

RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.274 - SP (2014/0095592-6)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : JOSÉ ROSALVO DE OLIVEIRA SILVA
RECORRENTE : VALERIA SDRUBOLINI HENARES
ADVOGADOS : SILVIO DUTRA - SP214172
MARIA CECILIA DUTRA - SP237869
RECORRIDO : GAFISA S/A
ADVOGADOS : FERNANDO ANTONIO A DE OLIVEIRA - SP022998
WALTER J DE BRITO MARINI E OUTRO(S) - SP195920

RELATÓRIO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por JOSÉ ROSALVO DE OLIVEIRA e VALÉRIA SDRUBOLIN HENARES, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: de indenização por danos materiais (lucros cessantes) e compensação por danos morais, ajuizada pelos recorrentes em face de GAFISA S/A, devido ao atraso na entrega de unidade imobiliária.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a recorrida, a título de danos materiais (lucros cessantes), ao pagamento de 0,7% ao mês sobre o valor atualizado do contrato (R\$ 430.000,00) pelo período compreendido entre o término da carência (31/07/2014) e a entrega das chaves (18/10/2010) (e-STJ fl. 257).

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pelos recorrentes e deu provimento ao apelo da recorrida, afastando a condenação a título de compensação por danos morais – por ausência de comprovação dos vícios construtivos e por entender configurado mero aborrecimento –, e patrimoniais – por considerar o pedido de lucros cessantes genérico e por ausência de comprovação dos prejuízos alegados.

Recurso especial: alegam violação do arts. 186, 402 e 927 do CC/02;

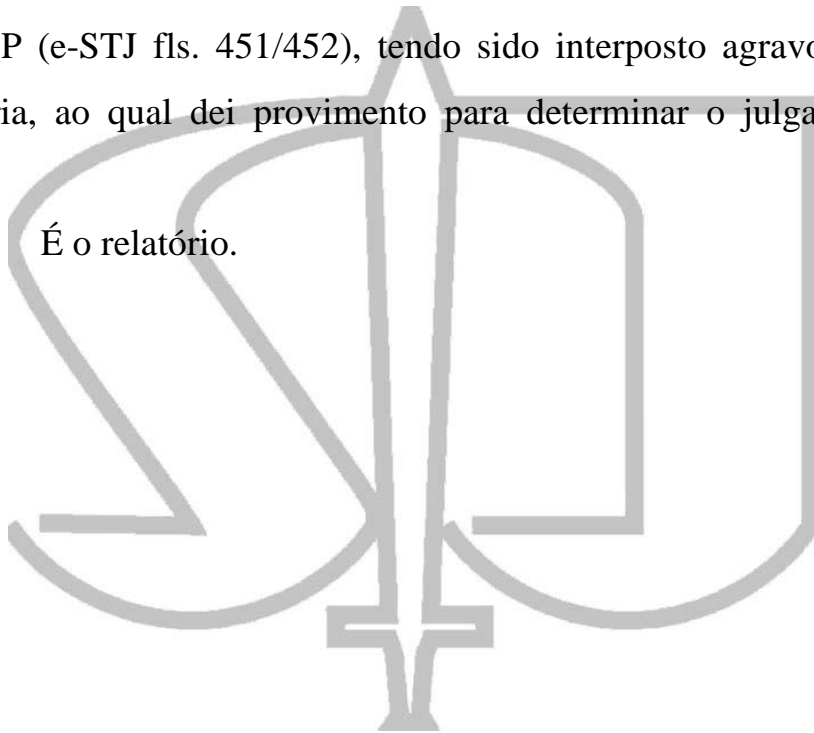
Superior Tribunal de Justiça

51, I, IV e XV, e parágrafo primeiro do CDC; 286, 459 e 333 do CPC/73, além de dissídio jurisprudencial. Sustentam que os lucros cessantes decorrentes do atraso da obra são presumidos, tendo em vista a supressão do seu direito de fruir, gozar e dispor do imóvel. Asseveram que o dano moral provocado pela recorrida não foi mero aborrecimento por descumprimento contratual.

Contrarrazões apresentadas às fls. e-STJ 430/449.

Prévio juízo de admissibilidade: o recurso foi inadmitido na origem pelo TJ/SP (e-STJ fls. 451/452), tendo sido interposto agravo contra a decisão denegatória, ao qual dei provimento para determinar o julgamento do recurso especial.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.633.274 - SP (2014/0095592-6)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : JOSÉ ROSALVO DE OLIVEIRA SILVA
RECORRENTE : VALERIA SDRUBOLINI HENARES
ADVOGADOS : SILVIO DUTRA - SP214172
MARIA CECILIA DUTRA - SP237869
RECORRIDO : GAFISA S/A
ADVOGADOS : FERNANDO ANTONIO A DE OLIVEIRA - SP022998
WALTER J DE BRITO MARINI E OUTRO(S) - SP195920

VOTO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a definir se o atraso da recorrida em entregar unidade imobiliária gerou danos materiais (lucros cessantes) e morais aos recorrentes.

I – Da ausência de prequestionamento (violação do art. 51, I, IV, XV e parágrafo único do CDC)

1. Argumentam os recorrentes que sua relação com a recorrida é de consumo, e em assim sendo, aplicável à hipótese as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial, no entanto, não merece ser conhecido quanto a esta questão, haja vista que nem o acórdão nem a sentença reconheceram a hipossuficiência dos recorrentes com fundamento nas normas do microsistema jurídico de proteção e defesa do consumidor.

3. Os argumentos invocados no recurso especial quanto ao art. 51, I, IV, XV e parágrafo único do CDC, não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial, quanto ao ponto, do indispensável prequestionamento.

II - Do dano moral

4. No que se refere ao dano moral, o Tribunal de origem concluiu que

“pese o parcial descumprimento do contrato firmado entre as partes, a querela instalada por ocasião dos fatos narrados na inicial não ultrapassou a esfera do singelo aborrecimento, lembrando-se que o reconhecimento do dano moral, como é sabido, exige um desassossego anormal, não se franqueando a sua identificação em acontecimentos corriqueiros como verificado na espécie dos autos” (e-STJ fls. 351/352).

5. De fato, para haver a reparação por danos morais, devem estar preenchidos os três pressupostos de responsabilidade civil em geral, quais sejam: a ação, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Apenas nessa hipótese, surge a obrigação de indenizar. Esse destaque é importante porque “nem todo atentado a direitos de personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral” (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Saraiva, 4^a ed., 2015 p. 60), pois os danos podem se esgotar nos aspectos físicos ou materiais de uma determinada situação.

6. Pode-se acrescentar, ainda, que dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, com renovadas ansiedades e desejos, e por isso não se pode aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral.

7. Nesse contexto, a jurisprudência do STJ vem evoluindo, de maneira acertada, para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis.

8. Para a configuração do dano moral no caso de atraso na entrega de imóvel, o STJ tem entendido que, muito embora o simples descumprimento contratual não provoque danos morais indenizáveis, circunstâncias do caso concreto podem configurar a lesão extrapatrimonial. Nesse sentido: AgInt no AResp 301897/RJ, 4^a Turma, DJe 22/09/2016; AgRg no AResp 809935/RS, 3^a

Turma, DJe 11/03/2016; e, REsp 1551968/SP, 2ª Seção, DJe 06/09/2016.

9. Não sendo presumido o dano moral na hipótese, seria necessária a sua comprovação, a fim de gerar o dever de indenizar. Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu que os recorrentes não demonstraram circunstâncias que justificassem condenação da recorrida em compensação por danos morais (e-STJ fl. 351).

10. Nessas circunstâncias, a alteração do julgado, como pretende os recorrentes, ensejaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

- Dos danos materiais na modalidade lucros cessantes

11. Quanto aos danos materiais, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou “inviável a cobrança de lucros cessantes decorrentes *do atraso na entrega do imóvel*, já que não se podia deixar de ganhar algum rendimento derivado da não exploração pessoal do bem, hipótese diversa dos imóveis adquiridos para fins de investimento, ressaltando-se que nada foi descrito quanto à finalidade lucrativa almejada pelos autores quando da aquisição do imóvel. O parcial inadimplemento do contrato, assim, não causou nenhum reflexo na atividade comercial desenvolvida pelos adquirentes do bem” (e-STJ fl. 355).

12. Constata-se, assim, que o fato do atraso injustificado da entrega do imóvel é incontroverso.

13. Ora, com a inexecução do contrato pela recorrida, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas, é mais do que óbvio terem os recorrentes sofrido lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada, pois esta seria a situação econômica em que se encontrariam se a prestação da recorrida tivesse sido tempestivamente cumprida. Trata-se de situação que, vinda da experiência

comum, não necessita de prova (art. 335 do CPC/73). Portanto, consideram-se provados os lucros cessantes na sua existência (*an debeatur*).

14. Partindo dessa premissa, o STJ possui entendimento no sentido de que, nas situações em que há atraso injusto na transferência ou entrega da posse, há presunção relativa da existência de danos materiais na modalidade lucros cessantes.

15. O TJ/SP, ao decidir pela imprescindibilidade de produção de provas do dano material efetivo, contrariou o entendimento do STJ no sentido de que, nessas situações, há presunção relativa da existência de danos materiais na modalidade lucros cessantes, invertendo-se o ônus da prova. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.202.506/RJ, 3ª Turma, DJe 24/02/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 30786/SC, 3ª Turma, DJe 21/08/2012; e, AgRg no REsp 826.745/RJ, 4ª Turma, DJe 22/03/2010.

16. Logo, o acórdão recorrido merece reforma.

17. Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 255, §4º, I e III do RISTJ, para restabelecer os efeitos da sentença, inclusive no que se refere à distribuição dos ônus da sucumbência.