RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.502 - SP (2012/0243371-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE	:	BANQUE SUDAMERIS PARIS
ADVOGADOS	:	MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA - SP010974 PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON - SP103560 JOÃO PAULO HECKER DA SILVA - SP183113 FREDERICO SABBAG ANDRADE GRILO - SP298328
RECORRENTE	:	WASHINGTON HATANAKA - ESPÓLIO
REPR. POR	:	YVETE TOSHIKO HATANAKA - INVENTARIANTE
ADVOGADOS	:	DONALDO ARMELIN - SP009417 ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTRO(S) - SP107872A
ADVOGADA	:	JULIA DE BAÉRE CAVALCANTI D'ALBUQUERQUE E OUTRO(S) - DF025719
RECORRIDO	:	OS MESMOS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por ESPÓLIO DE WASHINGTON HATANAK em face de acórdão assim ementado:

> "Sociedade Anônima - Área bancária - Ação de acionista minoritário pretendendo indenização pela incorporação de ativos bancários (agências equipadas) pelo incorporador - Valores considerados na apuração pelos lançamentos contábeis e não pelo valor patrimonial - Situação que criou efetivo dano à sociedade incorporada por ato do controlador que deve indenizá-lo por valor a ser apurado em liquidação, excluídos fundos de comércio e lucros cessantes não demonstrados - Decisão reformada em parte para excluir item "ultra petita" - Sucumbência recíproca.
> Medida cautelar incidente - Sucumbência devida diante do princípio da causalidade.
> Recurso do réu provido em parte, negando-se provimento ao do autor."

Opostos os embargos de declaração, esses foram parcialmente acolhidos, nos termos desta ementa:

> "Embargos de Declaração - Acolhimento parcial para sanar as omissões, corrigir erro material e reconhecer a litigância de má-fé do banco réu com a conseqüente aplicação de multa - Demais

> questionamentos que têm caráter infringencial - Desnecessidade de serem perfilados textualmente no acórdão todos os pontos e artigos de lei mencionados, desde que tenha havido o exame da matéria de fundo levantada - Pretensão à rediscussão da matéria - Impossibilidade - Propósito infringente obstado pelos artigos 530 e 535 do Código de Processo Civil – Embargos parcialmente acolhidos."

Nas razões do recurso especial, o recorrente sustentou negativa de vigência "aos artigos 1°, 2°, 14, I, II, 16, 17, II, 18, caput, § 2°, 20, § 4°, 21, 125, I, e III, 126, 130, 131, 165, 332, 333, III, 402, I, 458, II, 535 do Código de Processo Civil, arts. 167, III, 182, 186, 187, 402, 403, 421, 422, 884, 927, 944, 1.017, 1.142, 1.143 do Código Civil e arts. 116, 117, 179, VI, 220, 223, § 2°, 245, 246 e 264 da Lei 6.404/76", bem como a existência de dissídio jurisprudencial.

Argumentou, em síntese, que o Tribunal de origem incorreu em erro material, omissão, obscuridade e contradição "quanto à informação constante em trecho do acórdão de que teriam sido distribuídas ações da incorporadora aos minoritários do BAS", visto que, além de não terem sido emitidas as ações, a condenação pela sentença à emissão foi cassada sob o argumento de ser ultra petita.

Alegou que a litigância de má-fé da ora recorrida deve ser corretamente penalizada, majorando-se o valor arbitrado da multa.

Aduziu que o acórdão reconheceu a ineficácia probante dos documentos declarados falsos, mas manteve a sentença no ponto em que se determinou o cálculo da indenização pela "diferença entre o valor de mercado dos ativos e aqueles contábeis apresentados pelo recorrido".

Salientou que a indenização deve abranger o valor do fundo de comércio, dos lucros cessantes e das instalações, não apenas os equipamentos que constem como tombados.

Sustentou, ainda, que o recorrido deve ser condenado à emissão de ações da sociedade incorporadora em favor dos sócios minoritários do banco incorporado, a teor do disposto no artigo 223, § 2°, da Lei n° 6.404/76.

Por fim, afirmou que foi indevida a fixação de sucumbência recíproca.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e ultrapassado o limite do

conhecimento do presente recurso, verifico que esse merece parcial provimento, senão vejamos.

A Súmula n° 568, desta Corte, dispõe que "relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

Nos termos do artigo 535, I, do Código do Processo Civil, cabem os embargos de declaração quando o tribunal incorrer em contradição.

Assinalo que a contradição sanável através dos embargos de declaração é aquela interna ao julgado, caracterizada por fundamentos e conclusões inconciliáveis entre si, o que ocorreu no caso concreto, padecendo o acórdão recorrido do referido vício, ante o não acolhimento dos embargos opostos pelo recorrente.

Para a devida compreensão da controvérsia, transcrevo abaixo o trecho pertinente do acórdão recorrido (fls. 2772/2773 e-STJ):

> **"No mérito, o recurso deve ser acolhido em parte e exatamente no que consiste na condenação do banco recorrente em atribuir ao espólio do titular das ações referidas na inicial outras tantas representativas de seu capital nos termos do § 2o do art. 223 da Lei 6.404/76.**
>
> **Tal se torna necessário primeiro porque efetivamente tal atribuição não foi objeto de pedido específico na inicial** e, segundo, porque eventual prejuízo ao BAS, e que atinge todos os acionistas, terá seu reflexo em oportuna e indispensável decisão do órgão colegiado representativo da sociedade após o negócio jurídico celebrado, obedecendo, logicamente eventuais e posteriores alterações societárias.
>
> A transferência das agências e equipamentos do BAS ao Sudameris pelo valor contábil não representa a melhor forma para aquilatar o valor justo. O valor patrimonial que deve ser apurado por peritos, constitui-se em efetiva contraprestação pela transferência da titularidade daqueles ativos, tanto por tanto, para preservar o direito de todos os acionistas, majoritários ou minoritários.
>
> Poderia ter sido feita a avaliação no procedimento de incorporação mas o incorporador preferiu fazê-lo por valores escriturais dando azo ao justo reclamo do espólio autor e, certamente, criando dificuldade até mesmo para apuração judicial do valor correto, sem que haja empobrecimento de qualquer das partes.

> Como determinado na decisão recorrida, será liquidado o valor das agências que foram absorvidas pelo Sudameris, os equipamentos então existentes e que constem como tombados.
>
> **O fundo de comércio, bem imaterial, não constará da avaliação até porque, continuaram as agências nas mesmas instalações, com resultados levados à conta do novo controlador e reflexos nas ações a todos distribuídas, inclusive as minoritárias do BAS**.
>
> **De outro lado, incabível a condenação do controlador por lucros cessantes. Primeiro porque não efetivamente delineadas pelo autor e, segundo, pelo mesmo motivo que se utilizou para afastar o fundo de comércio (goodwill) como componente da indenização - o funcionamento contínuo das agências agora sob nova bandeira.**
>
> Acresça-se que a saúde financeira do BAS não era satisfatória, pelo contrário, preocupante segundo o Banco Central, com efetivas perdas financeiras e de clientela, tudo de forma a tornar-se verdadeiro meio dúctil para a intervenção, circunstâncias muito bem delineadas nos autos.
>
> **Não se deve, de outra banda, esquecer-se que, na apuração da indenização do valor patrimonial das agências não serão abatidos como pagamentos pelo controlador aqueles constantes dos documentos que, acertadamente, considerou como simulação a sentenciante diante da efetiva pós-datação, entendimento que se mantém pelos fartos fundamentos elencados pela magistrada**."

Com efeito, verifico que, de fato, o Tribunal de origem incorreu em contradição ao afastar a emissão de ações do banco incorporador em favor da recorrente sob o argumento de que não foram objeto de pedido e, ao mesmo tempo, afastar do cálculo da indenização os valores referentes ao fundo de comércio, lucros cessantes e instalações também sob o argumento de que os seus resultados já foram "levados à conta do novo controlador e reflexos nas ações a todos distribuídas, inclusive as minoritárias do BAS".

Isso porque o cerne da presente controvérsia é justamente o fato de o banco recorrido ter realizado verdadeira incorporação/cisão do Banco América do Sul – BAS sem observar o procedimento previsto pelos artigos 220 e seguintes da Lei das SAs, que determina, entre outras providências, a emissão de títulos da sociedade incorporadora em favor dos acionistas do banco incorporado.

Conforme destacado pela sentença (fls. 2350/2354), o ora recorrido buscou escamotear o negócio jurídico por questões fiscais, afirmando que apenas passou a controlar o Banco América do Sul, de modo que se mostra incontroverso que não houve emissão de ações em favor da parte recorrente.

Ainda, após o esvaziamento do BAS, a sua existência passou a ser meramente fictícia, consistindo nisso justamente o pedido indenizatório, visto que as ações dos sócios minoritários ficaram desvalorizadas, causando-lhes prejuízo.

Nesse contexto, tendo excluído da indenização o valor do fundo de comércio, dos lucros cessantes e das instalações sob o fundamento de que, ao integrarem o banco incorporador, foram os "resultados levados à conta do novo controlador e reflexos nas ações a todos distribuídas, inclusive as minoritárias do BAS", imperioso concluir pela existência de contradição.

Destaco, outrossim, que o Tribunal de origem, apesar de reconhecer que "na apuração da indenização do valor patrimonial das agências não serão abatidos como pagamentos pelo controlador aqueles constantes dos documentos que, acertadamente, considerou como simulação", manteve a sentença no ponto em que se determinou o cálculo da indenização pela diferença entre o valor de mercado dos ativos e aqueles contábeis apresentados pelo recorrido.

Portanto, tendo os pontos sido levantados oportunamente quando da oposição dos embargos de declaração (fls. 2781/2791 e-STJ), imperioso concluir pelo provimento do recurso, pois configuram questões essenciais para o correto deslinde da causa.

Nesses termos, em razão das vedações impostas pela Súmula n° 7 do STJ, que impede a revisão do conjunto fático-probatório dos autos em sede de recurso especial, e da necessidade do substrato fático para o efetivo deslinde da questão, deve ser anulado o acórdão recorrido para que o Tribunal profira nova decisão.

Nesse sentido:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA PARTE EMBARGADA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo art. 1.022 do NCPC.
2. Verificada a ocorrência de erro material no julgado, quanto à aplicação do óbice da Súmula 211/STJ, sendo necessário o acolhimento da irresignação, com a consequente anulação da decisão colegiada impugnada.
3. Embargos de declaração acolhidos para anular o acórdão do agravo interno (fls. 576-584 e-STJ) e determinar o retorno dos autos ao relator para nova apreciação do reclamo.
(EDcl no AgInt no REsp 1211488/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/3/2019, DJe 1/4/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC ACOLHIDA. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL PENHORADO. OMISSÃO QUANTO AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA FRAUDE CONTRA CREDORES. RECURSO NEGADO.
1. O acórdão proferido pelo eg. Tribunal estadual manteve-se omisso ao não se pronunciar a respeito de questões levantadas pela parte ora agravada, e imprescindíveis para o adequado julgamento da causa, quais sejam: a) a existência de prévio registro imobiliário acerca da ação ou da penhora do bem; ou b) ter ficado comprovado pelo exequente, no caso, a má-fé dos adquirentes, ora embargantes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no AgRg no AREsp 514.042/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 2/2/2016, DJe 16/2/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 475-B, § 1º, DO CPC. OMISSÃO. HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 535 DO CPC. EXISTÊNCIA. TELEFONIA FIXA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APURAÇÃO DOS VALORES A RESTITUIR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. INVERSÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS. EXIBIÇÃO DE FATURAS. CORRETA FIXAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR.
1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no julgado.

> 2. Com efeito, verifica-se que procede a afirmação da embargante acerca da existência de omissão quanto à suposta negativa de vigência do art. 475-B, § 1º, do CPC.
> (...)
> (EDcl no AgRg no REsp 1525141/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 1/3/2016, DJe 8/3/2016)

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para que o Tribunal de origem sane as contradições indicadas.

Intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora