

**AÇÃO RESCISÓRIA. REQUISITOS PARA A PROPOSITURA.  
CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA.  
INADIMPLENTO. ASPECTOS DIVERSOS**

**EMBARGOS INFRINGENTES Nº 164/92  
NA AÇÃO RESCISÓRIA Nº 24/90  
ÓRGÃO ESPECIAL**

*Embargante:* Oracy Conceição Pereira

*Embargada:* Maria das Graças Brunhara Gonçalves

Ação Rescisória. A interposição de recurso extraordinário, mesmo inadmitido, ou julgado deserto, desde que tempestivo, obsta a formação da coisa julgada e, em tal conjuntura, não ocorre o prazo extintivo para a propositura da ação rescisória. A ação rescisória está sujeita ao pressuposto da tipicidade legal. À alegação de inobservância de norma jurídica deve anteceder a indicação precisa do texto legal que se entende violado, pois não é lícito julgar por causa de pedir não invocada. O contrato de promessa de compra e venda é um contrato bilateral e, por isso, no caso de inadimplemento, o faltoso está sujeito a ver rescindido o contrato, pagando perdas e danos ao lesado, como está no parágrafo único do artigo 1092 do Cód. Civil. Mas, além de bilateral, quando o preço é pago em prestações, ao longo do tempo, ele é um contrato de execução diferida e, também, de trato sucessivo. Por ser de trato sucessivo, em princípio, a sua rescisão acarreta efeitos *ex nunc*, salvo disposição legal ou contratual em sentido contrário. Inexistindo, à época da propositura da ação, norma jurídica ou cláusula contratual limitando tais efeitos, a consequência da rescisão é a perda das quantias pagas pelo devedor inadimplente, em favor do lesado. Essa perda, por seu turno, pode estar ou não inserida em cláusula penal. A vantagem da cláusula contratual é a de não permitir a alegação de não corresponder a sanção ao montante das perdas e danos sofridas. Nada mais que isso, já que ela é estabelecida a favor do credor, para garantir o cumprimento do contrato e facilitar a prévia fixação de tais prejuízos. Não havendo cláusula penal no contrato, poderá e deverá o faltoso, ao contestar, impugnar o pedido de perda total das parcelas pagas, alegando ser inferior ao montante das perdas e danos sofridas. A ausência de contestação a respeito torna o fato insuscetível de controvérsias (Cód. Civil, artigo 302), abrindo ensejo à aplicação

plena da eficácia *ex nunc* dos contratos de trato sucessivo. A legislação posterior ao acórdão embargado, limitativa da cláusula penal, só se aplica às relações de consumo, desde que estabelecidas sob seu regime e tão-somente no que diz respeito à cláusula penal. Não serve como limite à fixação de perdas e danos efetivamente sofridas pelo lesado.

## PARECER

### I RELATÓRIO

1. Trata-se de embargos infringentes em ação rescisória.

1.1. Para melhor entendimento do tema a decidir, impõe-se fazer um histórico do caso.

1.1. Oracy Conceição Pereira, ora Embargante, prometeu vender, a Maria das Graças Brunhara Gonçalves, ora Embargada, o imóvel sito na Rua Ubiracy nº 436, em Higienópolis, nos termos da escritura de fls. 17/18v.

1.1.1. Ficou estipulado que o preço seria pago em diversas parcelas, isto é, *a prazo*.

1.1.2. Ficou implicitamente estabelecida a cláusula de rescisão, na hipótese de não pagamento do saldo devedor.

“SEXTA - Que a presente escritura é feita em caráter irrevogável e irretratável e valer entre si, herdeiros ou sucessores, RESSALVADA A HIPÓTESE DO NÃO PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR.”

Vale dizer, ressaltou-se a incidência da cláusula legal de rescisão do contrato, pagando o inadimplente perdas e danos ao lesado (parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil).

1.2. Não obstante interpelada (fl. 19) a promissária-compradora, ora Embargada, não pagou o restante do preço, o que ensejou a propositura da ação ordinária da rescisão de contrato, com pedido de perda das quantias já pagas, sem alusão a outras perdas e danos (fls. 14/16).

1.3. A Ré, ora Embargada, contestou a ação (fls. 20/22), mas não impugnou o *quantum* das perdas e danos pedidas, limitando-se a dizer, a esse respeito, que “a escritura de compra e venda (promessa) não menciona a perda do que tenha pago, mas tão-somente a importância de juros” (fl. 21, nº 10).

1.4. A d. sentença de fls. 31/32 julgou procedente o pedido, inclusive o de perda das quantias pagas (fl. 32).

1.5. Em apelação, a Egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em acórdão da lavra da d. Des. Áurea Pimentel Pereira, deu provimento parcial ao recurso da Ré, ora Embargada, para, mantida a procedência da ação,



assegurar a Ré, ora Embargada, o direito de indenização pelas benfeitorias feitas (fls. 42/44).

1.6. Foi esse v. aresto mantido em grau de embargos infringentes, pelo v. acórdão do 2º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator o d. Des. Rebello de Mendonça (fls. 59/61), que pôs em destaque tratar-se de promessa de compra e venda, com pagamento do preço, ao longo do tempo, portanto, de contrato de trato sucessivo (fl. 61).

1.7. Foi proposta, pela Ré, ora Embargada, contra essa última decisão, Ação Rescisória, alegando-se violação flagrante do disposto nos artigos 916 a 927 e 1092, parágrafo único, c/c os artigos 866 e 1101, todos do Código Civil.

1.8. O v. acórdão proferido na Ação Rescisória, que tomou o nº 24/90, por maioria de votos (fls. 148/154), rejeitou a preliminar de decadência, contra o voto do Des. Caetano Costa (fls. 155/156), e, no mérito, julgou procedente a ação, tendo, em novo julgamento, acolhido, em parte, os embargos infringentes, para assegurar à Autora, ora Embargada, a devolução das quantias pagas, devidamente corrigidas, com juros, além da indenização das benfeitorias obtida, sujeita, porém, a indenizar a Ré, ora Embargante, pelo tempo de ocupação do imóvel, tudo apurado em liquidação, pagando a vencida custas e honorários de 10% sobre o valor da causa, vencidos os Des. Maria Stella Rodrigues, Moledo Sartori e Narciso Pinto, que julgavam improcedente a ação, com a condenação da Autora nas custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (fls. 157/161).

1.9. Pelo v. acórdão de fls. 170/171, foram parcialmente acolhidos os embargos de declaração opostos pela Autora, esclarecendo-se “que a correção monetária das prestações a serem devolvidas incidirá a partir do pagamento de cada uma delas, sobre o respectivo valor, e a contar de igual data serão calculados os juros compensatórios de lei” (fl. 171).

2. Inconformada, oferece a Ré os Embargos Infringentes de fls. 173/176, afirmando:

“os presentes Embargos Infringentes são totais, abarcando ambos os aspectos, da divergência verificada na votação de Ação Rescisória em pauta” (fl. 173, nº 4).

3. A Embargada não ofereceu suas razões de impugnação (fl. 181).

## II - FUNDAMENTAÇÃO

### II.1- IMPROCEDÊNCIA DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

4. Improcede a preliminar de decadência.

4.1. O v. acórdão rescindendo (fls. 59/61) foi publicado no dia 07.03.1988, mas, contra ele, em 21.03.1988, foi interposto, *tempestivamente*, recurso extraordinário, com *Arguição de Relevância* (fl. 70).

Determinou-se, em 15.06.1988

“Procede-se a arguição de relevância” (fl. 85).

Por falta de preparo, foi o recurso julgado deserto em 02.09.1988 (fl. 86v.), por despacho publicado em 12.09.1988 (fl. 87).

4.2. Só, então, pode-se falar em trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo, nos termos do artigo 467 do Código Processo Civil.

4.3. Ocorre que a inicial da presente ação rescisória foi protocolada em 16.03.1990 (fl. 2) e a citação da Ré, ora Embargante, se deu em 23.05.1990 (fl. 95).

Logo, entre o trânsito em julgado do v. acórdão rescindendo (12.09.1988) e a data da citação da Ré, ora Embargante (23.05.1990), decorreu prazo inferior ao biênio decadencial (artigo 495 do Cód. Proc. Civil).

4.4. A lei não distingue quanto à natureza do recurso interposto. É óbvio que se ressalva a hipótese de ser o recurso intempestivo, pois com o término do prazo opera-se o trânsito em julgado.

4.5. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência dominante.

4.5.1. “A inteposição de recurso extraordinário, mesmo inadmitido, obsta a formação da coisa julgada e, em tal conjuntura, não ocorre o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória” (ac. das Câms. Reuns. do TJ-MG, na AR. 756, Rel. Des. Lincoln Rocha, *Jur. Min.*, vol. 87, p. 12).

4.5.2. “O prazo decadencial, para desconstituir sentença por ação rescisória, conta-se do momento em que se forma a coisa julgada, tornando-se imutável aquela pelo exaurimento dos recursos, ordinários ou não. Manifestado o Recurso extraordinário, conta-se o prazo do pronunciamento do Pretório Excelso, ainda que no sentido do não-conhecimento (Ac. un. do 2º Gr. de Câms do TJ-RJ, nas AR.s nºs. 273 e 297, Rel. Des. Wellington Moreira Pimentel, Adcoas, 1982, nº 86.886).

“O prazo para propor ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da decisão, no último recurso interposto do acórdão rescindendo. Havendo interposição de recurso extraordinário, mesmo que dele não conheça o Supremo Tribunal Federal, o prazo de decadência, para a ação rescisória, começa a fluir do trânsito em julgado da decisão, no STF, considerando-se, inclusive, o último recurso, neste Tribunal” (Ac. un. da 1ª T. do STF, no RE 97452-RJ - “Rev. T. Jur.” 118, p. 599).

## II.2 - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA

5. Não obstante sua tempestividade, não havia como acolher a Ação Rescisória.

6. Como se vê da inicial de fls. 2/12, a causa do pedido, apontada pela Autora, seria a violação *literal* do que se dispõe nos seguintes artigos do Código Civil, 916 a 927, 866, 1.101 e 1.092, parágrafo único (fl. 11, nº III, alíneas *d* e *e*).



7. O v. acórdão embargado não acolheu a Ação Rescisória com base na violação literal de qualquer das disposições arroladas na inicial.

7.1. Tomou, como *causa de decidir*, fundamento diverso, ou seja, a ofensa à norma que não se encontra num só dispositivo de lei, mas numa combinação de dispositivos, quando se trata, por exemplo, de instituto jurídico ou princípio legal que se extrai do sistema positivo.

É o que está na ementa (fl. 148) e no corpo do v. aresto:

“A decisão que viola a disposição literal de lei (art. 485, V, CPC) deve ser entendida como a que for proferida contra direito escrito, ou seja, que afronte norma integrante do ordenamento jurídico.

Por vezes, a ofensa à norma legislada não se encontra num só dispositivo de lei, mas numa combinação deles, quando se trata, por exemplo, de instituto jurídico ou princípio legal que se extrai do sistema positivo. Nem por isso, pode ser negado o cabimento da ação rescisória” (fl. 151).

Por isso concluiu:

“Pelo exposto, é de CONCLUIR-SE QUE A DECISÃO RESCINDENDA SE ATRITA COM O DIREITO VIGENTE, contido na regulamentação legal da espécie, impondo-se a procedência da ação rescisória, como precedente se julga, para declarar rescindido o acórdão reproduzido a fl. 59/61” (fl. 153).

Ora, quando o v. acórdão afirma que a violação da lei

“Não se encontra num só dispositivo de lei, mas numa combinação deles, quando se trata, por exemplo, de instituto jurídico,”

está ele fazendo aplicação da *analogia jurídica*, a que se refere a doutrina:

“Não bastando a esclarecer a dúvida, ou não existindo norma reguladora de uma situação semelhante, que se permita transportar do caso já regulado ao caso a regular, vale-se o aplicador de um processo mais complexo, e extrai o pensamento dominante de um conjunto de normas, ou em um INSTITUTO, ou em acervo de diplomas legislativos, transpondo-o ao caso controvertido, sob a inspiração do mesmo pressuposto. Chama-se a esta operação *analogia iuris*.” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Ed. For., 12ª ed., nº 12, p. 54).

Em outro passo, quando busca a aplicação

“de princípio legal que se extrai do sistema positivo” (fl. 151)

e, mais adiante, quando afirma a colidência da decisão rescindenda

“com o direito vigente, contido na regulamentação legal da espécie”,

em verdade, está o venerando aresto embargado apontando para a violação de princípios gerais de direito, que alguns definem como:

“regras oriundas da abstração lógica daquilo que constitui o substrato comum das diversas normas positivas”. (COGLIOLO, *Filosofia do Direito*, p. 155; VICENTE RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, I, n.ºs. 196 e segs., *apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *ob. cit.*, n.º 13, p. 85).

É pela invocação de tais princípios gerais de direito, como ensina o sábio CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que:

“o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da ORIENTAÇÃO LEGAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO, e o traz ao caso concreto. Perquire o pensamento filosófico sobranceiro ao sistema, ou as idéias estruturais do regime, e impõe A REGRA EM QUE DADA ESPÉCIE SE CONTÉM NO ORGANISMO JURÍDICO NACIONAL” (*Ob. cit.*, Vol. cit., n.º cit., p. 54).

7.2. Em resumo, o v. acórdão embargado, embora não tenha como caracterizada a violação literal de qualquer das disposições legais invocada pela ora Embargada, entendeu que a ação rescisória deveria ser acolhida por estar caracterizada a desobediência ao artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que trata da aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito (além dos costumes), quando a lei for omissa:

“Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

7.2.1. Ocorre que a Autora, ora Embargada, na sua petição inicial, não faz a menor alusão à violação do referido 4º da L.I.C.C.

7.2.2. Assim, cometeu o v. aresto dois graves pecados:

1º) O de violação da literal disposição do artigo 485, § V, do C. Proc. Civil;

2º) O de violação da literal disposição do artigo 128 do Cód. Proc. Civil:

“O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

Interpretando este último artigo, explica CELSO AGRÍCOLA BARBI:

“A vedação ao juiz, no que se refere ao autor, não se restringe somente ao pedido, MAS TAMBÉM À CAUSA DE PEDIR. O julgador deve decidir a pretensão do autor com base nos fatos jurídicos por ele alegados, não podendo admitir outros como fundamento da procedência da ação.

Em regra encontra base no princípio dispositivo, de acordo com o qual, *iudex secundum allegata et probata partium*



*iudicare debet.*” (Com. ao Cód. de Proc. Civil, I vol., Tomo II, ed. For., p. 525).

É oportuno trazer à colação o luminoso pensamento de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, no sentido de que, sem violação ao princípio de que não se deve julgar por causa de pedir não invocada, não se pode ter como violada norma diferente da apontada na inicial.

“A alegada violação de literal disposição de lei, na ação rescisória, só pode ser aplicada com relação às normas jurídicas cuja suposta inobservância se aponta na inicial, em obséquio ao princípio segundo o qual não é lícito julgar por causa de pedir não invocada”. (“Rev. dos Tribs”., vol. 561, p. 174).

No mesmo sentido, leia-se:

“... Na ação rescisória, fundada em violação de literal disposição de lei, confronta-se, unicamente, a decisão rescindenda com as normas legais indicadas expressamente na petição inicial como vulneradas.” (Ac. das Câms. Reuns. do TJ-MT, na Ar. 242, in “Rev. dos Tribs.”, vol. 584, p. 231).

7.3. Por outro lado, em hipótese alguma, poderia o v. acórdão embargado acolher a ação rescisória, depois de ter admitido não haver um dispositivo de lei violado em si mesmo:

“... se, literal é aquilo que está “formado com as letras”, aquilo que está escrito, a violação a que se refere o preceito em exame só pode ser aquela contrariedade que deflui com limpidez a estridência do próprio texto escrito, sem a necessidade de um exercício de hermenêutica mais complexo. A violação há de ser aquela que se percebe à simples leitura do texto e não aquela que se extrai através de conclusões não explícitas naquele texto com transparência.” (Ac. do 5º Gr. de Câms. do TJ-SP, na AR 81.284, “Rev. Jur.” TJ-SP, vol. 102, p. 347).

7.4. É que a ação rescisória não é remédio processual para a correção de eventual injustiça praticada no caso concreto. Só se reconhece a ofensa a *direito objetivo*:

“*Conditio sine qua non* ao cabimento da ação rescisória que se fundamenta no art. 485, V. do CPC, é a violação da lei, em sua literalidade, pelo que será de expungir-se do âmbito da rescisória a discussão sobre a justiça ou injustiça do julgado rescindendo...” (Ac. un. do TJ-SE, na Ac. Resc. 8/82, in “Rev.” TJ-SE, vol. 7, p. 65).

No mesmo sentido:

“A lei vigente à época do trânsito em julgado da sentença regula as hipóteses de cabimento da rescisória. A ofensa à literal disposição de lei deve traduzir frontal contrariedade ao dispositivo. A ofensa há de ser ao *ius in thesi* e não apenas ao

*ius litigatoris...*” (Ac. do S.T.F., em sessão plenária, na AR 1.066-3-MG, rel. Min. F. Rezek, “Rev. T. Jur.,” vol. 120, p. 969).

8. Adite-se que o apelo à analogia e aos princípios gerais de direito, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é dirigido ao juiz da causa, originária, perante o qual nada, a esses títulos, invocou a Autora, ora Embargada, do mesmo modo que também nada, a respeito, argüiu na inicial da ação rescisória. Com muito mais razão, não poderia, pois, o v. acórdão embargado apoiar-se, *de ofício*, em tais elementos para decidir.

E até mesmo que a Autora Embargada tivesse fundamentado a Ação Rescisória no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não poderia o Tribunal acolher a argüição, como bem se explica no acórdão proferido pelo 2º Gr. Cs. do 1º TA Civ. SP, na AR nº 263.517:

“Eventual infração do art. 4º da Lei de Introdução ao CC não autoriza a rescisão de decisão, por não se tratar de erro *in judicando*, mas erro *in procedendo*, não compreensível nas hipóteses previstas no art. 485 do CPC” (“Rev. dos Tribs”., vol. 566, p. 130).

9. A realidade, porém, é que o v. acórdão rescindendo (fls. 59/61), reproduzindo o v. aresto por ele confirmado (fls. 42/44), prestigiou a d. sentença de 1º grau (fls. 31/32), que julgou procedente o pedido inicial da ação de rescisão de contrato de promessa de compra e venda, cumulada com a de reintegração de posse e perdas e danos, estas no equivalente à parte do preço já paga pela Ré, ora Embargada, em face do *inadimplemento* desta.

Vê-se, portanto, que a decisão rescindenda guardou perfeita consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil:

“A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato COM PERDAS E DANOS.”

9.1. A perda da parte do preço já paga, no entender do v. acórdão rescidendo, correspondia às perdas e danos.

Mesmo que houvesse exagero na fixação do *quantum debeatur* àquele título (perdas e danos), ter-se-ia, quando muito, concedido uma indenização injusta, mas injustiça da condenação não autorizaria a via da ação rescisória, como acima demonstrado.

9.2. O certo, porém, é que não houve injustiça, mas sim um critério para a composição das perdas e danos, autorizadas na lei, critério esse que nada de alarmante exhibe, à luz do direito positivo então vigente.

Tenham-se em conta os seguintes dados:

1º) A Ré, ora Embargada na qualidade de promissária compradora, se acha em mora desde 07.11.1985 (fl. 5, nº 5), há, portanto, mais de 7 (sete) anos, embora desde a lavratura da escritura relativa ao negócio jurídico esteja imitada na posse do imóvel (fls. 18, cláusula 4ª), sem nada pagar a título de ocupação;



2º) À Ré, foi assegurado o direito de indenização por benfeitorias, inclusive voluptuárias (uma piscina), como se vê do v. acórdão de fls. 42/44;

3º) O imóvel é de natureza modesta, situado em Higienópolis (fls. 17), mas as benfeitorias que serão indenizadas terão seu valor bastante avolumado, considerando que a avaliação das obras independe da natureza do prédio;

4º) A quantia paga pela Ré, ora *Embargada*, em cruzeiros antigos, não tinha expressão de vulto, de modo a falar-se em enriquecimento enorme da Autora, ora *Embargante*, ao qual coube a obrigação de indenizar as supramencionadas benfeitorias;

5º) À Autora, ora *Embargante*, nada se imputa no tocante ao cumprimento de suas obrigações, como promitente vendedora;

6º) Pelo contrário, a Ré, ora *Embargada*, foi condenada, por ter-se recusado a pagar o preço, não obstante todas as tentativas da ora *Embargante*, e, portanto, em razão de seu inadimplemento voluntário;

7º) E, o que é importante:

Em nenhum trecho da inicial da ação rescisória, a Autora, ora *Embargada*, postula no sentido de que se diminua o valor da indenização a que foi condenada.

8º) E o que é decisivo: na contestação (fls. 20/23) à Ação Ordinária de rescisão (fls. 14/16), a promissária compradora, ora *Embargada* não impugnou o valor das perdas e danos pedidas (perda das quantias pagas), constante da inicial (fls. 15, nº 7).

9.3. Essa é a prova cabal de que a *Embargada* não considerava exagerada a condenação que lhe fora imposta.

10. A tese da *Embargada* é outra: é a da vedação de dar-se, como verba de perdas e danos, a quantia já paga pela contraente inadimplente.

E essa vedação não estava prevista em texto algum de lei vigente à época da propositura da ação ordinária e nem mesmo do v. acórdão rescidendo, sabido que a Lei 8.078 (Cód. de Prot. e Def. do Cons.) é de 11.09.90, e que visou a limitar o valor da cláusula penal, não o das perdas e danos, que têm de ser pagas na medida do prejuízo causado pelo devedor inadimplente.

10.1. Na ausência de texto legal em que se amparar, diz a *Embargada* que só uma cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior, poderia impor a perda das quantias pagas, como parte do preço.

10.1.1. Não é, porém, o que está escrito no artigo 916 do C. Civil, que a *Embargada* considera violado.

O que o artigo mencionado diz é que a *cláusula penal* pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior.

Mas a *Embargada* não foi demandada para que pagasse quantia fixada em cláusula penal.

Dela se pediu, dentre outras, a condenação, *por força de lei* (C. Civil, artigo 1092, parágrafo único), em *perdas e danos* que poderiam ser indicadas sob os mais variados critérios.

A *Embargante* preferiu que o valor dessas perdas e danos fosse o das parcelas já pagas, como, por mera coincidência, é corrente estipular-se nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel.

A *Embargada* poderia impugnar o *quantum* pedido, sugerir um valor menor. Mas, repita-se, não o fez. Insistiu na tese de que seria inadmissível a cobrança de perdas e danos nesse montante, sem prévia estipulação contratual.

Usou, para tanto, um equivocado processo de argumentação, como este:

“Todo homem é mortal

Os animais são mortais.

Logo, os animais são homens”.

Confira-se com o raciocínio da *Embargada*:

“A cláusula penal é prefixação de perdas e danos.

O inadimplemento acarreta a condenação do faltoso em perdas e danos.

Logo, só pode haver condenação em perdas e danos se houver cláusula penal.”

Em resumo: por esse raciocínio, não há condenação em perdas e danos, por força de lei; só por disposição contratual expressa.

10.2. Nada mais absurdo, o que prova o erro da tese da *Embargada*.

Seria a revogação do disposto no parágrafo único do artigo 1092 e no artigo 1056 do C. Civil.

10.3. A cláusula penal, a que se referem os artigos 916 a 927 do C. Civil, nada tem a ver com a condenação em perdas e danos imposta em lei expressa.

11. A *Embargada* afirma que a impossibilidade da perda das quantias pagas decorre de que o parágrafo único do artigo 1092, coerentemente com os artigos 866 e 1.101, do C. Civil, aponta para a repristinação das partes ao *status quo ante*.

11.1. Averbese-se, de logo, que:

a) o artigo 866 trata de obrigação de dar coisa certa, na hipótese em que a coisa se deteriora sem culpa do devedor;

b) o artigo 1.101 trata de vícios redibitórios.

Que têm a ver esses artigos com o parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil, que manda condenar o devedor inadimplente em perdas e danos?

11.2. De seu turno, o parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil não aponta para a repristinação das partes.

Ao contrário: torna o devedor inadimplente responsável por perdas e danos, cujo montante, obviamente, vai importar redução de seu patrimônio, em confronto com o estado *a quo*.



11.3. Se é certo que as perdas e danos não são necessariamente equivalentes às prestações pagas, como afirma o v. acórdão embargado (fl. 153), não é menos certo que:

a) também o montante prefixado na cláusula penal não é necessariamente o equivalente às perdas e danos: pode variar, para mais ou para menos;

b) as perdas e danos previstas no parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil podem atingir valor menor ou superior às quantias pagas pelo devedor inadimplente, tudo dependendo dos elementos fáticos oferecidos ao convencimento do julgador.

Independe, pois, de previsão contratual, o montante das perdas e danos, que pode ser menor, igual ou maior que o somatório das parcelas pagas pelo devedor inadimplente, tudo dependendo da prova do prejuízo.

A questão de prova, porém, não se coloca no Juízo da ação rescisória, tanto mais que o valor das perdas e danos pedidas não foi impugnado na contestação. Há que ter-se, por força de lei, como demonstrado o prejuízo afirmado na inicial, como resulta do disposto no artigo 302 do Cód. P. Civil:

“Presumem-se verdadeiros, os fatos não impugnados.”

Uma coisa é certa, portanto: a aplicação do parágrafo único do art. 1092 do C. Civil pode levar a condenação do devedor inadimplente a indenizar o credor em quantia equivalente à das prestações por aquele pagas, independente de prévia cláusula penal, se foi esse o pedido do lesado e o devedor inadimplente não impugnou o *quantum* de tais perdas e danos.

12. O v. acórdão embargado sustentou, *data venia*, sem razão, que a aplicação do parágrafo único do artigo 1092 do CC não admite o elastério ou a ilação de se introduzir sanção não convencionada pelas partes, nem imposta pela lei civil.

Ocorre que a sanção é a que está expressa na lei civil, isto é, no parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil, isto é, a condenação em perdas e danos:

“Art. 1092 .....

Parágrafo único - A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com Perdas e Danos.”

Não se concedeu à ora *Embargante*, parte lesada, senão as perdas e danos da lei civil, no montante, não impugnado (C.P.C., artigo 302), equivalente às parcelas pagas pela *Embargada* inadimplente.

Não se condenou a ora *Embargada* a cumprir Cláusula Penal, que não existia no contrato, mas, repita-se, a indenizar o lesado, com a perda das parcelas pagas.

Tivesse havido contestação do valor das perdas e danos pedidas pelo ora *Embargante*, poder-se-ia admitir - e não foi o caso - que o deferimento do pedido teria sido injusto, mas, como acentuado, essa questão (da injustiça) não poderia ser suscitada em ação rescisória.

Irrespondível a manifestação da douta minoria, nos termos do voto da d. Des. Maria Stella Rodrigues:

“Aplicada, também, como critério de fixação das perdas e danos, poder-se-ia ter como Injusta a decisão, nunca ilegal, a justificar a *rescisão* do julgado, que a ação excepcional tem limites restritos.” (fls. 159/160).

13. Para inadmitir a perda das parcelas pagas, o v. acórdão rescindendo deixou de lado a lei e passou a sustentar sua fundamentação em opiniões doutrinárias, como o fizera a Autora da Ação Rescisória, ora Embargada (fls. 7/10), com o apoio do d. Parecer de fls. 122/142, do qual ousamos discordar.

Ainda que correta a tese, não poderia ela ser invocada como fundamento de ação rescisória, que exige violação literal de texto de lei e não contrariedade a esta ou àquela corrente doutrinária.

13.1. Mas, *data venia*, laborou em equívoco o v. acórdão recorrido, ao considerar a promessa de compra e venda, com preço a pagar em prestações, como um *contrato instantâneo*.

13.2. Para provar esse equívoco basta ir à fonte primeira, isto é, aos próprios autores, de onde deriva toda a doutrina citada, isto é, a Planiol - Ripert (conf. Orlando Gomes, *in Contratos*, 12ª ed., For., nº 58, p. 87, nota 27).

É que os contratos, quanto à execução, podem ser de cumprimento *instantâneo*, de cumprimento *sucessivo* e de cumprimento *escalonado*.

O contrato é de cumprimento *instantâneo* quando a realização das prestações que incumbem a cada parte se leva a cabo em um instante dado, na época escolhida pelas partes.

O contrato é de cumprimento *sucessivo*, quando as partes, ou uma delas, ficam sujeitas a prestações contínuas ou repetidas a intervalos convencionados, por tempo determinado ou indeterminado.

Mas, entre esses dois tipos de contrato, se apresenta o contrato de *cumprimento escalonado*, como a venda a prazo ou a prestações (Orlando Gomes, *ob. cit.*, p. cit., nota 27).

É que, nesse caso, as partes ajustam, livremente, mudar a natureza jurídica do contrato que deveria ser de execução instantânea para contrato de trato sucessivo e vice-versa.

E aí, então, a inexecução tem conseqüências jurídicas, de acordo com o tipo de execução ou cumprimento pactuado pelas partes.

Logo, uma compra e venda, cujo preço deveria ser pago de uma só vez, muda sua natureza jurídica de contrato de cumprimento instantâneo, para contrato de trato sucessivo, quando o pagamento é estipulado em parcelas, isto é, a prazo.

É a lição de Planiol - Ripert:

“Entre los tipos extremos, se presenta uno intermedio, el de los contratos de cumplimiento escalonado, la venta pagadera a plazos cómodos (a temperament) o bien aquella em que la



*cosa se entrega por lotes en diferentes épocas, escalonadas, son ejemplos de ese tipo. Portanto, um contrato que por natureza deba cumprir-se normalmente em um instante, puede cambiar de carácter, siempre que las partes considerem la duración ou la repetición como elemento esencial de su acuerdo. Asimismo puede dar-se um cambio en sentido inverso."*

*(Tratado Practico de Derecho Civil, Tomo Sexto, las Obligaciones, tr. de Mario Dias Curz, ed. Cultural S. A., nº 45, p. 62).*

14. Parece-nos, portanto, que o contrato de promessa de compra e venda, com preço a ser pago em prestações, não merece ser classificado como um contrato de execução instantânea. Além de ser um contrato de execução diferida, esta é feita em vários momentos, ao longo do tempo e não num só instante.

E por incidir nesse equívoco, o v. acórdão embargado acabou chegando à errônea conclusão de que a resolução do contrato em discussão produz eficácia retroativa, típica dos contratos de execução instantânea, quando as partes devem retornar ao estado anterior.

É precisamente porque não se trata de contrato de cumprimento instantâneo, mas de trato sucessivo, que seu desfazimento acarreta o efeito *ex nunc*, salvo disposição legal contrária, que só passou a existir nas relações com o consumidor reguladas pela Lei 8.078/90, inaplicável à espécie.

15. Por apego ao rigor jurídico, insista-se que, no caso concreto, a condenação em perdas e danos, no montante equivalente ao valor das prestações pagas, se deu, ademais, por 2 razões, que se somam às conseqüências da rescisão do contrato de trato sucessivo:

1º) porque as perdas e danos, em tese, decorrem do disposto no parágrafo único do artigo 1092 do C. Civil, aplicável a qualquer contrato bilateral;

2º) porque o montante dessas perdas e danos, enunciado na petição inicial, não foi impugnado na contestação, sendo, portanto, de admitir-se como devido e provado, nos termos do artigo 302 do C.P. Civil.

16. Sábria, portanto, a douda minoria, quando acentua:

*"Cuida-se de RESCISÃO, por culpa do devedor, que, incorrendo em mora, notificado, deu causa à rescisão, por inadimplência, sofrendo as conseqüências previstas no art. 1.056 do Código Civil, que se reporta ao parágrafo único do artigo 1.092, respondendo por perdas e danos causados."*

17. Mesmo que a d. decisão rescindenda tivesse sido injusta, não continha, todavia, qualquer ilegalidade, pressuposto da ação rescisória.

Rescindir decisões trânsitas em julgado, sem obediência ao princípio da tipicidade legal, que o próprio v. acórdão embargado entendeu, por motivos respeitáveis, não dever acolher, é colocar em risco o prestígio de uma das maiores garantias constitucionais e, sem exagero, do próprio Poder Judiciário.

Impunha-se, portanto, o julgamento da improcedência do pedido formulado na Ação Rescisória.

18. Por todo o exposto, opinamos no sentido do provimento dos Embargos Infringentes, opostos pela promitente vendedora, para que se restabeleça o v. acórdão rescidendo (fls. 59/6), nos termos dos doutos votos vencidos (fls. 157/161).

Rio de Janeiro, 12 de julho de 1993.

**SIMÃO ISAAC BENJÓ**  
Procurador de Justiça

Approvo.

**ANTONIO CARLOS BISCAIA**  
Procurador-Geral de Justiça