

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.405.697 - RS (2018/0313010-0)

RELATOR : **MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE : KIFAH SHOKRI MHAMAD HARFOUSH
ADVOGADOS : JAIR PEREIRA COITINHO - RS039468
MAHER JAMIL ABU HWAS - RS107650
AGRAVADO : XP INVESTIMENTOS CORRETORA DE CAMBIO, TITULOS E
VALORES MOBILIARIOS S/A
ADVOGADOS : VINÍCIUS DE OLIVEIRA BERNI E OUTRO(S) - RS051477
MARIA ISABEL RODRIGUES DE SIQUEIRA CAMPOS -
RJ158515
PEDRO MADUREIRA DE PINHO LUZES - RJ156853

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPROCEDÊNCIA. ARTS. 489 E 1022 DO NCPC. OMISSÃO E/OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO INEXISTENTES. TRIBUNAL LOCAL QUE MANTEVE A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

KIFAH SHOKRI MHAMAD HARFOUSH (KIFAH) ajuizou ação contra XP INVESTIMENTOS S.A. (CORRETORA), que apresentou reconvenção.

Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, sendo a autora condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A reconvenção da CORRETORA foi julgada procedente, para condenar KIFAH ao pagamento da quantia de R\$ 122.234,76 (cento e vinte e dois mil, duzentos e trinta e quatro reais e setenta e seis centavos), a ser corrigida pelo IGP-M, acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de 18 de agosto de 2010.

O Tribunal negou provimento ao apelo de KIFAH, nos termos da ementa a seguir consignada.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO E DEVOLUÇÃO DE VALORES.

Autora que alega má gestão dos valores que repassou à requerida para operações na Bolsa de Valores.

Desídia e falha na prestação de serviços, atribuídas à XP porque aceitou operações efetuadas por terceiro, sem que a contratante tivesse outorgado procuração, por instrumento público, ao seu alegado representante. Fatos não comprovados.

Prova suficiente que a autora, inadvertidamente, compartilhou a senha de acesso ao investimento com seu cônjuge.

Demonstrado pelas gravações de mídia efetuadas pela requerida, através de home broker o cônjuge realizou as sucessivas operações em poucos dias, causando prejuízos à demandante.

Dever de indenizar a demandada.

AÇÃO ORDINÁRIA IMPROCEDENTE. RECONVENÇÃO JULGADA PROCEDENTE. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA (e-STJ, fl. 493).

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 521/526).

Irresignada, KIFAH interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição Federal, alegando, a par de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 489 e 1.022, II do NCPC; 4º, 62, III, 14, 31, 46, 51, IV e 54, § 32 do CDC; 422, 881 e 886 do CC/02.

Sustentou, em suma, (1) a existência de omissão e falta de fundamentação no acórdão; (2) que não autorizou 'terceiro' a realizar operações com o capital investido, nem outorgou procuração por instrumento público a 'seu suposto marido', Sr. Awiman Harfoush, para efetuar qualquer operação de investimento; (3) que a OPERADORA agiu com desídia ao autorizar as aplicações, sem ter em mãos instrumento procuratório válido para a realização da operação; (4) que houve falha na prestação do serviço passível, sendo, assim, devida a reparação moral e material; e, (5) o julgador de piso se valeu do depoimento de testemunhas trazidas pela ré, ouvidas como informantes, e pela documentação que a demandada trouxe aos autos para julgar improcedente a ação, e procedente a reconvenção.

O recurso foi inadmitido na origem ante a inexistência de omissão no julgado e pela incidência das Súmulas nº 5 e 7 do STJ.

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto o agravo em recurso especial, no qual a insurgente afirmou que seu recurso merece trânsito, uma vez que preenchidos os requisitos necessários à admissibilidade; que os dispositivos legais

arrolados foram violados pelo acórdão, ressaltando, ainda, a inaplicabilidade dos óbices sumulares aplicados na origem (e-STJ, fls. 755/765 e 767/777).

Foi apresentada contraminuta (e-STJ, fls. 780/797).

É o relatório.

DECIDO.

O inconformismo não merece prosperar.

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC .

Da alegada omissão e falta de fundamentação no julgado

No que concerne à alegada omissão e falta de fundamentação no acórdão, depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil, que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida.

Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso.

No caso dos autos, a recorrente alegou a existência de omissão no acórdão, que deixou de se manifestar acerca pontos indispensáveis ao desate da controvérsia, notadamente quanto à falta de prova de que teria autorizado "terceira pessoa" a realizar operações de investimentos em seu lugar.

Contudo, ao contrário do alegado, o Tribunal *a quo*, no julgamento do recurso aclaratório, reconheceu inexistir omissão obscuridade e/ou contradição no acórdão, o fazendo ante as seguintes razões:

No caso em comento, não merecem acolhidos os embargos de declaração, pois não aponta a parte embargante obscuridade a ser aclarada, contradição a ser dirimida ou omissão a ser suprida, mas sim pretende prequestionar artigos de lei que entende pertinente.

Ademais, a fundamentação adotada pelo Colegiado para confirmar a sentença de improcedência é suficiente para afastar

ou dar interpretação diversa aos dispositivos legais ora prequestionados, não havendo falar, inclusive, em violação dos aludidos artigos, mormente porque, no mínimo, a embargante franqueou a senha de acesso ao sistema disponibilizado pela parte ré para autorizar a realização das operações financeiras no mercado de ações.

O aresto enfrentou as questões de fato e de direito, modo fundamentado, razão porque, na esteira dos precedentes jurisprudenciais que analogicamente, se aplicam ao caso, não merecem acolhidos os embargos (e-STJ, fls. 522/523, sem destaque no original).

Como se vê das razões acima, houve, na Corte de origem, manifestação clara e suficiente acerca do fato de que a ora insurgente disponibilizou a "terceiro" senha que lhe autorizava realização de operações financeiras no mercado de ações, estando, assim evidente os motivos que levaram as instâncias ordinárias a julgarem improcedente a demanda, não havendo, por essa razão, falar em omissão no julgado.

Verifica-se, pois, que a Corte de origem dirimiu a controvérsia de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da embargante, não havendo que se falar em violação dos arts. 489 e 1022 do NCPC.

Mérito – Da alegada falha na prestação e do dever restituição dos valores aplicados em fundos de investimentos

KIFAH ajuizou a presente ação declaratória de anulação de negócio jurídico cumulada com desconstituição de débito e devolução de valores sob alegada má gestão, pela requerida, dos valores que lhe repassou para operações na Bolsa de Valores.

Contudo, a Corte gaúcha manteve a sentença que julgou improcedente a ação, afirmando haver nos autos provas suficientes de que a autora compartilhou com seu cônjuge/companheiro, a senha de acesso ao investimento, conforme se vê das razões abaixo destacadas:

Documentos que instruem a inicial demonstram que a recorrente obteve o registro de Empresário para atividades no ramo do comércio varejista, perante a Junta Comercial do Rio Grande do Sul, em 30/07/2007. À época, ainda que tenha se declarado 'solteira', postulou o registro em nome de "Kifah Shokri Mhamad Harfoush" (fls. 14/15). Para a XP declarou-se casada e declinou o nome do "Cônjuge ou Companheiro" AWIMAN HARFOUSH (fl. 20).

No mais, recebeu uma senha, um código, para operar seus

investimentos pelo sistema 'home broker'. Basta, portanto, que uma única pessoa compartilhe a senha para efetuar toda e qualquer operação que, provado através dos sucessivos investimentos, a que se soma o conteúdo das gravações das ligações telefônicas realizadas por Awiman foram feitas pelo 'cônjuge' (como referido pelo juiz, 'vide mídia anexada na fl. 136). Assim, no caso concreto, o instrumento procuratório que deveria ser apresentado em oito dias à XP sequer se fez necessário na medida em que, de posse do código de acesso ao sistema, o Sr. Awiman tratou de fazer sucessivas operações - do que há prova mais do que suficiente - antes mesmo de decorrido o prazo para encaminhar a procuração, do que a autora, de posse do documento para formalizá-lo, não mostrou pressa se desincumbir.

O que impressiona é o fato de a autora ter efetuado empréstimos em instituições bancárias que, afirmou, se destinavam a 'fomentar suas atividades e efetuar pagamentos' e, sem conhecimento do sistema de investimento em Bolsa de Valores, 'por aconselhamento de amigos', ter se aventurado aos prejuízos que agora tem de suportar.

Veja-se o depoimento de Jussara Machado dos Santos, detalhado na sentença (fl. 364 -verso). Segundo esta testemunha, também ouvida como informante, que vem a ser funcionária da autora há mais de 20 anos, essa era a 'primeira' incursão da autora no investimento em mercado de valores, 'por indicação de um amigo'. Ainda: ressaltou as dificuldades que tem a autora com a língua portuguesa o que "justificava o auxílio freqüente da funcionária em atividades de menor complexidade, como simples ligações telefônicas" - (fl. 364 -verso e fl. 253).

E digo que 'impressiona' porque, por menos letrada que uma pessoa seja, ainda mais atuando como microempresária, na atualidade há informações suficientes nos meios de comunicação e na conversa corrente acerca do percentual extremamente alto que é cobrado pelas instituições bancárias ou financeiras nas operações de empréstimo simples. E a autora sequer deu aos valores retirados dos bancos, a destinação que era sua pretensão, fomentarem sua atividade comercial, nem efetuar pagamentos pendentes (e-STJ, fls. 505/506, sem destaque no original)

Desse modo, para afastar as conclusões acima adotadas, a fim de reconhecer eventual responsabilidade da OPERADORA pelos prejuízos suportados por KIFAH, seria necessário imiscuir-se no conteúdo fático da causa, o que encontra óbice no enunciado das Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte, a saber:

A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Do dissídio jurisprudencial

A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c, do permissivo constitucional. Precedente: AgRg no Ag 1.276.510/SP, Rel. Ministro PAULO FURTADO (Desembargador Convocado do TJ/BA), DJe 30/6/2010.

Nessas condições, com fundamento no art. 1.042, § 5º do NCPC c/c art. 253 do RISTJ (com a nova redação que lhe foi dada pela emenda nº 22 de 16/03/2016, DJe 18/03/2016), **CONHEÇO** do agravo para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso especial.

Majoro para R\$ 12.000,00 (doze mil reais) os honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor de KIFAH SHOKRI MHAMAD HARFOUSH, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC.

Adverta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília/DF, 18 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MOURA RIBEIRO

Relator