

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, tenho entendido, também, e, aliás, foi citado um precedente de que fui o Relator, que ocorrendo a renúncia, – e a renúncia pode ocorrer, já que são irrenunciáveis apenas os alimentos derivados do vínculo de parentesco, e marido e mulher não são parentes – não é dado ao renunciante, posteriormente, vir a pedir alimentos.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Recurso Especial Nº 94.640 – DF *(Registro nº 96.0026262-4)*

Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria

Recorrida: Sandra Maria de Lima

Advogados: Gustavo César de Barros Barreto e outros, e Antonio Barbosa da Silva

EMENTA: *Promessa de compra e venda. Restituição das importâncias pagas. Cláusula de decaimento de 90%. Modificação judicial.*

Na vigência do Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula de decaimento de 90% das importâncias pagas pela promissária-compradora de imóvel.

Cabe ao juiz alterar a disposição contratual, para adequá-la aos princípios do Direito das Obrigações e às circunstâncias do contrato.

Ação proposta pela promissária-compradora inadimplente. Artigos 51 e 53 do CODECON. Art. 924 do C. Civil.

Recurso conhecido e provido, para permitir a retenção pela promitente-vendedora de 10% das prestações pagas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 13 de agosto de 1996 (data do julgamento).

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Presidente. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**: *Sandra Maria de Lima* promoveu ação ordinária contra *Encol S.A.*, para ver declarada a nulidade da cláusula de contrato de promessa de compra e venda de um apartamento, que determinava a perda de 90% das prestações já pagas pela promissária-compradora, em caso de inadimplemento.

A ação foi julgada procedente, ordenada a "devolução de todas as parcelas pagas, com exceção do sinal". Ao apelo da ré, a eg. 4ª Turma do TJDF negou provimento, em acórdão assim ementado:

"Consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas, em benefício do vendedor do imóvel, no contrato de compra e venda firmado sob a vigência do Código de Defesa do Consumidor."

Na fundamentação do voto do em. Relator, constou: "A aplicação do disposto no artigo 924 do C.C., para minorar a perda prevista no contrato, como quer o apelante, teria sua razão de ser antes da lei de proteção e defesa do consumidor, quando ainda não havia norma específica regulando as consequências advindas das chamadas cláusulas abusivas."

A *Encol S/A* ingressou com recurso especial, fundado na alínea a do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos artigos 916 a 927 do C.C. Sustenta a legalidade da estipulação constante do contrato, que não ofende o CODECON, a qual poderia ter sido atenuada pela decisão judicial, conforme precedentes deste Tribunal.

Com as contra-razões, o recurso foi inadmitido, subindo graças ao provimento de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Ruy Rosado de Aguiar** (Relator): I – A estipulação de cláusula, no contrato de promessa de compra e venda de imóvel, prevendo a perda de 90% das parcelas pagas, evidencia o propósito de burlar a disposição legal que definiu como abusiva a cláusula de decaimento total dessas mesmas prestações; padece, ela também, do mesmo vício. A lei teve por objetivo impedir que resultasse para o promissário-comprador, em consequência do desfazimento do negócio por seu inadimplemento, a injusta situação de perda tanto do bem objeto da promessa de compra, que retornaria liberado ao patrimônio da vendedora, como das importâncias que desem-

bolsara no cumprimento do contrato. Era essa a prática do mercado, que o CODECON veio eliminar, e que a jurisprudência já não admitia, restringindo o valor das importâncias retidas. Tendo em vista essa experiência, e atentando para os termos da nova lei, a inserção de norma contratual prevendo a perda não mais de 100%, mas de 90%, em favor da promitente-vendedora, não se distingue substancialmente da prática anterior e continua com o mesmo sinal de ilicitude.

A razão da inadmissibilidade da perda total ou quase total das quantias pagas decorre de princípio que norteia a resolução dos contratos bilaterais, a exigir a restituição das partes à situação em que se encontravam antes, cada uma recebendo aquilo que integrava o seu patrimônio, além da indenização por perdas e danos devida por quem deu causa à extinção (art. 1.092, parágrafo único, do C.C).

II – Uma das peculiaridades do conceito de abusividade contratual do Código de Defesa do Consumidor está em que, sendo determinante de nulidade *ipso jure* (art. 51, *caput*), com as conseqüências daí decorrentes, não leva necessariamente à invalidade do contrato ou eliminação da cláusula, mas permite a revisão judicial, com a modificação do conteúdo da avença (art. 6º, inc. V), para adequá-la aos princípios dominantes do Direito das Obrigações, entre eles, e com predominância, o da boa-fé objetiva e da equivalência entre as prestações, para garantia da justiça comutativa.

Sobre o tema, já observei:

“De todas, porém, a peculiaridade mais significativa da “nulidade de pleno direito” do Código do Consumidor está na hipótese da alínea c, que reúne os casos de cláusulas violadoras do princípio de equivalência e que, por isso mesmo, admitem correção, através da intervenção do juiz e, acredito, também pela espontânea iniciativa extrajudicial do fornecedor, que poderá propor a modificação ou o ajuste da cláusula viciada aos termos da lei. Transparece do Código sua preocupação em manter o contrato (artigo 51, § 2º: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorre ônus excessivo a qualquer das partes”), no que atende ao interesse econômico de não inviabilizar ou dificultar exageradamente as relações de consumo. Além disso, como já foi dito, o eixo do sistema de proteção ao consumidor está no propósito de manter a real equivalência entre as prestações, equilibrando a posição das partes de modo a garantir ao consumidor o restabelecimento da igualdade contratual. A lista do artigo 51 concretiza essa ori-

entação ao enumerar as situações onde existe ou pode existir a quebra da equivalência. Portanto, restabelecida a posição adequada às exigências da equidade e da boa-fé, não há razão para o reconhecimento da nulidade porque o vício já desapareceu. Essa correção pode se dar em todos os casos dependentes de verificação judicial, em que o vício deve ser demonstrado a cada caso, como acontece com "as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (artigo 51, inciso IV), ou com as cláusulas "que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor" (artigo 51, inciso XV). Nestas situações, a intervenção corretiva do juiz está autorizada no artigo 6º: "São direitos básicos do consumidor [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas", e constitui uma possibilidade de sanção do vício. Isso não deixa de ser estranho, mas a doutrina já admitia a possibilidade de "sanção do nulo, cabível em casos excepcionais (por exemplo, artigo 208, 2ª parte, do Código Civil), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, se percam negócios úteis econômica ou socialmente", como preleciona o Prof. Antônio Junqueira de Azevedo, em lição que se ajusta ao nosso tema. ("Cláusulas abusivas no Código do Consumidor", in *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, coordenação de Claudia Lima Marques, ed. Livraria do Advogado, 1994, págs. 13-29).

III – A cláusula penal, regulada nos artigos 916 e seguintes do C.C., além de funcionar como meio de coerção, "fixa, ainda, antecipadamente o valor das perdas e danos devido à parte inocente, no caso de inexecução do contrato pelo outro contratante" (Washington de Barros Monteiro, *Curso, Direito das Obrigações*, 1ª parte, pág. 197).

Definindo a norma contratual sobre o decaimento como cláusula penal, a jurisprudência tem admitido a sua estipulação, mas minorado seus efeitos, limitando o valor do embolso pela vendedora a quantitativos menores, de acordo com as circunstâncias do contrato. É significativo o julgado da eg. 3ª Turma, sendo relator o em. Min. Eduardo Ribeiro: "A cláusula que prevê não tenha direito o promitente-comprador a devolução das importâncias pagas deve considerar-se como de natureza penal, compensatória, podendo ser reduzido seu valor com base no artigo 924 do C.C." (REsp. 12.074/SP).

Esta 4ª Turma examinou diversas causas assemelhadas. Para os contratos celebrados anteriormente à vigência do CODECON, não lhes aplicou o disposto no artigo 53, mas lançou mão da regra do artigo 924 do C.C., para reduzir o valor da retenção, comumente a 10% do que fora pago, salvo situações especiais, entre elas a de utilização do imóvel pelo adquirente:

a) não incide a regra do artigo 53 do CODECON para os contratos firmados anteriormente à sua vigência (REsp 45.666-SP, rel. Min. **Barros Monteiro**, com voto vencido do signatário; REsp 53.396-RS, rel. Min. **Fontes de Alencar**; REsp 38.492-SP, rel. Min. **Torreão Braz**);

b) aplica-se o artigo 924 do C.C., podendo haver equitativa diminuição da quantia retida pela promitente-vendedora (REsp 10.620-SP, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo**, REsp 40.321-SP, rel. Min. **Torreão Braz**), sendo que a sua aplicação pode ser feita pelo juiz, sem pedido específico do promitente-comprador (REsp 52.995-SP, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo**);

c) é variável o quantitativo a devolver, dependendo das circunstâncias do negócio, sendo que tem sido autorizado, para o comum dos casos, quando não há ocupação do imóvel, a retenção de 10% dos valores pagos, com devolução dos restantes 90%, corrigidos desde o desembolso (REsp's 45.226-RS e 45.409-SP, rel. Min. **Sálvio de Figueiredo**; REsp 51.019-SP, rel. Min. **Barros Monteiro**; REsp 58.912-MG, 58.525-SP, 59.524-DF e 45.511-SP, de minha relatoria).

IV – Vigente o artigo 53 do CODECON, quando da celebração do contrato em exame, onde consta a cláusula de decaimento de 90%, que se considera abusiva, cumpre definir se pode o devedor inadimplente promover a ação de restituição, e como deve o juiz resolver a demanda.

Observo, inicialmente, que o defeito da cláusula pode ser constatado tanto na ação de resolução proposta pelo promitente-vendedor, como nas de declaração ou de restituição, intentadas pelo promissário-comprador, pois a deficiência está na cláusula, reconhecível em qualquer ação.

Para julgar o litígio, devo considerar que: 1) a resolução do contrato, em caso de inexecução culposa do promissário-comprador, atribui ao credor o direito de receber indenização pelas perdas e danos (art. 1.092, parágrafo único do C.C.); 2) a cláusula penal também exerce a função de predeterminar o valor dessas perdas, conforme a lição antes referida; 3) a cláusula abusiva pode ser modificada pelo juiz, para afastá-la aos princípios do Direito Obrigacional; 4) essa prática já vinha sendo feita antes da incidência da nova

lei sobre o consumo com apoio no artigo 924 do C.C. Atendendo a esses considerandos, penso que a melhor solução para casos como o dos autos está em reconhecer o juiz a abusividade da cláusula que determina a perda de 90% das prestações pagas (arts. 53 e 51, *caput*, do CODECON), e reduzir o valor da importância a ser retida pela vendedora, a título de cláusula penal predeterminante das perdas e danos a que ela teria direito pela extinção do contrato, nos limites recomendados pelas circunstâncias do contrato.

O fundamento para essa intervenção judicial no contrato está na regra do artigo 924, como vem sendo seguidamente aceito, embora me pareça que tal disposição melhor se aplique aos casos em que o cumprimento parcial da obrigação de algum modo satisfizesse o credor, como nas obrigações duradouras; na verdade, essa revisão judicial decorre de princípio do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V). A observação, porém, tem mero interesse doutrinário.

V - Posto isso, estou em conhecer do recurso, por ofensa ao artigo 924 do C.C., devidamente prequestionado, e reiteradamente usado neste Superior Tribunal de Justiça como fundamento para a modificação da cláusula de decaimento, e lhe dar provimento parcial, a fim de autorizar a retenção, pela vendedora, de 10% do que foi pago pela promissária-compradora, nesse quantitativo incluído o sinal. Com isso, a ação é julgada parcialmente procedente, decaindo a autora em 10% do pedido, razão pela qual as custas serão repartidas em tal proporção, e reduzidos os honorários deferidos à autora em 10%.

É o voto, conhecendo e dando provimento parcial.