

Imóvel - Compra e venda - Prestações - Inadimplência - Rescisão - Construtora - Retenção de valores pagos - Percentual de 20% - Possibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Arras - Arts. 1.094 e 1.097 do Código Civil de 1916 - Retenção - Legalidade - Taxa de fruição - Indenização compensatória - Equilíbrio contratual - Inteligência dos arts. 884 a 886 do NCCB

Ementa: Rescisão contratual. Compra e venda. Imóvel. Retenção. 20%. Arras. Fruição.

- Em caso de rescisão do contrato, por culpa do promitente comprador, garante-se ao promitente vendedor o direito de reter 20% dos valores pagos.

- Se aquele que deu as arras é o responsável pelo insucesso do contrato, deve ele suportar a sua perda em benefício do outro contratante.

- Usufruindo os compradores do imóvel durante longo período de tempo, cabível é a retenção pelo vendedor

de quantia referente à fruição, devida desde a data da sua entrega àqueles até a sua efetiva devolução, retornando-se ao *status quo ante*.

- A aplicação da taxa de fruição enseja o equilíbrio contratual, sob pena de ferir o princípio universal de direito que veda o enriquecimento imotivado, critério este acolhido no direito pátrio, hoje explicitado nos arts. 884 a 886 do NCCB, e no direito comparado, que já se encontrava formulado no Direito Romano, segundo o qual *jure naturae aequum est, neminem cum alteris detrimento et injuria, fieri locupletiores* (é justo, por direito natural, que ninguém se torne mais rico em detrimento e prejuízo de outro - Dig., Liv. 50, Tit. 17, par. 207 - cf. PACHECO, José da Silva. Do enriquecimento sem causa perante o novo Código Civil, ADV - *Advocacia Dinâmica*, Boletim Semanal n° 132, p. 468).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.268383-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: M.S.E. Ltda. - Apelados: M.C.O. e seu marido - Relator: DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Osmando Almeida, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de abril de 2011. - José Antônio Braga - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA - Cuida-se de recurso de apelação interposto por M.S.E. Ltda., nos autos da ação de rescisão contratual c/c repetição do indébito, movida por M.C.O. e R.S.O., perante o Juízo da 19ª Vara Cível da Capital, tendo em vista o inconformismo com a sentença proferida, às f. 519/523, que:

1. rejeitou preliminares de conexão e suspensão por prejudicialidade externa;

2. julgou parcialmente procedente a pretensão autoral para:

2.1 condenar a ré a devolver, de uma única vez, as prestações efetivamente pagas, corrigidas desde o desembolso, com dedução do percentual de 20% e apuração do *quantum* devido em sede de liquidação de sentença;

2.2 condenar, também, a parte requerida a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% do valor a ser restituído.

Embargos de declaração opostos, às f. 529/534, rejeitados, à f. 536.

Em suas razões recursais, às f. 539/554, sustenta a parte apelante o direito à retenção da importância paga a título de sinal ou arras.

Alega, para tanto, que a rescisão do contrato ocorreu por culpa exclusiva dos recorridos, que não tiveram condições financeiras para adimplir a dívida assumida.

Defende, ainda, a necessidade de aumento do percentual de retenção, ao argumento de que a jurisprudência pátria tem entendido que ele deve ser fixado em 25% "sobre as parcelas efetivamente adimplidas, sem se considerar a fruição pelo uso e gozo do bem imóvel".

Assevera que essa espécie de retenção tem por finalidade recompensar os gastos despendidos com a comercialização do imóvel, em especial propaganda, impostos, despesas administrativas, corretagem, taxas, custas e emolumentos cartorários.

Disserta sobre o assunto, colacionando jurisprudência que corrobora a sua tese.

Aduz, também, que, para evitar o enriquecimento sem causa dos apelados, os quais se encontram na posse do bem em litígio há vários anos, faz jus ao pagamento de fruição, no importe de 1% ao mês sobre o valor atualizado do contrato, desde a data em que aqueles foram imitidos na posse (agosto de 1996) até a efetiva devolução do imóvel.

Por fim, argumenta que a rescisão do contrato torna ilegítima a posse dos autores, sendo necessária a entrega do imóvel até para que se possa estabelecer o termo final de uso, para fins de apuração da fruição, devendo aqueles, além disso, comprovar a inexistência de débitos concernentes ao imóvel, sob pena de retenção da quantia inadimplida.

Preparo regular, à f. 555.

Contrarrazões, às f. 557/562, pugnando, em suma, pela manutenção do *decisum* de primeiro grau.

Diligência determinada, à f. 569, regularmente cumprida (f. 582/600).

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Ausentes preliminares, ao mérito recursal.

Trata-se de ação de rescisão contratual ajuizada por M.C.O. e R.S.O. contra M.S.E. Ltda., em virtude da impossibilidade financeira de arcar com o pactuado, mesmo depois de revisada a dívida nos autos nº 024.99.024013-7.

Houve por bem o Julgador monocrático em acolher parcialmente a pretensão autoral para rescindir o contrato, determinando a devolução das prestações efetivamente pagas, descontando-se o percentual de 20%.

Em âmbito recursal, eis os pontos atacados pela empresa apelante: direito de retenção das arras; percentual de retenção; fruição do imóvel.

Pois bem.

Examinando-se detidamente o feito, observa-se que as partes entabularam o contrato particular de compra e venda de imóvel, cuja cópia se encontra acostada, às f. 39/50, que foi devidamente revisado pelo Poder Judiciário no processo nº 024.99.024013-7, com decisão regularmente transitada em julgado (f. 290/297 e 310/313), como se infere da certidão lançada, à f. 315.

Conquanto a dívida tenha sido revista, determinando-se a apuração do *quantum debeatur* em sede de liquidação de sentença por arbitramento, ainda em curso, de acordo com informações prestadas pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Capital (f. 582/583), os autores, não conseguindo adimplir a obrigação assumida, resolveram propor a presente rescisão contratual no final do ano de 2008.

Inequívoca, portanto, a inadimplência dos promissários compradores.

Em caso de rescisão do contrato de compra e venda de imóvel, por inadimplência do promissário comprador, a jurisprudência tem considerado razoável a retenção pelo promitente vendedor da quantia equivalente a 20% dos valores pagos.

Nesse sentido, o recente julgado desta Câmara:

Promessa de compra e venda. Imóvel. Distrato. Restituição das parcelas pagas. Retenção do percentual de 20%. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - É nula de pleno direito a cláusula que impõe ao consumidor o recebimento de carta de crédito a ser utilizada exclusivamente para a compra de outro imóvel pertencente à construtora. Inteligência do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor. - A jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive do colendo Superior Tribunal de Justiça, está hoje consolidada no sentido de que, em havendo extinção de contrato de promessa de compra e venda, mesmo por inadimplência justificada do devedor, o contrato pode prever a perda de parte das prestações pagas, a título de indenização do promitente vendedor, para cobertura de despesas decorrentes do próprio negócio, prevalecendo, para a maioria dos casos, o percentual de 20% (vinte por cento), do valor das prestações pagas, como sendo o mais adequado. (TJMG - Nona Câmara Cível - Apelação nº 1.0024.07.586160-9/001, Relator: Desembargador Tarcísio Martins Costa, data do julgamento: 13.07.2010, data da publicação: 02.08.2010.)

Assim, acertada a decisão primeva que determinou a retenção deste percentual.

Com relação às arras, os arts. 1.094 e 1.097 do CC/1916, com correspondência, respectivamente, nos arts. 417 e 418 do CC/2002, estatuem que:

O sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção do acordo final e torna obrigatório o contrato. Se o que deu arras der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro.

Sobre a matéria, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

Se o negócio se impossibilitar sem culpa, por mero distrato, ou caso fortuito ou força maior, deve ocorrer a devolução

singela do sinal, voltando as partes ao estado anterior. O mesmo ocorre se for constatada a culpa de ambos os contratantes. Se o insucesso do contrato ocorrer por culpa de quem deu as arras, perderá ele o sinal em benefício do outro contratante (art. 1.097). (*Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 537.)

Dessa feita, como foram os autores que deram as arras os culpados pela rescisão do contrato, permitida a sua retenção pela construtora ré.

No que tange à fruição, com razão a construtora recorrente.

É que, tendo os requerentes dado causa à rescisão do contrato e sendo evidente que eles vêm usufruindo do imóvel há longos anos, uma vez que a avença data do ano de 1995, sendo os compradores imitidos na posse no ano de 1996, seria injusto que, possuindo o bem por tão longo período, não reembolsassem à parte apelante qualquer valor a título de fruição.

Decidiu esta Câmara em situação análoga, em voto de minha relatoria, acompanhado pelos ilustres Pares:

Contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão. Descumprimento de cláusula contratual. Direito à retenção. Fruição. - Verificado o descumprimento de cláusula de contrato de compra e venda, a rescisão é medida que se impõe. Em caso de rescisão do contrato, por culpa do promitente comprador, garante-se ao promitente vendedor o direito de reter 20% dos valores pagos. Tendo o comprador usufruído do imóvel durante longo período, cabível é a retenção pelo vendedor de valor a título de fruição. Fruição. Termo. Inovação recursal. Impossibilidade de conhecimento. Sucumbência recíproca. - A taxa de fruição é devida a partir da data do recebimento do imóvel pelos requeridos, até a data de sua efetiva entrega à requerente. Não merece conhecimento a pretensão recursal que contenha inovação. Opera-se a sucumbência recíproca quando o autor sai vitorioso apenas em parte de sua pretensão. (Apelação nº 1.0411.04.014603-6/001, data do julgamento: 23.03.2010, data da publicação: 12.04.2010.)

A fruição, como sabido, tem natureza de indenização compensatória pelo período em que os promissários compradores detiveram o imóvel objeto do contrato particular de promessa de compra e venda, impedindo que a promitente vendedora fruísse as utilidades do imóvel.

Desse modo, a posse do imóvel pelos promissários compradores conferiu à promitente vendedora o direito de ser ressarcida pelo que deixou de receber a título de locação do bem, durante o período de ocupação.

A taxa de fruição é, pois, devida a partir da data do recebimento do imóvel pelos recorridos, até a sua efetiva entrega à construtora recorrente, isso porque constitui ela uma forma de contraprestação pelo uso e gozo do imóvel por parte dos promissários compradores, sob pena de se enriquecerem ilicitamente à custa da promitente vendedora, já que, recebendo de volta as

prestações pagas, terão residido no imóvel por um longo período gratuitamente.

Para além, a aplicação da taxa de fruição enseja o equilíbrio contratual, sob pena de ferir o princípio universal de direito que veda o enriquecimento imotivado, critério este acolhido no direito pátrio, hoje explicitado nos arts. 884 a 886 do NCCB e no direito comparado, que já se encontrava formulado no Direito Romano, segundo o qual *jure naturae aequum est, neminem cum alteris detrimento et injuria, fieri locupletiores* (é justo, por direito natural, que ninguém se torne mais rico em detrimento e prejuízo de outro - Dig., Liv. 50, Tit. 17, par. 207 - cf. PACHECO, José da Silva. Do enriquecimento sem causa perante o novo Código Civil, ADV - *Advocacia Dinâmica*, Boletim Semanal nº 132, p. 468).

Assim sendo, de rigor a fixação da taxa de fruição em 1% do valor de avaliação do imóvel, sem benfeitorias, incidente desde a ocupação daquele até a sua efetiva entrega à empresa ré.

Isso posto, dá-se parcial provimento ao apelo para: i) deferir a retenção da quantia relativa às arras em favor da parte apelante; ii) estabelecer taxa de fruição do imóvel em 1% do valor de sua avaliação, sem benfeitorias, devida desde a data do seu recebimento até a sua efetiva devolução à construtora, a ser apurada em sede de liquidação de sentença; iii) determinar a compensação dos valores aqui apurados com o *quantum debeat* encontrado nos autos da ação revisional, uma vez que as partes são simultaneamente credoras e devedoras entre si, nos termos do art. 368 do Código Civil.

Em virtude da sucumbência recíproca, ambas as partes são condenadas ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o montante a ser apurado em liquidação de sentença, à proporção de 50% para cada uma delas, suspendendo-se a exigibilidade em relação aos autores, *ex vi* do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50 e autorizando-se a compensação, nos termos da súmula 306 do STJ.

Para os fins do art. 506, III, do CPC a síntese do presente julgamento é:

1. deram parcial provimento à apelação para: i) deferir a retenção da quantia relativa às arras em favor da parte apelante; ii) estabelecer taxa de fruição do imóvel em 1% do valor de sua avaliação, sem benfeitorias, devida desde a data do seu recebimento até a sua efetiva devolução à construtora, a ser apurada em sede de liquidação de sentença; iii) determinar a compensação dos valores aqui apurados com o *quantum debeat* encontrado nos autos da ação revisional, uma vez que as partes são simultaneamente credoras e devedoras entre si, nos termos do art. 368 do Código Civil;

2. em virtude da sucumbência recíproca, ambas as partes são condenadas ao pagamento das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advoca-

catfícios, fixados em 15% sobre o montante a ser apurado em liquidação de sentença, à proporção de 50% para cada uma delas, suspendendo-se a exigibilidade em relação aos autores, *ex vi* do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50 e autorizando-se a compensação, nos termos da Súmula 306 do STJ.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GENEROSO FILHO e OSMANDO ALMEIDA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.