 10% DO VALOR PAGO – RAZOÁVEL, SEGUNDO AS PECULIARIDADES DO CASO – DEVOLUÇÃO DO VALOR, QUE DEVE SER FEITO DE UMA SÓ VEZ AOS AUTORES, OBSERVADA A SÚMULA Nº 2 DESTE TRIBUNAL – SENTENÇA MANTIDA.
RECURSO IMPROVIDO.**

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para declarar rescindido o contrato, a nulidade da cláusula 5.4, bem como para condenar a requerida à devolução de 90% dos valores pagos pelos autores (fls. 120/123).

Insurge-se a parte requerida, alegando a validade da cláusula 5.4 do contrato. Destaca a ciência dos autores acerca dos termos contratuais. Sustenta a necessidade de retenção para compensar o prejuízo decorrente da rescisão. Afirma que o negócio foi celebrado quando o mercado imobiliário se encontrava aquecido. Ressalta ter adimplido suas obrigações. Aponta o percentual de 30% do montante pago como parâmetro mínimo de retenção. Pleiteia a improcedência da demanda.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Recurso já processado na vigência do NCPC.

Contrarrazões às fls. 145/152.

É o relatório.

O presente recurso cinge-se à possibilidade de retenção dos valores pagos pelos compradores de imóvel construído pela apelante, quando da rescisão contratual. No caso, é imprescindível analisar a responsabilidade pela rescisão contratual.

Os autores fundamentam sua desistência do negócio em dificuldades financeiras, bem como no receio de ficarem inadimplentes.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento por meio do enunciado nº 543. Vejamos:

“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”.

Considerando que o desejo de rescindir o contrato partiu dos compradores, sem qualquer culpa atribuída aos vendedores, é de se admitir a possibilidade de retenção de parte do valor pago.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em primeiro grau, foi reconhecida, corretamente, a nulidade da cláusula contratual 5.4, a qual prevê a retenção de 40% com aplicação de multa (fls. 31/32). Estabelecer mais uma penalidade configura *bis in idem*, não tolerado pelo ordenamento jurídico.

No tocante à base de cálculo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se determinar percentual entre 10 e 25% sobre **a quantia paga** e não sobre o valor total do contrato. Confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE HIPOTECA DADA PELA CONSTRUTORA. SÚMULA Nº 308 DO STJ. DISTRATO. RETENÇÃO ENTRE 10% E 25% DAS PRESTAÇÕES PAGAS. SÚMULA Nº 83 DO STJ. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As construtoras não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para não conhecer do recurso especial. 2. 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 (Súmula nº 308 do STJ). 3. Nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, **esta Corte tem admitido a retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga**. Precedentes (...)”¹.

Para o caso, considerando que o imóvel já está construído, com maior facilidade de revenda, e que os autores assumiram o risco da construção, revela-se razoável a fixação do valor a ser retido em 10% do valor pago atualizado, considerando o percentual previsto no próprio contrato para as perdas financeiras (fl. 31).

¹ STJ, AgRg no REsp nº 1.500.099-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 10.05.2016



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Ressalte-se que a devolução do restante deverá se dar em parcela única e de forma imediata, independentemente de reconvenção, nos termos das Súmulas nº 2² e 3³ deste Tribunal.

Isto posto, a sentença de primeiro grau revela-se justa e adequada. Qualquer acréscimo aos seus fundamentos consistiria em desnecessária redundância.

Por fim, considerando o processamento deste recurso já na vigência do NCPC, impera fixar honorários advocatícios no âmbito recursal, conforme estabelece o artigo 85, § 11º, do NCPC.

Destarte, observados os parâmetros fixados pelo § 2º do mencionado artigo, majoro os honorários sucumbenciais para 15% do valor atualizado da restituição.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

NEVES AMORIM
Desembargador Relator

²“**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”.

³“**Súmula 3:** Reconhecido que o promissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção”.