AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.494.661 - SC (2019/0120281-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE	:	OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS	:	PAULO MARCONDES BRINCAS - SC006599
		RENATO MARCONDES BRINCAS - SC008540
		MARLI COLLMAN - SC039286
AGRAVADO	:	BERNARDETE ZEN
ADVOGADOS	:	EDER GONÇALVES - SC005759
		VÂNIA DUTRA ELIAS WERNER - SC013706

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC/2015. OCORRÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso especial apresentado por OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Compulsando os autos, verifica-se que a agravada ajuizou ação ordinária (e-STJ, fls. 3-33), tendo o Juízo de primeiro grau julgado procedentes os pedidos (e-STJ, fls. 544-560).

Interposto recurso de apelação pela ora agravante, o Tribunal de origem decidiu, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento, em acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 699-701):

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA DE TELEFONIA.
> SUSCITADA A LITISPENDÊNCIA DA PRESENTE DEMANDA COM OS FEITOS NS. 038.08.046195-3 E 038.07.038783-1 (ATUALMENTE PROCESSADOS SOB NS. 0046195-08.2008.8.24.0038 E 0038783-60.2007.8.24.0038), POR TEREM COMO OBJETO DUAS DAS AVENÇAS INDICADAS NA INICIAL (PACTOS NS. 516889 E 505333) - TESE VENTILADA APENAS NESTA INSTÂNCIA RECURSAL - POSSIBILIDADE DE ANÁLISE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA A SER EXAMINADA "EX OFFICIO" A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO (CPC, ART. 485, §3°) - TODAVIA, AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A OCORRÊNCIA DO INSTITUTO, NA FORMA DO ENUNCIADO PELO ART. 337,

§§ 1º, 2º E 3º DO CÓDIGO FUX - DOCUMENTOS COLACIONADOS AO CADERNO PROCESSUAL QUE EVIDENCIAM A INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES - INSTITUTO NÃO CARACTERIZADO - DESPROVIMENTO DO APELO NO PONTO - VIABILIDADE, CONTUDO, DE RECONHECIMENTO, "EX OFFICIO", DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RELAÇÃO AO INSTRUMENTO N. 516889 - CONTRATAÇAO OBJETO DE AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE PELO CEDENTE ORIGINÁRIO - INVIABILIDADE DE NOVA CONDENAÇÃO DA PARTE ACIONADA AO ADIMPLEMENTO DO RESPECTIVO AJUSTE - EXTINÇÃO DO PROCESSO NO TOCANTE À MENCIONADA AVENÇA - EXEGESE DO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Há litispendência quando se reproduz ação idêntica anteriormente ajuizada, possuindo identidade de partes, pedido e causa de pedir (art. 337, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Fux).

Na hipótese "sub judice", a autora da presente ação não figura no polo ativo de nenhum dos feitos mencionados pela recorrente (autos ns. 038.08.046195-3 e 038.07.038783-1, atualmente processados sob ns. 0046195-08.2008.8.24.0038 e 0038783-60.2007.8.24.0038), inexistindo, portanto, identidade de partes.

Não demonstrada a igualdade das demandas, em todos os aspectos necessários, impossível o reconhecimento da litispendência.

Nada obstante, considerando que o contrato n. 516889 foi objeto de demanda anteriormente proposta pelo cedente originário contra a empresa de telefonia acionada na presente demanda (processo n. 038.08.046195-3, atualmente sob n. 0046195-08.2008.8.24.0038), deve ser reconhecida, de ofício, a impossibilidade jurídica do pedido em relação ao respectivo instrumento (art. 485, VI, do CPC), a fim de inviabilizar seja a parte ré duplamente condenada, em processos diferentes (um ajuizado pelo cedente; outro, pela cessionária), ao adimplemento de um mesmo pacto.

DEFENDIDA A INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - FIGURA DO ESPECULADOR, CESSIONÁRIO DOS DIREITOS REFERENTES A DIVERSOS CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA - ACIONISTA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE DESTINATÁRIO FINAL, PREVISTO NO ART. 2º DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - ENTRETANTO, DEVER DE EXIBIÇÃO QUE SE CONFIGURA - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 31 E 100 DA LEI N. 6.404/1976- INSURGÊNCIA PARCIALMENTE PROVIDA NESTE ASPECTO.

O cessionário da participação nas ações que em momento algum utilizou-se dos serviços de telefonia Drestados oela ré não se enauadra no conceito de consumidor presente no art. 2° da Legislação Consumerista. É direito do acionista, nos termos do art. 100, § 1º, da Lei n. 6.404/76, a obtenção de certidões constantes nos livros de Registro e Transferência de Ações, visando à defesa de direitos e esclarecimento de situações em que tenha interesse. Assim, na esteira do que dispõe o Código de Processo Civil, é permitido ao magistrado

> inverter o ônus da prova para ordenar que a empresa de telefonia exiba documento que se ache em seu poder (art. 396).
> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - EXEGESE DO ART. 85, § 1º, DA LEI ADJETIVA CIVIL - PROVIMENTO PARCIAL DO RECLAMO DA PARTE AUTORA / RÉ - FIXAÇÃO CABIDA NA ESPÉCIE, EM PROL DO CAUSÍDICO DO/A RECORRENTE.
> Sob a premissa de que o estipêndio patronal sucumbencial é devido em função do trabalho realizado pelos causídicos, prevê a legislação processual civil a possibilidade de arbitramento de honorários por ocasião do julgamento do recurso (art. 85, § 1º).
> Nesse viés, na situação dos presentes autos, o parcial provimento do recurso manejado pela acionada justifica a fixação de honorários recursais no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da condenação em favor de seu procurador.

Apresentados embargos de declaração pela parte recorrente, estes foram rejeitados, conforme ementa abaixo (e-STJ, fl. 744):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS ACLARATÓRIOS TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO ART. 1.022 DO
> CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SUSCITADA LITISPENDÊNCIA NAS RAZÕES DO APELO, POR IDENTIDADE DE DUAS DAS AVENÇAS INDICADAS NA INICIAL (PACTO NS. 516889 E 505333) - ARESTO NO QUAL FOI AFASTADO O INSTITUTO, JULGANDO-SE, TODAVIA, EXTINTO O FEITO EM RELAÇÃO AO INSTRUMENTO N. 516889, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ALEGADA EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO JULGADO EMBARGADO POR TER DEIXADO DE RECONHECER A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA QUANTO AO CONTRATO N. 505333 - VÍCIO NÃO CONFIGURADO - NÍTIDA INTENÇÃO DA EMPRESA DE TELEFONIA DE REDISCUTIR A MATÉRIA EM RAZÃO DO DESCONTENTAMENTO COM O RESULTADO QUE LHE FOI DESFAVORÁVEL - DESCABIMENTO - IRRESIGNAÇÃO REJEITADA.
> "Cabem embargos de declaração para sanação de erro material, assim entendidos os erros de cálculo e as inexatidões materiais (art. 494, I, do CPC). Erro de cálculo consiste no erro aritmético (não se confunde, porém, com o erro quanto a critério de cálculo ou elementos do cálculo, que constituem erro de julgamento a respeito do cálculo).
> Inexatidão material constitui erro na redação da decisão - e não no julgamento nela exprimido" (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 954).
> Nesse viés, inexiste erro material no acórdão embargado, pois adequadamente fundamentado o motivo pelo qual foi afastada a suscitada litispendência e reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido apenas no tocante ao contrato n. 516889. Logo, a rejeição dos

aclaratórios é medida que se impõe.

Nas razões do recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a recorrente alegou violação aos arts. 475, V, e 1.022, II, do CPC/2015.

O Tribunal de origem não admitiu o processamento do recurso especial em virtude da incidência da Súmula n. 7/STJ.

Foi interposto agravo em recurso especial às fls. 794-797 (e-STJ), não sendo apresentada contraminuta, conforme certificado à fl. 801 (e-STJ).

Brevemente relatado, decido.

Com efeito, os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

Assim, no que diz respeito à negativa de prestação jurisdicional, com razão a recorrente, porquanto, apesar de ter sido instado a se manifestar sobre questão relativa à existência de coisa julgada, o Tribunal não sanou o vício.

A propósito, cito os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INCONGRUÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E SUA PARTE DISPOSITIVA. OMISSÃO NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NULIDADE.
> 1. Assiste razão à embargante, na medida em que a Corte a quo não respondeu ao questionamento formulado na via dos embargos declaratórios relativo à incongruência entre a fundamentação da sentença primária e sua parte dispositiva.
> [...]
> 4. Tendo o acórdão impugnado deixado de analisar matéria de relevância para o deslinde da controvérsia, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade por ofensa ao art. 1.022, inciso II, do CPC/2015.
> 5. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que se manifeste, expressamente, a respeito do quanto alegado em sede declaratória.
> (REsp 1657996/RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)
>
> RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES SUSCITADAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPCCONFIGURADA. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL PREJUDICADO.

> 1.- Negativa de prestação jurisdicional configurada no caso, por infringência ao artigo 535 do Código de Processo Civil, voltando o caso à origem para novo julgamento dos Embargos de Declaração.
> 2.- Em processo em que recebido pedido de reconsideração do Acórdão, posterior à interposição de Recurso Especial, como Agravo Regimental, para não conhecê-lo, o Acórdão, embora fundamentado, não enfrentou todas as questões, conquanto reclamado o exame por Embargos de Declaração. Impossível, nesta instância, reexaminar todas essas matérias interligadas, de interesse para o deslinde do caso. De rigor o provimento do Recurso Especial, para anular o julgamento dos Embargos de Declaração, com retorno à origem.
> 3.- Recurso Especial provido, anulando-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro seja proferido, com expresso julgamento da questão assinalada.
> 4.- Agravo no Recurso Especial prejudicado pela perda do objeto. (REsp n. 1.424.420/CE. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/2/2014, DJE 28/2/2014).

No caso, a pretensão da recorrente, nos embargos de declaração de fls. 714-717 (e-STJ), era obter pronunciamento judicial acerca da eventual ocorrência de coisa julgada, uma vez que já teria sido objeto de pronunciamento judicial o contrato n. 505333, inclusive com sentença transitada em julgado em 17/2/2012 (processo n. 2009.051998-4), encontrando-se o feito na fase executória.

Constata-se, portanto, que o acórdão combatido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, deixou de sanar a omissão sobre questão relevante, impondo-se, assim, o retorno dos autos para que o órgão competente realize novo julgamento dos embargos de declaração.

Por todo o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de, reconhecendo a existência de omissão na decisão, anular o acórdão que julgou os embargos de declaração de fls. 714-717 (e-STJ) e determinar que outro seja proferido, sanando-se o vício, como entender de direito.

Publique-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator