AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.342.212 - DF (2018/0200065-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
AGRAVANTE	:	SYSMO SISTEMAS LTDA
ADVOGADOS	:	JOSÉ HENRIQUE DAL CORTIVO - SC018359
		ALEXANDRE MOURA GERTRUDES - DF037121
		MEISSON GUSTAVO ECKARDT - SC032167
		LAYNARA CORREA DE SOUZA - DF041255
		FLAVIA MARCELLE RODRIGUES PENA - DF039556
		SANCLAIR SANT'ANA TORRES E OUTRO(S) - DF047630
AGRAVADO	:	JE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO	:	WENIA GARCIA MACHADO E OUTRO(S) - DF026445
INTERES.	:	CIELO S.A
ADVOGADO	:	SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

DECISÃO

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão com a seguinte ementa:

> APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. OPERAÇÕES REALIZADAS COM CARTÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA, INDENIZAÇÃO E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. AFASTADA. CONFIGURAÇÃO DE NÚMERO LÓGICO EM SISTEMA TEF. CIELO. SYSMO.
>
> 1. Apelações cíveis interpostas contra a sentença que julgou improcedente o pedido autoral em relação à primeira ré, condenando-a, todavia, ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. Em relação à segunda requerida o magistrado julgou parcialmente procedente o pedido, condenando-a ao pagamento de indenização por danos materiais.
>
> 2. A despeito de o atual Diploma Processual não estabelecer como espécie recursal o agravo retido, cabe a sua apreciação em atenção ao princípio processual do tempus regit actum, o qual prevê a aplicação, da norma vigente à época em que o ato processual foi praticado, desde que a parte tenha requerido a sua análise em sede de apelação.
>
> 3. Na ausência de apreciação da matéria pelo Juízo a quo, veda-se à instância revisora decidir acerca do tema, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.
>
> 4. Reconhecida a litigância de má-fé, os artigos 79 e 81 do Código de

> Processo Civil preceitua a condenação ao pagamento de multa e de indenização pelos prejuízos sofridos.
> Contudo, há que se distinguir a aplicação das referidas sanções, que têm requisitos distintos. Enquanto a multa representa consequência inarredável ao litigante de má-fé, a indenização somente mostra-se cabível caso demonstrado o efetivo prejuízo.
> 5. O artigo 81 do Código de Processo Civil expressamente limita seus termos aos litigantes. A condenação por litigância de má-fé não tem o condão de, por si só, afastar a incidência do artigo 85 do Código de Processo Civil, segundo o qual "a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor .
> 6. Na hipótese dos autos, a presunção aferida em virtude da conduta recalcitrante da parte reveste-se de caráter relativo, podendo ser elidida por prova em contrário, posteriormente produzida.
> 7. A divergência objeto da presente demanda não se resume ao papel das requeridas na dinâmica das transações com cartão de crédito, não sendo possível atribuir a uma ou a outra a responsabilidade pelo alegado prejuízo, havendo de se analisar somente a dinâmica das transações.
> 8. Tendo sido constatado que a primeira vinculação do número lógico foi realizada pela segunda ré, incumbia-lhe a comprovação de que a senha de acesso teria sido repassada à autora (art. 373, inciso II do Código de Processo Civil), de modo a permitir que esta pudesse promover quaisquer alterações no sistema - o que não ocorreu.
> 9. Não obstante constatado que o problema causado pela falha relacionada ao número lógico realmente impediu o correto repasse dos valores negociados naquele período, o relatório acostado aos autos como tendo sido apresentado pela segunda requerida mediante email não deve ser tomado como parâmetro único para a aferição da extensão do dano material sofrido. Razão pela qual, impõe-se que o efetivo prejuízo seja apurado em sede de liquidação da sentença.
> 10. Recursos conhecidos e parcialmente providos. Agravo retido desprovido.

Os embargos de declaração foram providos, sem alteração no julgado, conforme ementa abaixo transcrita (e-STJ, fls. 826-827):

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTENTE. OMISSÃO. HONORÁRIOS. INEXISTENTE. OBSCURIDADE. LACUNA SUPRIDA SEM MODIFICAÇÃO DO JULGADO. APURAÇÃO ACERCA DA EXTENSÃO DO DANO

> MATERIAL.
> 1. Nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração configuram recurso de fundamentação vinculada, destinado a esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir erro material, o que não ocorreu na espécie. Constatada a obscuridade do acórdão tão somente no que se refere à apuração do dano material, deve ser suprida a mencionada lacuna.
> 2. A dinâmica processual de oportunizar ao juízo a quo a sua retratação, através da juntada de cópia do recurso interposto, não permite aos recorrentes a apresentação de algo que até então não foi debatido, por configurar inadmissível inovação recursal - consectário lógico da preclusão.
> 3. A pretendida alteração do ônus sucumbencial, na espécie, somente encontraria respaldo diante do afastamento da litigância de má-fé, o que não ocorreu. Manteve-se o reconhecimento da deslealdade processual, retirando-se apenas a condenação ao pagamento de indenização, sucumbência mínima que não enseja, por si só, a redistribuição das verbas.
> 4. O acórdão, ao afastar a verossimilhança do relatório de fI. 24, apenas consignou o caráter meramente indicativo do mencionado documento, determinando, em seguida, a apuração da extensão do dano através de liquidação, a qual deve tomar por base os documentos apresentados pela autora através da mídia de fI. 74.
> 5. Quando o acórdão enfrenta toda a matéria posta em julgamento, as questões deduzidas em sede de embargos de declaração mostram-se suficientemente debatidas para fins de prequestionamento.
> 6. Recurso interposto pela primeira ré conhecido e desprovido.
> 7. Recursos interpostos pela segunda ré e pela autora conhecidos e providos, sem modificação do julgado.

Nas razões do especial, a parte ora agravante alegou violação dos artigos 10, 371, 373, 502, 505 e 507 do Código de Processo Civil/2015, sob o argumento de "*ocorrência de preclusão pro judicato"* com o fim de manter a *"decisão que responsabilizou apenas a empresa CIELO pelos (eventuais) danos materiais suportados pela empresa JE Comercial*" (e-STJ, fl. 855), contra a qual não teria havido impugnação.

Suscita, ainda, equívoco na distribuição do ônus da prova.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 872-882) pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

Destaco que a decisão recorrida foi publicada depois da entrada em vigor da Lei nº 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 2015, conforme dispõe o Enunciado Administrativo nº 3/2016 do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, anoto que a jurisprudência desta Corte já decidiu que a revelia enseja a presunção relativa da veracidade dos fatos narrados pelo autor da ação, **podendo ser infirmada pelas demais provas dos autos.**

A propósito, confiram-se:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA AOS ARTS. 165, 458 E 535 do CPC/1973. AUSÊNCIA. DECISUM ESTADUAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. CONTESTAÇÃO QUE NÃO INFIRMA A LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL. CONDIÇÃO DA AÇÃO, CUJA ANÁLISE NÃO PRECLUI PARA O MAGISTRADO, PODENDO SER SOPESADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, CASO DEVIDAMENTE DEVOLVIDA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO MÍNIMA DE QUE OS AUTORES DA AÇÃO SERIAM PESCADORES PROFISSIONAIS À ÉPOCA DO FATO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
>
> 1. Não há violação aos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/1973 (ou art. 1.022 do novo CPC), porquanto o acórdão recorrido dirimiu a causa com base em fundamentação sólida, sem nenhuma omissão ou contradição.
>
> 2. "A revelia enseja a presunção relativa da veracidade dos fatos narrados pelo autor da ação, podendo ser infirmada pelas demais provas dos autos, motivo pelo qual não determina a imediata procedência do pedido" (AgRg no Ag 1237848/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016).
>
> 3. O Tribunal estadual assentou que os recorrentes não faziam jus à indenização por danos morais ou materiais, pois não teriam comprovado a condição de pescador profissional na data do sinistro.
>
> Essa conclusão foi fundada na apreciação fático-probatória da causa, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

> 4. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no AgInt no AREsp 967.678/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 13.11.2017)
>
> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE. CHEQUE. PRESCRIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. APRECIAÇÃO DE PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ART. 131 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7/STJ. NÃO PROVIMENTO.
> 1. Não tendo havido o prequestionamento dos temas ventilados nas razões do recurso especial, incide o enunciado 211 da Súmula do STJ.
> 2. A revelia enseja a presunção relativa da veracidade dos fatos narrados pelo autor da ação, podendo ser infirmada pelas demais provas dos autos, motivo pelo qual não determina a imediata procedência do pedido.
> 3. A Corte estadual julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
> 4. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento.
> 5. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ).
> 6. Agravo interno a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 1.237.848/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 21.10.2016)

Com efeito, registro que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte ao proceder à análise da responsabilidade indenizatória ante as demais provas dos autos.

Em vista disso, consignou o seguinte (e-STJ, fls. 800-802):

> Apesar de ter sido imputada à CIELO a presunção de que a falha decorreu de sua conduta, devido à recalcitrância demonstrada em relação aos dados solicitados pelo perito, sabe-se que tal presunção

reveste-se de caráter relativo, podendo ser elidida por prova em contrário.

Desse modo, ainda que as provas posteriormente realizadas (a exemplo da mídia obtida por carta precatória) tenham por objeto a comprovação de fatos outros, a eventual identificação de elementos que refutem a presunção outrora firmada permite a sua superação, sem que exista violação ao artigo 505 do Código de Processo Civil.

Resta incontroverso que o número lógico fornecido pela CIELO à autora foi, pelo menos de início, corretamente configurado nos terminais e no sistema da autora, uma vez que, nos meses anteriores ao período questionado foram devidamente repassados os valores referentes às transações realizadas com cartões. Ademais, ficou demonstrado, na audiência de instrução, que após a identificação da causa relativa ao número lógico, a configuração da máquina com o código correto fez retornar a regularidade dos repasses de transações - o que denota, por si só, a unicidade do número lógico, considerado uma identidade digital da empresa comerciante.

Registre-se, ainda, que a testemunha da segunda requerida, Sr. Paulo Cezar Erlo, ouvido mediante carta precatória (mídia juntada à fl. 481), expressamente revela que a CIELO não procede a configuração do número lógico no sistema TEF -.o que somente pode ser feito pela própria autora ou pela SYSMO. Compete à CIELO apenas o fornecimento do código. A propósito, assim restou descrita a relação entre as empresas:

[...]

Nesse contexto, revela-se viável, a partir da prova oral produzida em momento posterior, afastar a responsabilidade da primeira requerida.

Quanto à segunda demandada, a verificação de sua responsabilidade exige a análise de determinados pontos relevantes, debatidos na sentença e trazidos pela recorrente.

Conforme o fragmento transcrito linhas acima, a própria testemunha da segunda requerida refuta o argumento de que a SYSMO não realiza serviços de configuração do sistema TEF. Vale ressaltar que, em seu depoimento, o Sr. Paulo Cezar, gerente de suporte técnico da SYSMO, chega a afirmar ter sido a SYSMO a responsável pela vinculação inicial do número lógico ao equipamento TEF (8'10" / 8'14").

Neste raciocínio, resta dirimida, ainda, a controvérsia acerca da possibilidade de configuração do sistema TEF pela SYSMO, refutando-se o argumento trazido pela demandada no sentido de que a autora seria a única responsável pela inserção e alteração do código

> lógico. Acentue-se, por oportuno, que a própria recorrente confessa (fl. 592) "a inserção inicial do código no sistema TEF'. E não poderia ser diferente, pois, conforme dito alhures, a dinâmica de vendas a cartão funcionou, de início, regularmente - o problema sobreveio apenas nos meses finais do ano de 2013.
>
> Logo, denota-se que a questão a ser elucidada é sobre quem promoveu a alteração superveniente do código lógico,' causando os problemas de repasse narrados pela demandante - se a própria autora, ou a segunda requerida.
>
> [...]
>
> À vista disso, tendo sido constatado que a primeira vinculação do número lógico foi realizada pela SYSMO, tal como admitido pelo gerente de suporte da técnico da segunda requerida (mídia juntada à fl. 481 - 8'10" / 8'14"), incumbia-lhe a comprovação de que a senha de acesso teria sido repassada à autora (art. 373, inciso II do Código de Processo Civil), de modo a permitir que esta pudesse promover quaisquer alterações no sistema - o que não ocorreu.
>
> Sendo assim, fica constatada a falha na prestação do serviço, atribuída à segunda requerida.

Como se vê, a conclusão a que chegou o Tribunal de origem quanto à responsabilidade de reparação material da ora agravante decorreu de convicção formada em face dos elementos fáticos existentes nos autos, de sorte que a revisão dos fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, providência que esbarra na Súmula 7/STJ. Nesse sentido:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRIBUNAL A QUO CONCLUIU PELA LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGRAVANTE POR PARTICIPAR DA CADEIA DE FORNECIMENTO. MODIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR DENTRO DOS PARÂMETROS DE RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. O Tribunal de origem, à luz das particularidades do caso, concluiu pela participação da agravante, fabricante do componente identificado como causador do defeito do aparelho, na cadeia de fornecimento do produto, devendo responder solidariamente pelo

> dano causado. Dessa forma, a pretensão de alterar tal entendimento demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
> 2. O entendimento desta Corte Superior é de que a revisão do valor do dano moral em sede de recurso especial, via de regra, atrai a Súmula 7/STJ, a qual somente é relativizada quando fixada em valores exorbitantes ou irrisórios, o que não é o caso dos autos.
> 3. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no REsp 1.413.385/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, Julgado em 21.3.2019, DJe 2.4.2019).

Quanto ao alegado equívoco na distribuição do ônus da prova, verifico que a discussão não foi objeto de exame pela instância ordinária, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração, o que inviabiliza sua análise por esta Corte Superior, em razão da ausência do requisito indispensável do prequestionamento, do qual não estão isentas sequer as questões de ordem pública. Incidem, na hipótese, os óbices das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.
> 1. Em relação ao artigo 396 do Código Civil, incidem os enunciados das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, ante a ausência de prequestionamento, porquanto a matéria contida em tal dispositivo não teve o competente juízo de valor aferido, nem interpretada ou a sua aplicabilidade afastada ao caso concreto pelo Tribunal de origem.
> 2. A despeito de o insurgente afirmar não ter manejado o reclamo com base na alínea "c" do permissivo constitucional, em uma simples leitura da folha de apresentação do recurso especial depreende-se que o apelo foi interposto com fundamento "nas alíneas 'a' e 'c' do inciso III do artigo 105 da Constituição da República". Assim, não tendo a parte logrado comprovar o referido dissenso jurisprudencial, adequada a monocrática que não conheceu do recurso no ponto.
> 3. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no AREsp 1.112.475/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19.10.2017, DJe 25.10.2017).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, majoro em 10% (dez por cento) a quantia já arbitrada a título de honorários em favor da parte recorrida**,** observados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo**.**

Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora