



ACÓRDÃO N° DJE:
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL N°. 0008609-58.2012.814.0301
EMBARGANTE: GAFISA SPE-51 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS
ADVOGADO: BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA – OAB/PA N. 8770 E OUTROS
APELADA: ILCA DE SOUSA BELICH
ADVOGADO: EURICO DA CRUZ MORAES JUNIOR – OAB/PA N. 15.173-B
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA
RELATORA: DES^a. MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – ACÓRDÃO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO – CONDENAÇÃO DA APELANTE/EMBARGANTE À REPETIÇÃO INDÉBITO QUE NÃO SOFREU APRECIÇÃO ESPECÍFICA – NECESSIDADE DE SANEAMENTO – LAUDO PERICIAL CONTÁBIL QUE DEMONSTRA A COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES SEM QUE, CONTUDO, TENHA OCORRIDO SEU PAGAMENTO PELA EMBARGADA – INCIDÊNCIA DO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO DO CDC, QUE RESTRINGE-SE ÀS HIPÓTESES DE EFETIVO PAGAMENTO INDEVIDO, NÃO BASTANDO A SIMPLES COBRANÇA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DA COBRANÇA INDEVIDAMENTE REALIZADA – MÚNUS DA APELADA/EMBARGADA – ART. 373, INCISO I DO CPC – AFASTAMENTO DA RESTITUIÇÃO QUE SE IMPÕE – ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS QUE DEVEM SER INTEGRADOS AO ACÓRDÃO EMBARGADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1 – Nos presentes aclaratórios, aduz o embargante que o Acórdão embargado foi omissivo em sua fundamentação, pois não teria apreciado o pedido de revisão da condenação em repetição de indébito.

2 – No caso sub examine, verifica-se que em sede de sentença (fls. 276-288) foi a construtora ora embargante condenada a repetição do indébito de valores que esta teria indevidamente cobrado da embargada, por essa razão, insurgiu-se a ora embargante a esta condenação em seu recurso apelatório (fls. 291-314), objeção está que, entretanto, não sofreu apreciação específica no Acórdão embargado (fls. 600-607).

3 – Saneando a omissão, verifica-se do exame dos autos que a condenação em repetição do indébito se consubstanciou no Laudo Pericial Contábil de fls. 214-234, do qual, constata-se que considerando os valores efetivamente pagos pela ora embargada, o montante devido era de R\$ 39.602,04, e não R\$ 103.234,98 como havia sido cobrado pela construtora embargante, razão pela qual, foi condenada à repetição da diferença em dobro, nos termos do art. 42 do CDC, constituindo o montante total de R\$ 127.265,88.

4 – Entretanto, o referido valor corresponde na verdade, consoante a citada perícia contábil, no importe devido e não adimplido pela embargada à embargante e, considerando que a incidência do art. 42, Parágrafo Único do CDC, exige o efetivo pagamento do valor indevidamente cobrado, não



bastando a simples cobrança, bem como nos autos prova inequívoca de que a apelada/emargada tenha o valor do qual pretende a restituição, múnus que lhe recaia, nos termos do art. 373, inciso I do CPC, não há que se falar em restituição de valores, impondo-se o acolhimento dos presentes aclaratórios,

5 – Embargos de Declaração Conhecido e Provido, para reconhecendo a omissão do Acórdão embargado, afastar em repetição do indébito cominada no decisum ad quo, devendo a presente decisão ser integrada ao Acórdão embargado, mantendo-se este em suas demais disposições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, onde figuram como partes as acima identificadas, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores membros da Colenda 2ª Turma de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará na Sessão Ordinária realizada em 19 de junho de 2018, na presença do Exmo. Representante da Doutra Procuradoria de Justiça, por unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PROVIMENTO aos Embargos de Declaração, nos termos do voto da Exma. Desembargadora Relatora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

Desembargadora Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL N°. 0008609-58.2012.814.0301

EMBARGANTE: GAFISA SPE-51 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

ADVOGADO: BRUNO MENEZES COELHO DE SOUZA – OAB/PA N. 8770 E OUTROS

APELADA: ILCA DE SOUSA BELICH

ADVOGADO: EURICO DA CRUZ MORAES JUNIOR – OAB/PA N. 15.173-B

COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA

RELATORA: DES^a. MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES

EXPEDIENTE: 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL interposto por GAFISA SPE-51 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, em face de ILCA DE SOUSA BELICH e do V. ACÓRDÃO n°. 186.939, que deu parcial provimento ao recurso de apelação apresentado pela ora embargante.

Nesta senda, destaca-se a ementa do v. Acórdão embargado (fls. 600-607), in verbis: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E



MATERIAIS – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA APRESENTADA NA TRIBUNA – REJEITADA – AUSÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA - PRELIMINAR: CERCEAMENTO DE DEFESA, REJEITADA – MÉRITO: EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO – INAPLICABILIDADE – ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DA OBRA – DANOS MATERIAIS PRESUMIDOS – CARACTERIZAÇÃO – LUCROS CESSANTES DEVIDOS – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS PELO MERO ABORRECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO AFASTANDO OS DANOS MORAIS.

1. Preliminar de ordem pública arguida da tribuna, pelo advogado da apelante. Alegação de litispendência. Inconsistência. Processo da 7ª VCC que possui causa de pedir e pedidos distintos. Tratando-se de pedido de cominatório de RETIFICAÇÃO DE CONTRATO quanto a forma de pagamento e dano moral, que tem como causa de pedir o direito à forma diferenciada de pagamento, bem assim, o pedido ora veiculado é de imissão na posse, lucros cessantes e danos morais, fundados em atraso na entrega do imóvel e repetição de valores. AUSÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA; questão superada por decisão em agravo de instrumento. PRELIMINAR REJEITADA.

2. Mérito.

2.1 Exceção de contrato não cumprido. Inaplicabilidade, vez que a apelada cumpriu com as obrigações referentes à primeira etapa do negócio, restando, todavia, o adimplemento da segunda etapa referente ao pagamento da parcela n. 36, a qual deveria ser cumprida no ato da entrega das chaves, segundo a ressalva firmada entre as partes.

2.2 Dessa forma, nos termos do disposto no art. 476 do Código Civil, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro, de sorte que a construtora recorrente não podia, assim, desconsiderar a cronologia das obrigações firmadas.

2.3 Danos Materiais caracterizados. Lucros cessantes devidos a partir de setembro de 2012.

2.4 Danos morais não substanciados pelo mero atraso.

3. Recurso Conhecido e parcialmente provido. Reforma da sentença para afastar os danos morais.

Consoante declinado alhures, da destacada decisão colegiada, opôs a parte então apelante, GAFISA SPE-51 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, Embargos de Declaração (fls. 609-611).

Alega que o Acórdão embargado foi omisso em sua fundamentação, pois não teria apreciado o pedido de revisão da condenação em repetição de indébito.

Argui ser descabida a condenação de repetido de indébito, visto inexistir qualquer pagamento indevido, mas tão somente a cobrança de valores referentes ao contrato. Aduz que não havendo pagamento indevido não há que se falar em incidência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, pugnado, assim, pelo afastamento de tal condenação.

Em sede de Contrarrazões (fls. 615-616), aduz a ora embargada que a matéria relativa a repetição de indébito foi devidamente enfrentada pelo órgão colegiado em sede do Acórdão embargado; alega que a conduta do embargante caracteriza o disposto no art. 81 do CPC/2015.



Pleiteia, assim, pelo desprovimento dos aclaratórios, bem como pela condenação da embargante por litigância de má-fé.
É o relatório, apresentado para inclusão do feito em Pauta para Julgamento.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora – Relatora

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Avaliados, preliminarmente, os pressupostos processuais subjetivos e objetivos deduzidos pelo embargante, tenho-os como regularmente constituídos, bem como atinentes à constituição regular do feito até aqui, razão pela qual conheço do recurso, passando a proferir voto.

DA INCIDÊNCIA DO DIREITO INTERTEMPORAL

Precipuamente, em observância as regras de Direito Intertemporal, positivada no art. 14 do Código de Processo Civil de 2015, o recurso em



exame será apreciado sob a égide do Novo Diploma Processual Civil, visto a vergasta decisão ter sido proferida na vigência deste.
Á minguia de questões preliminares, atenho-me ao exame do mérito da demanda.

MÉRITO

Consta das razões deduzidas pela ora embargante que o Acórdão embargado foi omissis em sua fundamentação, pois não teria apreciado o pedido de revisão da condenação em repetição de indébito; acrescenta ser descabida a condenação de repetido de indébito, visto inexistir qualquer pagamento indevido, mas tão somente a cobrança de valores referentes ao contrato; bem como que não havendo pagamento indevido não há que se falar em incidência do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, pugnado, assim, pelo afastamento de tal condenação.

Precipualemente, cumpre destacar que o art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil, prescreve que os Embargos de Declaração serão cabíveis nas hipóteses em que houver obscuridade ou contradição ou ainda, quando o Magistrado se omitir com relação a algum dos apontamentos levantados pelas partes:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no °.

Neste contexto, urge trazer à colação o magistério de Luiz Orione Neto, in verbis:

O recurso de embargos de declaração é um remédio jurídico que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a impugnação de qualquer decisão judicial que contenha o vício da obscuridade, contradição ou omissão, objetivando novo pronunciamento perante o mesmo juízo prolator da decisão embargada, a fim de completá-las ou esclarece-la.

(ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis. 2ª ed., ver. Atual. e ampliada, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 385).

No caso sub examine, verifica-se que em sede de sentença (fls. 276-288) foi a construtora ora embargante condenada a repetição do indébito de valores indevidamente cobrado da embargada, por essa razão, insurgiu-se a ora embargante contra essa condenação em seu recurso apelatório (fls. 291-314), objeção está que, entretanto, não sofreu apreciação específica no Acórdão embargado (fls. 600-607).

Dessa forma, reconhecida a omissão, impõe-se seu saneamento, razão pela qual, passamos ao exame do preenchimento ou não dos requisitos ensejadores da restituição indébito no caso em tela.

Compulsando os autos, depreende-se que a aludida condenação em



repetição do indébito se consubstanciou no Laudo Pericial Contábil de fls. 214-234 dos autos.

Do exame do referido laudo, mais especificamente de sua conclusão, verifica-se que considerando os valores efetivamente pagos pela ora embargada, o montante devido era de R\$ 39.602,04 (trinta e nove mil, seiscentos e dois reais e quatro centavos), e não R\$ 103.234,98 (cento e três mil, duzentos e trinta e quatro reais e noventa e oito centavos), como havia sido cobrado pela construtora embargante, tendo, por essa razão, sido condenada à repetição da diferença, R\$ 63.632,94 (sessenta e três mil, seiscentos e trinta e dois reais e noventa e quatro centavos), em dobro, nos termos do art. 42 do CDC, constituindo o montante total de R\$ 127.265,88 (cento e vinte sete mil, duzentos e sessenta e cinco reais e oitenta e oito centavos).

Ocorre que o referido valor, a qual sentenciou o juízo ad quo determinando a sua restituição em dobro, corresponde na verdade, consoante a citada perícia contábil, no importe devido e não adimplido pela embargada a embargante.

Nesta senda, sabe-se que para a devolução em dobro do indébito prevista no art. 42 do CDC, não basta a simples cobrança indevida, há necessidade de que o consumidor tenha, efetivamente pago indevidamente o valor, o que não ocorreu in casu.

Nesse sentido, vejamos o posicionamento adotado pela jurisprudência pátria:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. COBRANÇA INDEVIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A punição imposta pelo art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tem como premissas a irregularidade da cobrança e o pagamento indevido realizado pelo consumidor. 2. Da dicção legal, percebe-se, portanto, a necessidade de comprovação do efetivo pagamento da cobrança pelo consumidor, e não basta a simples cobrança. 3. A prova acostada aos autos (ID 1715625, pág. 10) efetivamente comprova o lançamento em duplicidade a favor da recorrente, ou seja, no dia 01/01 foram lançados dois débitos no cartão de crédito do recorrido. Todavia, não há nos autos a comprovação do efetivo pagamento da cobrança pelo consumidor. 4. recurso conhecido e provido.

(TJ-DF 07051735120178070016 DF 0705173-51.2017.8.07.0016, Relator: MARA SILDA NUNES DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 29/06/2017, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/09/2017). (Grifei).

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ABUSIVIDADE DO APONTAMENTO - DANO MORAL CARACTERIZADO - REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC - RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - A inscrição indevida do nome da autora em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária. [...] 3 - A aplicação do parágrafo único do art. 42 do CDC se restringe aos casos em que o consumidor tenha, de fato, pago indevidamente. Não basta a simples cobrança. 4 - Recurso conhecido e parcialmente provido.



(TJ-ES - APL: 00069369420098080012, Relator: WILLIAM COUTO GONÇALVES, Data de Julgamento: 09/04/2013, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/04/2013). (Grifei).

SERVIÇO TELEFÔNICO. TELEFONIA MÓVEL. COBRANÇA INDEVIDA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DANO MORAL. A DEVOLUÇÃO EM DOBRO DETERMINADA PELO CDC, ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, SÓ CABE NA HIPÓTESE DE EFETIVO PAGAMENTO INDEVIDO; NÃO BASTA A SIMPLES COBRANÇA. NÃO PROVANDO O CONSUMIDOR O CONSTRANGIMENTO QUE ALEGA TER EXPERIMENTADO NO INTERIOR DE LOJA DA TIM, FUNDAMENTO DO DANO MORAL, DESCABE REPARAÇÃO A TAL TÍTULO. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-RJ - APL: 01441957120038190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 13 VARA CIVEL, Relator: NAMETALA MACHADO JORGE, DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

Com efeito, inexistente nos autos prova inequívoca de que o apelante tenha efetivamente pago o valor do qual pretende a restituição. Isto porque, independente da aplicação do CDC em favor da parte ora embargada, nosso ordenamento jurídico consagra em seu sistema probatório que à parte que alega a existência de determinado fato, recai o ônus de demonstrar sua veracidade, a teor do disposto no art. 373, inciso I do CPC.

Cabia, portanto, à autora/embargada provar que tal cobrança indevida foi paga, ônus do qual não se desincumbiu.

Assim, inexistindo comprovação do pagamento da cobrança realizada a título indevido, não há que se falar em incidência do art. 42 do CDC, impondo-se o acolhimento dos presentes aclaratórios, para afastar a condenação de repetição do indébito cominada da sentença de piso.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONHEÇO dos Embargos de Declaração e DOU-LHE PROVIMENTO, para reconhecendo a omissão do Acórdão embargado, afastar em repetição do indébito cominada no decisum ad quo, devendo a presente decisão ser integrada ao Acórdão embargado, mantendo-se este em suas demais disposições.

É como voto.

Belém, 19 de junho de 2018.

MARIA DE NAZARÉ SAAVEDRA GUIMARÃES
Desembargadora – Relatora