RECURSO ESPECIAL Nº 1.780.515 - SP (2018/0302057-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
RECORRENTE	:	VIVO S/A
ADVOGADOS	:	IGOR BIMKOWSKI ROSSONI - RS076832
		CARLOS EDUARDO BAUMANN E OUTRO(S) - SP107064
		RICARDO LEAL DE MORAES - SP325160
RECORRIDO	:	JOAO BATISTA ROCHA
RECORRIDO	:	JORGE DA PASCOA OLIVEIRA
RECORRIDO	:	MADALENA RIBEIRO DE OLIVEIRA
RECORRIDO	:	MARIA SALERNO LOPES
RECORRIDO	:	MARIA TEREZA RAFAEL FARIA
RECORRIDO	:	RPW INFORMATICA COMERCIO E SERVICOS LTDA
RECORRIDO	:	SHIZUCO KISHI
RECORRIDO	:	PAULO CEZAR DE LACERDA GOMES
RECORRIDO	:	DALVA APARECIDA CONSIGLIO
ADVOGADO	:	FÁBIO EDUARDO SALLES MURAT E OUTRO(S) - SP108018

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

> CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA - TELESP – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO
> - Indenizatória - Relação pessoal - Prazo vintenário - Art. 177 do CC/1916 - Redução do prazo para 10 anos pelo Código Civil de 2002 - Contagem do prazo a partir da data da integralização das ações – Prescrição vintenária da pretensão do coautor JORGE DA PASCOA OLIVEIRA.
> CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PROGRAMA COMUNITÁRIO DE TELEFONIA - TELESP – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INDENIZAÇÃO
> - Legitimidade de parte da Telesp para responder por ações da Telebrás – Direito do acionista ao recebimento da quantidade de ações correspondente ao seu valor patrimonial na data da integralização, com acréscimo de dividendos e bonificações – Recebimento das diferenças das ações da Telesp Celular pela cisão da Telesp S/A - Apuração do valor patrimonial da ação com base no balancete do mês da integralização - Orientação pacificada na Súmula 371 do STJ - Ônus da empresa de telefonia em demonstrar não haver ocorrido a emissão de ações na quantidade devida, ante a

> inversão do ônus prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor – Procedência parcial – Extinção do processo, com resolução do mérito, quanto ao coautor JORGE DA PASCOA OLIVEIRA em razão do reconhecimento da prescrição vintenária - Recurso parcialmente provido.

O julgamento dos embargos de declaração está materializado em acórdão assim ementado:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OBSCURIDADE - OMISSÃO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA
> - Matéria relativa ao fato de não ser a Telesp sucessora da Telebrás, conforme reconhecido em sede recurso especial repetitivo - Obscuridade em relação à data e ao valor da integralização para o cálculo das ações, considerando que a integralização ocorreu por meio de dação em pagamento da rede telefônica - Omissão no tocante ao critério utilizado para apuração de eventual indenização e termo a quo de incidência da correção monetária para eventual diferença acionária - Embargos acolhidos em parte para sanar a omissão.

A parte recorrente alega violação dos artigos 330, 331, 333 e 458 do Código de Processo Civil de 1973; do artigo 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; dos artigos 7º, 8º, 170, 229 e 233 da Lei 6.404/1976; e divergência jurisprudencial.

Aduz que a parte autora celebrou contrato no âmbito de planta comunitária de telefonia (PCT); e que a inversão do ônus da prova não pode ser determinada sem a oportunidade de produção probatória. Suscita ilegitimidade passiva.

Afirma que as ações foram emitidas observando o valor patrimonial da ação (VPA) vigente na data da integralização. Reclama de cerceamento de defesa. Explica que o acórdão recorrido ignorou a especificidade do contrato em discussão na lide (PCT).

Sustenta a regularidade/validade da emissão das ações. Argumenta que o valor da integralização (mediante dação de bem) corresponde ao valor de avaliação da rede (acervo), aprovado em assembleia; e que a data da integralização equivale à da

incorporação da rede ao patrimônio da empresa. Requer a suspensão do feito.

Começo por esclarecer que, dos autores da demanda, apenas JORGE DA PÁSCOA OLIVEIRA celebrou contrato de tipo PEX (plano de expansão), tendo sido os demais (contratos) celebrados sob a modalidade PCT. Informo também que o acórdão recorrido declarou a prescrição da pretensão do coautor referido e, quanto a este, extinguiu o processo com julgamento de mérito. Vale registrar ainda "a ausência de impugnação quanto aos documentos trazidos" pela ré "quando da resposta", circunstância narrada na sentença.

Quanto ao procedimento de retribuição acionária, é fundamental assentar que a disciplina normativa aplicável aos contratos de tipo PCT difere da que rege os contratos da modalidade PEX, sendo que tal distinção deve ser observada na aplicação da Súmula 371 do STJ às duas espécies contratuais, dadas as peculiaridades de cada uma delas.

Essa realidade, aliás, justificou a admissão do recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre a diferença existente entre os regimes aplicáveis às contratações celebradas pelas modalidades PEX e PCT.

No julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 29.665/MG, analisei a distinção entre as duas modalidades de contrato, merecendo transcrição as seguintes passagens de meu voto (o qual conduziu o julgamento no âmbito da Quarta Turma do STJ):

> Por outro lado, a alegada decadência, com base no art. 286 da Lei 6.404/76, merece exame destacado da jurisprudência que se formou neste Tribunal a propósito dos Planos de Expansão, mediante financiamento do consumidor diretamente à concessionária, o qual seria ressarcido com a futura subscrição de ações da companhia.
> Com efeito, nos Planos de Expansão acima mencionados era celebrado contrato entre o consumidor e a concessionária. Esta recebia os recursos financeiros do interessado na linha telefônica, contratava a construção da Planta Telefônica, e depois, nos termos do contrato, devolvia os valores investidos por meio da entrega de ações.
> Discutiu-se, em inúmeras demandas que deram origem aos

precedentes mencionados no voto do eminente Relator, se o Valor Patrimonial da Ação (VPA), a ser considerado para efeito de verificar o número de ações a serem subscritas em nome de cada contratante, deveria ser o indicado no balanço anual posterior ao contrato de participação financeira (posição defendida pelas concessionárias) ou o apontado no balanço anual anterior ao contrato (pretensão dos consumidores).

Entendeu a jurisprudência - hoje pacífica - que a utilização do balanço posterior causava prejuízo aos consumidores, uma vez que o investimento fora feito tempos antes, em época de inflação galopante, e não tivera o valor corrigido para efeito do cálculo do número de ações. Mas não foi acolhida a pretensão de utilização do balanço aprovado em assembléia no ano anterior, o que importaria enriquecimento sem causa dos autores. A solução adotada foi o uso do balancete contábil do mês da integralização dos valores pelo consumidor ou do pagamento da primeira prestação.

Vê-se, portanto, que, nos precedentes citados, discutia-se tão somente a relação contratual entre a concessionária e os consumidores. Estes haviam financiado diretamente a empresa telefônica e esta comprometeu-se a ressarcir o valor investido (e não o valor da Planta Telefônica) mediante a entrega de ações. Não estava em questão a avaliação da Planta Telefônica construída por terceiro (empresa contratada por intermédio da municipalidade), mediante o pagamento de valor não negociado nem recebido pela concessionária, muito menos a anulação de deliberações da assembléia geral que aprovou a avaliação da Planta, a sua incorporação ao patrimônio da sociedade anônima e o correspondente aumento de capital necessário à subscrição das ações.

(...)

Diversamente dos Planos de Expansão, no caso do PROCITE (Programa Comunitário de Telefonia), ora em exame, não houve contrato de participação financeira celebrado entre o consumidor e a concessionária. Empresas especializadas no ramo de construção de sistemas telefônicos foram contratadas por intermédio de municípios para construir as Plantas, remunerando-se mediante a venda de terminais telefônicos à população, por preços acordados diretamente entre construtora e consumidores, no qual incluído o lucro correspondente. Nos termos dos contratos celebrados entre a construtora e o consumidor, a futura Planta Telefônica seria incorporada ao patrimônio da concessionária, a qual ressarciria ao consumidor o valor dos bens construídos (e não o valor pago à

construtora), por meio da subscrição de ações. A incorporação da Planta Telefônica (e não de cada linha individual) dependia do cumprimento das regras legais (Lei das S/A) e regulamentares baixadas pela controladora (Telebrás). Para tanto, fazia-se necessária a avaliação da Planta construída (o que não se confunde com o somatório dos valores pagos por cada consumidor vinculado àquela Planta à construtora); a aprovação da avaliação pela assembléia da Sociedade Anônima e, por fim, a aprovação também pela assembléia do aumento de capital necessário à emissão das ações a serem subscritas a cada beneficiário.

(...)

A integralização, vale repetir, não foi mediante pagamento em dinheiro à concessionária do valor por esta estipulado, como havia ocorrido nos Planos de Expansão (PEX) a propósito dos quais formados os precedentes jurisprudenciais invocados no voto do eminente Relator.

No Procite ora em exame, a integralização deu-se com a incorporação das plantas ao patrimônio da empresa. Nas datas dos pagamentos às empreiteiras (efetivados pelos assinantes) as plantas não existiam, não haviam sido construídas. Impossível, por razões óbvias, incorporar algo que sequer existia.

Assim, não considero acertada a utilização do valor da participação financeira, individualmente considerado, para o cálculo da retribuição em ações.

Com efeito, pelos elementos apontados no acórdão recorrido, não vejo, data venia, como determinar a quantificação das ações com base em tal valor, se "esta verba era vertida inicialmente às empreiteiras" e se na época dos aportes financeiros as plantas ainda não existiam, a significar que, nessa época, ausente patrimônio a incorporar, não houve integralização, da qual dependia a contraprestação em ações.

Sendo a integralização feita por meio da incorporação de bem ao patrimônio da sociedade, resulta não apenas da expressa cláusula contratual transcrita no acórdão, mas sobretudo da lei regente das sociedades por ações, o valor a ser considerado para o cálculo do número de ações a serem subscritas deve ser o valor de avaliação do bem incorporado ao patrimônio da empresa.

O que interessa para o efeito de cálculo das ações a serem subscritas mediante a incorporação de bens é o valor correto desses bens. Haveria diluição injustificada e ilegal do patrimônio da sociedade se ela fosse compelida a proceder aumento de capital superior ao valor

> dos bens incorporados, para o efeito de subscrever um maior número de ações.
>
> (...)
>
> Ora, o valor pago a cada construtora, conforme a eficiência administrativa e a margem de lucro da empreiteira, não se confunde com o valor da planta telefônica construída e, posteriormente, avaliada para fins de incorporação ao patrimônio da sociedade anônima.
>
> Repita-se à exaustão: no caso dos Planos de Expansão, o consumidor financiou diretamente a concessionária, nos valores por ela fixados. A subscrição de ações prevista em contrato com os consumidores tinha por base o capital (investimento) adiantado pelo investidor/assinante, e não o valor de futura planta telefônica a ser construída por terceiro.
>
> Por este motivo, a retribuição em ações dos contratos PEX não dependia da construção da planta, de sua avaliação e incorporação ao patrimônio da sociedade.
>
> Já nos contratos do Procite, somente o valor da planta construída ensejaria o aumento de capital correspondente ao valor do bem a ser incorporado ao patrimônio da sociedade por seu valor real e não pelo valor pago às construtoras pelos futuros assinantes. Se nada fosse construído, nada haveria a ser incorporado ao patrimônio da sociedade, e nenhuma ação seria emitida a este título.
>
> O valor da participação financeira somente poderia servir de supedâneo ao cálculo do quantitativo de ações se admitido que foi entregue a título de integralização (como ocorria nos contratos PEX), hipótese que, como evidencia a leitura do acórdão recorrido, não ocorreu no Procite.

O precedente tem a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PROGRAMA COMUNITÁRIO INTEGRADO DE TELEFONIA (PROCITE). CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. APORTE FINANCEIRO DE PROMITENTES ASSINANTES. CESSIONÁRIO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. INCORPORAÇÃO DA PLANTA TELEFÔNICA AO PATRIMÔNIO DA CONCESSIONÁRIA. CRITÉRIO DE RETRIBUIÇÃO EM AÇÕES.

1. O Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, não se configurando violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Ultrapassar a conclusão alcançada pelo acórdão recorrido quanto à legitimidade ativa e passiva demandaria o reexame do contrato, dos fatos e das provas presentes no processo. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes.

3. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para postular em juízo a complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou implicitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias. Súmula 83/STJ.

4. Na impossibilidade de se efetuar a subscrição e entrega das ações a que teria direito o acionista, possível a sua conversão em perdas e danos, sem que isso implique julgamento extra petita. Precedentes.

5. Não sendo o pedido de decretação de nulidade de assembléias da sociedade anônima ré um fim em si mesmo, mas apenas deduzido como fundamento para a pretensão de recebimento de complementação de ações decorrente de contrato de participação financeira, é inaplicável o prazo de decadência previsto no art. 286 da Lei 6.404/76. Prescrição que se dá nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil de 1916 e nos artigos 205 e 2.028 do Código Civil de 2002. Vencida, no ponto, a Relatora.

6. No Programa Comunitário Integrado de Telefonia (PROCITE), os adquirentes de linhas telefônicas celebraram contratos com as construtoras, pagando o preço com elas combinado. Não houve pagamentos por eles feitos à concessionária. Esta comprometeu-se, em pactos celebrados com os municípios, a interligar as plantas telefônicas ao seu sistema; prestar o serviço telefônico e incorporar as plantas ao seu patrimônio (aumento de capital), retribuindo aos titulares das linhas telefônicas, mediante subscrição de ações, o valor de avaliação do bem incorporado. A subscrição tinha por base o valor de avaliação do bem indivisível incorporado (planta), dividido pelo número de adquirentes de linhas telefônicas.

7. A incorporação da planta telefônica não se deu quando dos aportes financeiros à construtora realizados pelos aquirentes das linhas, do que decorre a impropriedade de se pretender utilizar os valores de tais aportes, e as datas em que realizados, como balizas para o cálculo do quantitativo de ações. Na época dos aportes, as plantas não existiam, a significar que, ausente patrimônio a incorporar, não houvera ainda integralização, da qual dependia a avaliação e a

> contraprestação em ações.
> 8. O aumento de capital deu-se com a incorporação da planta telefônica ao patrimônio da ré. Nos termos do contrato e dos arts. 8º, §§ 2º e 3º, da Lei 6.404/76, o cálculo do número de ações a serem subscritas em favor de cada titular de linha telefônica deve levar em conta o valor de avaliação daquele bem.
> 9. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial a fim de julgar improcedente o pedido formulado na inicial.
> (AgRg no AREsp 29.665/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 08/10/2015)

Nesse precedente, em que discutida complementação acionária decorrente de contrato de participação financeira e debatido o critério balizador da subscrição de ações na hipótese de o contrato ter sido celebrado na modalidade PCT, ficou assentada a improcedência do pedido. A Quarta Turma do STJ levou em consideração que, em caso de PCT, a incorporação do bem - planta/rede telefônica - ao patrimônio da ré não se deu na ocasião do pagamento à construtora realizado pelos assinantes. Esclareceu que a integralização efetivou-se com a incorporação das plantas ao patrimônio da ré. Registrou que, tendo em vista a lei regente das sociedades por ações, o valor a ser considerado para o cálculo do número de ações a serem subscritas deve ser o valor de avaliação do bem incorporado. Prevaleceu a compreensão de que a subscrição de ações não poderia considerar valor estranho à avaliação do bem incorporado à ré, o qual ensejou o aumento de capital, sob pena de ofensa ao artigo 8º, §§ 2º e 3º, da Lei 6.404/1976. Ficou também assinalado "que os critérios de retribuição de ações e o momento de emissão aprovados em assembleia devem observar as normas previstas na Lei n. 6.404/1976 e a regulamentação do setor - no caso, a Portaria n. 117/1991, da Secretaria Nacional de Comunicações -, que previa a sistemática pela qual a rede de telefonia seria ativada e transferida à concessionária do serviço público, e que era de conhecimento dos assinantes por ocasião da celebração do contrato com a empreiteira". Acordou-se igualmente que a ré não "estava obrigada a emitir ações em momento anterior à incorporação da planta telefônica ao seu capital". O Colegiado cuidou de estabelecer, enfim, a distinção entre as contratações celebradas sob a modalidade PEX e as vinculadas ao PCT, e demonstrou que os critérios para retribuição em ações não poderiam ser aplicados indistintamente nos

dois casos.

Orientação idêntica foi adotada pela Terceira Turma do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM EMPRESA DE TELEFONIA. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA - PCT. CRITÉRIO DO BALANCETE MENSAL. SÚMULA 371/STJ. INAPLICABILIDADE.
>
> 1. Controvérsia acerca da aplicação do critério do balancete mensal a um contrato de planta comunitária de telefonia - PCT com previsão de retribuição de ações condicionada à integralização do capital mediante dação da planta comunitária à companhia telefônica, nos termos da Portaria 117/1991 do Ministério das Comunicações.
>
> 2. Nos termos da Súmula 371/STJ: "nos contratos de participação financeira para a aquisição de linha telefônica, o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização".
>
> 3. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, a data da integralização, mencionada na Súmula 371/STJ, é a data do pagamento do preço estabelecido no contrato, ou a do pagamento da primeira parcela, no caso de parcelamento. 4. Particularidade dos contratos da modalidade PCT, em que a integralização do capital não se dá em dinheiro, no momento do pagamento do preço, mas mediante a entrega de bens, em momento posterior ao pagamento do preço, com a incorporação da planta comunitária ao acervo patrimonial da companhia telefônica.
>
> 5. Necessidade de prévia avaliação e de aprovação da assembleia geral da companhia, para a integralização do capital em bens ('ex vi' do art. 8º da Lei 6.404/1976).
>
> 6. Inviabilidade de aplicação da Súmula 371/STJ aos contratos de participação financeira celebrados na modalidade PCT.
>
> 7. Precedente específico da QUARTA TURMA desta Corte Superior no mesmo sentido.
>
> 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> (REsp 1742233/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018)

No caso, em que os contratos foram celebrados na modalidade PCT (à

exceção de um deles, em relação ao qual se consumou a prescrição da pretensão), o acórdão recorrido decidiu "que deve ser aplicada a orientação da Súmula 371 do colendo Superior Tribunal de Justiça", "no que diz respeito ao critério a ser adotado para o cálculo dos valores". O acórdão recorrido, assim julgando, negou a existência de regulamentação própria para tal modalidade de contrato (tese defendida pela ré), distanciando-se da jurisprudência do STJ, acima destacada.

Diante da diretriz jurisprudencial mencionada, entendo que na presente hipótese, em que envolvido contrato de tipo PCT celebrado diretamente com a construtora que implantou a infraestrutura para a prestação do serviço de telefonia, a data de integralização, efetuada sob a forma de dação de bem, deve corresponder à data de incorporação da rede (após construída e avaliada) ao acervo patrimonial da ré. É esse momento, portanto, que deve ser considerado para efeito de emissão das ações em favor da parte autora, correspondentes à sua participação financeira no custeio da rede, e não a data em que efetuados os pagamentos à construtora da mesma rede. Parece óbvio que a rede (planta) é que foi incorporada, momento em que se materializou a integralização, e não as quantias que cada usuário pagou à construtora.

Importante relembrar que, em tal modalidade de contratação, as ações são emitidas com base no laudo de avaliação da infraestrutura incorporada, e construída por terceiro. Não é a hipótese em que a implantação da infraestrutura ficava a cargo da própria concessionária do serviço público, a qual estava obrigada a emitir as ações correspondentes aos investimentos feitos pelos usuários, com base nos valores diretamente a ela pagos e considerando o momento dos pagamentos.

Em suma, só no momento da incorporação da rede a ré poderia emitir ações correspondentes ao patrimônio incorporado, pois antes de tal ato o acervo não lhe pertencia.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial, relativamente aos autores que celebraram contratos de tipo PCT. Condeno esses autores a pagar despesas do processo e honorários de advogado, esses arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade da sucumbência em caso de beneficiário da justiça gratuita.

Fica prejudicada a análise dos temas remanescentes suscitados no recurso

especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora