



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0024.07.778071-6/001 **Númeraço** 7780716-
Relator: Des.(a) Paulo Balbino
Relator do Acordão: Des.(a) Paulo Balbino
Data do Julgamento: 15/07/2015
Data da Publicaçã: 21/07/2015

EMENTA: AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - RECONVENÇÃO - REVISÃO DE CONTRATO - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - NULIDADE - PRELIMINAR REJEITADA - IMÓVEL FINANCIADO PELA CONSTRUTORA - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - VEDAÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE OFICIAL PRÉ-DEFINIDO - LEGALIDADE - RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS - PERCENTUAL ABUSIVO - REDUÇÃO - FRUIÇÃO - INDENIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE.

- Observados os limites legais, afigura-se lícita a incidência de juros remuneratórios em contratos de compra e venda de imóveis nos quais o financiamento seja efetuado diretamente pela construtora.

- Conforme entendimento jurisprudencial já consolidado pela súmula nº. 121, do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando explicitamente convencionada em contrato, não se permite a capitalização dos juros, exceto quando expressamente prevista em lei, o que não ocorre nestes autos.

- A correção monetária contratualmente estipulada em índice oficial pré-definido não configura encargo oneroso nem potestativo, podendo, portanto, ser cobrada de forma cumulada com juros moratórios de quinze centésimos percentuais ao dia e multa moratória limitada a dois por cento.

- Revela-se abusiva a cláusula que estabelece a retenção de 40% (quarenta por cento) do valor já adimplido pelo devedor em caso de rescisão do contato, uma vez que, de acordo com entendimento



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o percentual de retenção deve ser estabelecido entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago, observadas as circunstâncias fáticas do caso concreto.

- Na rescisão do contrato decorrente do inadimplemento do comprador, admite-se a cumulação entre a retenção de parte do valor pago e a indenização pela fruição do imóvel, porquanto tais parcelas visam a compensar o vendedor por fatos distintos, embora ambas tenham natureza indenizatória.

- A indenização pela fruição do imóvel depende da demonstração do proveito econômico obtido pelo devedor em virtude da efetiva utilização do bem após ter se tornado inadimplente.

- Possuindo a avença cláusula de rescisão em caso de inadimplemento e não tendo sido elidida a mora, adequada a declaração da rescisão do contrato, uma vez que a medida decorre do regular exercício de um direito de titularidade do credor.

- Inexiste abusividade na cláusula que estabelece a devolução do valor adimplido na mesma quantidade de parcelas pagas pelo devedor em caso de rescisão do contrato.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.07.778071-6/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): GERALDA FERREIRA DOS SANTOS - APELADO(A)(S): CONSTRUTORA TENDA S/A

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. PAULO BALBINO



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

RELATOR

DES. PAULO BALBINO (RELATOR)

V O T O

Versa o presente feito sobre um pedido de rescisão contratual decorrente do inadimplemento da devedora.

Em sua sentença (f. 153/163, declarada às f. 199/200), a MM^a. Juíza de Direito da 19^a Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, Dra. Maria da Glória Reis, julgou improcedente a reconvenção e parcialmente procedentes os pedidos da ação principal, para determinar a rescisão do contrato sub judice e a conseqüente reintegração da requerente na posse do imóvel descrito na inicial.

A sentença também determinou à autora a devolução do valor pago pela reconvinte, descontado o percentual de 20% (vinte por cento) a título de multa, corrigido pelos índices divulgados pela Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais desde a data do dispêndio, com a incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação; bem como decotado 0,5% (meio por cento) do valor de mercado do imóvel, atualizado em cada período, a cada mês que a requerida fruiu do apartamento, desde 17/05/2006 até a efetiva entrega das chaves, devendo tais valores serem apurados em liquidação de sentença.

Inconformada com seu teor, interpôs Geralda Ferreira dos Santos a presente apelação (f. 180/187, ratificada às f. 202/212), aduzindo ser necessária a revisão judicial do contrato, nos termos dos artigos 6^o, inciso V, e 51, inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, com a declaração da nulidade da cláusula contratual que determina a correção mensal das parcelas, com acréscimo de correção monetária pelo INPC e juros remuneratórios capitalizados de 1% (um por cento), face a sua abusividade.

Afirma que, no momento de realização da oferta, a apelada



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

não esclareceu devidamente as majorações que seriam feitas nas parcelas, de forma que, ao final do contrato, cada parcela seria acrescida de mais de cem meses de juros remuneratórios capitalizados e correção monetária, bem como que tal situação viola o artigo 4º do Decreto nº. 22.626 de 07/04/1933 e a súmula nº. 121 do Supremo Tribunal Federal.

Destaca que a sentença deve ser cassada, a fim de que seja realizada prova pericial contábil para que se apure o real saldo a pagar e, acaso encontrado saldo devedor em montante demasiadamente elevado, seja revista a cláusula que estabelece a devolução das parcelas quitadas, limitando-se a retenção destas a, no máximo, 10% (dez por cento) de seu valor.

Pontua, em seguida, que, em caso de resolução do contrato, deve ser determinada a restituição dos valores já pagos em parcela única, devidamente atualizada e acrescida de juros de mora desde a data do respectivo desembolso de cada prestação.

Assevera, ainda, que a parcela retida a título de indenização por perdas e danos decorrentes da rescisão do contrato já contempla o pagamento pelo uso do imóvel, motivo pelo qual esta segunda condenação que lhe foi imposta deve ser excluída da sentença, sob pena de enriquecimento ilícito da apelada.

Ao final, requer a reforma da sentença recorrida, com a total procedência do pedido formulado na reconvenção.

Regularmente intimada, apresentou a Construtora Tenda S.A. suas contra-razões de f. 221/237, onde pugna pela confirmação da decisão combatida.

Relatado, DECIDO.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Da Questão Preliminar

A apelante pugna pela cassação da sentença, sob o fundamento de que o julgamento antecipado da lide cerceou o seu exercício à ampla defesa, porquanto não produzida a prova pericial por ela pretendida.

Constata-se, de fato, que a apelante protestou pela produção de provas, em especial a perícia contábil na petição inicial da reconvenção (f. 122-TJ). Todavia, intimada a especificá-las, não atendeu à determinação judicial (f. 151/151-vº-TJ).

Diante disto, percebe-se que a prova não foi produzida em virtude da inércia da própria recorrente. Logo, verifica-se lhe ser vedada a arguição desta questão, pois, de acordo com o disposto no artigo 243, do Código de Processo Civil, a declaração da nulidade não pode ser requerida por aquele que lhe deu causa.

Assim sendo, REJEITO a questão preliminar suscitada pela recorrente.

Do Mérito

Em 23 de agosto de 2003, firmaram as partes o instrumento particular de promessa de compra e venda financiada de f. 30/41, tendo por objeto o imóvel constituído pelo apartamento 203, Bloco 06, do Residencial Toronto, localizado na Rua Hungria, nº 565, Bairro Nova Pampulha, no Município de Ribeirão das Neves.

As partes convencionaram o preço em R\$ 26.500,00 (vinte e seis mil e quinhentos reais), a ser pago mediante sinal de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), somado a 12 (doze) parcelas mensais no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), a serem pagas até a entrega das chaves, quando seria então devido um pagamento de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), ao qual se seguiriam 100 (cem) parcelas mensais no



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

valor R\$ 185,50 (cento e oitenta e cinco reais e cinquenta centavos) cada, de acordo com plano corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor.

Verificada a inadimplência da promitente compradora, em 02/01/2006 as partes aditaram o referido contrato, renegociando as parcelas (040, 052, 064, 076, 088, 100 e 107 a 112), as quais totalizavam um débito de R\$ 3.173,88 (três mil, cento e setenta e três reais e oitenta e oito centavos), a ser pago em 5 (cinco) parcelas anuais e intermediárias no valor de R\$ 525,98 (quinhentos e vinte e cinco reais e noventa e oito centavos, com o primeiro vencimento em 20 de dezembro de 2006, corrigidas a 12% (doze por cento) ao ano e reajuste mensal pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (f. 46/52).

Contudo, o novo compromisso também não foi cumprido, razão pela qual a promitente vendedora procedeu à notificação extrajudicial da adquirente em 30 de agosto de 2007, para pagar o débito em atraso ou desocupar e restituir o imóvel, no prazo de trinta dias (f. 53/57). Diante da inércia desta, a ora apelada ingressou com a presente ação buscando a rescisão do contrato e a reintegração na posse do imóvel.

A requerida apresentou contestação e também reconveio, pleiteando a revisão do contrato celebrado entre as partes, com a realização de novos cálculos do valor do devido, decotados os juros remuneratórios e sua capitalização, ou, alternativamente, acaso encontrado saldo devedor em montante elevado, a resolução do pacto, com a devolução de 90% (noventa por cento) dos valores pagos.

A douta Juíza singular, conforme relatado, julgou improcedente a reconvenção e parcialmente procedentes os pedidos da ação principal, para determinar a rescisão do contrato sub judice e a consequente reintegração da requerente na posse do imóvel descrito na inicial.

A adquirente, então, recorreu, pugnando pela cassação da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

sentença, ou pela revisão do contrato, com a realização de novos cálculos, decotados os juros remuneratórios e sua capitalização, de forma a lhe assegurar o pagamento da dívida e o direito à moradia. Em caso de manutenção da resolução do contrato, requer a recorrente que seja determinada a devolução, em parcela única, de 90% (noventa por cento) do valor efetivamente pago e a exclusão da retenção mensal de 0,5% (meio por cento) do valor de mercado do imóvel, a título de indenização pela fruição do bem, determinada na sentença.

O pedido reconvenicional tem por objeto a revisão das cláusulas contratuais contidas em um contrato de financiamento e promessa de compra e venda de imóvel celebrado em 23 de agosto de 2003 (f. 30/36), as quais prevêm: taxa anual de juros de 12% (doze por cento), capitalizados nos termos do artigo 591 do Código Civil de 2002; correção monetária mensal pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor apurado no mês anterior; e retenção de 40% (quarenta por cento) do valor pago em caso de rescisão contratual decorrente da inadimplência da promitente compradora.

Anota-se, inicialmente, que a relação jurídica em debate caracteriza-se como sendo de consumo, uma vez que as partes contratantes se revestem dos atributos descritos pelos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

Nesta circunstância, regem a interpretação do contrato em foco os princípios da transparência, do equilíbrio na formação do contrato, da proteção da confiança, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, os dois últimos também previstos pelos artigos 421 e 422 do Código Civil Brasileiro.

Conforme assinala CLÁUDIA LIMA MARQUES:

"Aqui, a intervenção do Estado nos negócios privados tem por objetivo alcançar um certo equilíbrio entre direitos e obrigações no texto contratual final, evitando a imposição de cláusulas desequilibradoras ou cláusulas de renúncia aos novos direitos dos consumidores. Trata-se realmente de uma redução da liberdade de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

estabelecer livremente o texto do contrato de crédito. Esta nova limitação da autonomia da vontade tem também sua origem no princípio da boa-fé, ao evitar o abuso ou a vantagem exagerada do parceiro contratual preponderante.

(...)

Considerada a passagem do tempo e os constantes contatos entre consumidor e fornecedor do crédito, é necessário lembrar que o princípio da boa-fé deve agir aqui de uma maneira positiva, fazendo nascer novas obrigações acessórias entre credor e consumidor, como, por exemplo: o dever de proteção do patrimônio do outro (evitando prejuízos financeiros sem causa), de proteção dos direitos da personalidade do outro (evitando danos morais ou por ricochete), o dever de cooperação (visando a execução da obrigação principal pelo outro sem impor dificuldades excessivas) e, mais particularmente, o dever de sigilo bancário (na medida autorizada por lei) e dever de informação correta sobre a situação financeira do consumidor. (Os contratos de crédito na legislação brasileira, apud Wald, Arnoldo. Doutrinas Essenciais Direito Empresarial, vol. VII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 535 e p. 549/550).

Acerca da possibilidade de revisão judicial do contrato, destaque-se, ainda, a doutrina de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

"Revisão judicial do contrato. Pela cláusula geral da função social do contrato o juiz pode revisar e modificar cláusula contratual que implique desequilíbrio entre as partes. Essa atividade integrativa do juiz assume o caráter de direito positivo vinculante, em nome da legitimação democrática do direito e do princípio da divisão dos poderes. (...)" (Código Civil Comentado e Legislação Extravagante, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2005, p. 379).

No presente processo impugna a reconvinte/apelante a cobrança de juros remuneratórios capitalizados, a incidência de correção monetária calculada pelo Índice Nacional de Preços ao



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Consumidor e a retenção de 40% (quarenta por cento) do valor pago em caso de rescisão contratual decorrente da inadimplência da promitente compradora.

Passa-se, pois, à apreciação dos pontos questionados.

Da Capitalização de Juros:

A princípio, afigura-se possível a incidência de juros remuneratórios em contratos de compra e venda de imóveis nos quais o financiamento seja efetuado diretamente pela construtora, como ocorre no caso dos autos.

Contudo, a taxa de juros adotada nestes pactos não pode ser abusiva, devendo respeitar os parâmetros estabelecidos pelo artigo 406 do Código Civil, uma vez que tais construtoras não se enquadram no conceito de instituição financeira, cujas taxas se sujeitam à regulamentação própria.

Assim, após detida análise dos autos, verifica-se que o índice de juros de 12% (doze por cento) ao ano, previsto na cláusula quinta do negócio celebrado entre as partes, é adequado e sua incidência não constitui cobrança abusiva, pois se coaduna com o disposto nos artigos 406 do Código Civil e 161, parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional, os quais estabelecem os juros legais em 1% (um por cento) ao mês.

Esta é a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE.

1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios.

2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos.

3 No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença.

4. Precedentes: REsp n. 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/10/2002, DJ 2/12/2002, p. 306, REsp n. 1.133.023/PE, REsp n. 662.822/DF, REsp n.1.060.425/PE e REsp n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp n. 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp n. 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA.

5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato" (STJ - EREsp nº. 670.117/PB - Rel. Ministro Sidnei Beneti - DJe de 26.11.2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL FIRMADO COM CONSTRUTORA. JUROS. 12% AO ANO. APLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI DA USURA. DOBRO DO LIMITE DE 6% PREVISTO NO CCB/16. ENTIDADE QUE NÃO INTEGRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEXADORES AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE E



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

VANTAGEM EXCESSIVA VERIFICADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Construtora Ré não é instituição financeira, não integrando, dessa forma, o Sistema Financeiro Nacional. Desse modo, incidente a Lei da Usura, em especial seu artigo 1º, que estabelece o patamar de 12% ao ano, ou seja, o dobro da taxa legal prevista no Código Civil de 1916, no limite de 6% ao ano.

2. A utilização do CUB-Sinduscon, índice de idêntica natureza do INCC, somente se afigura incabível após a conclusão da obra do imóvel. Precedentes.

3. Ausente a ocorrência de abusividade e de vantagem excessiva oriundas da pactuação dos indexadores: CUB-Sinduscon, quando em construção o imóvel, e IGP-M, após sua entrega, conforme consignado pelo Tribunal de origem com base no acervo fático-probatório, a inversão do julgado encontra óbice contido nos Enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental improvido" (STJ - AgRg no REsp nº. 761.275/DF - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJe de 26.02.2009).

Entretanto, em que pese a possibilidade de cobrança de juros remuneratórios pela construtora, conforme entendimento jurisprudencial já consolidado pela súmula nº. 121, do Supremo Tribunal Federal, inda que explicitamente convencionada no contrato, não se permite a capitalização dos juros. Tal orientação somente pode ser excepcionada quando houver expressa previsão legal, o que não ocorre no caso dos autos, porquanto o financiamento foi realizado diretamente pela construtora, a qual, conforme já dito, não é instituição financeira.

Assim já decidiu esta 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. FINANCIAMENTO PELA CONSTRUTORA. JUROS REMUNERATÓRIOS DE 12% AO ANO. LEGALIDADE. CAPITALIZAÇÃO ILEGAL. SENTENÇA MANTIDA.

1). Não sendo a construtora instituição financeira, não está autorizada a cobrar juros em patamar superior ao legal, muito menos de forma capitalizada.

2) Tendo os juros remuneratórios sido pactuados de acordo com os artigos 406 do CC/02 e 161. §1º, do CTN não há que se falar em abusividade" (TJMG - Apelação Cível nº. 1.0024.12.273016-1/001 - Rel. Des. Marcos Lincoln - DJe de 23.02.2015).

Neste mesmo sentido, é o entendimento adotado por outros órgãos fracionários desta Corte:

"APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CORREÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO.

1- A jurisprudência tem se firmado no sentido de que não existe qualquer abusividade na cláusula contratual que estipula o uso do CUB/SINDUSCON como indexador, contudo, sua utilização somente se justifica enquanto o imóvel estiver em construção, pois tal índice reflete a variação de preços no setor da construção civil.

2 - O verbete da Súmula n. 121 do STJ veda a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

3- Uma vez comprovado o pagamento de valores indevidos, mister se faz sua devolução, entretanto, de maneira simples, posto que não se pode atribuir à construtora qualquer má-fé quando da cobrança de valores previstos no contrato" (TJMG - Apelação Cível nº. 1.0024.06.996547-3/002-Rel. Desª. Cláudia Maia - Dje de 01.03.2013).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"AÇÃO MONITÓRIA - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - ADITIVOS CONTRATUAIS POSTERIORES - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICAÇÃO - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - VEDAÇÃO - VALOR DEVIDO - LIQUIDAÇÃO.

- A ordem pública e a função social do contrato são limites impostos à autonomia contratual privada e, em harmonia com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, permitem a anulação de cláusulas contratuais abusivas.

- É possível a análise das cláusulas do contrato celebrado antes do aditivo objeto do pedido monitorio, por haver uma seqüência na relação negocial, referindo-se a discussão à verificação da própria legalidade do repactuado, tornando necessária a retroação da análise do acordado desde a origem, para que seja apreciada a legitimidade da constituição da dívida, pelos sucessivos atos celebrados entre as partes.

- Não se admite a prática de capitalização de juros (anatocismo) fora dos casos expressamente permitidos (crédito rural, comercial e industrial), a teor da aplicação das Súmulas n. 121 do STF e 93 do STJ.

- Verificada abusividade, devem ser decotados do débito os valores cobrados a maior, a serem apurados em liquidação de sentença.

- Recursos providos em parte" (TJMG - Apelação Cível nº. 1.0024.09.517421-5/001 - Rel. Des. Avilmar de Ávila - Dje de 30.01.2012).

Logo, mesmo quando explicitamente convencionada em contrato, não se permite a capitalização dos juros, exceto quando expressamente prevista em lei, o que não ocorre nestes autos.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Por conseguinte, deve ser decotada do cumprimento do contrato debatido a cobrança capitalizada de juros, cuja incidência se verifica ocorrente.

Da Correção Monetária:

No caso em foco, está prevista a cobrança de correção monetária mensal com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor apurado no mês anterior, não se vislumbrando, pois, a existência de cláusula potestativa ou ilegal, na medida em que a promitente compradora foi prévia e devidamente informada sobre o índice oficial de correção a incidir no caso de atraso no pagamento da prestação por ele assumida, conforme se extrai da cláusula quinta do contrato celebrado entre as partes (f. 31).

Frisa-se que o referido índice de correção está, inclusive, expressamente identificado, em destaque, na capa do instrumento contratual, onde há um resumo das principais cláusulas existentes no corpo daquele contrato (f. 30).

Por outro lado, não há óbice a que, em caso de inadimplemento das prestações, incida juntamente com a correção monetária a cobrança de juros moratórios de 0,15% (quinze centésimos percentuais) ao dia e de multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor da dívida reajustada monetariamente (cláusula nona, caput - f. 32), patamares estes que encontram respaldo na legislação e na jurisprudência pátrias, importando na legitimidade da correspondente cobrança.

Do Percentual de Retenção do Valor Pago:

A recorrente também impugna o percentual de retenção do valor pago em caso de descumprimento das obrigações estabelecido no parágrafo segundo da cláusula nona do contrato celebrado entre as partes (f. 32).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

A referida cláusula constitui multa contratual que se reveste de natureza compensatória e engloba as perdas e danos possíveis em razão de eventual desfazimento do ajuste. Sobre o tema, leciona MARIA HELENA DINIZ:

"A cláusula penal é um pacto acessório pelo qual as próprias partes contratantes estipulam, de antemão, pena pecuniária ou não contra a parte infringente da obrigação, como consequência de sua inexecução culposa ou de seu retardamento, fixando, assim, o valor das perdas e danos e garantindo o exato cumprimento da obrigação principal (RT, 505:224, 543:161, 304:250 e 525, 208:268, 226:377, 228:447, 235:234, 239:266 e 172:138; RF, 146:254 e 120:18; AJ, 10:1144; Adcoas, n. 78.630 e 77.991, 1981; JB, 158:250, 150:312 e 166:256; EJSTJ, 3:69; STF, Súmula 616)" (Código Civil Anotado. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 679).

Não obstante, no presente caso o percentual de retenção pactuado no contrato em foco em caso de rescisão contratual, qual seja 40% (quarenta por cento) do valor pago pela promitente compradora (cláusula nona, parágrafo segundo - f. 32) mostra-se elevado, configurando cláusula abusiva.

Com efeito, conforme entendimento consolidado na jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o percentual de retenção deve ser estabelecido entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago pelo devedor, observadas as circunstâncias fáticas do caso concreto. Com clareza, o Superior Tribunal de Justiça define o tema no seguinte sentido:

"DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO.

1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.

2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.

3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.

4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador.

5. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ - REsp nº. 1224921/PR - Rel. Min^a. Nancy Andrighi - DJe de 11.05.2011).

Assim, no caso dos autos, a retenção de 20% (vinte por cento) do valor pago estabelecida na sentença mostra-se elevada, uma vez que não foi demonstrada a ocorrência de nenhuma circunstância excepcional, a justificar a retenção de percentual superior ao patamar mínimo admitido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por tal razão, deve ser determinada a retenção de apenas 10% (dez por cento) do montante adimplido pela recorrente, observados os critérios de juros e correção monetária estabelecidos na sentença. Esse valor é suficiente para compensar a recorrida pelo prejuízo experimentado com o desfazimento do negócio jurídico,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

compreendendo o pagamento dos custos operacionais decorrentes da realização do contrato de promessa de compra e venda em foco, sem configurar retenção abusiva, a fomentar o enriquecimento ilícito desta em detrimento da apelante.

Da Indenização Pela Fruição do Imóvel:

A sentença recorrida determinou, ainda, o pagamento de indenização pela fruição do imóvel no montante de 0,5% (meio por cento) do valor de mercado do bem a cada mês em que a recorrente permaneceu no apartamento desde a data em que se tornou inadimplente, qual seja 17/05/2006, até a efetiva entrega das chaves à Construtora Tenda S.A.

Com efeito, na rescisão do contrato decorrente do inadimplemento do comprador, admite-se a cumulação entre a retenção de parte do valor pago e a indenização pela fruição do imóvel, porquanto tais parcelas visam a compensar o vendedor por fatos distintos, embora ambas tenham natureza indenizatória.

Enquanto a cláusula penal compreende o pagamento de uma garantia previamente estabelecida para o caso do inadimplemento do contrato, a qual compreende o pagamento dos custos operacionais decorrentes da própria realização da avença, conforme já explicitado, a indenização pela fruição do imóvel visa a compensar o prejuízo financeiro sofrido pelo credor em razão da privação do exercício de sua posse após o inadimplemento do devedor.

Esta indenização depende, portanto, da demonstração do proveito econômico obtido pelo devedor em virtude da efetiva utilização do bem, a qual está presente nos autos, uma vez que a própria apelante afirma, em suas razões recursais, que continua a residir no imóvel mesmo após ter se tornado inadimplente.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça manifesta:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. PROMITENTE COMPRADOR QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. CLÁUSULA PENAL. INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

(...)

- A multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel.

Recurso especial conhecido e provido" (STJ - REsp 953.907/MS - Rel. Min^a. Nancy Andrighi - Dje de 09.04.2010).

No mesmo teor, os julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais dispõem:

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE - RETENÇÃO DE PERCENTUAL DO VALOR PAGO - POSSIBILIDADE - DIREITO DE FRUIÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Tratando-se de ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, o prazo prescricional aplicável é de 10 (dez) anos, consoante a previsão contida no art. 205, do Código Civil vigente, a contar de sua entrada em vigor.

2. Não havendo estipulação contratual nesse sentido, revela-se razoável e proporcional a retenção do percentual de 20% (vinte por cento) do valor efetivamente pago pelo comprador inadimplente, a título de multa, para ressarcir os promitentes vendedores dos prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato.

3. Havendo rescisão de contrato de promessa de compra e venda de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

este usufruindo do bem, cabe ao promitente vendedor o direito de indenização, pelo uso e fruição do imóvel, durante o período de inadimplência" (TJMG - Apelação Cível 1.0114.10.001876-0/001 - Rel. Des. Alberto Diniz Junior - DJe de 31.03.2015).

"AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES - RESCISÃO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - PRELIMINARES - PRECLUSÃO - NÃO CONHECIMENTO - MULTA PENAL - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - FRUIÇÃO - OCUPAÇÃO - CONDENAÇÃO - DANOS MORAIS - NÃO CABIMENTO.

Não se conhecem de preliminares que já restaram decididas em primeira instância através de decisão interlocutória não recorrida, sob pena de ofensa ao instituto da preclusão.

Admite-se a redução da pena convencional para que sejam retidos 10% (dez por cento) das parcelas efetivamente pagas pelos adquirentes de imóvel, em caso de rescisão de contrato por culpa destes, sendo tal patamar razoável, conforme orientação jurisprudencial.

Devida é a indenização a título de fruição do imóvel, em caso de rescisão de contrato de compra e venda, devendo ser fixada no importe de 0,5% sobre o seu valor, com lastro nas peculiaridades do caso concreto.

Incabível o reconhecimento da responsabilidade indenizatória quando aquele que sofreu os prejuízos podia lhes ter evitado" (TJMG - Apelação Cível 1.0024.09.750672-9/001 - Rel. Des. Wanderley Paiva - DJe de 18.03.2013).

Logo, devida a indenização pela fruição do imóvel a partir do momento em que a recorrente se tornou inadimplente, nos termos fixados na sentença.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Da rescisão do contrato:

Reporta-se, neste aspecto, que não merece prosperar a pretensão da apelante de ver assegurada a manutenção do contrato. De fato, o pedido de rescisão formulado pela requerente encontra amparo no parágrafo segundo da cláusula nona da avença, que dispõe:

PARÁGRAFO SEGUNDO: A falta de pagamento de 3 (três) parcelas de vencimentos mensais e consecutivos, ou qualquer delas por prazo superior a 90 (noventa) dias, implicará nos termos do Art. 127 do Código Civil de 2002, na rescisão de pleno direito do contrato de Promessa de Compra e Venda celebrado, após envio de Notificação ao Promitente Comprador dando-lhe prazo de 10 (dez) dias para purgar a mora (...) (f. 32).

Assim, tendo a recorrida seguido o procedimento previsto no instrumento contratual, mediante efetiva notificação da promitente compradora para purgar a mora, conforme demonstram os documentos reproduzidos às f. 63/68, e não tendo esta elidido o inadimplemento, adequada a declaração da rescisão do contrato, uma vez que a medida decorre do regular exercício de um direito de titularidade da credora.

Com efeito, o direito de rescisão do contrato só poderia ser afastado caso houvesse demonstração do adimplemento substancial do valor devido, em atenção aos princípios da conservação, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Todavia, por se tratar de fato impeditivo do direito da autora, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, o ônus da prova deste fato competia à recorrente, que dele não se desincumbiu. Adequada, portanto, a declaração da rescisão do contrato.

Destaca-se, neste ponto, que também deve ser rejeitado o pedido da recorrente para que a restituição dos valores já pagos seja



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

feita em parcela única, uma vez que o parágrafo terceiro da cláusula nona da avença em foco estabelece que, em caso de rescisão contratual, a devolução dos valores será efetuada na mesma quantidade de parcelas pagas pela promissária compradora.

A referida cláusula foi livremente pactuada entre as partes e não se reveste de qualquer abusividade, razão pela qual não se sujeita à revisão.

Destarte, pelos fundamentos em que prolatada, a sentença recorrida não merece prevalecer em seus termos integrais.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao presente recurso para DECLARAR A NULIDADE da cláusula contratual alusiva à capitalização de juros e para REDUZIR o percentual de retenção para apenas 10% (dez por cento) do montante adimplido pela recorrente.

Diante da sucumbência recíproca, CONDENO as partes ao pagamento das custas judiciais e recursais, à razão de 30% (trinta por cento) pela reconvinde/apelante e de 70% (setenta por cento) pela reconvida/apelada, bem como dos honorários advocatícios em favor dos procuradores adversos, que, fixo, na mesma proporção sobre o valor da condenação, com fundamento no artigo 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Todavia, deixo sobrestados os pagamentos devidos pela reconvinde/recorrente, em virtude de se encontrar litigando sob o pálio da assistência judiciária, na forma do artigo 12, da Lei n. 1.060/50.

Transitada esta em julgado, retornem os autos ao juízo de origem, observando-se as cautelas legais.

DES. MARCOS LINCOLN (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. WANDERLEY PAIVA (VOGAL) - De acordo com o Relator.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SÚMULA: "REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO"