

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.031.244 - SP (2016/0326357-1)

RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI
AGRAVANTE : KIMPEL SUPRIMENTOS CORPORATIVOS E MATERIAIS
ESCRITORIO LTDA. - EPP
ADVOGADO : THAIS CRISTINA RAZEL ORIOLI MORAES - SP204148
AGRAVADO : ALEXANDRE DURAN ELOY
ADVOGADO : LUCAS CONRADO MARRANO - SP228680

DECISÃO

Cuida-se de agravo (art. 1.042 do CPC/15), interposto por **KIMPEL SUPRIMENTOS CORPORATIVOS E MATERIAIS ESCRITORIO LTDA. - EPP**, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial.

O apelo nobre, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, visa reformar o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 729-730, e-STJ):

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES - NULIDADE DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA. A sentença anulada anteriormente não serve de parâmetro nem vincula o Juízo *a quo* quanto a sua fundamentação, já que não possui eficácia alguma. Assim, se existe conflito entre as fundamentações existentes na sentença anulada e na nova decisão proferida, tal circunstância não implica em qualquer vício, já que o ato declarado anteriormente nulo deixou de produzir efeitos desde o acórdão de fls. 492/497. - RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO.

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. Trata-se de pedido de condenação do Apelado à conclusão da obra contratada e ao pagamento de danos materiais, inclusive de lucros cessantes no valor de R\$ 70.000,00 ou a condenação do Apelado ao pagamento de indenização dos prejuízos, inclusive a devolução da quantia paga para materiais no valor de R\$ 15.463,64, indenização dos lucros cessantes, reparação de danos materiais apurados em liquidação de sentença e restituição de valor pago pelos serviços não realizados. No tocante aos defeitos e ao atraso da obra, as questões são controvertidas entre as partes e há controvérsia entre as testemunhas arroladas pelas partes, não restando comprovados os defeitos. Ora, é ônus da Apelante a comprovação do fato constitutivo de seu direito, ou seja, a demonstração do defeito na obra, porém, não se desincumbiu de tal ônus. Não está configurada culpa do Apelante no tocante a não conclusão da obra nem aos danos materiais decorrentes de defeitos da obra alegados e não comprovados pela Autora e os lucros cessantes. A ausência de regularidade da documentação da obra perante o poder público não ensejou os danos pleiteados, logo, não há nexo de causalidade para justificar a condenação pretendida. A pretensão subsidiária da Apelante também não se justifica em razão do inadimplemento referente à ausência de regularização perante o poder público diante da inexistência de nexo de causalidade entre a ausência de regularização da obra perante o poder público e os danos alegados. A Apelante não justificou o motivo pelo qual efetuou pagamento de valor superior, ao preço estipulado no contrato se

entendia que o Apelado não estava prestando o serviço de forma adequada. A Apelante não apresentou nenhuma justificativa para ter efetuado esse pagamento maior. Não é crível que a Apelante tenha efetuado pagamento a maior se não concordava com a execução do contrato e não juntou o contrato de financiamento bancário para afastar cabalmente a tese do Apelado. - ART. 252, DO REGIMENTO INTERNO. DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Em consonância com o princípio constitucional da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Carta da República, é de rigor a ratificação dos fundamentos da sentença recorrida. Precedentes, deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. - RECURSO IMPROVIDO NESTES PONTOS. APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA - NECESSIDADE DE REDUÇÃO. A condenação em honorários advocatícios sucumbenciais (10% sobre R\$ 85.463,64 - valor dado à causa) não guarda correspondência com a natureza da causa, sua complexidade e o trabalho realizado pelos patronos do vencedor, motivo pelo qual deve ser reduzido, por desobediência aos critérios previstos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Destarte, a verba honorária de sucumbência deve ser fixada em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em atenção ao § 4º, do mesmo Diploma, Legal. - RECURSO PROVIDO NESTE PONTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados pelo acórdão de fls. 776-783, e-STJ

Nas razões do especial (fls. 786-810, e-STJ), a recorrente aponta violação dos arts. 131, 333, I, II, 334, II, do CPC/73; 186, 475 e 476 do CC. Sustenta, em síntese, **a)** que "os fatos e circunstâncias dos autos não foram atendidos, e muito embora o V.Acórdão rebatido mencione confissão do recorrido, e ausência de provas deste, reconheceu argumentos sem valor probante para ao final julgar improcedente a ação, afastando tudo o quanto fora provado pelo recorrente" (fls. 799, e-STJ); **b)** a existência de inadimplemento contratual; e **c)** caracterização da prática de ato ilícito decorrente da comprovação no atraso da obra, descumprimento contratual e falha na prestação de serviços.

Contrarrazões às fls. 818-827, e-STJ.

Em juízo de admissibilidade (fl. 829-830, e-STJ), negou-se seguimento ao recurso, dando ensejo na interposição do agravo do artigo 1.042, CPC/15 (fls. 878-898, e-STJ).

Contraminuta às fls. 909-914, e-STJ.

É o relatório.

O recurso **não** merece prosperar.

1. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, Julgado em 5/4/2016).

2. No tocante à apontada violação do art. 333, I, II do CPC/73, aduz a insurgente ter comprovado todos os fatos alegados constitutivos de seus direitos.

No particular, o Tribunal local assim concluiu:

No tocante aos defeitos e ao atraso da obra, as questões são controvertidas entre as partes e há controvérsia entre as testemunhas arroladas pelas partes, não restando comprovados os defeitos. **Ora, é ônus do autor a comprovação do fato constitutivo de seu direito, assim, é ônus do autor a demonstração do defeito na obra, porém, não foram comprovados os defeitos alegados.** (fls. 734, e-STJ)

Como se vê, o Tribunal local entendeu pela inexistência de elementos que demonstrassem o defeito na obra. Dessa forma, a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, impõe incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NOTA PROMISSÓRIA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. DOLO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 373 DO CPC/2015. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O acolhimento da pretensão recursal, a fim de afastar o dolo reconhecido pelo Tribunal de origem, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 2. **"A Jurisprudência do STJ entende que não há como aferir eventual ofensa ao art. 333 do CPC/1973 (art. 373 do CPC/2015) sem que se verifique o conjunto probatório dos presentes autos. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame"** (REsp 1665411/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1199439/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018). [Grifou-se]

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL E CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. ÔNUS PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A interposição de mais de um recurso pela mesma parte contra a mesma decisão inviabiliza o exame daquele que tenha sido protocolizado por último, haja vista a ocorrência de preclusão consumativa e a aplicação do princípio da unirrecorribilidade das decisões. 3. **É inviável a esta Corte a análise da suficiência das provas e da satisfação do ônus probatório das partes em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ.** 4. Agravo interno de fls. 260/264 (e-STJ) não provido. Agravos internos de fls. 265/269 e 270/274 (e-STJ) não conhecidos. (AgInt no AREsp 1221799/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 05/09/2018). [Grifou-se]

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DECORRENTE DE FIOS

TELEFÔNICOS CAÍDOS EM VIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. CULPABILIDADE VERIFICADA. REVISÃO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPEDIMENTO DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. **3. O Tribunal de origem, com base nos elementos probatórios, concluiu que o recorrido comprovou os fatos constitutivos do seu direito. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a referida súmula.** 4. No caso concreto, modificar a conclusão do Tribunal de origem sobre a distribuição dos ônus sucumbenciais atrai o óbice da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no AREsp 573.573/RR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 23/04/2015). [Grifou-se]

Ademais, esta Corte tem firmada a jurisprudência no sentido de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela necessidade da produção de outras provas ou pela suficiência das já produzidas. Isso porque, o art. 370 CPC/15 (art.130 CPC/73) consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o julgador fica habilitado a valorar as provas apresentadas e sua suficiência ao deslinde da causa. Nesse sentido, confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DA MEDICAÇÃO PRESCRITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. ACÓRDÃO APOIADO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Portanto, não há violação ao art. 130 do CPC quando o juiz, em decisão adequadamente fundamentada, defere ou indefere a produção de provas, como na hipótese dos autos. 3. O Tribunal de origem, com base no substrato fático probatório, asseverou que seria desnecessária a produção da prova requerida, no caso, pois a documentação acostada aos autos era suficiente para comprovar a necessidade do fármaco pleiteado, de sorte que a reforma de tal entendimento esbarraria na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 651.203/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 24.4.2015) [grifou-se]

3. Alega, ainda, a insurgente, violação dos arts. 334, II, do CPC/73; 186, 475 e 476 do CC, denota-se que o conteúdo normativo dos aludidos dispositivos legais não foram objeto de exame pelas instâncias ordinárias, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração.

Ainda, deixou a recorrente de alegar ofensa ao art. 535 do CPC/73, vigente à época, a fim de que esta Corte pudesse averiguar a ocorrência de eventual omissão.

Desta forma, inafastável - à hipótese - a incidência da Súmula 211 do STJ, *in verbis*: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".

Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se a correta interpretação da legislação federal. Nesse sentido, precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. [...] **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SEM MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA Nº 211 DO STJ. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** [...] 2. Esta Corte admite o prequestionamento implícito dos artigos tidos por violados, mas desde que a tese debatida no apelo nobre seja expressamente discutida no Tribunal de origem. 3. Ausência de alegação de violação do art. 535 do CPC/73 a fim de que esta Corte pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado quanto ao tema. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 748.582/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 13/05/2016) [grifou-se]

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] **QUESTÕES NÃO DISCUTIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.** 1. O conteúdo normativo de todas as normas apontadas como violadas não foi debatido pelo Tribunal de origem, carecendo, no ponto, do imprescindível requisito do prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Dessa forma, mesmo tendo sido opostos embargos de declaração, estes não tiveram o condão de suprir o devido prequestionamento, razão pela qual deveria a parte, no recurso especial, ter suscitado a violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, demonstrando de forma objetiva a imprescindibilidade da manifestação sobre a matéria impugnada e em que consistiria o vício apontado. Inafastável, nesse particular, a Súmula n. 211 desta Corte. [...] 3. Agravo improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 740.572/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 19/05/2016) [grifou-se]

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

[...] 2. A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgRg no AREsp 787.839/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016) [grifou-se]

Além disso, esta Corte admite o prequestionamento implícito/ficto dos dispositivos tidos por violados, desde que a tese debatida no apelo nobre seja expressamente discutida no Tribunal de origem, o que não ocorreu na hipótese. Precedentes:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ATO ILÍCITO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI. **FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 211 DO STJ E 282 DO STF. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA.** [...] 2. É inadmissível o recurso especial se o dispositivo legal apontado como violado não fez parte do juízo firmado no acórdão recorrido e se o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre a tese defendida pela parte. Incidência das Súmulas n. 211 do STJ e 282 do STF. 3. **Há prequestionamento implícito dos dispositivos legais quando o acórdão recorrido emite juízo de valor fundamentado acerca da matéria por eles regida.** 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 332.087/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 25/08/2016) [grifou-se]

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. ART. 20 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, SEM MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA Nº 211 DO STJ. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 2. **Esta Corte admite o prequestionamento implícito dos artigos tidos por violados, mas desde que a tese debatida no apelo nobre seja expressamente discutida no Tribunal de origem.** 3. Ausência de alegação de violação do art. 535 do CPC/73 a fim de que esta Corte pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado quanto ao tema. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 748.582/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 13/05/2016) [grifou-se]

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE AFASTAR O PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. **ALEGAÇÃO DE PREQUESTIONAMENTO**

IMPLÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As questões referentes à falta de indicação específica dos documentos a serem exibidos, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios, não foram debatidas pelo col. Tribunal de origem, nem sequer foram opostos embargos de declaração visando à discussão da matéria. Ante a falta de prequestionamento, incide o princípio cristalizado nas Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. **Inviável o recurso especial quando ausente o prequestionamento, sequer implícito, do dispositivo da legislação federal apontado como violado.** [...] (AgRg no AREsp 317.566/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 17/10/2014) [grifou-se]

Com efeito, aplica-se à espécie o teor da Súmula 211 do STJ, ante a ausência de prequestionamento, porquanto os dispositivos apontados como violados não tiveram o competente juízo de valor aferido, nem foram interpretados pelo Tribunal de origem, ainda que opostos embargos declaratórios.

4. Do exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MARCO BUZZI

Relator