

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.403.730 - MS (2018/0309042-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**
ADVOGADOS : **CARLOS ALBERTO DE JESUS MARQUES - MS004862**
HADNA JESARELLA RODRIGUES ORENHA E OUTRO(S) - MS010526
DIOGO AQUINO PARANHOS - MS012675
AGRAVADO : **ADEMAR DE ALMEIDA AVALO**
ADVOGADOS : **RODRIGO NUNES FERREIRA E OUTRO(S) - MS015713**
LUCAS RIBEIRO GONÇALVES DIAS - MS016103
GLAUBERTH RENATO LUGNANI HOLOSBAACH FERNANDES - MS015388

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA DE TELEFONIA. 1. PROPOSITURA INICIAL DE DEMANDA COLETIVA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO INDIVIDUAL AJUIZADA POSTERIORMENTE. AFERIÇÃO DE IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR E O PEDIDO ENTRE AS DEMANDAS INDIVIDUAL E COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. 2. PRESCRIÇÃO. PRAZO GERAL DE 10 ANOS. ARTS 205 E 2.028 DO CC/2002. NÃO CONSUMAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 3. TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RECORRENTE. NÃO ACOLHIMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. 4. SUPOSTA CONTRARIEDADE AO ART. 51 DO CDC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. 5. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por Oi S.A. - em recuperação judicial contra decisão que não admitiu o processamento do recurso especial.

Denota-se dos autos que a ação de adimplemento contratual ajuizada por Ademar de Almeida Avalo em desfavor da ora recorrente foi julgada procedente para condenar a ré a proceder à retribuição, em ações, "do valor que foi investido pela parte autora conforme consta do Contrato de Financiamento de Participação Comunitária em Telefonia e comprovantes de pagamentos acostados aos autos" (e-STJ, fl. 469).

Inconformada, a companhia telefônica interpôs apelação, a qual foi desprovida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nos termos do acórdão recorrido assim ementado (e-STJ, fl. 558):

APELAÇÃO CÍVEL - RETRIBUIÇÃO DE AÇÕES - TELEFONIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA INTERROMPEU O PRAZO PRESCRICIONAL - MÉRITO - PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA - TRANSFERÊNCIA DO PATRIMÔNIO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO SEM QUALQUER DIREITO À INDENIZAÇÃO - PREVISÃO CONTRATUAL DE RETRIBUIÇÃO DO VALOR INVESTIDO - RECURSO DESPROVIDO.

Nos casos em que se discute a diferença de subscrição de ações em contrato de participação financeira, a regra prescricional aplicável é a relativa às ações pessoais, prevista no art. 17, do Código Civil de 1916, ou seja, 20 anos, ou no art. 205 do Código Civil de 2002, que prevê o prazo de 10 anos.

A prescrição é interrompida para as ações individuais pelo ajuizamento de ação coletiva ou ação civil pública anterior.

Havendo cláusula expressa assegurando a retribuição, é dever da concessionária o ressarcimento em ações do investimento realizado pelo consumidor com a aquisição da linha telefônica sob pena de enriquecimento ilícito.

Nas razões do recurso especial, interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, a recorrente alegou a existência de afronta aos arts. 202, 205 e 206, § 3º, IV e V, do Código Civil de 2002; 233 e 287, II, g, da Lei n. 6.404/1976; e 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustentou, em síntese, que a ação coletiva não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a propositura da ação individual, além de não haver identidade de causa de pedir e pedido entre as ações, na espécie. Defendeu, também, estar consumada a prescrição trienal. Asseriu, ainda, ser parte passiva ilegítima, uma vez que não é sucessora da TELEM. Ao final, aduziu ser válida a cláusula contratual que impõe a doação à companhia do acervo custeado pelo consumidor para que ocorra a aquisição completa da linha telefônica.

Contrarrazões às fls. 603-608 (e-STJ).

O Tribunal de origem inadmitiu o recurso sob os fundamentos de incidência das Súmulas 282 do STF e 83 do STJ.

Irresignada, a parte insurgente interpõe agravo refutando os óbices apontados pela Corte estadual.

Contraminuta apresentada (e-STJ, fls. 632-638).

Brevemente relatado, decido.

De início, cumpre registrar que o ajuizamento de ação coletiva, por um dos seus legitimados, tem o condão de interromper o transcurso do prazo prescricional para a propositura da ação individual.

Nesse sentido:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE INTERROMPE O PRAZO PARA AS AÇÕES INDIVIDUAIS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Constatou expressamente na decisão agravada que a citação válida em ação coletiva configura causa interruptiva do prazo prescricional para o ajuizamento da ação individual.

3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1385854/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/10/2018, DJe 31/10/2018)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APLICAÇÃO DOS TETOS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. AÇÃO COLETIVA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE AÇÃO INDIVIDUAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ORDINÁRIA INDIVIDUAL.

1. No que concerne à prescrição, sua interrupção pelo ajuizamento da Ação Coletiva diz respeito à discussão do fundo de direito. No

tocante ao prazo prescricional nas relações jurídicas de trato sucessivo, a interrupção da prescrição referente às prestações vencidas dependerá da opção do potencial beneficiário do litígio coletivo em aguardar o desfecho da Ação Coletiva para, oportunamente, executá-la.

2. Se a Ação Individual é anterior ao ajuizamento da Ação Coletiva, mister que a parte autora pleiteie a suspensão de seu processo no prazo legal, sob pena de não se beneficiar do resultado da Ação Coletiva. Da mesma forma, abdica dos efeitos da sentença coletiva a parte que resolve dar início e prosseguimento a uma Ação Ordinária Individual sem aguardar o desfecho da Ação Coletiva com identidade de objeto. 3. Na situação em que o potencial beneficiário da sentença coletiva opta por ajuizar e dar prosseguimento à Ação Ordinária Individual - em vez de aguardar o fim da Ação Coletiva para então executá-la -, o termo inicial prescricional de eventuais prestações vencidas é o momento em que se ajuíza Ação Ordinária Individual, sendo forçoso interpretar sistematicamente os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (art. 104) e do Código Civil (art. 203).

4. Na hipótese dos autos, a opção do potencial beneficiário da Ação Coletiva em não aguardar o desfecho do litígio em massa tornou a Ação Ordinária Individual autônoma e independente da demanda coletiva, razão pela qual, in casu, a prescrição quinquenal de eventuais parcelas vencidas tem como marco inicial o ajuizamento da Ação Ordinária Individual, e não o da Ação Coletiva.

5. O acórdão merece reforma quanto ao lustro prescricional, devendo ser delimitada como termo inicial do prazo prescricional quinquenal (Súmula 85/STJ) a propositura da Ação Ordinária Individual, e não a da Ação Coletiva.

6. Recurso Especial provido.

(REsp 1767938/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 28/11/2018)

Outrossim, aferir a identidade da causa de pedir e dos pedidos entre a ação coletiva e a ação individual, de forma a verificar a incidência ou não de causa interruptiva da prescrição, demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se admite nesta instância extraordinária, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

Em relação ao prazo prescricional aplicável ao caso, a jurisprudência desta Corte Superior orienta que, "nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil" (REsp 1.033.241/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 5/11/2008).

Na mesma linha de entendimento:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL E AFASTAR A PRESCRIÇÃO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior definiu que o prazo prescricional aplicável à pretensão de complementação acionária em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima é o vintenário (se na vigência do art. 177 do Código Civil de 1916) ou decenal (sob a égide do art. 205 do Código Civil de 2002), devendo em cada caso ser observada a regra de transição prevista no artigo 2.028 do CC/02, tendo ficado definido como termo inicial a data da subscrição deficitária das ações pela companhia telefônica.

2. Aplicam-se aos contratos de participação financeira as regras do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no Ag 1344067/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018)

Assim, estando o acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência desta Casa, incide a Súmula 83/STJ no ponto.

No que se refere à apontada ilegitimidade passiva da insurgente, constata-se que a Corte estadual afastou essa tese, reconhecendo, por conseguinte, a caracterização dessa condição da ação, amparado no conjunto de fatos e provas acostados ao feito, sobretudo no Contrato de Programa Comunitário de Investimento em Telefonia, consoante se extrai dos seguintes excertos do acórdão combatido (e-STJ, fls. 561-562):

Como sabido, em várias comarcas deste Estado de Mato Grosso do Sul implantou-se o Programa Comunitário de Investimento em Telefonia, objetivando a implantação ou aumento do sistema de telefonia em localidades não incluídas nos planos de expansão da TELEMS ou, embora incluídas, em prazos antecipados aos previstos para os planos de expansão da concessionária estadual.

Por meio do referido contrato implantou-se o Programa Comunitário de Investimento em Telefonia, objetivando a implantação ou aumento do sistema de telefonia em localidades não incluídas nos planos de expansão da TELEMS ou, embora incluídas, em prazos antecipados aos previstos para os planos de expansão da concessionária estadual. Desse modo, as pessoas interessadas contratavam, em regime de empreitada global, empresas credenciadas perante a TELEMS, para implantação ou expansão do sistema telefônico, o qual, posteriormente, era transferido à concessionária, mediante cessão ou doação, para integração nacional.

Contudo, no presente caso, numa simples leitura da cláusula quinta (f. 21), do contrato firmado entre as partes, que trata da ativação e transferência do acervo do contrato de participação financeira no programa comunitário de telefone, há a ressalva, de forma expressa, que o consumidor não estava convencionando a compra de um produto, mas sim, um investimento financeiro, com direito à retribuição em ações, na medida em que, após cumpridas as obrigações decorrentes do contrato, estava obrigado a transferir para o patrimônio da TELEMS, doação a título de participação financeira para tomada de assinatura de Serviço Telefônico Público, com previsão de retribuição em ações, nos termos das normas em vigor, limitada essa retribuição ao valor máximo da participação financeira por ela praticado em sua área de concessão

Assim, se o consumidor, por meio de recursos próprios, autofinanciou a implantação/expansão do sistema telefônico, - cuja obrigação era da empresa de telecomunicações (TELEMS) -, é mais que razoável que deva ser compensado economicamente em dinheiro ou em ações, sob pena de ocorrer um verdadeiro enriquecimento indevido da apelante, até porque, expressamente previsto em contrato.

Portanto, não há como suplantar a convicção do TJMS (acerca da legitimidade passiva da companhia telefônica), sem que se permeie o acervo fático-probatório do processo e as cláusulas do contrato, incidindo, desse modo, as vedações das Súmulas 5 e 7 do STJ.

Por derradeiro, observa-se que o conteúdo normativo do art. 51 do CDC apontado como violado não foi objeto de debate no acórdão guerreado, carecendo, com isso, do indispensável prequestionamento, o que atrai a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro a verba honorária em favor dos advogados da parte recorrida em R\$ 300,00 (trezentos reais).

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2615 - Brasília, Disponibilização: Quarta-feira, 20 de Fevereiro de 2019 Publicação: Quinta-feira, 21 de Fevereiro de 2019

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

