RECURSO ESPECIAL Nº 187.963 - SP (1998/0066245-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR**
RECORRENTE	:	M.C. ENGENHARIA E CONSTRUCÕES LTDA
ADVOGADO	:	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ARRUDA
RECORRENTE	:	ANTÔNIO GARCIA - ESPÓLIO
ADVOGADO	:	MYLTON MESQUITA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	OS MESMOS

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ARRAS. DESISTÊNCIA. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RECONVENÇÃO DA CONSTRUTORA PARA RETENÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR OCUPAÇÃO E ESTRAGOS NO IMÓVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DE AMBOS OS FEITOS. RESTITUIÇÃO DE 50% DO SINAL FIXADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO PECULIAR DOS AUTOS. RAZOABILIDADE. MATÉRIA DE FATO E INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. VERBA HONORÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA JÁ CONSIDERADA MEDIANTE CONCESSÃO DE PERCENTUAL MENOR.

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 (EREsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002).

II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua totalidade.

III. Situação peculiar, corretamente decidida pelo Tribunal estadual, em que além de não identificada responsabilidade da construtora, o comprador teve a posse precária do imóvel e nele empreendeu reforma parcial, alterando as características originais, a justificar a retenção de metade dos valores pagos a título de ocupação e ressarcimento pelos prejuízos administrativos e físicos causados à ré.

IV. Verba honorária estabelecida em percentual menor de condenação que o usualmente fixado pela Câmara Cível, já considerando, segundo o acórdão estadual, a reciprocidade sucumbencial, procedimento que não está a merecer reparo.

V. Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília (DF), 19 de março de 2009 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 187.963 - SP (1998/0066245-6)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Adoto o relatório de fls. 295/296, **verbis**:

> *"Antonio Garcia - falecido no curso do processo - firmou com M.C. Engenharia e Construtora Ltda., em agosto/93, um recibo de sinal e princípio de pagamento (fls. 11), pagando por conta de um futuro contrato de compra e venda do apartamento 132 do Edifício Terrazza Del Sole, U$ 40.000,00 (quarenta mil dólares americanos). Forma do pagamento:CASH.*
>
> *Não foram empregadas no documento as palavras 'arras' e 'arrependimento' e, seis meses depois, Antonio ingressou com ação de rescisão de contrato, com perdas e danos, informando que celebrou o compromisso com a falsa ilusão alimentada pela ré, de que obteria o financiamento do saldo (o preço da unidade foi calculado em U$ 395.000,00), o que inocorreu pela insuficiência da renda exigida pelo Bradesco. Pediu a devolução em dobro do que foi pago, no caso de ser reconhecida a culpa da ré ou de forma singela pela incidência do art. 49 da Lei 8078/90.*
>
> *A ré negou ter contribuído para a conduta pré-contratual do finado, que agiu consciente com os riscos do empreendimento. E pediu, em reconvenção, além do perdimento das arras, indenização pelos prejuízos cometidos com a reforma inacabada do apartamento pelo autor.*
>
> *A r. sentença julgou a ação procedente e mandou devolver o sinal em sua totalidade, aplicando o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. E acolheu a reconvenção para condenar o réu a pagar as despesas com a reforma do apartamento.*
>
> *Somente a M.C. sentiu-se inconformada e recorreu, forte no argumento de ser indevida a devolução - por não ter dado causa a rescisão - e inclusive porque a ordem de devolução total implica na responsabilização da vendedora pelo pagamento da verba da corretagem, integrada no sinal e repassada para a intermediária.*
>
> *O Espólio quer preservar o julgado.*

Preparo satisfativo."

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento à apelação da construtora-ré, em acórdão assim ementado (fl. 303):

> *"Se aquele que deu arras confirmatórias rompe o contrato e permite a rescisão como única providência jurídica para o regime da incorporação imobiliária, perde-as (arts. 1096 e 1097 do Código Civil) - Inaplicabilidade do art. 53 da Lei 8078/90 - Recurso provido, em parte, para autorizar a retenção, pela metade, do sinal."*

Opostos embargos declaratórios (fls. 316/317), foram os mesmos rejeitados (fls. 334/335).

Inconformada, a ré, M.C. Engenharia e Construtora Ltda., interpõe, pelas letras "a" e "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial de fls. **319/330**, alegando, em síntese, que foi reconhecido que a culpa pela não-concretização do negócio foi exclusivamente do autor; que a retenção de apenas metade das arras não é suficiente à cobertura das despesas empresariais; que o aresto violou os arts. 924, 1.095 e 1.097 do Código Civil anterior, inclusive porque tal montante corresponderá mais do que recebeu do comprador cujo arrependimento foi imotivado.

Também irresignado, Antônio Garcia – Espólio, autor da ação, interpõe recurso especial (fls. **339/347**), sustentando que as arras, na verdade, não tinham esse sentido, eram, sim, parte do preço, de modo que inaplicável o art. 1.097 do Código Civil e violado o art. 53 do CDC, na medida em que a restituição deveria ocorrer por inteiro. Acrescenta que também foi ofendido o art. 21 do CPC, pois a sucumbência foi parcial e deveria haver a compensação da verba honorária recíproca.

Contra-razões às fls. 351/358 e 360/362, refutando as alegações da parte adversa e pugnando pela confirmação do **decisum** no que favorável a cada uma.

Ambos os recursos especiais foram admitidos na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 364/366.

O processo foi sucessivamente distribuído, no STJ, ao eminente Ministro Bueno de Souza e a este relator.

Aberta vista ao douto Ministério Público Federal em 19.12.2005, o parecer da lavra do Dr. Henrique Fagundes Filho opina pelo provimento tão-somente do inconformismo da ré-reconvinte (fls. 374/382).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 187.963 - SP (1998/0066245-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação movida por adquirente de unidade imobiliária em construção objetivando a rescisão de contrato de promessa de compra e venda e perdas e danos relativamente a imóvel situado no Ed. Terraza Del Sole, da rua Itaverava n. 386, Guarulhos, São Paulo. Houve reconvenção da construtora, buscando a perda das arras pelo autor, perdas e danos pelas obras inacabadas que realizou no imóvel e ressarcimento por prejuízos financeiros.

A sentença julgou procedente a ação para rescindir o contrato, condenando a ré a devolver tudo o que recebeu do comprador, atualizado monetariamente e acrescido de juros moratórios, e parcialmente procedente a reconvenção para que o reconvindo-autor pague à reconvinte a soma de R$ 1.040,25, também atualizada, mais dois meses de aluguel, a serem apurados em liquidação de sentença (fls. 255/257).

Houve apelação da construtora-ré e o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso, para autorizar a retenção de metade das arras, em acórdão conduzido pelo voto do eminente Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, do seguinte teor (fls. 305/313):

> *"No capítulo 'rescisão' do ajuste, a r. sentença é de ser preservada, uma providência indispensável para a efetividade da incorporação imobiliária. O reparo fica por conta da destinação do princípio de pagamento realizado, por ser incabível a restituição ordenada.*
>
> *As regras da Lei 8078/90 não incidem para solução do aspecto financeiro da pendência posta em julgamento, por uma simples e irrecusável razão: inexistiu abusividade a sugerir controle judicial em favor do compromissário comprador, mesmo que qualificado, para esse fim, como consumidor.*
>
> *Cláusulas iníquas ou abusivas seriam aquelas com o dom de amarras o consumidor em completo estado de desvantagem contratual,*

excluindo do contrato a função de equilíbrio dos interesses negociados. O Código de Defesa do Consumidor trouxe, como parâmetro para o nosso sistema, não só os princípios da boa-fé e eqüidade, como os básicos dos romanos ***honeste vivere***, ***alterum nom laedere*** *e* ***suo cuique tríbuere*** *(WALDIRIO BULGARELLI, 'Questões Contratuais no Código de Defesa do Consumidor', ed. Atlas, 1993, pág. 59).*

Aqui, pelo que se viu, o finado, um médico sexagenário no auge da capacidade física e mental - a doença que o acometeu eclodiu posteriormente - lavrou a proposta de compra depois de uma longa refletida meditação sobre a potencialidade econômica da transação.

Agiu ele consciente de sua capacidade financeira, como ocorre normalmente com um homem de negócios, justo porque trabalhou não só com a expectativa de financiamento, como pela entrega de bens imóveis que serviriam para amortizar a dívida.

Ninguém pela ré o influenciou para que fosse subscrita a proposta de reserva e a entrega do numerário que serviu para confirmar o pré-contrato projetado. E mais: a prova não garante a acusação de que a ré teria manipulado a liberdade de consentir do ***de cujus*** *mediante a mentira da facilidade do financiamento bancário.*

Aliás, neste particular, é mais convincente a tese de que teria o finado acesso ao limite de crédito necessário, até porque outros compradores, no mesmo prédio, obtiveram-no. Imperioso registrar que sequer indícios concorrem sustentando práticas discriminatórias do banco citado como agente financeiro, com este ou aquele candidato, pelo que absolutamente improvável o fato de ter a ré cooperado para o fracasso do empreendimento idealizado pelo morto.

Resulta que o art. 53 da Lei 8078/90, jamais poderia legalizar a devolução de arras para aquele que, arrependido das tratativas preliminares que iniciou, deu causa à rescisão do contrato. Precedentes desse teor agravam o risco das incorporadoras, que não estão obrigadas a conviver com propostas inseguras.

O resultado, ***data venia***, *não é de proteção e de defesa do consumidor e sim de imunidade total. É 'evidente', afirmou o eminente Magistrado JAMES EDUARDO C. M. OLIVEIRA ('O Direito de Arrependimento do Consumidor nas Promessas de Compra e Venda de Imóveis', 'RT' 735/113) 'que o consumidor não estará imune aos ônus da iniciativa de resolver o contrato pelo ato unilateral em pauta. Deve, logicamente, arcar com o pagamento das perdas e danos causados ao vendedor, seja perdendo as arras dadas, seja submetendo-se a uma cláusula penal, seja pagamento os prejuízos efetivamente apurados em sede cognitiva'.*

No caso de rescisão por inadimplemento do compromissário-comprador, este Tribunal já tomou firme posição

assegurando a retenção do sinal ou arras pago, nos termos do artigo 1097 do Código Civil ('JTJ' 166/48, Des. MARREY NETO).

Como o contrato não deferiu o arrependimento, porque silente neste aspecto, 'as arras são tidas como ***ín signum consensus interpositi data****' (SILVIO RODRIGUES, 'Das Arras', São Paulo, 1955, pág. 89). As confirmatórias seguem o mesmo caminho do art. 1097 do Código Civil: 'Si o que deu arrhas, der causa a impossibilitar-se a venda e compra, ou prestações de outra parte, ou ainda der causa à rescisão do compromisso, perderá as arrhas em benefício da outra parte' (ASSIS MOURA, 'Escripturas de Compromisso de Venda e Compra de Inmóveis', Livraria Acadêmica, 1930, pág. 57).*

As arras do acordo das partes funcionou como começo de pagamento (art. 1096 do Código Civil), de sorte que, descobrindo-se que a 'impossibilitação' do contrato se deu por culpa de quem as deu, 'perde-as êle', na melhor interpretação do art. 1097 do Código Civil (PONTES DE MIRANDA, 'Tratado de Direito Predial', ed. José Konfino, 1948, 111/274/275).

Não teria sentido mandar restitui-las ao Espólio, porque o objetivo das arras como princípio de pagamento foi o de confirmar o negócio e garantir as partes contra danos derivados da impossibilidade de conclusão. A vendedora quando compromete uma unidade sabe muito bem que está bloqueando uma receita do empreendimento e, por isso mesmo, somente reserva apartamentos com segurança contra riscos da inutilidade.

O fato é que a desistência por parte do falecido impediu, durante meses ou anos, a revenda efetiva do apartamento, um vácuo desastroso ao cronograma de obras, que depende de afluxo de capital proveniente da comercialização das unidades para a entrega do prédio pronto.

Preservar a r. sentença, neste parte, seria premiar aquele que infringiu o dever de concluir o contrato, o que é inadmissível.

O resultado da r. sentença é incompatível com as regras da moralidade contratual, quando entre em exame o lado possessório do conflito, uma vez que o falecido, após imitir-se na posse, resolveu realizar reformas internas no apartamento e, tal como fez com o contrato que prometeu concluir, preferiu o abandono, agravando o desconforto da desídia contratual.

Durante os debates a Turma Julgadora idealizou uma providência eqüânime e que resultou em consenso: distribuir igualmente, no que tange as arras, as conseqüências da inconclusão do pré-contrato.

Admite-se uma solução do tipo, em face da intensa aplicabilidade do art. 924 do Código Civil e que legaliza redução

proporcional da cláusula penal. Embora ser servir o sinal para compensação de danos, forçoso admitir que diante do valor expressivo das arras, torna-se prudente reduzir pela metade o perdimento, sob pena de abuso de direito.

E pesa ainda mais na solução participativa, o fato de que o Espólio terá que suportar, além da perda da metade das arras, a indenização por perdas e danos, uma acumulação combatida por SILVIO RODRIGUES ('Das Arras', ed. Revista dos Tribunais, 1955, pág. 98).

Para não agravar a relação econômica de fim do contrato, o equilíbrio resulta da divisão das arras, uma providência que elimina impactos traumáticos para o Espólio.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para, na forma do art. 1097, do Código Civil, autorizar a retenção de metade do valor das arras pela ré, condenando o Espólio, além da verba honorária fixada pelo acolhimento da reconvenção, a pagar a totalidade das custas e honorários pelo sucumbimento (parcial) da ação principal, que fixo em 10% do valor dado à causa, com atualização monetária a partir do ajuizamento."

No recurso especial de fls. **319/330**, a ré pugna pela elevação da retenção para ressarcimento dos gastos e prejuízos que teve.

Já o autor, no especial de fls. **339/347**, postula a restituição integral e a compensação da verba honorária.

Tenho que nenhum reparo merece o aresto objurgado.

É certo que, de um lado, restou assinalado que não houve responsabilidade alguma da ré pela rescisão, nem, tampouco, que as cláusulas contratuais eram abusivas e nulas.

De outro lado, a orientação jurisprudencial mais recente em casos que tais, indica um percentual de redução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a totalidade paga, salvo excepcionalidades (cf. EREsp n. 59.870/SP, 2ª Seção, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002; RESp n. 196.311/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJU de

19.08.2002; REsp n. 188.951/DF, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 06.10.2003, dentre outros).

Ocorre, que, aqui, há a particularidade de que foi dada posse precária ao comprador estimada no período de 60 dias, que iniciou, inclusive, obras de adaptação do imóvel ao seu gosto, quebrando paredes para integração de ambiente (cf. sentença à fl. 256).

Em tais circunstâncias, estou em que a retenção não de 25%, mas de 50% das arras dadas, como estabelecido no aresto objurgado, guarda adequada compatibilidade com a situação narrada nos autos, que não tem como ser revista sob a ótica fática e contratual pelo STJ, ao teor das Súmulas n. 5 e 7.

Quanto à sucumbência, também rejeito o recurso do autor no particular, pois bem explicado no julgamento dos aclaratórios que a verba de 10% a favor da ré já considerou a sucumbência recíproca, por fixado percentual inferior a 20%, *"como costumeiramente ocorre"* no âmbito da Câmara Cível julgadora (cf. fl. 335).

Ante o exposto, não conheço dos recursos especiais.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 1998/0066245-6 **REsp 187963 / SP**

Números Origem: 12494 62614 626198

PAUTA: 19/03/2009 JULGADO: 19/03/2009

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

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. DURVAL TADEU GUIMARÃES

Secretária
Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	M.C. ENGENHARIA E CONSTRUCÕES LTDA
ADVOGADO	:	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA ARRUDA
RECORRENTE	:	ANTÔNIO GARCIA - ESPÓLIO
ADVOGADO	:	MYLTON MESQUITA E OUTRO(S)
RECORRIDO	:	OS MESMOS

ASSUNTO: Civil - Contrato - Compra e Venda

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, não conheceu dos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região).

Brasília, 19 de março de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária