

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.818.316 - AL (2019/0158811-1)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
EMBARGANTE : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
ADVOGADOS : DAMIAO ALVES DE AZEVEDO - DF022069
VITOR YURI ANTUNES MACIEL - PE022411
EMBARGADO : MARIA ROSELANE CELESTINO DA SILVA
ADVOGADOS : VINICIUS DE FARIA CERQUEIRA - AL009008
PAULO CESAR DE AZEVEDO PANTALEÃO JUNIOR E OUTRO(S) -
AL013318
INTERES. : VERGA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Nos termos do artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, corrigir erro material e/ou suprir omissão de ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador.
2. No presente caso, verifica-se a ausência dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015, revelando, em verdade, mero inconformismo da parte embargante.
3. Embargos de declaração rejeitados.

DECISÃO

1. Trata-se de embargos de declaração opostos por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL contra decisão de fls. 430-436, que deu provimento ao recurso especial da parte ora embargada, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. PROGRAMA "MINHA CASA MINHA VIDA". LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 996. RECURSO PROVIDO.

1. A Segunda Seção do STJ firmou entendimento, em sede de recurso repetitivo, no sentido de que *"em contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, para os beneficiários das faixas de renda 1,5, 2 e 3, [...] No caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base*

no valor locatício de imóvel assemblado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma" (REsp 1729593/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 25/09/2019, DJe 27/09/2019).

2. Recurso especial provido.

Nas razões recursais (fls. 438-448), a parte embargante alega "evidente a contradição em condenar as recorridas por reparar lucros num processo que não trata de redução de lucros". Afirma que imóveis do PMCMV são para moradia, sendo vedado seu uso comercial, e somente seria possível condenação por lucros cessantes se o objeto da demanda fosse construção de imóvel comercial, destinado a atividade empresarial em que, com o atraso da obra, o mutuário deixaria de lucrar. Sustenta, ainda, omissão sobre a manifesta Súmula 83 do STJ quanto à ilegitimidade passiva da Caixa, uma vez que a pretensão da parte recorrente ora embargada confrontaria com a jurisprudência do STJ no sentido de não existir responsabilidade da Caixa pela reparação de danos decorrentes de vícios de construção e de atraso na entrega de obra no PMCMV, quando atuar unicamente na condição de agente financeiro em sentido estrito.

Decido.

2. De início, observa-se que o art. 1.022, e seus incisos, do CPC/2015, claramente prescrevem as quatro hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, tratando-se de recurso de fundamentação vinculada, restrito a situações em que patente a existência de (1) obscuridade, (2) contradição, (3) omissão no julgado, incluindo-se nesta última as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida, e por derradeiro, (4) o erro material.

Nenhum desses vícios se faz presente na decisão ora embargada.

2.1 Na espécie, consta da decisão ora embargada o seguinte:

"Em suas razões recursais, aponta a parte recorrente dissídio jurisprudencial sobre a interpretação do art. 402 do Código Civil, arguindo o cabimento de indenização pelos lucros cessantes em decorrência de atraso na entrega do imóvel adquirido em construção. Afirma a presunção de prejuízo, não dependendo de comprovação.
[...]

2. Sobre o tema, a Corte local concluiu pelo não cabimento de lucros cessantes, com a seguinte fundamentação (fl. 310):

"Primeiramente, entendo que é necessária a efetiva comprovação dos danos suportados pelo apelante, mediante documentos que indiquem a procura por aluguel na região do imóvel ou propostas de contrato de aluguel não concluídas em razão da não entrega do imóvel, para fins de pagamento de indenização por lucros cessantes.

Dessa forma, a concessão de indenização por lucros cessantes exige comprovação objetiva do dano, não cabendo ao juízo estimar valores com base em simples expectativa, sob pena de enriquecimento ilícito da vítima.

Ademais, a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que são incabíveis lucros cessantes, porquanto a aquisição do imóvel,

objeto destes autos, foi financiada pelo programa "Minha Casa Minha Vida", não tendo como finalidade precípua servir como investimento. (PROCESSO: 08043800920164058500, AC/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL LEONARDO AUGUSTO NUNES COUTINHO - CONVOCADO, 4ª Turma, JULGAMENTO: 20/04/2018).

Ademais, os julgados favoráveis colacionados pelo apelante para a embasar seu pedido de indenização por lucros cessantes não possuem efeito vinculante para os julgamentos a serem proferidos por essa Turma, pois não foram julgados sob o rito dos recursos repetitivos."

Verifica-se que o acórdão recorrido está dissonância com o entendimento do STJ.

Ressalta-se que a Segunda Seção do STJ firmou entendimento, em sede de recurso repetitivo (Tema 996), no sentido de que *"em contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, para os beneficiários das faixas de renda 1,5, 2 e 3, [...] No caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma"* (REsp 1729593/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 27/09/2019).

Segue trecho do voto do relator do referido julgado:

"Com efeito, a jurisprudência desta Corte é pacífica quanto ao cabimento de lucros cessantes, no âmbito de financiamento pelo SFH, em razão do descumprimento do prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, incidindo a presunção de prejuízo do promitente comprador.

A propósito:

[...]

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça que bem tratou da questão da prova dos lucros cessantes fixou o seguinte: "A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido" (REsp n. 644.984/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 5/9/2005).

No mesmo sentido: AgInt nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.652.226/PA, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 27/6/2019; AgInt no REsp n. 1.789.656/SP, Relator o Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 12/6/2019;

AgInt no REsp n. 1.722.768/SP, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 10/4/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 921.095/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 14/2/2019; AgInt no AREsp n. 1.187.693/SP, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 4/12/2018; AgInt no REsp n. 1.692.971/SP, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 15/3/2018; AgInt no AREsp n. 1.049.708/RJ, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 26/5/2017.

No caso em análise, cinge-se a questão em definir se a referida presunção de prejuízo também deve ser aplicada aos imóveis financiados sob as regras do PMCMV, sustentando os recorrentes que a indenização dependerá de prova efetiva do prejuízo, a cargo do promitente comprador, não podendo o dano ser presumido ou meramente hipotético, tendo em vista a proibição de aluguel ou venda dos referidos imóveis, antes de sua quitação (Lei n. 11.977/2009, art. 7º-B, I e II).

[...]

Embora a regra geral, prevista no art. 402 do CC, disponha que o dano não pode ser presumido, existem situações excepcionais, tanto nas relações contratuais quanto nas extracontratuais, em que tal presunção é admitida por este Tribunal. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de inclusão indevida do nome do devedor em órgãos de restrição do crédito, de insucesso em procedimentos cirúrgicos de resultado, de assédio moral ou sexual, e, ao que interessa ao presente julgamento, no caso de atraso na entrega de imóvel em contrato de promessa de compra e venda, já considerado o decurso do prazo de tolerância.

Diante disso, ao contrário do que sustentam os recorrentes, o fato de o imóvel ter sido adquirido sob a disciplina do PMCMV não afasta a presunção de prejuízo, mesmo porque, na linha dos precedentes desta Corte Superior, a condenação da vendedora por lucros cessantes independe, até mesmo, da demonstração da finalidade negocial da transação (REsp n. 1.341.138/SP, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe de 22/5/2018).

No mesmo sentido: REsp n. 1.804.663/SP, desta relatoria, DJe de 2/5/2019; REsp n. 1.785.911/SP, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 22/4/2019; AgInt nos EDcl no AREsp n. 921.095/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 14/2/2019; REsp n. 1.698.420/SP, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 6/3/2019, entre outros.

No caso, a obrigação de indenizar decorre do prejuízo, que se presume ter o titular sofrido, por não ter se apossado do imóvel na data aprazada. É evidente que a previsão contratual criou a justa expectativa de que o adquirente pudesse usufruir o bem, daí que, se não o faz por razões oponíveis à incorporadora, surge o dever de reparar, independentemente da realização de prova específica do prejuízo.

A indenização deve corresponder, por isso, à privação injusta do uso do bem e encontra fundamento não necessariamente na interrupção

da percepção dos frutos ou pela frustração daquilo que razoavelmente poderia lucrar, mas na própria demora pelo cumprimento da obrigação (CC, art. 389). Isso porque a moradia é fato dotado de expressão econômica aferível, ainda que o beneficiário não tenha que, diretamente, despendar recursos para tal.

Nessa linha, embora o aluguel de um imóvel possa servir de prova incontestável do prejuízo experimentado pelo promitente comprador, não deve ser admitido como único e exclusivo meio de demonstração do dano sofrido, tendo em vista que, nessa espécie de relação jurídica, insista-se, o prejuízo é aferível por presunção, segundo as regras da experiência comum, e decorre do próprio descumprimento contratual.

Por suas peculiaridades, no âmbito do PMCMV, o prejuízo material decorrente do atraso na entrega de imóvel está mais próximo de um dano emergente do que de lucros cessantes, embora essa questão, todavia, não se afigure de maior relevância, dado que, sob o ponto de vista pragmático, conforme sublinhou a Ministra Maria Isabel Gallotti, são ambos "as duas faces da mesma moeda", pois "o dano, seja em qual dessas rubricas for classificado, será o mesmo: a privação da fruição do imóvel" (AgInt no AgRg no AREsp n. 795.125/RJ, Quarta Turma, DJe de 19/11/2018).

O não recebimento da unidade na data aprazada, portanto, já considerado o prazo de tolerância, caracteriza prejuízo decorrente do ilícito negocial, na medida em que o fato de não ter o adquirente sido imitido na posse já evidencia e expõe o dano a ser reparado, independentemente da comprovação de ter ele efetuado gasto com a locação de imóvel para residir.

Ao tratar da responsabilidade do incorporador em caso de inexecução da obrigação assumida, pondera **Melhim Namem Chalhub** que "a obrigação do incorporador é de resultado e sua responsabilidade, objetiva, daí por que deve, mesmo isento de culpa, indenizar os adquirentes dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão da obra, e é exatamente essa a regra específica da lei das incorporações: o incorporador responde independentemente de culpa 'pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras' (art. 43, II)" (*Incorporação Imobiliária*. 4ª edição. São Paulo: Forense. 2017. p. 341).

Destaque-se que o princípio do equilíbrio das relações de consumo está consagrado no art. 4º, III, do CDC, o qual destaca a necessidade de "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

Se essa proteção se justifica em relação a produtos e serviços de um modo geral, em que o consumidor tem liberdade de escolha, com maior razão deve ser observada nas situações em que essa escolha já

nasce reduzida, como ocorre nos contratos de adesão, a exemplo da promessa de compra e venda de imóvel, devendo a lei proteger a incolumidade econômica do consumidor, de modo a buscar impedir e diminuir as perdas dessa natureza.

Insta salientar, outrossim, que nos contratos submetidos à modalidade do PMCMV é desinfluyente que o comprador fique impossibilitado de alugar ou vender o imóvel, antes de sua quitação, nos termos do que dispõe o art. 7º-B, I e II, da Lei n. 11.977/2009, haja vista que essa proibição tem o intuito, tão somente, de evitar eventual desvio de finalidade, uma vez que a subvenção econômica concedida pelo Governo Federal tem por único objetivo viabilizar o acesso das famílias, destinatárias do programa, ao primeiro imóvel. Entretanto, essa circunstância diz respeito apenas à relação jurídica estabelecida entre o adquirente e o órgão estatal, não podendo, por isso, seus efeitos irradiarem para o negócio de compra e venda celebrado com a incorporadora, que é regido por regras protetivas específicas.

Dessarte, para efeito de responsabilização por atraso no cumprimento do prazo de entrega do imóvel, é irrelevante se o contrato é regido pelas normas gerais do SFH ou pelas regras próprias do PMCMV, porquanto o descumprimento contratual em discussão, a ensejar o pagamento das perdas e danos, envolve apenas a relação de consumo estabelecida entre a promitente vendedora e o adquirente da unidade autônoma.

Aliás, para as faixas de renda 1,5 (renda até R\$ 2.600,00), 2 (renda até R\$ 4.000,00) e 3 (renda até R\$ 7.000,00), não existe distinção significativa entre os negócios firmados sob as regras do SFH e do PMCMV, que autorize a adoção de tratamento diferenciado, dada a similitude, inclusive, entre as estipulações contratuais nas duas modalidades de contratação, mormente se consideradas as exigências, obrigações e penalidades impostas ao adquirente, em caso de ser ele o responsável pela mora ou pelo inadimplemento da obrigação.

Na modalidade de crédito para esse público específico, os aderentes contratam o financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia, seguro obrigatório, pagam comissão de corretagem, podendo ter que arcar, ainda, com atualização monetária pelo INCC (Índice Nacional da Construção Civil) ou outro índice setorial, e cobrança de juros de obra, assim como ocorre nas aquisições efetuadas pelo SFH.

Ficando evidenciado, portanto, o atraso injustificado na entrega da obra, é devido o pagamento de indenização ao comprador desde a data fixada no contrato, a qual será acrescida apenas do prazo de tolerância, a ser calculada com base no valor locatício de imóvel assemelhado, a ser apurado em liquidação de sentença.

Essa solução para o caso observa, inclusive, os princípios da equidade e da isonomia nas relações contratuais, que são basilares nas relações de consumo, e que visam estabelecer um equilíbrio entre as posições ocupadas pelas partes envolvidas, na medida em que resguarda e torna objetivo, em certo limite, o valor da indenização devida, evitando prejuízo de uma parte e vantagem excessiva de outra.

[...]

Por derradeiro, voltando ao caso em exame, entendo que o

termo final da indenização deverá corresponder à data do recebimento da unidade pelo adquirente, mediante a entrega das chaves, por ser o momento em que ele tem a efetiva posse do imóvel, fazendo cessar, por conseguinte, o fato gerador do dever de reparação, salvo disposição contratual diversa, que lhe seja mais favorável (AgInt no REsp n. 1.723.050/RJ, Relator o Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, DJe de 26/9/2018 e REsp n. 331.496/MG, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 5/8/2002).

Registre-se que a expedição do Habite-se é ato formal que atesta a regularidade administrativa do empreendimento, possibilitando sua averbação junto ao Cartório de Registro Imobiliário com vistas à subsequente instituição do condomínio edilício. Somente então poderá ser outorgada a escritura definitiva de venda e compra e transferência do domínio da unidade autônoma já individualizada. Dessa forma, eventual prejuízo advindo da sua não emissão pela incorporadora, após a conclusão do empreendimento, deverá ser demandado em ação própria." (g.n.)

Destaca-se que, no referido recurso repetitivo, restou consolidado o entendimento de que, evidenciado o atraso injustificado na entrega da obra, é devido o pagamento de indenização ao comprador desde a data fixada no contrato, considerando o prazo de tolerância nele previsto, até a data do recebimento da unidade pelo adquirente mediante a entrega das chaves, sendo ela calculada com base no valor locatício de imóvel assemelhado, a ser apurada em liquidação de sentença.

Desse modo, estando o acórdão recorrido em dissonância com o entendimento do STJ, merece reparo nesse ponto.

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para condenar os recorridos ao pagamento de indenização por lucros cessantes, nos termos acima expostos, a ser apurada em liquidação por artigos."

Como se vê, o julgamento do recurso especial apenas se revelou contrário aos interesses da parte embargante, não havendo omissão, nem contradição, tampouco qualquer outro vício a ensejar embargos de declaração, de modo que todos os pontos necessários ao desate da controvérsia foram abordados, de forma clara, coerente, lógica e fundamentada.

Nota-se que não há que falar em omissão sobre a tese de ilegitimidade passiva e a incidência da Súmula 83 do STJ sobre esse tema, uma vez que a matéria não foi objeto de recurso especial da parte embargada, nem das contrarrazões ao recurso especial da parte ora embargante, tampouco foi objeto de análise pela Corte local, constituindo indevida inovação recursal, bem como carecendo do devido prequestionamento.

Nesse sentido: EDcl no REsp nº 1.610.514-SP, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 14/02/2019; EDcl no AgRg no REsp 1168933/AC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012; AgRg no REsp 1334308/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe

15/09/2014; EDcl no AgRg no REsp 1114705/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 14/03/2014.

Salienta-se, ainda, que a tese de ilegitimidade passiva foi rejeitada na sentença e, embora tenha a parte ora embargante interposto o recurso de apelação, desistiu desse recurso, sendo o pedido homologado pelo desembargador federal relator, de forma que a matéria não restou impugnada no momento processual oportuno, estando assim, inclusive, coberta pela preclusão.

A propósito, *"a alegada ilegitimidade passiva da agravante está acobertada pela preclusão temporal, uma vez que não refutada no momento processual oportuno"* (AgInt no AREsp 1322164/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 03/10/2019).

Ressalta-se, também, que a contradição que permite o manejo dos aclaratórios é aquela verificada no corpo da própria decisão, e não a existente entre a pretensão da parte e o resultado colhido no julgamento.

Sob o pretexto de contradição, a parte busca o afastamento da indenização por lucros cessantes; porém, essa pretensão não caracteriza vício de contradição, mas sim mero inconformismo da parte embargante com o resultado do julgamento.

Com efeito, os argumentos da parte embargante - de que eventuais aluguéis seriam gastos, não sendo lucros, e de que não se poderia condenar as recorridas por reparar lucros de imóvel do PMCMV - não revela o vício de contradição no acórdão embargado, mas mero inconformismo da parte com o resultado colhido no julgamento.

A parte embargante, na verdade, deseja a rediscussão da matéria, já julgada de maneira inequívoca. Essa pretensão não está em harmonia com a natureza e a função dos embargos de declaração.

Desse modo, ressalta-se que os restritos limites dos embargos de declaração não permitem re julgamento da causa, como pretende a parte embargante, sendo certo que o efeito modificativo pretendido somente é possível em casos excepcionais e uma vez comprovada a obscuridade, contradição, omissão ou erro material do julgado, o que não se aplica ao caso concreto pelas razões acima delineadas.

3. Ante o exposto, rejeito os presentes embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator