AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.040.862 - SP (2017/0004955-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MOURA RIBEIRO**
AGRAVANTE	:	TELEFÔNICA BRASIL S.A - SUCESSORA DE
_	:	TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A - TELESP
ADVOGADO	:	CARLOS EDUARDO BAUMANN - SP107064
AGRAVADO	:	LUIZ MAMEDE
AGRAVADO	:	DIRCE BALDUINO CASARINI
AGRAVADO	:	PRUDENCIA DEARO GARCIA MORETO
AGRAVADO	:	MARIA APARECIDA GONCALVES CALIXTO
AGRAVADO	:	EURIDES FACHINI
AGRAVADO	:	GERNER LOURIVAL CAPI
AGRAVADO	:	ANTONIO EDISON JARDIM
AGRAVADO	:	SUELY MEI FERREIRA
AGRAVADO	:	WILSON CANONICI
ADVOGADO	:	ERALDO LUÍS SOARES DA COSTA E OUTRO(S) - SP103415

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73.** AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. TELEFONIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211 DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

LUIZ MAMEDE E OUTROS (LUIZ e outros) ajuizaram ação de adimplemento contratual contra TELEFÔNICA BRASIL S.A. (TELEFÔNICA), pleiteando a subscrição de ações em decorrência de contrato de participação financeira por meio do Programa de Expansão e Melhoramentos Telefônicos.

A sentença julgou improcedentes os pedidos (e-STJ, fls. 341/347).

Interposta apelação por LUIZ e outros, o Tribunal de origem deu-lhe parcial provimento, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 495/497):

> *EMENTAS: 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - LEGITIMIDADE DOS REQUERENTES PRUDÊNCIA, SUELI E EURIDES - INOCORRÊNCIA - FALTA DE PROVA DE QUE ELES SEJAM TITULARES DO DIREITO EM DISPUTA.*
> *2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO*

DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - PRESCRIÇÃO - PRAZO DO NOVO CÓDIGO CIVIL PARA AS PESSOAIS (DECENAL) QUE NÃO TRANSCORREU, COM EXCEÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO DEMANDANTE WILSON E CANONICI - DICÇÃO DOS ARTIGOS 177 DO CÓDIGO CIVIL REVOGADO, 205 E 2.028 DO DIPLOMA SUPRA VIGENTE.

3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - PRESCRIÇÃO DOS DIREITOS DO AUTOR WILSON CANONICI - TRANSCURSO DO PRAZO DE 20 (VINTE) ANOS PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - RECONHECIMENTO.

4. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TEORIA DA CAUSA MADURA - APLICABILIDADE - QUESTÃO MERAMENTE DE DIREITO E FARTAMENTE DOCUMENTADA NOS AUTOS - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 515, § 3°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

5. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. "A concessionária é parte legítima para figurar no polo passivo das demandas em que se pleiteia a diferença de ações oriundas dos contratos de participação financeira".

6. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - REPARAÇÃO FINANCEIRA ENVOLVENDO DIFERENÇAS EM ABERTO QUANTO ÀS AÇÕES EMITIDAS EM DECORRÊNCIA DO PACTO - PRETENSÃO CABÍVEL ANTE O QUE CONSTA DA SÚMULA 371 DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM RESSALVA NO QUE TANGE AO COAUTOR ANTÔNIO EDISON, TENDO EM VISTA QUE SUAS AÇÕES FORAM SUBSCRITAS NO MESMO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO.

7. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - INCIDÊNCIA DE DIVIDENDOS, COMPLEMENTOS, BONIFICAÇÕES E DEMAIS VANTAGENS - POSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. "Em se tratando de obrigação acessória à principal, somente com o reconhecimento do direito à subscrição das ações é que nasce para os credores o direito de exigi-los".

8. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - PLANO DE EXPANSÃO "PEX" - REFLEXOS FINANCEIROS QUE PERFAZEM

> *EVENTUAIS PERDAS DECORRENTES DE CISÃO, FUSÃO OU INCORPORAÇÃO SOCIETÁRIA, AS QUAIS DEVERÃO SER APURADAS EM FASE DE LIQUIDAÇÃO, SE O CASO.*
> *9. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA - CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PLANO DE EXPANSÃO "PEX". "Na fase de liquidação de sentença, deverá ser considerada, para cálculo do valor devido, a cotação das ações da ré no mercado financeiro , no dia do trânsito em julgado desta decisão, como orienta o Superior Tribunal de Justiça, contando-se daí a correção monetária" – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

Os embargos de declaração opostos por TELEFÔNICA foram rejeitados (e-STJ, fls. 529/534).

Inconformada, TELEFÔNICA interpôs recurso especial com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, sustentando a ocorrência de violação dos arts. 287 do CC/02, 283, 295, I, 333, I, do CPC/73, aduzindo, em síntese, que **(1)** não foi comprovado que a cessão de direitos acionários ressalvou o direito de LUIZ e outros a pleitearem em juízo a complementação acionária; **(2)** a petição inicial é inepta, tendo em vista que não foi instruída com qualquer documento apto a demonstrar a existência de relação jurídica entre as partes, inviabilizando que se determine a exibição de documentos; e **(3)** não estão presentes os requisitos para inversão do ônus da prova, não tendo LUIZ e outro comprovado o fato constitutivo do direito.

LUIZ e outros ofereceram contrarrazões (e-STJ, fls. 557/561).

Em juízo de admissibilidade, a presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de origem inadmitiu o apelo nobre ante a incidência das Súmulas nºs 282 do STF e 7 do STJ, bem como a ausência de demonstração da ofensa a lei federal. Dessa decisão, foi interposto o presente agravo em recurso especial, no qual foi refutada a aplicação dos referidos óbices.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

DECIDO.

O recurso não comporta acolhimento.

De plano, vale pontuar que o presente agravo em recurso especial foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo 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.

Assim, ultrapassados os requisitos de admissibilidade, CONHEÇO do agravo e passo à análise do recurso especial, o qual, por ter sido interposto sob a égide do CPC/73, aplica-se 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.*

(1) e (2) Do prequestionamento

TELEFÔNICA sustentou que não foi comprovado que o direito de pleitear complementação acionária foi ressalvado na cessão de direitos acionários, bem como que a petição inicial era inepta.

No entanto, verifica-se que, a despeito da interposição de embargos de declaração, o conteúdo normativo dos arts. 287 do CC/02, 283 e 295, I, do CPC/73, indicados como violados, não foi objeto de debate no Tribunal de origem, o que evidencia a ausência de prequestionamento, a teor da Súmula nº 211 do STJ.

(3) Do ônus da prova

Quanto ao ônus da prova, o Tribunal de origem concluiu que deveria ser invertido em favor do consumidor.

A esse respeito, TELEFÔNICA limitou-se a alegar ofensa ao art. 333, I, do CPC/73, embora a inversão do ônus da prova tenha se dado à luz do art. 6º, VIII, do CDC, revelando a ausência de prequestionamento do dispositivo legal invocado.

Ademais, é iterativa a jurisprudência desta Corte de que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial, a teor da Súmula nº 7/STJ (AgRg no REsp 662.891/PR, 4ª Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ de 16.5.2005).

Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA. INVERSÃO DO*

ÔNUS DA PROVA. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. ALEGADA OFENSA A RESOLUÇÃO DA ANATEL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. ATO NORMATIVO NÃO INSERIDO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...]

III. O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, manteve a sentença de procedência, concluindo pela demonstração, no caso, da falha na prestação do serviço de telefonia. Segundo o acórdão recorrido, "não há falar que o plano denominado pula-pula perdeu sua vigência em 2010, a fatura de 2013 demonstra que o mesmo ainda estava ativo, além do que, não juntou a requerida nenhum regulamento do plano a comprovar suas alegações, mas tão somente telas de seu sistema interno, as quais não podem ser validadas por se tratar de prova unilateral". Ressaltou, ainda, que "a requerida não demonstrou nenhuma excludente de ilicitude". Tal conclusão não pode ser revista, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

IV. Da mesma forma, consoante o entendimento desta Corte, "a análise das razões recursais, quanto ao acerto ou desacerto no deferimento da inversão do ônus probatório, com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, demandaria necessária incursão nos aspectos fáticos da lide, hipótese vedada, nesta via recursal, ante o teor da Súmula nº 7 desta Corte" (STJ, AgInt no AREsp 1.100.407/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 02/02/2018). No mesmo sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.061.219/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/08/2017.

(AgInt no AREsp 1.183.603/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 27/4/2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ENTENDIMENTO ESTADUAL NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE REQUISITOS ENSEJADORES DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONCLUSÃO FUNDADA NA APRECIAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em especial, em função da aplicação da Súmula 7 do STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.196.902/PR, Rel. Ministro MARCO

AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 4/4/2018)

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 **NÃO CONHECER** do recurso especial.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito ao possível cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º, do NCPC).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO MOURA RIBEIRO

Relator