

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1501760 - SP
(2019/0134654-2)**

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO
ADVOGADOS : ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070
WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000
FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678
LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675
DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439
AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA
LIMITADA
ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE CONVOLAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCONFORMISMO QUANTO A INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5, 7 E 211/STJ. NÃO AFASTAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DA SIMILITUDE FÁTICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRADO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de convolação em indenização por danos materiais e compensação por danos morais.
2. A insurgência da parte agravante quanto a aplicação das Súmulas 5, 7 e 211/STJ, sem a devida demonstração de não aplicação ao caso, obsta o provimento do agrado interno por ela manejado.
3. A divergência jurisprudencial deve estar amparada em similitude fática, apta a ensejar a análise do Recurso Especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional. A não demonstração do requisito viola o disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC/15.
4. Agrado interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília, 10 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento)

Ministra Nancy Andrichi
Relatora

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.760 - SP (2019/0134654-2)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO
ADVOGADOS : LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675
ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070
WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000
DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439
FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678
AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA LIMITADA
ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Cuida-se de agravo interno interposto por MISSÃO SALESIANA DE MATO GROSSO (MSMT - UNISALESIANO LINS) contra decisão monocrática que conheceu do agravo em recurso especial para não conhecer do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE CONVOLAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de convolação em indenização pelos danos materiais e compensação pelos danos morais.
2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.
4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.
5. Agravo conhecido. Recurso especial não conhecido.

Ação: obrigação de fazer cumulada com pedido de convolação em indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por MISSÃO

SALESIANA DE MATO GROSSO (MSMT - UNISALESIANO LINS) em face de CONSTROEN - CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA. Sustenta que celebrou com a agravada um contrato de empreitada global para a construção de um Centro Universitário. Alega que a parte agravada entregou a obra em prazo superior ao previsto e com defeitos.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido da agravante para condenar a agravada a executar as obras de reparação, essas convoladas em indenização pelos danos materiais no valor de R\$ 1.189.820,27, além de julgar improcedente a compensação pelos danos morais. Ainda, condenou a agravada a entregar a agravante o projeto de estrutura do concreto armado, o projeto de instalação elétrica, o projeto de fundação, a certidão negativa de débito do INSS e as guias de recolhimento do FGTS, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00. Julgou, também, improcedente o pedido de reconvencção da agravada. Por fim, condenou a agravada ao pagamento das custas, honorários periciais e honorários advocatícios, sendo os últimos arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação de CONSTROEN - CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA., para manter a r. sentença no tocante a entrega para a agravante da certidão negativa de débito do INSS e das guias de recolhimento do FGTS, invertendo os ônus sucumbenciais, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE E IRREGULARIDADE FORMAL - IMPERTINÊNCIA.

I- O fato de serem rejeitados os segundos embargos de declaração não enseja o reconhecimento de que o prazo para a apelação iniciou a sua fluência a contar da publicação da sentença que apreciou os opostos anteriormente;

II- Havendo evidente contrariedade aos termos e fundamentos da sentença, não se cogita de irregularidade formal a que aludem os arts. 932, III e 1.010, II, do CPC.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - RECONVENÇÃO - PEDIDO DE EMISSÃO DE TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO DA OBRA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO - CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E À OBRIGAÇÃO DE FAZER, REJEITADA A COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL - APELAÇÃO DA RÉ - PRELIMINARES DE

CERCEAMENTO DE DEFESA E SENTENÇA ULTRA PETITA - REJEIÇÃO - DETERMINAÇÃO DE REINCLUSÃO DE PEÇAS NOS AUTOS - RÉ QUE CUMPRIO O CONTRATO, NOS TERMOS AVENÇADOS - TERMO DE RECEBIMENTO PROVISÓRIO QUE INDICA A PENDÊNCIA EXCLUSIVA A DOIS TÓPICOS - ITENS QUE NÃO CONSTITUEM VÍCIO DE RESPONSABILIDADE DA RÉ - DEMAIS QUESTIONAMENTOS DA AUTORA IMPERTINENTES - SENTENÇA REFORMADA, REMANESCENDO UNICAMENTE A OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NO FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS REFERENTES AO INSS E FGTS - RECONVENÇÃO PERTINENTE - OBRA ACABADA - FORNECIMENTO DO TERMO DE RECEBIMENTO DEFINITIVO DA OBRA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA E OBSERVAÇÃO.

I- Não constitui cerceamento de defesa o não atendimento do pleito da ré de imprestabilidade do laudo pericial, cuja análise está a cargo do juiz;

II- Não se anula a sentença por ter, eventualmente, ultrapassado os pedidos iniciais, mas sim se a corrige em segunda instância;

III- Impertinente a exclusão dos custos de documentos comuns às partes e que deveriam instruir a inicial ou mesmo terem sido anexados ao laudo pericial;

IV- Reconhecendo tacitamente a autora a regularidade das obras, salvo os itens que especificamente anotou no termo de recebimento provisório da obra, precedido de termo de vistoria por pessoa de sua confiança, impertinente a sua alegação de existência de outros vícios de fácil constatação;

V- Comprovada a inexistência dos vícios que apontou a autora, em especial quanto à ventilação de depósito, posto não constante do projeto, e de quadro de energia destinado à instalação de ar condicionado e elevador, cuja aquisição a cargo da autora e a instalação de quem contratasse, impertinente a resistência em firmar o termo de recebimento definitivo da obra;

VI- Tendo o preposto da autora recebido as plantas por ela pretendidas, impertinente o seu pedido de fornecimento;

VII- Remanesce a condenação da ré em fornecer a quitação do INSS e FGTS relativa à obra da autora;

VIII- Vencida a ré em mínima parte, de rigor a inversão dos ônus de sucumbência, majorando-se os honorários advocatícios, com fundamento no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC. (e-STJ fl. 1976/1977)

Embargos de Declaração: opostos por MISSÃO SALESIANA DE MATO GROSSO (MSMT - UNISALESIANO LINS), foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 618, 927 do CC/02, 12, 14, do

CDC, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta que a demanda está centrada na responsabilidade da agravada pela má execução dos serviços prestados. Aduz que no Termo de Recebimento Provisório foram apontadas irregularidades, não devendo a responsabilidade da agravada estar limitada somente a esse ato. Afirma que é responsabilidade da agravada a entrega da obra em perfeitas condições de uso. Assevera que as correções no projeto deveriam ser previstas pela agravada, e não pela agravante que é leiga em matéria de construção.

Decisão Monocrática: conheceu do agravo em recurso especial para não conhecer do recurso especial.

Razões do agravo interno: Insurge-se a agravante contra a aplicação da Súmula 211/STJ, no que se refere a ausência de prequestionamento dos arts. 12 e 14 do CDC. No particular, alega que referido óbice sumular foi rejeitado pelo CPC/15, com base no entendimento da Suprema Corte a respeito do prequestionamento ficto, art. 1.025 do CPC/15. Além disso, sustenta que a matéria foi citada pela Corte local e por isso mesmo teria ocorrido o prequestionamento, mesmo com a oposição dos devidos aclaratórios e a sua consequente rejeição. Segue nas suas razões e assevera que os arts. 618 e 927 do CC/02 não encontram óbice nas Súmulas 5 e 7 desta Corte. Por fim, entende estarem presentes o cotejo analítico e a similitude fática, por intermédio dos quais fica demonstrada a divergência jurisprudencial.

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.760 - SP (2019/0134654-2)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO
ADVOGADOS : LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675
 ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070
 WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000
 DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439
 FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678
AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA LIMITADA
ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE CONVOLAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCONFORMISMO QUANTO A INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5, 7 E 211/STJ. NÃO AFASTAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DA SIMILITUDE FÁTICA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de convolação em indenização por danos materiais e compensação por danos morais.
2. A insurgência da parte agravante quanto a aplicação das Súmulas 5, 7 e 211/STJ, sem a devida demonstração de não aplicação ao caso, obsta o provimento do agravo interno por ela manejado.
3. A divergência jurisprudencial deve estar amparada em similitude fática, apta a ensejar a análise do Recurso Especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional. A não demonstração do requisito viola o disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC/15.
4. Agravo interno não provido.

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.501.760 - SP (2019/0134654-2)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI
AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO
ADVOGADOS : LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675
 ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070
 WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000
 DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439
 FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678
AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA LIMITADA
ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Trata-se na origem de obrigação de fazer cumulada com pedido de convolação em indenização pelos danos materiais e compensação pelos danos morais, ajuizada por MISSÃO SALESIANA DE MATO GROSSO (MSMT - UNISALESIANO LINS) em face de CONSTROEN - CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA.

Em que pese o esforço da agravante em suas razões no agravo interno, não há como alterar o decidido na decisão recorrida.

A agravante colaciona trecho do acórdão recorrido (e-STJ fl. 2241) que tão somente serve para explanar em que sentido foram levadas, ao conhecimento da Corte local, as insurgências em grau de apelo. No entanto, da análise do acórdão, já exercido por esta relatora quando proferida a decisão ora recorrida, constata-se que a Corte local não exerceu sobre esse ponto o devido juízo valorativo, não se detalharam de forma minudente os aspectos que acolheriam ou não a alegação da parte agravante quanto ao ponto. Em sendo assim, não houve o devido prequestionamento pela Corte local e isso não afasta a incidência da Súmula 211/STJ em relação aos art. 12 e 14 do CDC tidos por violados.

No que concerne a alegação da agravante de que houve a rejeição da Súmula 211/STJ pelo CPC/15, por conta do entendimento da Suprema Corte em relação ao prequestionamento ficto, lastreado no art. 1.025 do CPC/15, entendo que melhor razão não assiste a parte agravante.

Ocorre que esses dispositivos de lei, art. 12 e 14 do CDC tidos por violados, não foram objeto de prequestionamento, e nem mesmo sob os auspícios do art. 1.025 do CPC/15 podem ser analisados, primeiro porque não foi aduzida a necessária e prévia violação ao art. 1.022 do CPC/15 no recurso especial, condição *sine qua non* para se perquirir sobre a incidência do art. 1.025 do CPC/15, e segundo, porque não há, no particular, omissão do Tribunal de origem a ser enfrentada por esta Corte, restando rejeitados inclusive os aclaratórios opostos perante a Corte local.

Em sequência, entendo que também não assiste razão a parte agravante quanto a não incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Vê-se que o acórdão recorrido analisa a questão com base no contrato celebrado entre a agravante e a agravada, na prova dos autos e no denominado RELATÓRIO DE CONSTRUÇÃO DO BLOCO B, ou seja, documentos analisados pela Corte local, cujo entendimento foi mantido por essa relatora quando proferida a decisão recorrida, em consonância com os óbices sumulares guerreados.

Cabe ressaltar que a parte agravante alega que “O que se busca perante o Superior Tribunal de Justiça é a reavaliação dos fatos e dos dados explicitamente admitidos, ou seja, uma definição jurídica diversa aos fatos e provas expressamente mencionados no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo a alcançar a correção do error in judicando, inclusive o proveniente de equívoco na valoração das provas, e o error in procedendo, que é

o erro no proceder, cometido pelos I. desembargadores ao deixar de fundamentar suas decisões, bem como de não apreciar os argumentos ventilados pela recorrente, os quais, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, podem ser objeto de recurso especial.” (e-STJ fl. 2245)

No entanto, não é esse o objetivo das razões do agravo interno. A agravante deseja a mudança da decisão recorrida e isso não é possível, porquanto, no entendimento desta relatora, a Corte local delimitou de forma contundente a matéria objeto da insurgência ainda em sede de Apelação e a examinou com base nos documentos juntados aos autos e nas provas produzidas pelas partes.

Cumprе ressaltar que, na hipótese em que se pretende impugnar, no agravo em recurso especial, a aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ, deve a agravante não apenas mencionar que os referidos enunciados devem ser afastados, o que no caso concreto não tem como ser validado, mas, além disso, também deve demonstrar que a solução da controvérsia independe do reexame dos elementos de convicção dos autos, avaliados pelas instâncias ordinárias, não sendo suficiente apenas a assertiva de que o que se deseja é a reavaliação dos fatos e dos dados explicitamente admitidos.

Além disso, a própria peça inaugural da agravante traz como fundamento a informação de que a agravante e a agravada celebraram contrato de empreitada global em 25/04/2008, tendo como objeto a construção do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium, inclusive discriminado na Cláusula Primeira do referido instrumento. (e-STJ fl. 03/04)

Por fim, a alegada demonstração da divergência jurisprudencial também não prospera.

O acórdão indicado pela agravante como paradigma tem como

supedâneo contrato administrativo e a responsabilidade do contratado foi analisada sob a ótica do art. 69 da Lei 8.666/93, enquanto que toda a matéria de insurgência da agravante orbita na violação dos arts 12 e 14 do CDC e nos arts 618 e 927 do CC/02.

Além disso, a regra contratual que se estabelece entre particulares não é a mesma, guardada as devidas proporções, que se estabelece entre a Administração Pública e o particular contratado, pois nos contratos administrativos o fim almejado será sempre o atendimento do anseio público, e não o desejo da vontade do particular sobre a Administração Pública, que na maior parte das vezes terá a supremacia do contrato.

Nesse ponto, vale destacar que o acórdão recorrido deixou claro que “Como consta dos autos, a ré havia executado obra semelhante para a autora, com êxito e, assim, instou-a a executar a obra em foco.” (e-STJ fl. 1980)

Assim, a situação é diversa, uma vez que o contrato celebrado entre a Administração Pública e o particular contratado acontece porque é fruto de um processo licitatório onde se busca a condição mais benéfica para aquela e não um contrato que se estabelece por conta de um serviço anterior prestado com êxito. Daí porque não ter como presente a similitude fática para o caso em questão.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno no agravo em recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

AgInt no AREsp 1.501.760 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0134654-2

Número de Origem:

00165367620128260322 322.01.2012.016536 0016536-76.2012.8.26.0322 0020034-83.2012.8.26.0322 1679/2012
165367620128260322 322012012016536 200348320128260322 16792012

Sessão Virtual de 04/02/2020 a 10/02/2020

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO

ADVOGADOS : LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675

ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070

WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000

DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439

FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678

AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA LIMITADA

ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

ASSUNTO : DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - ESPÉCIES DE CONTRATOS - EMPREITADA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MISSAO SALESIANA DE MATO GROSSO

ADVOGADOS : ÉLVIO MARCUS DIAS ARAÚJO - MS013070

WILSON ROBERTO ROSILHO JÚNIOR - MS017000

FERNANDA PÁDUA MATHIAS - MS015678

LEONARDO AVELINO DUARTE - MS007675

DENISE REGINA ROSA BARBOSA - SP246439

AGRAVADO : CONSTROEN CONSTRUÇOES E ENGENHARIA LIMITADA

ADVOGADO : ALEX GIRON - SP273445

TERMO

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília, 10 de fevereiro de 2020