

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DISTRATO -
PARCELAS QUITADAS - RESTITUIÇÃO - PERCENTUAL - DIREITO À RETENÇÃO -
SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS - COMPENSAÇÃO**

Ementa: Contrato de promessa de compra e venda. Código de Defesa do Consumidor. Distrato. Restituição das parcelas quitadas. Direito à retenção de percentual. Sucumbência mínima. Compensação dos honorários. Recurso conhecido e parcialmente provido.

- O Código de Defesa do Consumidor se aplica aos casos em que a relação jurídica travada entre as partes se caracteriza como típica relação de consumo.
- 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.
- Construtora que não entrega o imóvel na data pactuada não faz jus à retenção de qualquer percentual sobre as quantias pagas pelo promitente comprador, em decorrência do princípio da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).
- Não há falar-se em sucumbência mínima, a ensejar a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, quando apenas um dos pedidos formulados na inicial é acolhido.
- Havendo sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser compensados, nos termos da Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.827236-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Construtora Tenda S.A. - Apelado: Geraldo Soares - Relator: Des. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PARCIAL PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 12 de abril de 2007. -
Bitencourt Marcondes - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. *Bitencourt Marcondes* - Cuida-se de recurso de apelação interposto pela

Construtora Tenda S.A. em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Senra Delgado, da 24ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Geraldo Soares, julgou procedente a ação, para condenar a ré, ora apelante, ao pagamento da quantia de R\$ 2.526,91 (dois mil quinhentos e vinte e seis reais e noventa e um centavos), corrigida monetariamente, desde o ajuizamento da ação e com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação.

Sustenta que as partes acordaram extinguir o contrato de promessa de compra e venda por meio de instrumento de distrato, no qual

consta não somente a devolução dos valores ao apelado através de carta de crédito, como também a quitação plena e irrevogável em relação ao contrato anteriormente celebrado.

Aduz que, ao celebrarem o distrato, as partes realizaram transação, mediante concessões mútuas, o que caracteriza ato jurídico perfeito e faz coisa julgada.

Coloca que o apelado, ao firmar o distrato, tinha plena consciência de que o valor inserido na carta de crédito deveria ser usado para aquisição de outro imóvel construído, bem como que, no caso de resgate da carta, seria retido percentual a título de multa pela rescisão contratual.

Alega, em decorrência do princípio da eventualidade, que, no caso de se entender pela devolução dos valores ao apelado, tem direito à retenção de 30%, ou, no mínimo 20%, a título de multa pelo descumprimento do contrato, a ser calculada com base no valor efetivamente pago pelo apelado, isto é, R\$ 2.389,65, e não R\$ 2.526,91, como fixado na sentença.

Sustenta que, em razão da sucumbência recíproca, o MM. Juiz *a quo* deveria ter determinado o rateio das custas e honorários advocatícios entre as partes, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, bem como a compensação da verba honorária, a teor do disposto na Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões às f. 114/121.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

I - Do objeto do recurso.

Pleiteia a apelante a reforma da sentença que a condenou à restituição dos valores pagos pelo apelante, a título de prestações mensais, no âmbito do contrato de promessa de compra

e venda de imóvel, ao argumento de que, no instrumento de distrato celebrado entre as partes, ficou acordada a devolução dos valores por meio de carta de crédito.

O apelado ajuizou ação de cobrança, pleiteando a devolução das prestações pagas à apelante, bem como a condenação ao pagamento de multa, ao argumento de que o imóvel objeto do contrato não foi entregue na data prevista. Narra o apelado que, embora tenha quitado várias prestações, inclusive com antecipação de pagamento em relação a algumas delas, não recebeu o apartamento na data ajustada, razão pela qual propôs o desfazimento do negócio.

Aduz que a apelante não promoveu a devolução das prestações já pagas, limitando-se a entregar carta de crédito, cujo valor é inferior àquele efetivamente desembolsado e somente pode ser utilizado na compra de imóvel da construtora em até dois anos.

Por outro lado, a apelante sustenta que o distrato é perfeitamente válido e produz efeito de coisa julgada.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré, ora apelada, ao pagamento da quantia de R\$ 2.526,91, sob o fundamento de que a cláusula do distrato que estabelece a devolução dos valores já pagos por meio de carta de crédito é leonina, porquanto beneficia a construtora em detrimento do autor e importa em enriquecimento indevido, contrariando o Código de Defesa do Consumidor.

a) Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente caso deve ser analisado à luz da legislação consumerista, que se aplica por força do disposto nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

Com efeito, a relação jurídica travada entre as partes caracteriza-se como típica relação de consumo, pois, se, por um lado, o apelado se apresenta como consumidor final, por outro, a apelante se enquadra na definição de fornecedor dada pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, já que exerce atividade expressamente elencada na referida norma, isto é, construção.

b) Do contrato e distrato celebrados entre as partes.

O negócio jurídico em apreço consiste no contrato de promessa de compra e venda firmado entre Geraldo Soares, na condição de adquirente, e Construtora Tenda S.A., na condição de vendedora, cujo objeto é o apartamento nº 203, bloco 03, do Residencial Toronto, situado na Rua Hungria, nº 565, Bairro Nova Pampulha, em Ribeirão das Neves/MG.

Conforme se verifica pelos documentos acostados às f. 09/10, referido contrato foi extinto por meio de instrumento de distrato, pelo qual ficou estabelecido que o apelado receberia a importância de R\$ 2.389,65, representada por carta de crédito, válida somente para compra de imóvel da apelante, pelo período de 24 meses, sendo que, havendo interesse em resgatar o crédito, seriam aplicadas as cláusulas previstas no contrato de compra e venda para a hipótese de rescisão.

Desse modo, tenho que a primeira questão que se coloca diz respeito à validade do distrato acima mencionado.

Nesse contexto, vislumbro que referido instrumento, ao vincular o recebimento dos valores já pagos no âmbito do negócio extinto à aquisição de outro imóvel construído pela

apelante, é nulo, porque a beneficia demasiadamente em detrimento do consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada, nos termos do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

É inegável que as partes detêm a faculdade de extinguir contrato de comum acordo, no entanto, não se pode olvidar que, tanto na celebração quanto na extinção dos negócios jurídicos, é dever dos contratantes a observância dos princípios da boa-fé e probidade, conforme preceitua o art. 422 do Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Desse modo, é de se convir que a legislação civil pátria impõe aos contratantes a adoção de conduta pautada pela probidade e boa-fé, a fim de que o contrato atinja sua função social e, ao mesmo tempo, atenda às legítimas expectativas das partes.

Nesse particular, vale transcrever os ensinamentos de Orlando Gomes:

Nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina toda a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 42).

Contudo, no presente caso, a atitude da apelante no sentido de condicionar a restituição

dos valores pagos pelo apelado à aquisição de outro imóvel vai de encontro com os princípios acima mencionados, pois obsta o exercício do direito do comprador à devolução da quantia que desembolsou, além de representar ofensa ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, bem como ao princípio do equilíbrio contratual.

Conclui-se, portanto, que a cláusula que estabelece a "restituição" dos valores pagos por meio da carta de crédito é nula, pois subtrai do consumidor a opção de reembolso dessas quantias, nos termos do art. 51, II, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código.

Nesse sentido, já decidiu o extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais:

Ementa: Apelação cível. Distrato. Código de Defesa do Consumidor. Reembolso das parcelas pagas. Direito de retenção. Percentual. - Embora válido um acordo de vontades a fim de se ajustar um distrato, podem ser revistas as condições que representam ofensa ao ordenamento jurídico em vigor. O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor arrola como hipótese de cláusula abusiva nula de pleno direito, dentre outras, aquela que subtrai ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, situação em que se enquadra a cláusula que impõe ao consumidor o recebimento de uma carta de crédito a ser utilizada exclusivamente para a compra de outro imóvel pertencente à construtora. Como penalidade pelo descumprimento parcial da obrigação assumida e compensação das despesas com a administração do negócio, deve-se reconhecer o direito de retenção, pela construtora, de parte da quantia a ser restituída ao promissário comprador (TAMG. Apelação Cível nº 447.188-7. 3ª CC. Rel.ª Juíza Albergaria Costa. DJ de 04.12.2004).

É certo que o distrato prevê o resgate do crédito inserto na carta, no entanto, é de se observar que, nesse caso, a restituição será

realizada nos termos das cláusulas contratuais que disciplinam a hipótese de rescisão, as quais estabelecem a retenção de 40% do valor pago, além da quantia equivalente a 5% do valor do imóvel (3% para corretagem e 2% para publicidade e propaganda).

Não se pode negar o direito de o promitente vendedor reter percentual para o ressarcimento das despesas administrativas efetuadas com a venda do imóvel (publicidade, corretagem, etc.), bem como dos prejuízos decorrentes do desfazimento do negócio, contudo, tal direito somente pode ser exercido nos casos de rescisão por ato imputável ao promitente comprador, como ocorre, v.g., nas hipóteses de inadimplemento.

No caso em testilha, o apelado aduz que o imóvel não foi entregue na data prevista, isto é, julho de 2003.

A apelada, por sua vez, não contesta tal fato.

Pela análise do contrato de promessa de compra e venda (f. 51/55), verifica-se que a entrega do imóvel foi marcada para o dia 31 de julho de 2003, no entanto a cláusula décima quarta do contrato estabelece prazo de tolerância de 120 (cento e vinte) dias contados da expiração do prazo de entrega para realização de obras de arremate.

Diante disso, poder-se-ia dizer que não ficou configurado o inadimplemento contratual por parte da construtora, já que, no momento da celebração do distrato - 07 de outubro de 2003 - não havia transcorrido o prazo de tolerância estabelecido no contrato.

Entretanto, conforme se verifica à f. 08, a recorrente veiculou proposta na qual está prevista a entrega do imóvel em julho de 2003, de forma que, mesmo diante do disposto na cláusula acima citada, a apelante não pode se eximir da obrigação de entregar o bem na data prevista na proposta, na medida em que todas as informações ou publicidades veiculadas pelo fornecedor integram o contrato, nos termos do art. 30 do CDC, *in verbis*:

Art. 30 - Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ademais, vislumbro que a apelada não realizou prova em contrário, quer dizer, não demonstrou o cumprimento do prazo de entrega fixado na proposta, ou mesmo a existência de motivo de força maior a ensejar o atraso nas obras de construção, não se desincumbindo, portanto, do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Diante desses elementos, tenho que a apelada não cumpriu sua obrigação contratual no prazo estipulado, de forma que não faz jus à retenção de qualquer percentual sobre as quantias pagas pelo apelado, em decorrência do princípio da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), consagrado no art. 476 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 476: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da outra.

De acordo com Nelson Nery Junior:

Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações e obrigações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida respectiva. Só quem cumpre a sua parte na avença pode exigir o cumprimento da parte do outro (NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 357).

Dessa forma, não há que se falar em direito de retenção por rescisão unilateral do contrato, uma vez que a construtora não cumpriu sua obrigação, qual seja entregar o imóvel na data pactuada entre as partes, não podendo exigir cumprimento do contrato por parte dos apelados.

Com efeito, conforme exposto alhures, o direito de retenção somente se justifica nos casos em que a rescisão do contrato é fruto de desistência do negócio jurídico por parte do promitente comprador, ainda quando se verifica a inadimplência, desde que justificada, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Processual civil. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Efeitos infringentes. Contrato de compra e venda. Rescisão judicial. Retenção de 25% das parcelas pagas. Precedentes. Agravo regimental improvido.

- I. A c. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de rescisão 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 nº 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 integralidade. Percentual de retenção que se eleva a 25%, para compatibilizá-lo com a orientação jurisprudencial mais recente do STJ, a fim de melhor ressarcir as despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora.

- III. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este (STJ. AgRg no Ag 650401/MG. 4ª Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. DJ de 1º.07.2005).

Quanto ao valor a ser restituído, a apelante sustenta que deve corresponder ao que foi efetivamente pago pelo apelado, isto é, R\$ 2.389,65.

Com efeito, o documento juntado pela apelante às f. 57/59 ("extrato do cliente"), aponta a quantia de R\$ 2.389,65, como valor pago pelo apelado, e a existência de parcela em aberto no valor de R\$ 240,58, relativo à parcela "S07".

Entretanto, o comprovante de pagamento de f. 28 demonstra que referida parcela foi quitada pelo apelante.

Dessa forma, o apelado faz jus à restituição integral dos valores efetivamente pagos no âmbito do contrato.

Ressalte-se que a soma dos valores pagos, de acordo com os recibos acostados à inicial, é superior ao pleiteado pelo apelado, no entanto, em decorrência dos princípios dispositivo e *non reformatio in peius*, tenho que a apelante deve ser condenada à restituição dos valores nos exatos termos apontados na peça exordial.

c) Da sucumbência recíproca e compensação dos honorários.

A apelante sustenta que, em razão da sucumbência recíproca, o MM. Juiz *a quo* deveria ter determinado o rateio das custas e honorários advocatícios entre as partes, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, bem como a compensação da verba honorária, a teor do disposto na Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Razão assiste à apelante.

Isso porque o apelado ajuizou ação ordinária, pleiteando a condenação da apelada à restituição da quantia de R\$ 2.526,91, bem como ao pagamento de multa em razão da rescisão do contrato, contudo somente logrou êxito quanto ao primeiro pedido, de forma que

não decaiu de parte mínima dos pedidos inicialmente formulados.

Assim, não há falar-se na aplicação da norma inserta no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, pois não ficou configurada a hipótese de sucumbência mínima.

Quanto à compensação dos honorários, a Súmula nº 306 do Superior Tribunal de Justiça assim dispõe:

Súmula nº 306 - Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

II - Conclusão.

Assim, dou provimento parcial ao recurso, apenas para determinar a compensação dos honorários advocatícios devidos aos procuradores das partes.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *José Affonso da Costa Côrtes e Mota e Silva*.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

-:-:-