

**PROMESSA DE COMPRA E VENDA - BEM IMÓVEL - INADIMPLEMENTO - RESCISÃO CONTRATUAL
- DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS - MULTA COMPENSATÓRIA - PERDA DAS ARRAS -
CUMULAÇÃO - CLÁUSULA CONTRATUAL - AUSÊNCIA DE PREVISÃO - IMPOSSIBILIDADE -
FRUIÇÃO DO IMÓVEL - INDENIZAÇÃO - RECURSO ADESIVO - NÃO-CONHECIMENTO**

Ementa: Rescisão contratual cumulada com pedido de restituição das parcelas pagas. Cláusula penal compensatória. Ausência de previsão contratual de perda das arras. Indenização pela fruição do imóvel. Apelo adesivo. Ausência de contraposição com o recurso principal. Não-conhecimento.

- É possível a cumulação da perda das arras e da cláusula penal compensatória, desde que haja previsão contratual expressa.

- A cláusula penal compensatória, estipulada no caso de inexecução do contrato visando a suprir ao credor aquilo que o inadimplemento lhe retirou, deve ser fixada num patamar razoável, suficiente para ressarcir o promitente vendedor dos gastos que teve com a transação.

- O promitente vendedor faz jus a indenização pelo período no qual o promissário comprador usufruiu do imóvel, devendo tal parcela ser calculada de forma proporcional ao tempo de uso.

- O recurso adesivo só deve ser conhecido se tiver por objeto contraposição à matéria versada no bojo do recurso principal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.734268-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MRV Serviços de Engenharia Ltda. - Apelante adesiva: Jovita Baltazar da Silva - Apeladas: as mesmas - Relator: Des. ANTÔNIO DE PÁDUA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª 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 PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NÃO CONHECER DO RECURSO ADESIVO.

Belo Horizonte, 21 de março de 2006. - Antônio de Pádua - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Antônio de Pádua - Trata-se de apelações principal e adesiva interpostas por MRV Serviços de Engenharia Ltda. e Jovita Baltazar da Silva, respectivamente, nos autos da ação ordinária que a segunda move contra a primeira, perante o Juízo da 4ª Vara Cível desta Capital, inconformada com os termos da r. sentença de f. 279/286 e da decisão que acolheu parcialmente os embargos declaratórios (f. 289/290), que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar rescindido o contrato de compra e venda e determinar a devolução de todas as prestações pagas pela autora, sem parcelamento, compensando-se

10% sobre o valor do contrato a título de multa compensatória. E, em virtude da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento dos ônus sucumbenciais na proporção de 70% à autora e 30% à ré.

Em suas razões recursais (f. 291/299), a apelante principal afirma que a retenção de apenas 10% do valor atualizado do contrato para ressarcimento dos prejuízos suportados pela ré é irrisória. Sustenta que o valor a ser compensado na devolução das parcelas, conforme determinado na decisão objurgada, é insuficiente para ressarcir as despesas provocadas pela autora, as quais se referem à publicidade, corretagem, etc. e ainda aos oito anos em que a autora ocupa o imóvel.

Quanto ao direito de compensação pela fruição do imóvel, sustenta que, se não for reconhecido tal direito, estaria havendo enriquecimento ilícito da autora. Alega que tem direito a ser ressarcida pelo uso do imóvel desde 12.05.97 até a efetiva desocupação, no percentual de 1% ao mês do preço do imóvel atualizado.

Afirma, também, que tem direito à retenção das arras penitenciais porque a rescisão do contrato se deu por culpa exclusiva

da autora. Sustenta que a ausência de pedido expresso de retenção das arras na contestação não lhe retira o seu direito, porque a perda das arras é determinada pela lei civil e, *in casu*, também estava prevista contratualmente.

Encerra suas razões, pleiteando o provimento do recurso para a reforma parcial da sentença, a fim de se elevar o percentual devido a título de retenção pela rescisão do imóvel e das arras penitenciais, o reconhecimento do direito de abatimento da importância a ser devolvida à autora, de 1% do valor atualizado do imóvel, por mês, desde maio de 1997 até a efetiva desocupação, a título de fruição do imóvel.

Contra-razões ao recurso principal, às f. 302/305, pela manutenção do *decisum*.

Em sua razões, a apelante adesiva, f. 306/309, alega que é a ré quem deveria ser condenada a pagar à autora multa em virtude de infração contratual porque realizou cobranças indevidas; que, segundo a perícia, cobrou R\$ 267,00 a maior.

Sustenta, ainda, que a sentença deveria ser reformada para fixar índice de correção do valor a ser devolvido e o acréscimo de juros ao aludido valor, sob pena de enriquecimento indevido da ré.

Contra-razões ao apelo adesivo, f. 311/315, pelo improvimento do recurso.

Preparo do apelo principal, f. 300. Ausente o preparo do recurso adesivo em virtude de a autora estar litigando sob o pálio da justiça gratuita.

Conheço do recurso, presentes suas condições de admissibilidade.

Revelam os autos que a apelante adesiva, em 05.12.96, firmou contrato de promessa de compra e venda do apartamento 402/bloco 1, situado na Av. José Cleto, 1.747, Bairro Santa Cruz, nesta Capital, pelo qual pagaria ao promitente vendedor a importância de R\$ 33.229,76, sendo R\$ 15.817,44 a título de sinal e mais 12 parcelas mensais de R\$ 485,62, de 05.01.97 a 05.12.97 e 36 parcelas de R\$ 485,62, a partir de

05.01.98. Em junho de 1998, através de acordo firmado por aditivo contratual, foi firmada a alteração do financiamento para 45 parcelas mensais de R\$ 569,09.

Inicialmente, há que se observar que a apelação principal tem por escopo a majoração do percentual de retenção a título de cláusula penal e o reconhecimento do direito à compensação pela fruição do imóvel pela apelante adesiva e de retenção das arras penitenciais, enquanto a apelação adesiva busca a reforma da decisão para a penalização da apelante principal ao pagamento de multa por descumprimento do contrato.

Passo à análise do apelo principal em separado, uma vez que ele não possui o mesmo objeto do adesivo.

Contra o direito da apelante adesiva à devolução das parcelas pagas em decorrência da rescisão do contrato de compra e venda não se insurgiu a apelante principal, limitando-se o seu recurso à pretensão de reconhecimento do direito de retenção de parte do valor a título de cláusula penal, arras penitenciais e compensação pela fruição do bem.

O contrato prevê em sua cláusula 11ª, alínea primeira, *in verbis*:

Não efetuando o Promitente Comprador o pagamento no prazo fixado na notificação, ficará o mesmo constituído em mora, e o contrato rescindido de pleno direito, conforme dispõe o artigo 119, parágrafo único, do Código Civil, perdendo o Promitente Comprador em favor da Promitente Vendedora, por preço atualizado do contrato, até a data do inadimplemento, como multa compensatória, calculada da seguinte forma:

se tiver pago até 10% (dez por cento) do preço atualizado do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 20% (vinte por cento) da quantia paga;

do que exceder a 10% (dez por cento) e até 30% (trinta por cento) do preço atualizado do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 50% (cinquenta por cento) da quantia paga;

do que exceder a 30% (trinta por cento) e até 70% (setenta por cento) do preço atualizado

do contrato, receberá o Promitente Comprador em devolução 75% (setenta e cinco por cento) da quantia paga;
do que exceder a 70% (setenta por cento) do preço atualizado do contrato, receberá em devolução 100% (cem por cento) da quantia paga.

O contrato não prevê, na hipótese de rescisão por inadimplemento do promitente comprador, a acumulação da perda das arras e perdas e danos, como quer a apelante principal.

A doutrina é claramente divergente a respeito da possibilidade de acumulação da perda das arras com indenização pelas perdas e danos através da cláusula penal.

O mestre Caio Mário da Silva Pereira, em suas *Instituições de Direito Civil*, preleciona:

Enquanto de um lado, Clóvis Beviláqua, Carvalho de Mendonça, Sílvio Rodrigues negam a suscetibilidade de se acumularem as arras e perdas e danos, de outro lado, não falta na doutrina a acumulação. A questão não pode ser resolvida sumariamente. A consulta à vontade das partes é salutar. Se houverem ajustado a acumulação, não há razão para que se recusem, porque a matéria é de interesse privado das partes, como também se inequivocamente o contrato permitir que se traduzem como pré-fixação de perdas e danos, como na hipótese de serem ínfimas em relação ao vulto enorme negócio (10. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3, p. 60).

Filho-me à corrente que entende possível a acumulação da perda das arras com o pagamento das perdas e danos, através da cláusula penal, mas somente quando tal possibilidade é convencionada expressamente.

Assim, como, *in casu*, não houve previsão contratual de acumulação, a perda das arras em favor da apelante principal não se justifica.

Quanto à cláusula penal, entendo que o percentual de 10% fixado na sentença objurada realmente não ressarcirá a promitente vendedora pelos prejuízos causados pela rescisão do contrato.

Como a apelante principal deixou a fixação do percentual ao alvedrio do juízo, entendo que o percentual de 20% do valor do contrato se configura dentro do razoável, já que visa a compensar a promitente vendedora das despesas decorrentes da transação, corretagem etc.

Não ignoro que a legislação brasileira determina que, se a obrigação for cumprida em parte, poderá o juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada para o caso de inadimplemento, a concluir-se que a estipulação da cláusula penal deve observar os parâmetros legais, não podendo prevalecer os termos que exceda o razoável, promovendo o enriquecimento ilícito da parte economicamente mais forte.

No entanto, no caso presente, o percentual de 10% é muito baixo, devendo, portanto, ser aumentado para 20%, o que não chega a ultrapassar os parâmetros acima delineados nem o princípio da razoabilidade.

Quanto à indenização pela fruição do imóvel, tenho que a pretensão recursal merece acolhida apenas em parte.

Sustenta a apelante principal ter sido contratualmente previsto que, em caso de rescisão, seria descontado o percentual de 1% do preço atualizado do imóvel por mês que o promitente comprador tivesse usufruído do bem.

O direito à indenização a título de fruição do bem pelo promitente comprador tem sido reconhecido pela jurisprudência pátria com o fim de vedar o enriquecimento sem causa.

A jurisprudência assentou-se no princípio de que a fruição deve ser fixada em 0,6%, seja do valor venal do imóvel, em caso de escritura definitiva, seja do valor atualizado do contrato, em caso de promessa.

Sendo assim, sem sombra de dúvidas, a apelante merece indenização pelo tempo em que foi privada do uso de seu imóvel, do qual, em contrapartida, se beneficiou a apelada durante o período de sua ocupação.

Nesse sentido é a jurisprudência:

Promessa de compra e venda. Descumprimento de obrigação assumida pelo promitente vendedor. Paralisação do pagamento de prestações mensais. Necessidade de prévia notificação. Mora *ex persona*. Construção realizada no terreno. Acesso industrial. Indenização. Ressarcimento pela fruição do imóvel. Correspondência ao tempo de uso.
(...)

4) Com a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e a reintegração da posse do bem ao promitente vendedor, este faz jus a indenização pelo período no qual os promissários compradores permaneceram na posse do imóvel, devendo tal parcela ser calculada de forma proporcional ao tempo de uso (5ª Câmara Civil, Apelação Cível nº 403.231-5, Rel. Juiz Elias Camilo, j. em 19.02.04).

Portanto, cabe-lhe a dedução referente à indenização pela fruição, exigível desde a data da imissão na posse do bem até a sua efetiva desocupação, de modo que a condenação não seja irrisória em face de todo o tempo em que o promissário comprador esteve na sua posse.

Apesar do reconhecimento do direito de indenização pela fruição, tenho que o percentual de 1% ao mês se configura abusivo, porque é cediço, no meio imobiliário, que o valor de uma locação imobiliária edificada não ultrapassa 0,6% do valor do imóvel, isso em regiões nobres da sua localização.

Assim, entendo razoável fixar a indenização no percentual de 0,6% do valor venal do imóvel, por mês de sua ocupação, conforme contratualmente estabelecido.

Sendo assim, há que se abater do valor a ser deduzido à apelada o percentual de 20% do valor do contrato, a título de cláusula penal compensatória e 0,6% ao mês desde a data da imissão na posse do bem em 12.05.97 até a sua efetiva desocupação.

Apelo adesivo.

Insurge-se a apelante adesiva contra a decisão *a quo*, pretendendo a sua reforma para a condenação do réu ao pagamento de multa

pelo descumprimento do contrato, em virtude de cobrança de valores indevidos.

O apelo adesivo só deve ser apreciado se tiver por objeto a matéria versada no bojo do recurso principal. Entendo que aquele deve ser contraposto a esse último, porque admiti-lo com pedido amplo implicaria abertura de um prazo complementar para recorrer, isto é, apresentar o mesmo recurso que deveria ter sido apresentado anteriormente.

No caso dos autos, tal contraposição não se verificou, visto que a apelante adesiva pretende a reforma da sentença para condenar a ré ao pagamento de multa por descumprimento do contrato, fundando-se na alegação de que o contrato foi rescindido por culpa da ré, e também para a fixação de índice de correção e de percentual de juros sobre a importância a ser devolvida, o que não é objeto do apelo principal, que foi restrito ao percentual da cláusula penal, do direito de retenção das arras e de pagamento de indenização pela fruição do imóvel.

Nesse sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

Indenizatória proposta com litisconsórcio facultativo. O recurso adesivo (*rectius*, recurso subordinado) pressupõe sucumbência recíproca e busca contrapor-se ao recurso principal. Se o recurso principal é manifestado pelo réu condenado ao ressarcimento, não cabe ao autor interpor recurso adesivo impugnando a improcedência da demanda relativamente ao outro réu. O recurso adesivo vincula-se ao principal, em relação de subordinação (CPC, art. 500, III). O recorrente no recurso principal deverá estar como recorrido no recurso adesivo. Recurso especial interposto pelo autor sob a alínea c, e não conhecido (STJ - 4ª Turma - REsp nº 27.319/GO (9200233929), Rel. Min. Athos Carneiro, dec. unân., j. em 27.04.93, pub. no DJU de 31.05.93, p. 10.672, *in Jurisprudência Informatizada Saraiva* - 16).

Assim, não conheço do recurso adesivo.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reconhecer o direito

da apelante principal de compensação de 20% do valor do contrato a título de cláusula penal e 0,6% ao mês, a título de fruição do imóvel, desde a data da imissão na posse do bem até a sua efetiva desocupação da importância a ser devolvida pela apelada, devidamente atualizada com o índice de correção monetária da Corregedoria de Justiça. Após o pagamento, expeça-se mandado de reintegração de posse favorável à ré, conforme seja necessário.

Em virtude da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes ao pagamento de metade das custas, inclusive recursais, e

demais despesas do processo. Suspensa a exigibilidade em relação à autora em virtude do que dispõe o art. 12 da Lei 1.060/1950, arcando cada uma das partes com os honorários do seu patrono.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Osmando Almeida* e *Pedro Bernardes*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO PRINCIPAL E NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO.

-:-:-