

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

SAULO FONTES DA CRUZ

**A RETENÇÃO ABUSIVA NA DESISTÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR NA
PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS À LUZ DOS JULGADOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE: UMA ANÁLISE DOS PRECEDENTES**

Aracaju

2016

SAULO FONTES DA CRUZ

**A RETENÇÃO ABUSIVA NA DESISTÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR NA
PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS À LUZ DOS JULGADOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE: UMA ANÁLISE DOS PRECEDENTES**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe
como um dos pré-requisitos para obtenção
de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR:
Prof. Msc. Afonso Carvalho de Oliva

Aracaju

2016

SAULO FONTES DA CRUZ

**A RETENÇÃO ABUSIVA NA DESISTÊNCIA DO PROMITENTE COMPRADOR NA
PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS À LUZ DOS JULGADOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE: UMA ANÁLISE DOS PRECEDENTES**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Afonso Carvalho de Oliva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Prof. Msc. Fernanda Gurgel Raposo
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Prof. Msc. Patrícia Andréa Cáceres da Silva
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, a meus pais, irmãos, família, a minha namorada e aos amigos pelo apoio e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me dado força, saúde e persistência para superar todos os obstáculos.

Aos meus pais, Iranilde e William, pela formação adquirida, pelo incentivo e apoio em todos os momentos, bons ou difíceis.

A minha namorada Thamyras, pela compreensão das minhas ausências e pelas dicas sempre bem-vindas aos meus estudos.

Aos meus irmãos Gabriela e Thomaz, pelo carinho, incentivo e esforço dessa caminhada.

Aos meus familiares, que sempre acreditaram em meu potencial, contribuindo direta ou indiretamente nesta conquista.

Aos meus amigos e colegas, próximos ou distantes, que me apoiaram, incentivaram-me e, muitas vezes, aconselharam-me, mostrando os obstáculos a serem superados.

À FANESE, instituição exemplo, por ter me proporcionado a oportunidade de tornar esse sonho uma realidade.

Minha gratidão à equipe da coordenação do curso de Bacharelado em Direito, pelo apoio e por estarem sempre dispostos a tirar nossas dúvidas acadêmicas.

Ao meu professor e Orientador Afonso Carvalho de Oliva, pelo auxílio, paciência, atenção, força e coragem depositada em mim.

Aos demais professores, agradeço pelo conhecimento transmitido, pela compreensão e amizade que facilitaram nessa caminhada. Vocês foram imprescindíveis na minha formação acadêmica.

A Senior Advocacia e Consultoria, por me proporcionar a oportunidade e espaço para realização desta pesquisa.

As minhas ex-chefes Dra. Dianna Nogueira Villas-Bôas e Dra. Kelly Cristina dos Anjos Araújo por terem sugerido, incentivado e ajudado na escolha do tema.

Ao Dr. Carlos Freud de Moura Melo pelo apoio, confiança, paciência e compreensão no curso da produção monográfica.

Por fim agradeço a todos que de uma maneira ou de outra contribuíram pra essa valiosa conquista, sem os ensinamentos e dedicação a nós repassado jamais

conseguiríamos concluir com eficácia esta difícil missão, na qual aceitei cumprir, dessa forma, conseguiremos pleitear por um mundo mais justo e igualitário para todos.

Obrigado a todos.

“O consumidor é o elo mais fraco da economia: E nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.”

(Henry Ford)

RESUMO

A presente pesquisa proporciona verificar se o percentual de retenção aplicado pelas construtoras na desistência do promitente comprador nas promessas de compra e venda de imóveis é abusivo à luz do Tribunal de Justiça de Sergipe. A atual redução da capacidade econômica fez com que os consumidores sofressem uma enorme dificuldade em honrar dívidas, entre elas as obrigações do negócio jurídico nos contratos de promessa compra e venda de imóveis. Dessa forma, há um crescente índice de pessoas que desejam realizar distrato do contrato com as construtoras. Para um aprofundamento maior sobre este tema vale ressaltar que em um primeiro momento examina-se o conhecimento da retenção abusiva, bem como conceito de cláusulas abusivas nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis no momento do distrato, atribuídas pelo judiciário sergipano. Assim, espera elencar os direitos dos clientes distratantes no momento do desfazimento dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, evitando o enriquecimento ilícito das construtoras, além de informar o entendimento jurisprudencial acerca do tema, esclarecendo, assim, dúvidas e direitos que os consumidores distratantes possuem, haja vista não terem conhecimento jurídico. O presente trabalho contribuirá para o desenvolvimento social e econômico dos consumidores sergipanos, mostrando o real direito do consumidor na hora que necessitar realizar o distrato nos contratos de compra e venda de imóveis. Para a pesquisa houve embasamento nos doutrinadores: Carlos Roberto Gonçalves, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, Sílvio de Salvo Venosa, entre outros. Por fim, demonstraremos além do entendimento doutrinário, o jurisprudencial do tema abordado nesta pesquisa.

Palavras-chave: Retenção Abusiva; Promessa de Compra e Venda; Cláusula Abusiva; Consumidor; Distrato.

ABSTRACT

This research provides verify that the retention percentage applied by construction companies in the withdrawal of the prospective buyer in the purchase promise and sale of real estate is abusive in light of Sergipe Court. The current slowdown in economic capacity caused consumers to suffer a huge difficulty in honoring debts, including the obligations of the legal business contracts promise of buying and selling real estate. Thus, there is a growing percentage of people who wish to perform termination of the contract with the builders. For further clarification on this topic is worth mentioning that at first examines the knowledge of the wrongful retention as well as the concept of unfair terms in promissory purchase agreements and selling real estate at the time of dissolution, assigned by sergipano judiciary. So waiting list the rights distratantes customers at the unmaking of buying and selling real estate pledge agreements, preventing illicit enrichment of construction, in addition to informing the jurisprudential understanding of the topic, clarifying thus doubts and rights as distratantes consumers have, given they do not have legal knowledge. This work will contribute to the social and economic development of Sergipe consumers, showing the real right of the consumer at the time they need to realize the termination of the purchase and sale of real estate. For the research was the basis jurists: Roberto Carlos Gonçalves, Luiz Antonio Nunes Rizzatto, Sílvio de Salvo Venosa, among others. Finally, we will demonstrate beyond doctrinal understanding, the subject of jurisprudential addressed in this research.

Keywords: Abusive retention; Promise of Purchase and Sale; Abusive clause; Consumer; Rescission.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO CONTRATUAL.....	14
2.1 Princípio da Autonomia da Vontade de Contratar.....	14
2.2 Princípio da Força Obrigatória do Contrato.....	15
2.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais.....	17
2.4 Princípio da Boa-Fé nos Contratos.....	18
2.5 Princípio da Função Social do Contrato.....	20
3 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS.....	22
3.1 Conceito.....	22
3.2 Natureza Jurídica.....	23
3.3 Classificação.....	25
3.4 Desistência e Distrato da Promessa de Compra e Venda.....	26
4 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	29
4.1 Abuso de Direito.....	29
4.2 Contratos de Adesão.....	30
4.3 Cláusulas Abusivas e Nulidade.....	32
4.4 Artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor.....	34
5 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE.....	37
5.1 Decisões do 2º Grau do Tribunal de Justiça de Sergipe.....	37
5.2 Decisões da Turma Recursal do Tribunal de Justiça de Sergipe.....	44
6 CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a retenção abusiva na desistência do promitente comprador na promessa de compra e venda de imóveis à luz dos julgados do Tribunal de Justiça de Sergipe: uma análise dos precedentes. Diante disso, observamos que o mercado econômico estava aquecido e muitas pessoas se programaram para a compra de imóveis. Entretanto, a conjuntura econômica atual do país não condiz com a antiga realidade, ou seja, a economia encontrasse em recessão.

Desta forma, cresceu a quantidade de consumidores desistindo da compra, manifestando o desejo de rescindir o contrato.

Pois bem, é neste momento que diversas armadilhas são encontradas implícitas nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, nas quais, implicam a cláusula de decaimento ou rescisão, tendo como consequência o pagamento de taxas e valores desproporcionais. Assim, será que o pagamento dessas taxas e valores estariam em acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia usada será o método indutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica, aduzindo várias obras doutrinárias em relação ao tema. A análise do tema será desenvolvida através das fontes primárias, tais como a legislação vigente, doutrina e jurisprudência que tratem do assunto. Também será utilizada, como técnica secundária, a pesquisa e leitura de publicações a respeito da problemática em questão. A pesquisa terá natureza qualitativa.

Por ser um tema atual, crescente e divergente, além de possuir um enorme impacto no campo de desenvolvimento econômico e social da população brasileira, o tema fora acolhido pelo autor, a fim de contribuir e esclarecer eventuais direitos a sociedade.

O assunto mostra-se de grande relevância e importância, haja vista que o aumento dos números de consumidores distratantes acaba mostrando de forma indireta como anda a situação econômica e social do país, fazendo com que a Justiça, seja acionada inúmeras vezes por pessoas que procuram realizar seus distratos de forma mais justa, evitando, assim, o enriquecimento ilícito das construtoras e minimizando os prejuízos dos consumidores.

Os contratos de promessa de compra e venda são caracterizados como de adesão, sendo praticamente impossível sua discussão e modificação, dessa forma a

análise do tema espera contribuir para que os julgamentos tenham uma linha pacificada e uma qualidade maior, além de garantir a proteção consumerista.

Com isso, tal pesquisa foi elaborada com o objetivo de verificar se o percentual de retenção aplicado pelas construtoras na desistência do promitente comprador nas promessas de compra e venda de imóveis é abusivo à luz do Tribunal de Justiça de Sergipe.

No entanto, para realização das pesquisas foram feitos alguns questionamentos acerca do processo de produção do distrato, tais como: Qual o conceito de cláusula abusiva? O que caracteriza uma relação consumerista contratual? É possível a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no negócio jurídico de promessa de compra e venda de imóveis? Quais as normas regulamentadoras vigentes que abordam essa temática? Quais os reais direitos dos consumidores? Quais os princípios contratuais envolvidos no negócio jurídico? Qual o entendimento Jurisprudencial sobre o tema? Essas são as questões que nortearam o desenvolvimento teórico do presente trabalho.

A proposta do segundo capítulo é contextualizar, do ponto de vista dos doutrinadores quais os princípios essenciais do direito contratual pertencentes em qualquer tipo de relação contratual, a sua definição, aplicabilidade e características referente aos Princípios da Autonomia da Vontade de Contratar, da Força Obrigatória do Contrato, da Relatividade dos Efeitos Contratuais, da Boa-Fé nos Contratos, da Função Social do Contrato, abordando assim os aspectos gerais do instituto princípio.

Em seguida, no terceiro capítulo, trataremos do contrato de promessa de compra e venda de imóveis, seu conceito, sua natureza jurídica e classificação, bem como o arrependimento e distrato da promessa de compra e venda.

O quarto capítulo aborda o abuso de direito, as cláusulas abusivas e sua definição, além da sua nulidade e os artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. Neste capítulo é apresentado de fato a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

O último capítulo revela os resultados perante o Tribunal de Justiça de Sergipe e uma análise dos precedentes da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no arrependimento e distrato da promessa de compra e venda de imóveis, mostrando assim as decisões pacíficas e favoráveis à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com esses julgados mostramos o quanto o Código de Defesa do Consumidor se tornar aplicável nas soluções de conflitos nessa relação consumerista, protegendo assim a parte hipossuficiente e mais fraca da relação.

2 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO CONTRATUAL

Os princípios são normas estruturantes, sobre as quais norteiam determinado sistema.

Por princípio, entendam-se os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica, segundo abordam Gagliano; Pamplona Filho (2012).

Um dos caminhos mais curtos para a solução de conflitos jurídicos está na aplicação dos princípios, haja vista que o estudo deles possibilita a formação de uma teoria geral aplicável indistintamente ao sistema que incidem.

Dessa forma, vale destacar a importância dos princípios fundamentais da Doutrina Contratual, uma vez que estes são os pilares dos Contratos.

2.1 Princípio da Autonomia da Vontade de Contratar

A liberdade de contratar por partes dos contratantes imperará na celebração do contrato. Eles ficam livres para escolher com quem contratar, o que contratar e entre contratar ou não contratar.

O Código Civil em seu artigo 421 prevê a liberdade contratual nos termos que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. O artigo 425 preceitua que é lícito às partes estipular contratos atípicos, observando as normas gerais fixadas no Código Civil.

Para Diniz (2013, p.32), este princípio consiste no poder que os contratantes possuem de “estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Já o autor Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 20) afirma que:

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados.

Os únicos limites que impõe a liberdade de contratar é a observação das leis e dos bons costumes, bem como a capacidade do ser humano.

Rodrigues (2013, p.14) nos ensina que:

O princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.

A supremacia da ordem pública e os bons costumes fazem com que o princípio da autonomia não seja absoluto, deixando assim, as partes subordinadas a essas peculiaridades.

A imposição de normas de ordem pública limitando a manifestação de vontade dos contratantes tornou-se necessária, para que a liberdade volitiva, sem contenção, não se converte-se em abuso.

Todavia, as limitações não aniquilam a autonomia privada, se não as relações privadas se estagnariam e acarretaria um forte colapso na sociedade.

2.2 Princípio da Força Obrigatória do Contrato

O princípio da força obrigatória do contrato, conhecido como *pacta sunt servanda*, diz que o acordo firmado entre os contraentes tem força obrigatória. E caso não fosse respeitado, de nada valeria o negócio, seria apenas um mero protocolo de intenções, sem validade jurídica.

Para Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 38), “O princípio da força obrigatória, denominado classicamente *pacta sunt servanda*, traduz a natural cogência que deve emanar do contrato, a fim de que se lhe possa reconhecer utilidade econômica e social”.

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 345) alega que:

O ordenamento deve conferir à parte instrumentos jurídicos para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou indenizar pelas perdas e danos. Não tivesse o contrato força obrigatória estaria estabelecido o caos. Ainda que se busque o interesse social, tal não deve contrariar tanto quanto possível a vontade contratual, a intenção das partes.

Esse princípio cria, em regra, uma lei entre as partes sendo que suas cláusulas ensejam preceitos legais imperativos, consolidando, uma segurança do comércio jurídico.

A segurança das relações negociais teria prejuízo caso não houvesse reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos.

A obrigatoriedade do princípio não pode ser ou ter um caráter absoluto, ou seja, não deve haver a imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, haja vista que as relações sociais evoluem e modificam de acordo com as necessidades de cada época. Logo, se persistisse a imutabilidade causaria um desequilíbrio contratual.

Dessa evolução ou dinamismo surgiu a teoria da imprevisão, na qual um acontecimento superveniente e imprevisível torna excessivamente onerosa a prestação imposta a uma das partes, em face da outra, gerando um enriquecimento ilícito.

Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 39) argumentam que:

Aliás, a teoria da imprevisão, construída a partir da revivescência da vetusta cláusula *rebus sic stantibus* do direito canônico, é invocada quando um acontecimento superveniente e imprevisível torna excessivamente onerosa a prestação imposta a uma das partes, em face da outra que, em geral, se enriquece à sua custa ilicitamente.

A aplicação da teoria da imprevisão garante o empobrecimento injustificado da parte contratante. Sob uma nova roupagem, a teoria da imprevisão é também conhecida ou denominada como teoria da onerosidade excessiva.

Assim, a parte lesada poderá ingressar em juízo pleiteando a revisão ou a resolução do contrato.

Percebe-se, que a teoria em questão relativiza o princípio da força obrigatória, na medida em que só deverá ser aplicado quando, por razões de justiça, as condições econômicas da execução do contrato forem similares as do tempo de sua celebração.

Fatores que impliquem injusta alteração na base econômica do contrato poderão relativizar o *pacta sunt servanda* e justificar a revisão do mesmo.

Neste sentido, observa-se que o *pacta sunt servanda* tornou-se visivelmente menos rígido nos dias atuais, haja vista a grande mutabilidade social e econômica.

2.3 Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais

A oponibilidade dos contratos não é absoluta ou *erga omnes*, ela é relativa, haja vista que os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, de forma geral.

Conforme Eugênio Kruchewsky (2011, p. 19):

Os efeitos oriundos de um contrato são relativos, não absolutos, incidindo exclusivamente sobre os contratantes, sobre os quais se exaurem. Por envolver relação obrigacional, afeta apenas os que dela participaram, não se projetando *erga omnes*, sobre terceiros que nele não atuaram, mas *inter alios*.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 26):

Funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.

Como uma das características dos contratos é a manifestação espontânea de vontade para assumir livremente obrigações, o negócio jurídico interessa as partes, não cabendo terceiro estranho à relação jurídica obrigacional.

Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 116) explicam que:

Logo, um contrato entre Ana e Maria não pode, em princípio, afetar Carla.
Porém, há objetos jurídicos que podem excepcionar esta regra.
A estipulação em favor de terceiro e do contrato com pessoa a declara, são exemplos de exceção à regra.
Uma parte na qual convencionou com o devedor que este deverá realizar determinada prestação em benefício de outrem, alheio à relação jurídica obrigacional original é conhecida como estipulação em favor de terceiro.

Já, o contrato com pessoa a declarar é uma figura contratual que consiste em uma promessa de prestação de fato terceiro, caso aceite a indicação realizada.

Os mesmos doutrinadores Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 116) concluem que:

[...] há relativização do princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, quando se constata a violação de regras de ordem pública e interesse social, como no caso da declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva, em atuação judicial do Ministério Público, na defesa dos consumidores.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 27):

Não resta dúvida que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, embora ainda subsista, foi bastante atenuado pelo reconhecimento de que as cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito com aqueles.

Os princípios do Direito Privado, referente a contratos, tem se flexibilizado em função de outros interesses, não necessariamente limitados às partes contratantes, o que afirma evidentemente o macro princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conhecidos também como princípios sociais dos contratos.

2.4 Princípio da Boa-Fé nos Contratos

Desde o Código Civil Italiano de 1942 é estabelecido que as partes devem portar-se com boa-fé no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato. Este dispositivo permanece até hoje, sendo aplicado no Código Civil.

O artigo 422 do Código Civil afirma que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Esse princípio da boa-fé afirma que é dever das partes agir de forma correta e ética antes, durante e depois do contrato, já que após o cumprimento do contrato pode sobrar efeitos residuais.

Leciona Theodoro Júnior (2011, p. 34):

Além de prevalecer a intenção sobre a literalidade, compreende-se no princípio da boa-fé a necessidade de compreender ou interpretar o Contrato segundo os ditames da lealdade e confiança entre os contratantes, já que não se pode aceitar que um contratante tenha firmado o pacto de má-fé visando locupletar-se injustamente à custa do prejuízo do outro.

Venosa (2013, p. 395) diz: “Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico. É ponto da interpretação da vontade contratual”.

No vigente Código Civil predomina o exame do caso concreto na área contratual, já que o mesmo faz referência ao princípio basilar da boa-fé objetiva, especificamente no seu art. 422.

Luiz Antônio Rizatto Nunes (2012, p. 128) leciona que a boa-fé objetiva “pode ser definida como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo”.

Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 395) diz:

A ideia é que alguma parte ingressa no conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial pertence à patologia do negócio jurídico e deve ser examinada e punida. A cláusula geral deve ser analisada em cada caso concreto, onde o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviaram da boa-fé.

No instituto da boa-fé há o lado objetivo e o lado subjetivo. Em qualquer situação não deve ser desprezada a análise das duas.

Na boa-fé objetiva o intérprete leva em consideração os aspectos sociais envolvidos, assim ela se traduz como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais.

A boa-fé subjetiva as partes acreditam que sua conduta é correta, haja vista o grau de conhecimento que possui do negócio.

A avaliação da boa-fé é feita tanto nas tratativas como na execução, bem como na fase posterior do contrato já cumprido, ela é fator de interpretação. Assim, avalia-se a responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Nas relações de consumo o instituto da boa-fé é aplicado no intuito de examinar as cláusulas abusivas.

2.5 Princípio da Função Social do Contrato

A figura do Princípio da Função Social do Contrato está inserida na Constituição Federal no seu artigo 5, XXII, XXIII e no Código Civil no artigo 421 nos ensinando que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 5) afirma que:

Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função.

Já Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 368) constata que:

O Código Civil procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que este deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas em benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade.

Desde o momento que antecede até a própria execução a função social do contrato será repercutida de maneira igualitária. Caso, ocorra algum tipo de ambiguidade em uma de suas disposições, o objeto que vá contra a função social não poderá ser adotado, assim prevalecerá a que melhor reverencie o interesse da coletividade.

Segundo Eugênio Kruchewsky (2011, p. 7):

O sistema normativo brasileiro já previa, a bem da verdade, a função social da propriedade e da empresa, mas abrangeu o contrato que é o veículo por excelência e fundamental dos atos da vida econômica, completando, pois o tripé em que se assenta a relação econômica: empresa, propriedade e contrato.

Os interesses da sociedade somados com os interesses individuais dos contratantes geram uma integração de harmonia no princípio da função social do

contrato, dessa forma há uma conformidade com o princípio da liberdade e o princípio da igualdade.

Tal princípio é um limite à liberdade plena em contratar. Tem a capacidade de cominar condutas ou balizar a liberdade de escolha dos direitos e obrigações. Diante de tanto, percebe-se que não ocorre um impedimento na contratação, contudo, devem os contratantes estar adstritos, não somente a vontade individual de cada um, mas sim, pautarem-se em um não detrimento da sociedade em geral, pois o que se busca é o desenvolvimento coletivo, bem como a paz social.

3 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

Neste capítulo será tratado o conceito de contrato de promessa de compra e venda de imóveis, bem como sua natureza jurídica e classificação tendo como sua temática principal a desistência e distrato da promessa de compra e venda.

3.1 Conceito

De início, qualquer modalidade de aquisição é admissível o compromisso de compra e venda, sendo que esse objeto recebe contornos legislativos devido a sua extrema importância, tal seja, a compra de imóveis. Trata-se de um contrato preliminar.

No ramo dos negócios, os contratos preliminares recebem inúmeras denominações, como pré-contrato, compromisso, contrato preliminar, contrato preparatório, promessa de compra e venda, promessa de contrato, entre outras. Esses tipos de contratos possuem todos os pactos e efeitos jurídicos que antecedem um contrato final.

Eugênio Kruchewsky (2011, p. 108) nos ensina:

O contrato preliminar é contrato que serve à formação de um contrato superveniente, perfeitamente individualizado e definido em suas cláusulas essenciais. Os seus sujeitos se obrigam à realização futura de um outro contrato que não puderam ou não desejaram realizar, faltando a este uma determinação mais concreta e particularizada. Sua função típica, pois, consiste na criação de um vínculo contratual para a conclusão, no futuro, de determinado contrato, que se diz definitivo.

Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 148) afirmam:

Sem cair na tentação das conceituações digressivas, *compreendemos o contrato preliminar como uma avença através da qual as partes criam em favor de uma ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um contrato apenas projetado*. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico que tem por objeto a *obrigação de fazer* um contrato definitivo.

As partes envolvidas nas transações recebem denominações particulares como, promitente, compromitente-vendedor ou cedente, e promissário,

compromissário-comprador, compromissário-adquirente ou cessionário. Não se confunde com as tratativas preliminares, possuindo assim todas características do contrato acabado e perfeito.

A compra definitiva de um imóvel no compromisso de compra e venda imobiliário é o objetivo claro das partes e não a conclusão de outro contrato.

Sendo assim, a modalidade de compra e venda abrange o compromisso de compra e venda imobiliário.

A obrigação de fazer de um contrato definitivo está presente no objeto dos contratos preliminares, conforme é explícito de forma unânime nos conceitos. Apesar de guardar autonomia, o contrato preliminar já é visto peculiaridades do definitivo.

A circunstância de a promessa compreender obrigação de fazer, especificamente de declarar vontade, afetará substancialmente a sua eficácia que, bastas vezes, restará garantida, como se verificará no momento próprio segundo aborda Eugênio Kruchewsky (2011, p. 108).

Leciona Sílvia Rodrigues (2013, p.127):

O pré-contrato afirma-se, pois, como um contrato que visa ao surgimento de outro, definitivo, sendo grande a sua importância na vida moderna, derivada da utilidade prática que ele apresenta, pois por seu intermédio se adia a realização de um contrato definitivo, que não se pôde ou não se desejou consumir, sem o risco de perdê-lo.

Não se pode igualar negociações preliminares com contrato preliminar, pois são objetos jurídicos diferentes.

Constata-se que as negociações preliminares não geram direitos à contratação pretendida. Logo, pode-se falar em uma possível responsabilidade civil pré-contrato. Já nos contratos preliminares é observada a geração de obrigações.

3.2 Natureza Jurídica

Os poderes inerentes ao domínio são transferidos ao promitente comprador, conforme destaca a lei específica que regula a promessa de compra e venda. A completa propriedade será atribuída ao cliente até que todo o preço seja liquidado, enquanto isso o promitente vendedor guarda a propriedade.

Para Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 149):

Assim, fica claro concluir-se que *a natureza jurídica do contrato*, por exemplo, *é a de negócio jurídico*, uma vez que nesta última categoria subsumese a referida figura, encontrando, também aí, a sua explicação teórica existencial (a teoria do negócio jurídico explica a natureza do contrato).

A explicação do significado ou o que é isso para a ciência jurídica, consiste na afirmação da natureza jurídica de alguma coisa.

Logo a natureza jurídica do contrato preliminar não se distancia da natureza do contrato.

Os mesmos doutrinadores Gagliano; Pamplona Filho (2012, p. 150) nos ensinam:

Indiscutivelmente, na nossa visão o contrato preliminar é um negócio jurídico, na medida em que consiste em uma declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.

Neste sentido o artigo 462 do Código Civil Brasileiro verbera que “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

Eugênio Kruchewsky (2011, p. 109) afirma que “os requisitos desse negócio jurídico são os mesmos exigidos para qualquer contrato, particularmente para o contrato definitivo que com o preliminar se quer preparar, ressalvada a forma, que se afirma livre”.

O objeto do contrato de promessa de compra e venda de imóveis devem observar e obedecer os requisitos dos contratos, tais sejam, lícito, possível, que respeitem os costumes, as leis, a ordem pública, bem como aqueles que celebram os contratos preliminares devem ter capacidade e legitimidade para celebrar o pré-contrato e o definitivo.

Por ter sua forma livre, nada obsta que o contrato final exija celebração na forma de escritura pública e o pré-contrato seja feito por instrumento particular.

Daí que a promessa de compra e venda deve conter os requisitos essenciais da compra e venda, descrevendo a coisa com pormenor e o preço e as condições de pagamento com minúcia, Eugênio Kruchewsky (2011, p. 110).

Assim, é possível finalizar que o contrato final pode ir além do que aplicado na promessa, obrigando apenas a presença dos requisitos essenciais do contrato de promessa no contrato definitivo.

3.3 Classificação

Doutrinariamente existem diversas classificações que abordam sobre o tema promessa de compra e venda de imóveis.

Para Maria Helena Diniz (2013) a classificação é da seguinte forma:

Com relação à divisão, o contrato de compromisso de compra e venda é definido entre os contratos considerados em si mesmos como um contrato bilateral, oneroso, comutativo, paritário, nominado e de execução diferida. Já, entre os contratos reciprocamente considerados, define-se este como um contrato assessório.

Eugênio Kruchewsky (2011, p. 112) diz que “será bilateral o contrato preliminar quando ambos os contratantes podem exigir o seu cumprimento e unilateral quando tal faculdade é reservada a apenas um dos pré-contratantes.

O pré-comprador espera receber o objeto do promitente vendedor, após a liquidação do valor, nessa bilateralidade as partes assumem obrigações.

O consentimento das partes será sempre bilateral, sendo assim não é retirada a unilateralidade da natureza contratual nos pré-contratos. Essa unilateralidade na verdade condiz com a capacidade de exigir o cumprimento do pré-contrato, celebrando assim o contrato definitivo.

O artigo 466 do Código Civil estabelece que “se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou inexistindo esse, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor”.

Leciona Sílvia Venosa (2013, p. 424):

Quem promete dar, fazer ou não fazer algo não pode ficar indefinidamente vinculado. Se não houve prazo na promessa, cujo decurso por si só desobriga o promitente, deve este conceder um prazo para que o interessado se manifeste. Em várias situações práticas a promessa unilateral é utilizada, como, por exemplo, na opção que se dá a um credor, para alienar um determinado bem.

É oneroso porque ambas as partes obtêm vantagem econômica. Para o comprador, o direito de receber a coisa; para o vendedor, o direito de obter soma em dinheiro, o preço, assim afirma Venosa (2013, p. 29).

Quando as partes conhecem seus ônus e bônus nas promessas de compra e venda é denominada a característica de comutativo. Logo, os contratantes adquirem a natureza de obrigação de dar ou fazer algo acordado na relação jurídica.

A paritariedade é indicada por possuir uma autonomia das partes em poder ajustar condições referentes das cláusulas contratuais, não se restringindo apenas na questão de aceitar ou não aceitar as cláusulas, como acontece nos contratos de adesão.

O artigo 462 do Código Civil brasileiro expressa que “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”, logo afirma-se que a promessa de compra e venda é formal ou solene, mas nada obsta que seja realizado por instrumento particular.

A promessa de compra e venda é considerada como nominada ou típica, haja vista está legalmente disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro.

O compromisso de compra e venda é de execução diferida, já que a prestação de uma das partes não é executada unicamente, onde a obrigação só persiste até a sua extinção.

Já que o contrato de promessa de compra e venda tem como finalidade a existência de um contrato principal, há doutrinadores que o classificam como acessório, apesar de possuir características de definitivo.

A maior parte dos autores afirmam que os contratos de promessa de compra e venda são caracterizados como de adesão, sendo praticamente impossível sua discussão e modificação.

3.4 Desistência e Distrato da Promessa de Compra e Venda

A restituição de valores pagos e a rescisão contratual tem total legitimidade quando as parcelas se revelarem insustentáveis para o contratante, sendo inviáveis para o comprador, essa restituição e rescisão pode ser deflagrada a qualquer momento, e é conhecido no ramo jurídico como direito ao arrependimento, sendo previsto na natureza dos contratos, além de ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Além do aumento expressivo das parcelas, há outros exemplos de arrependimento, entre eles estão a perda de emprego e a perda de interesse na continuidade do negócio. Esses são alguns exemplos, entre muitos, identificando que o ordenamento jurídico não taxa motivos exclusivos para que o promitente comprador solicite o distrato.

Para evitar um prejuízo por parte do consumidor e o enriquecimento ilícito por parte do fornecedor, além de garantir o direito ao arrependimento, o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, exemplifica um rol de cláusulas abusivas, com intuito de proteger o consumidor.

A rescisão da promessa de compra e venda pode se dar através do consenso entre as partes ou unilateralmente, sendo um dos motivos principais da extinção do compromisso de compra e venda. Normalmente ao adquirir um imóvel ninguém pretende desistir do negócio, mas, às vezes, infelizmente pode acontecer.

Grande parte dos contratos dos compromissos de compra e venda de imóveis constam a provável rescisão por parte do promitente vendedor, sendo oculto e inerte em relação à possibilidade de rescisão pelos promitentes compradores, acarretando, assim, o cliente e consumidor buscar ajuda ao artigo 51, inciso XI do Código Consumerista.

O artigo 51, inciso XI nos ensina que “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; [...]”.

Dessa forma, qualquer indivíduo que não consiga honrar com as prestações assumidas, na relação jurídica da promessa de compra e venda, entrará em mora e será considerado inadimplente. Logo, o fornecedor buscará a rescisão do contrato de promessa de compra e venda.

De outra forma, existe situações nas quais o promitente comprador se adianta a circunstância, seja para minimizar o próprio prejuízo ou seja por outros motivos, e pede a rescisão do compromisso antes que seja considerado inadimplente pela promitente vendedora.

O direito de rescisão do contrato com a restituição de parcelas pagas é garantido no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da desistência do negócio jurídico seja por motivos que impossibilitem o pagamento das parcelas acordadas, impedindo assim, avarias à outra parte da relação jurídica. Já que o

comprador arrependido requer a rescisão da promessa, então não há porque negá-la, haja vista que o curso natural será a própria rescisão, pelo motivo do inadimplemento.

Assim, existe a possibilidade de requerer a rescisão, mesmo que a desistência ou arrependimento do contrato seja imotivado.

Na maioria das vezes, quando o promitente comprador comunica à construtora o distrato da compra do imóvel, é informado que não receberá nada de volta, ou será devolvido um valor irrisório ou ainda será preciso pagar uma multa. Todas essas opções são ilegais e abusivas, pois ferem o Código de Defesa do Consumidor.

4 CLÁUSULAS ABUSIVAS

O direito social juntamente com a proteção do consumidor, a dignidade da pessoa humana e a boa-fé teve como alicerce o ilustre Código de Defesa do Consumidor.

A relação contratual consumerista visa a proteção do indivíduo economicamente hipossuficiente por meio de medidas protetivas como, por exemplo, o impedimento de cláusulas abusivas nos contratos.

4.1 Abuso de Direito

Uma das características da abusividade é observada quando o fornecedor procura se aproveitar do consumidor devido a sua falta de instrução. Dessa forma, a prática abusiva que abranger o consumidor poderá ser questionada a qualquer momento, uma vez que o princípio da boa-fé deve permanecer antes, durante e após a relação consumerista.

As cláusulas abusivas são classes do abuso de direito, portanto a abusividade de direito é gênero e indica um conceito mais amplo em relação a abusividade das cláusulas. As relações que envolvem consumidor e fornecedor devem seguir os padrões éticos e morais, evitando ao máximo uma atuação prejudicial para qualquer uma das partes.

Para Antônio Carlos Efig (2012, p. 97) o abuso de direito se enquadra como “sendo aquele a afetar o bem-estar do consumidor, muitas vezes nela se contém alto teor de opressão e imoralidade econômica, podendo vir a causar danos substanciais ao consumidor”.

João Batista de Almeida (2009, p. 125) afirma que as práticas abusivas constituem-se em “práticas comerciais, nas relações de consumo, que ultrapassam a regularidade do exercício do comércio e das relações entre fornecedor e consumidor”.

Claudia Lima Marques (2014, p. 161) nos ensina que a “abusividade é abstrata, porque jurídica, como o abuso de direito é fenômeno jurídico da má utilização do próprio direito, das autorizações, da liberdade concedida ao indivíduo”.

Os fornecedores no intuito de adquirirem o crédito que tem junto aos consumidores inadimplentes, provocam cobranças extrajudiciais, o problema é que

na maioria das vezes essas cobranças são feitas de maneira vexatória, humilhante e enganosa.

Sendo assim, Antônio Carlos Efiging (2012, p. 98) verbera que:

Portanto, as práticas abusivas, em certa medida, dão a tônica do CDC, e abrangem diversas circunstâncias, incluindo as cláusulas abusivas [...]. As hipóteses descritas no art. 39 do CDC dizem respeito às práticas abusivas do fornecedor na relação de consumo, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Portanto, na verdade, o legislador quer alterar a conduta do fornecedor, atingindo objetiva e diretamente circunstâncias que poderiam resultar em danos ao consumidor.

Os artigos 30, 40 e 41 do Código de Defesa do Consumidor apresentam um rol exemplificativo de circunstâncias nas quais caracterizam práticas abusivas e proíbem os fornecedores de aplicá-las. Devido a inferioridade do consumidor frente ao seu fornecedor, acaba ele aceitando e concordando certos tipos de ações que o constrange, para assim realizar seus desejos e necessidades.

4.2 Contratos de Adesão

Os contratos de adesão são caracterizados quando não há a possibilidade de negociação preliminar envolvendo as cláusulas inseridas no contrato, dessa forma grandes incorporações submetem os consumidores aos seus interesses. Por sua vez, devido à má informação ou a ausência de conhecimento, os consumidores acabam aceitando o que lhe é imposto, uma vez que querem alcançar suas necessidades.

Cresce a utilização de vários contratos de adesão por parte das empresas e com eles também surgem inúmeros problemas nas relações jurídicas, como as prestações desproporcionais para as partes.

Claudia Lima Marques (2014, p. 161) conceitua cláusulas abusivas como:

A abusividade de cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização da atuação futura contrária a boa-fé, arbitrária ou lesionaria aos

interesses do outro contratante, é a autorização de abusos no exercício da posição contratual preponderante.

Já Nelson Abrão (2016, p. 147):

[...] o manuseio de disposições desfavoráveis ao consumidor ao consumidor da prestação de serviço, objetivando a mais rápida e eficiente exequibilidade do crédito inadimplido, pelo caminho nada natural do reconhecimento de documentos assinados em branco, garantias em excesso, eleição de foro, repactuação das dívidas e a progressão geométrica dos juros e consectários, numa espécie de bola-de-neve, suscitando perplexidade e a total impossibilidade do devedor responder à altura da importância exigida.

Os empresários já elaboram previamente e unilateralmente as cláusulas dos contratos para que os consumidores fiquem mais ou menos presos aos fornecedores, assim eles poderão direcionar os clientes da melhor forma que lhes convém.

Para compensar e equilibrar a relação consumerista entre fornecedor e consumidor frente as cláusulas abusivas, surge o Código de Defesa do Consumidor que atuará como um intermediador entre as partes, garantindo a boa-fé e a proteção.

João Batista de Almeida (2009, p. 139) leciona:

O CDC surgiu exatamente para coibir os abusos e restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes. A inferioridade do consumidor foi compensada pela edição de norma protetivas, como são a enumeração dos direitos básicos, as tutelas específicas, a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas e a possibilidade jurídica da revisão do contrato em caso de onerosidade excessiva.

Para Rodrigo Alves da Silva (2002, p. 163) “a desigualdade entre fornecedor e consumidor levou o legislador brasileiro, com vistas a manter o equilíbrio contratual, a editar algumas normas de forte teor social, expurgando o abuso de um contratante sobre o outro”.

Os contratos devem ser claros, transparentes, explicativos, assim estará em conformidade e nas condições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, logo facilitará a compreensão do consumidor e ele saberá o que realmente estará contratando. A boa-fé, a ética, a moral e a vontade de assinar o contrato devem se sobressair sobre o que está escrito, pois podem estar ocultos os vícios e as abusividades.

Claudia Lima Marques (2014, p. 498) leciona:

Reputam-se abusivas ou onerosas as cláusulas que impedem uma discussão mais detalhada do seu conteúdo, reforçando seu caráter unilateral, apresentando desvantagem de uma parte, e total privilegiamento d'outra, sendo certo que a reanálise é imprescindível na revisão desta anormalidade, [...].

A presença das cláusulas abusivas nas relações consumeristas, faz com uma das partes envolvidas sofra onerosidade, que nesse caso é o comprador. Assim, ocorrerá um total desequilíbrio das obrigações firmadas pelas partes.

4.3 Cláusulas Abusivas e Nulidade

A inserção de cláusulas abusivas nos contratos é totalmente vetada pelo Código de Defesa do Consumidor. Para garantir o equilíbrio entre os membros da relação consumerista contratual, muitas vezes o Poder Público entra na relação como defensor dos hipossuficientes.

Antônio Carlos Efig (2012, p. 91) afirma:

[...] o consumidor pode aceitar conscientemente a cláusula abusiva, mas, se representa vantagem excessiva para o fornecedor, é contrária a ordem pública, restando nula de pleno direito tal cláusula, visto que em conformidade com o sistema de proteção ao consumidor, referida cláusula ou condição contratual fora instituída contrariamente à lei.

O ordenamento jurídico, principalmente o Código de Defesa do Consumidor, condena qualquer tipo de ação ilegal, na relação consumerista contratual dos fornecedores contra os consumidores. Antes, durante e após a relação contratual deve permanecer o princípio da boa-fé, caso isso não aconteça, a relação contratual deve ser levada ao poder judiciário para que se tome as devidas providências, entre elas, a aplicação da presença do contrato equilibrado.

Vislumbra-se, cercear apenas as cláusulas abusivas dos contratos de adesão sem prejudicar a totalidade do contrato, assim continuará o negócio jurídico sem que haja prejuízo ou nulidade total. Na verdade, o que se busca é evitar a aplicabilidade das cláusulas abusivas e suas nulidades.

Claudia Lima Marques (2014, p. 897) diz:

A proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem a posteriori, quando o contrato já está formalmente perfeito, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As normas proibitórias de cláusulas abusivas são normas de ordem pública, normas imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumento do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática.

Já João Batista de Almeida (2009, p. 148) leciona:

O código sancionou-as de nulidade absoluta, com as decorrentes consequências jurídicas, tais cláusulas nunca terão eficácia; não convalidam pela passagem do tempo, nem pelo fato de serem alegadas pelo interessado; não são supríveis e não produzem efeito jurídico, pois a declaração de nulidade retroage à data da contratação.

Por sua vez, Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2012, p. 622) alude que:

Como a cláusula abusiva é nula, tem de ser destituída de validade e efeito já antes do pronunciamento judicial. Não há por que aguardar que se busque a declaração de algo que de fato já é. Por isso que o efeito da decisão judicial é *ex tunc*, uma vez que nela se reconheça a nulidade existente desde o fechamento do negócio.

Para que se obtenha a nulidade absoluta, proveniente de uma cláusula abusiva, é necessário a produção de provas do que fora alegado. Logo, confirmada as provas que estão em desacordo com as leis, o poder judiciário decretará a nulidade da cláusula questionada. Assim, os efeitos e os atos que a cláusula tenha provocado serão declaradas sem efeito desde o seu início.

Verifica-se que a maioria dos contratos de adesão possuem cláusulas abusivas, apesar de ser proibida pelo ordenamento jurídico. Contudo, há exceções e nem todos os contratos de adesão tem cláusulas abusivas, porém quando observadas esses tipos de cláusulas, se faz necessário uma verificação de legalidade com o Código de Defesa do Consumidor, caso não esteja, aplica-se a nulidade, mas preservando os outros itens do contrato.

4.4 Artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor

Os contratos abusivos são combatidos pelo consumidor por meio do Código de Defesa do Consumidor. Há um rol exemplificativo e não taxativo que consubstancia nulidade absoluta das cláusulas abusivas, assim elas não poderão ser sanadas. Esse rol é encontrado no artigo 51 do Código Consumerista. Porém, isso não quer dizer que, outras cláusulas que tragam onerosidade e prejuízo ao consumidor não seja analisada e modificada.

Inúmeros doutrinadores afirmam que no artigo 51 do CDC fora nomeado uma lista exemplificativa de cláusulas abusivas, gerando nulidade absoluta. Mesmo que a parte não identifique as cláusulas abusivas nos contratos de consumo, há entendimento jurisprudencial do STJ, no qual afirma a possibilidade do Juiz declarar de ofício a nulidade absoluta das cláusulas abusivas.

De acordo com o doutrinador João Batista de Almeida (2009, p. 143), “o Código do Consumidor é pródigo em dirigismo contratual, lei de índole protetiva que é. Por isso além de normas gerais de proteção, editou normas específicas que interferem no conteúdo do contrato (art. 51, seus incisos e parágrafos)”.

Os artigos 51 e 53 da Lei Consumerista versam sobre cláusulas abusivas, na qual trazem um rol exemplificativo, a saber:

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

- I** - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II** - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III** - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV** - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V** - (Vetado);
- VI** - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII** - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII** - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX** - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.

§ 3º Os contratos de que trata o caput deste artigo serão expressos em moeda corrente nacional.

Observa-se uma proteção para o consumidor em todos os sentidos, já que o CDC elenca os casos de nulidades, fazendo referência sempre ao fornecedor.

Importante mencionar, que os contratos com cláusulas que estabeleçam a perda total de valores pagos, nos contratos de compra e venda parcelados, em razão de inadimplemento, considera-se cláusula nula e abusiva, assim não produz efeito.

A análise dos artigos 51 e 53 e seus incisos deverá ser feita observando cada caso concreto, observando o exagero e ou a abusividade, sendo que a interpretação será em prol do consumidor, haja vista ser a parte mais fraca e insegura da relação.

5 PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE

Neste capítulo serão observadas decisões do 2º Grau do Tribunal de Justiça de Sergipe, bem como decisões da Turma Recursal do mesmo Tribunal, tendo como temática principal uma análise dos precedentes referente as possíveis abusividades e retenções na desistência do promitente comprador nas promessas de compra e venda de imóveis.

5.1 Decisões do 2º Grau do Tribunal de Justiça de Sergipe

Diante das pesquisas apresentadas é relevante a presença de decisões do Tribunal de Justiça de Sergipe, informando os precedentes do instituto do direito ao arrependimento e a desistência na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, contudo, serão abordadas algumas decisões para provar, sendo a atividade reconhecida como um Direito do Consumidor na relação de consumo. Começaremos, então, pelas jurisprudências de 2º Grau do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe que versam sobre o respectivo tema.

Apelação Cível - Preliminar de inépcia da inicial afastada - Mérito - Contrato de promessa de compra e venda - Desistência do comprador - Insuportabilidade da obrigação assumida - Cláusula contratual que estipula a indenização de 50% à construtora - Abusividade - Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, ainda que haja rescisão do contrato por inadimplemento do promissário- comprador, tem ele o direito de restituição das parcelas já pagas, acrescidas de correção monetária e de juros de mora, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa construtora, que permanecerá com a propriedade do imóvel e terá direito a reter 10% - Recurso que se conhece para lhe negar provimento. - Decisão Unânime.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006208391, 11ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 13/11/2007)

O Tribunal de Justiça de Sergipe, em sua segunda câmara cível, indeferiu o provimento da apelação, uma vez que o tribunal entendeu que para este tipo de contrato a jurisprudência é pacífica quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, entendendo possível a resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, reconhecendo-se o direito à restituição. Desse modo, verifica-

se que a regra expressa no art. 53 do Código Consumerista afasta a possibilidade de, nos contratos de compra e venda de imóveis, o devedor perder totalmente as prestações já pagas, em benefício do credor, como forma de restabelecer o equilíbrio entre as partes, posto que a cláusula contratual que prevê a perda total ou parcial do patrimônio do consumidor, sem contraprestação, vai de encontro ao direito de propriedade.

Convém destacar que a cláusula do contrato formado entre as partes, a qual prevê, no máximo, a devolução de 50% (cinquenta por cento) das parcelas pagas pelo comprador, enquadra-se na hipótese de abusividade, agindo com acerto a magistrada de primeiro grau, quando declarou rescindido o contrato, determinando a retenção de 10% (dez por cento) em favor da construtora.

Contudo para o Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, em sua primeira câmara cível, opta pela retenção de 25% (vinte e cinco por cento), negando o provimento do recurso interposto abaixo:

Apelação Cível. Compromisso de Compra e venda de imóvel. Aplicação do CDC. Retenção de 25% das parcelas adimplidas a título de ressarcimento ao incorporador. I - os contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante financiamento, enseja relação de consumo sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária)" (REsp nº 334.829/DF, DJ de 04/02/02II - O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado para 25%. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007216345, 10ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. CLARA LEITE DE REZENDE, RELATOR, Julgado em 19/05/2008)

Diante do exposto o tribunal não dá provimento ao recurso reconhecendo que a possibilidade de desfazimento do contrato restou decidida, além do reconhecimento da relação consumerista entre as partes.

Neste aspecto, temos que a resolução do contrato não se deu por culpa das empresas incorporadoras, pois resultou de uma situação superveniente, a perda da renda. Por outro lado, revelar-se-ia contrário ao direito, por caracterizar-se enriquecimento sem causa e violar a função social dos contratos, permitir que as

Apelantes, além de ficarem com o terreno, não devolvessem parcela alguma das que já foram pagas. As parcelas, portanto, devem ser devolvidas, mas não em sua integralidade. Fixou-se como valor razoável para a retenção por parte da empresa construtora ou incorporadora o percentual de 25% das parcelas pagas.

Novamente a segunda câmara cível do Tribunal de Justiça de Sergipe, negou provimento ao recurso, vejamos:

Civil - Ação de restituição c/c indenizatória - Contrato de promessa de compra e venda - Desistência do autor - Impossibilidade de cumprir a obrigação assumida - Cláusula contratual estipulando indenização - Abusividade - Direito de retenção do vendedor - Valor razoável.

I - Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, mesmo com a rescisão do contrato, em razão do inadimplemento do promissário-comprador, tem este o direito à restituição das parcelas já pagas, acrescidas de correção monetária e de juros de mora, tendo o vendedor direito a reter 10%, por ser este o percentual razoável. Precedentes do STJ e TJSE;

II - Não comprovando o vendedor as alegadas despesas decorrentes do contrato, inadmissível o abatimento delas quando da restituição das parcelas pagas ao apelado;

III - Recurso que se conhece para lhe negar provimento.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008202330, 1ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. MARILZA MAYNARD SALGADO DE CARVALHO, RELATOR, Julgado em 01/09/2008)

O artigo 53 do CDC estabelece que, em se tratando de rescisão contratual, mesmo no caso de inadimplência do consumidor, tem ele o direito ao reembolso do que pagou. O promitente vendedor, no entanto, pode reter parte dos valores a serem restituídos, em virtude das perdas e danos que suporta com o fim do negócio, inclusive em razão da fruição do imóvel, sendo o percentual de 10% razoável para tal finalidade.

É abusiva a cláusula que impõe ao consumidor o pagamento de percentual sobre o valor do imóvel, a título de fruição do bem, no momento da rescisão contratual. Na verdade, trata-se de forma camuflada de majorar o percentual que o promitente vendedor tem direito de reter em virtude das perdas e danos sofridos com a rescisão contratual.

Dessa forma, a fixação do percentual de 10% (dez por cento) sobre as prestações já pagas mostra-se razoável, no intuito de reparar os prejuízos sofridos pelo credor, não permitindo, assim, o enriquecimento de um em detrimento do outro.

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, conheceu dos recursos para negar provimento ao recurso interposto pela Alvorada

Empreendimentos Imobiliários e MB Engenharia SPE 040 S/A e dar provimento ao recurso interposto por Veronica de Oliveira Lazar Amado, notemos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. PEDIDO DE RESCISÃO COM DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO PELA APELANTE DO VALOR PAGO COM RETENÇÃO DOS VALORES REFERENTES ÀS DESPESAS ADMINISTRATIVAS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO EM CLÁUSULA CONTRATUAL. RAZOABILIDADE NA DETERMINAÇÃO PELO JUÍZO PRIMEVO DE RETENÇÃO DE 10% (DEZ POR CENTO) A TÍTULO DAS DESPESAS ADMINISTRATIVAS. MANUTENÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. A PARTIR DE CADA DESEMBOLSO. REFORMA DA SENTENÇA NO TOCANTE AO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. VERBAS HONORÁRIAS DE 15% (QUINZE POR CENTO) E SUCUMBÊNCIA MANTIDAS. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS O DA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PROVIDO O DA AUTORA NO TOCANTE À CORREÇÃO MONETÁRIA. À UNANIMIDADE.

- O comprador tem o direito de promover a extinção da avença, postulando a restituição do que adimpliu, retendo, entretanto, a Construtora percentual a título de indenização.

- É abusiva cláusula que prevê multa de 44,09% para perdas e danos, conforme sentença, devendo ser reduzida, em atendimento ao art. 51, IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor para o percentual de 10% (dez por cento). Razoabilidade e proporcionalidade no percentual fixado na sentença primeva.

- Termo inicial da correção monetária de acordo com o entendimento do STJ, a partir do desembolso das parcelas. Reforma da sentença primeva.

- Honorários advocatícios em atendimento ao art. 20, § 3º do CPC. Sucumbência mantida.

(Apelação Nº 201400718979, 1ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, RUY PINHEIRO DA SILVA, RELATOR, Julgado em 23/09/2014)

Não há que se falar em impossibilidade de revisão do *pacto* uma vez que é ponto pacífico, na doutrina e Jurisprudência pátrias, que esse princípio está efetivamente relativizado, ante o princípio da função social do contrato. As construtoras e incorporadas, como prestadoras de serviços, se subsumem ao Código de Defesa do Consumidor, porquanto praticam verdadeira relação de consumo com seus clientes.

Após análise dos termos do contrato de promessa de compra e venda, constatou-se que a cláusula que prevê o percentual de 60%, para o caso em deslinde, é abusiva, eis que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, sendo incompatível com a boa-fé e a equidade, sendo estas cláusulas nulas de pleno direito, visto que contrariam o sistema de proteção ao consumidor, nos termos do art. 51, IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual entendeu-se justa a redução do percentual para 10%.

O Acórdão abaixo fora relatado e discutido pelos integrantes da 2ª Câmara Cível – Grupo I, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE VALORES. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO DE ADESÃO. RESCISÃO. CULPA DOS PROMITENTES COMPRADORES. CLÁUSULA RESOLUTIVA. INTERPRETAÇÃO À LUZ DO CDC. ARTS. 51, II, C/C 53. NULIDADE MANTIDA. DEVOLUÇÃO AOS AUTORES DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DAS CONTRAPRESTAÇÕES PAGAS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA PROMITENTE VENDEDORA DE MAIORES DESPESAS A JUSTIFICAR UMA EVENTUAL RETENÇÃO DE 80% (OITENTA POR CENTO) DOS VALORES JÁ PAGOS, MOSTRANDO-SE RAZOÁVEL E JUSTO PARA REEMBOLSO DOS CUSTOS O PERCENTUAL DE 10% DO MONTANTE ADIMPLIDO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA SOBRE O VALOR A SER RESTITUÍDO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Nº 201400828177, 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, CEZÁRIO SIQUEIRA NETO, RELATOR, Julgado em 10/02/2015)

Trata-se de demanda em que se pretende a declaração de nulidade de cláusula contratual que estabeleceu a multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, na hipótese de resolução pela alienante. Cumpre, por oportuno, destacar que a relação travada entre as partes apresenta nítidos contornos de uma relação de consumo, com a prestação de serviços, razão pela qual devem ser aplicadas as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, a relação ora analisada caracteriza típico modelo de contrato de adesão, cujas cláusulas unilateralmente estabelecidas pela construtora apelante já se

encontram predispostas em seu instrumento, restando aos consumidores a escolha em aderir a elas ou não, sem que possam discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, com fundamento no artigo 54 do Código Consumerista. Acrescente-se que, com supedâneo nos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual e observando a vulnerabilidade dos consumidores, as cláusulas contratuais podem ser reajustadas, em atenção ao princípio da isonomia, declarando nulas as que estabeleçam prestações desproporcionais, reprimindo o abuso de direito, também vedado pelo Código Civil no seu artigo 187 e em atenção à função social do contrato.

Nos termos do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, é possível a revisão, pelo Poder Judiciário, de cláusulas iníquas, abusivas ou potestativas, de modo a preservar o equilíbrio contratual. Para tanto, albergado nas normas de proteção ao consumidor, extrai-se que o credor que pleitear a resolução do contrato, por inadimplemento do devedor, não poderá reter a inteireza do que tiver recebido, com lastro na inteligência dos artigos 51, inciso II c/c 53, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do que dispõe o artigo 413 do Código Civil:

A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Neste diapasão, pode o julgador, no caso de excesso, reduzir a penalidade nos termos da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso concreto, deve-se evitar prejuízo tanto aos consumidores, vulneráveis na relação jurídica, quanto à Construtora, que restou impedida em negociar o imóvel de sua propriedade e recebimento dos valores da venda. Entende-se razoável o percentual de 10% (dez por cento) do valor efetivamente pago pela unidade habitacional até a data da rescisão, a título de taxa administrativa pelas despesas empreendidas com cadastramento, atualização de banco de dados, cobrança, entre outras despesas.

A mesma segunda câmara cível demonstrou entendimento de ser possível a retenção de 25% no Acórdão a seguir:

Civil e Processual civil - Ação Declaratória de nulidade de cláusula contratual c/c devolução de importância - Promessa de compra e

venda - Arrependimento do promitente comprador - Restituição dos valores pagos - Retenção de despesas de comercialização - Cláusula que considera percentual sobre o preço corrigido do imóvel como parâmetro para dedução sobre o valor a ser restituído ao consumidor - Nulidade -Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - Na hipótese de rescisão de promessa de compra e venda por arrependimento do promitente comprador, cabível a retenção pelo promitente vendedor de 25% (vinte e cinco por cento) da totalidade dos valores adimplidos, como forma de ressarcir os custos operacionais da transação, neles incluídos a comissão de corretagem. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça;

II - Diante do fato de que o imóvel será novamente incorporado ao patrimônio da construtora, nula de pleno direito a cláusula contratual que prevê deduções sobre o valor a ser restituído ao consumidor em percentual sobre o preço corrigido do bem, nos termos do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor;

III - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 2012221543, 10ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, IOLANDA SANTOS GUIMARÃES, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 18/03/2013)

A cláusula do Instrumento Particular de Confissão de Dívida celebrado entre as partes, por referir-se a deduções sobre o preço corrigido do imóvel impende ser anulada, por resultar em desvantagem exagerada para o consumidor, porquanto o imóvel será novamente incorporado ao patrimônio da construtora, nos termos do art. 51, IV 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:

[...]

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

[...]

Frente ao exposto, fora conhecido e provido parcialmente do recurso para reformar a sentença, apenas no sentido de elevar o percentual de retenção pela promitente vendedora para 25% (vinte e cinco por cento) do valor total adimplido pela promitente compradora.

Apresentadas, no subtítulo anterior, as decisões de 2º Grau, serão apresentadas a seguir decisões da Turma Recursal à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

5.2 Decisões da Turma Recursal do Tribunal de Justiça de Sergipe

Trata-se de recurso visando à reforma da decisão que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, condenando a recorrente ao pagamento de R\$ 13.346,76 (treze mil trezentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos), referente à restituição de 90% dos valores despendidos com parcelas já pagas, até o pedido de rescisão contratual.

CDC E CIVIL – COMPRA DE APARTAMENTO – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - CONTRATO DE ADESÃO – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – POSSIBILIDADE DE DESCONTOS DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS DO VALOR A SER RESTITUÍDO – LIMITES DE 10% A 25% CONFORME ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – SENTENÇA MANTIDA–RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(Recurso Inominado Nº 201301000402, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Cléa Monteiro Alves Schlingmann, RELATOR, Julgado em 26/02/2013)

Pois bem, trata-se de relação de consumo e como tal deve ser examinada à luz dos regramentos do Código de Defesa do Consumidor, a fim de assegurar a proteção, em tese, ao consumidor vulnerável. Analisando a questão discutida, entendo que, em relação ao valor a ser restituído, não há qualquer ilegalidade na ocorrência de descontos diante da rescisão unilateral do contrato.

Ciente da possibilidade de retenção, resta analisar o quanto pode ser descontado das parcelas já pagas pela compradora, diante das despejas já realizadas pela vendedora. Tendo em vista o entendimento jurisprudencial, revela-se razoável a retenção de 10% a 25% das prestações já pagas pelo promitente comprador, devendo serem levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto. Na questão trazida nota-se que se forem levadas em consideração todas as cláusulas contidas no contrato para a rescisão, a quantia a ser descontada ultrapassaria o montante a ser devolvido, o que configuraria abusividade.

Desta forma, diante da possibilidade da fixação de um percentual de retenção entre 10% a 25%, e dos reduzidos prejuízos sofridos pelo recorrente, entendo que a decisão do magistrado de piso para que se devolva 90% da quantia já paga, correspondente a R\$ 13.346,76 (treze mil trezentos e quarenta e seis reais e setenta e seis centavos), não mereceu retoques.

A Turma Recursal do Tribunal de Justiça de Sergipe, em 24 de setembro de 2015 deu parcial provimento no Recurso Inominado abaixo, interposto pelo Recorrente.

RECURSO INOMINADO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESISTÊNCIA PELO PROMITENTE COMPRADOR. CONTRATO DE ADESÃO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. DIREITO DE RETENÇÃO PELA PROMITENTE VENDEDORA. MULTA LIMITADA AO PERCENTUAL DE 10%. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Recurso Inominado Nº 201501003031, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aldo de Albuquerque Mello, RELATOR, Julgado em 24/09/2015)

A questão aqui debatida diz respeito às regras que devem vigorar nos distratos comerciais relativos às compras e vendas de imóveis, quando for o consumidor o culpado. Pois bem, em regra, todos os contratos já preveem uma multa a ser aplicada, tendo em vista que não é de se admitir que uma das partes dê causa à rescisão contratual e fique isenta de qualquer indenização à outra parte.

Neste raciocínio, entendo que é razoável uma multa de 10% sobre o valor pago pelo consumidor, dentro dos parâmetros de razoabilidade e bom senso, mostrando-se abusiva e excessiva a multa de 15% prevista no contrato e na proposta de distrato. Desta forma, fora declarada, de ofício, a nulidade da cláusula contratual que estipula a multa rescisória em 15% do valor pago, em razão de sua evidente abusividade.

Isto porque a cláusula abusiva é nula de pleno direito, conforme o disposto no art. 51 do CDC, podendo ser declarada pelo Juiz, sem requerimento de qualquer das partes, por ser matéria de ordem pública. Acontece que a empresa vendedora tem a obrigação de efetuar determinadas despesas fiscais, tributárias e comerciais em função da celebração do negócio jurídico, no caso, a venda do imóvel.

Assim, com a desistência do negócio por vontade do consumidor, surge a necessidade de se garantir o status quo ante, ou seja, de fazer as coisas voltarem ao seu estado anterior à celebração do contrato, com a devolução dos valores pagos, ao consumidor e com a devolução do imóvel à construtora.

O Recurso Inominado abaixo visa à reforma da decisão que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, condenando a recorrente ao pagamento de R\$ 9.317,08 (nove mil, trezentos e dezessete reais e oito centavos), referente à restituição de 90% dos valores despendidos com parcelas efetivamente pagas, até o pedido de rescisão contratual.

CDC E CIVIL – COMPRA DE APARTAMENTO – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA - CONTRATO DE ADESÃO – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS – POSSIBILIDADE DE DESCONTOS DE DESPESAS ADMINISTRATIVAS DO VALOR A SER RESTITUÍDO – LIMITES DE 10% DA MULTA CONTRATUAL – SENTENÇA REFORMADA– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

(Recurso Inominado Nº 201501006299, Turma Recursal do Estado de Sergipe, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Aldo de Albuquerque Mello, RELATOR, Julgado em 24/09/2015)

Pois bem, trata-se de relação de consumo e como tal deve ser examinada à luz dos regramentos do Código de Defesa do Consumidor, a fim de assegurar a proteção, em tese, ao hipossuficiente. A questão aqui debatida diz respeito às regras que devem vigorar nos distratos comerciais relativos às compras e vendas de imóveis, quando for o consumidor o culpado.

Em regra, todos os contratos já preveem uma multa a ser aplicada, tendo em vista que não é de se admitir que uma das partes dê causa à rescisão contratual e fique isenta de qualquer indenização à outra parte. Neste raciocínio, entende-se que é razoável uma multa de 10% sobre o valor pago pelo consumidor, dentro dos parâmetros de razoabilidade e bom senso, mostrando-se abusiva e excessiva a multa de 15% prevista no contrato e na proposta de distrato.

Desta forma, deve ser declarada, de ofício, a nulidade da cláusula contratual que estipula a multa rescisória em 15% do valor pago, em razão de sua evidente abusividade. Isto porque a cláusula abusiva é nula de pleno direito, conforme o disposto no art. 51 do CDC, podendo ser declarada pelo Juiz, sem requerimento de qualquer das partes, por ser matéria de ordem pública.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa apresentada pelo presente trabalho se destinou a verificar se o percentual de retenção aplicado pelas construtoras na desistência do promitente comprador nas promessas de compra e venda de imóveis é abusivo à Luz do Tribunal de Justiça de Sergipe. Contudo, como analisado no decorrer da pesquisa, constatou-se que existe uma jurisprudência pacificada no entendimento do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Diante da premissa dos precedentes citados no decorrer do trabalho podemos observar que existe uma relação harmoniosa e consensual nas decisões que permitem a desistência do promitente comprador, mesmo que seja analisado cada caso concretamente. Todas essas situações citadas podem ser caracterizadas como uma relação de consumo.

Contudo, inicialmente, alguns questionamentos acerca do processo de produção foram abordados. Após o decorrer de toda a pesquisa feita, podemos esclarecer todos os questionamentos, entre eles: qual o conceito de cláusula abusiva, o que caracteriza uma relação consumerista contratual, se era possível a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no negócio jurídico de promessa de compra e venda de imóveis, quais as normas regulamentadoras vigentes que abordam essa temática, quais os reais direitos dos consumidores, quais os princípios contratuais envolvidos no negócio jurídico, qual o entendimento Jurisprudencial sobre o tema.

Deste modo acerca dos questionamentos feitos neste trabalho monográfico podemos afirmar com toda clareza que a relação promitente comprador e promitente vendedor é uma relação de consumo, como podemos ver nas análises feitas dos capítulos 3 e 4, com relação ao conceito de cláusula abusiva contratual, podemos ver no capítulo 4 que o significado e as características foram explicados de forma clara, onde se pode conhecer e caracterizar o tipo de cláusula abusiva específica. Outro questionamento feito foi com relação à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no negócio jurídico, ficando assim estabelecido que o consumidor é a parte mais fraca e verossímil da relação, logo a legislação consumerista atuará em sua defesa. Com relação as normas regulamentadoras vigentes, observou-se a aplicabilidade dos princípios contratuais, o Código Civil, a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência dos tribunais, bem como seus

precedentes. O direito do consumidor na desistência fora questionado e explicado que o mesmo tem entendimento legalista firmado, sendo que é possível desistir da promessa de compra e venda, porém será retido um percentual dos valores já pagos. O capítulo 2 enumera os princípios essenciais envolvidos na relação contratual. E por fim, buscou-se o entendimento jurisprudencial sobre o tema, e, verificou-se que o Tribunal de Justiça de Sergipe está aplicando, em cada caso concreto de forma harmoniosa e pacífica, os precedentes de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na qual uniformizou-se pela redução da parcela a ser retida pelo promitente vendedor, nos casos de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda, em percentual razoável entre 10% (dez por cento) e 30% (trinta por cento) sobre o efetivo pagamento realizado pelo promissário comprador.

Diante de toda a pesquisa feita está mais que provado a existência na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no negócio jurídico contratual, bem como, a aplicabilidade do percentual de retenção abusivo por parte do promitente vendedor no distrato das promessas de compra e venda, causadas pela desistência do promitente comprador.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v. 3. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos: teoria geral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. t. 1.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11. ed. São Paulo, SP: Livraria Saraiva, 2014. v. 3.
- KRUCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Rodrigo Alves da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos Bancários de Adesão**. Campinas: Minelli, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e seus Princípios**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Aide, 2011.
- VADE MECUM. **Código Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- _____. **Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Código de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil:** teoria das obrigações e teoria geral dos contratos. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.