

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.072.160 - RS (2017/0061904-7)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL**
ADVOGADOS : **JAURO DUARTE VON GEHLEN - RS033924**
 : **CAMILA VICTOR FRANZ E OUTRO(S) - RS079101**
AGRAVADO : **CLARO S.A**
ADVOGADO : **JULIO CESAR GOULART LANES E OUTRO(S) - RS046648**

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto pela ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DA PERÍCIA PELA RÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. MULTA. LIMINAR CUMPRIDA.

- Correta a decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento, devendo ser mantida.

- De acordo com o previsto no artigo 33 do CPC/73, vigente quando da decisão agravada, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais era de quem requereu a perícia ou do autor quando determinado de ofício pelo juiz, independentemente de inversão do ônus da prova. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, respeitado o disposto no art. 14 do NCPC.

- Com relação a multa deve ser afastada, uma vez que já preclusa a questão quando do julgamento do agravo de instrumento nº 70063143317, tendo sido verificado o cumprimento da decisão liminar.

AGRAVO INTERNO DESPROVIDO" (fl. 502e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração, rejeitados, nos seguintes termos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 1022 DO NOVO CPC. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO NO JULGADO.

- Impossibilidade de reexaminar matéria que foi

inequivocadamente decidida e sem violação às regras do art. 1022 do CPC.

- Restou devidamente explicado no julgado que a embargante admitiu o cumprimento da ordem judicial, de modo que a consequência lógica é a não incidência da multa arbitrada pelo juízo de origem. Também foi mencionado que a AJURIS não se insurgiu do acórdão do agravo de instrumento nº 70063143317, transcorrendo o prazo recursal.

EMBARGOS DESACOLHIDOS" (fl. 520e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, sustenta a agravante violação do acórdão recorrido aos seguintes artigos e respectivas teses:

(a) 535, II, do CPC/73 - o acórdão recorrido foi omissivo, pois "em nenhum momento sequer foi tangenciado pela Corte incidência dos artigos 512, 473, do CPC e 250, 251, do Código Civil" (fl. 537e);

(b) 512 do CPC/73 - inocorrência de efeito substitutivo no julgamento de Agravo de Instrumento, porquanto "o agravo de instrumento que teria consignado o afastamento da multa diária foi julgado prejudicado pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça (...). Portanto, uma vez que sequer fora analisado o mérito da controvérsia, é impossível admitir o afastamento da multa naquele julgamento, nos termos do artigo 512 do CPC/73, na medida em que não se verificou a ocorrência do efeito substitutivo inerentes aos recursos" (fls. 538/539e);

(c) 473 do CPC/73 - "é sabido que a preclusão temporal ocorre quando há perda do exercício de determinada faculdade processual pelo decurso do prazo legal. Contudo, no caso em análise, facilmente percebe-se que não há como reconhecer a incidência do aludido instituto ao caso, uma vez que inexistia faculdade processual a ser exercida" (fl. 541e);

(d) 250 e 251 do Código Civil - impossibilidade do esgotamento da obrigação de não fazer, porquanto "não é possível concluir que o atendimento de apenas de um dos pontos da decisão - restabelecimento das linhas pelo prazo de quinze dias - leve à perda do objeto em relação às demais obrigações" (fl. 544e); e

(e) 6º, VIII, do CDC - o adiantamento das custas periciais incube à ré, restando "evidente a desvantagem probatória da AJURIS, bem como considerando a inversão do ônus da prova, as custas da perícia determinada pela juíza singular de ofício deverá ser suportada pela ré, devendo ser reformada a decisão no ponto" (fl. 548e).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

O recurso, todavia, não merece prosperar.

Inicialmente, no que se refere à alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC, os Embargos de Declaração têm, como objetivo, sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há a alegada omissão no acórdão recorrida, eis que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara, e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. Nesse sentido: STJ, REsp 739.711/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 14/12/2006.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 23/4/2008.

No que tange às teses de inocorrência de efeito substitutivo no julgamento de Agravo de Instrumento, por violação ao art. 512 do CPC/73, de inexistência da preclusão quando impossível o exercício da faculdade processual, por afronta ao art. 473 do CPC/73, e de impossibilidade do esgotamento da obrigação de não fazer, por violação aos arts. 250 e 251 do Código Civil, a Corte de origem assim se manifestou:

"Com relação ao ônus da perícia, que foi determinada de ofício, a regra não é modificada em razão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e isso foi devidamente apontado na decisão monocrática.

No caso, o juízo determinou a prova de ofício, de forma que a parte autora é a responsável pelos honorários do perito.

Por outro lado, a inversão do ônus da prova não afasta a regra relativa ao pagamento dos honorários do perito contida no art. 33 do CPC.

(...)

Ainda, em que pese o Novo CPC tenha modificado a regra, consoante se depreende do art. 95, não é possível a sua modificação em sede de agravo interno, porquanto na época em que julgada a monocrática estava em vigor o CPC de 1973 e nesse aspecto deve se atentar para o disposto no art. 14 do novel diploma processual:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, **respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.**

(grifei)

Com relação ao inconformismo por terem sido afastadas as astreintes

também tenho que não merece provimento.

Note-se que quando do julgamento do agravo de instrumento nº 70063143317, restou prejudicado o mérito do recurso da empresa agravada, nos seguintes termos:

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE MULTA. LIMINAR CUMPRIDA. I - Agravo de Instrumento manejado em face de decisão que concedeu prazo para o cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa diária. II - Hipótese em que, segundo a agravada, houve cumprimento da obrigação, pelo que não incidirá a multa e, via de consequência, não há mais qualquer interesse processual na busca do pleito deduzido nestes autos. III - Configurada a perda superveniente do objeto discutido no recurso. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO. (Agravo de Instrumento nº 70063143317, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 26/03/2015)'

No acórdão acima citado foi dito que:

'A parte agravada refere que a agravante cumpriu a decisão judicial.

Desta forma, configurada a perda superveniente do objeto discutido no recurso, na medida em que a insurgência apresentada diz respeito a fixação e ao valor das astreintes, pela hipótese de não cumprimento da ordem judicial exarada.

Considerando que a parte agravada admitiu o cumprimento da ordem judicial, consequência lógica é a não incidência da multa arbitrada pelo Juízo de origem.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINA A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS SOB PENA DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO (ART. 14, V, CPC) E RECONHECIMENTO DE DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA QUE

RECONHECE O DEVIDO CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DAS SANÇÕES. PERDA DO OBJETO. RECURSO PREJUDICADO.

(TJ-SC - Al: 215698 SC 2011.021569-8, Relator: Soraya Nunes Lins, Data de Julgamento: 17/02/2012, Quinta Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n., de Joaçaba)

Destarte, evidenciada a perda superveniente do objeto e do interesse recursal, julgo prejudicado o presente recurso. (grifos não constantes no original)'

E deste acórdão não houve insurgência da AJURIS, tendo transcorrido o prazo recursal.

Portanto, não há falar em aplicação de multa para o cumprimento da liminar, haja vista que já ultrapassada a questão, nos termos do art. 473 do CPC/73 (507 do Novo CPC)'.
(...)

Restou devidamente explicado no julgado que a embargante admitiu o cumprimento da ordem judicial, de modo que a consequência lógica é a não incidência da multa arbitrada pelo juízo de origem. Também foi mencionado que a AJURIS não se insurgiu do acórdão do agravo de instrumento nº 70063143317, transcorrendo o prazo recursal" (fls. 507/508 e 523).

Dos excertos acima transcritos, verifica-se que o Tribunal de origem assentou a possibilidade de afastar a multa, a ocorrência de preclusão e da obrigação de não fazer na base fática dos autos, conclusão que não pode ser afastada pela via especial sem o revolvimento do acervo probatório, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. PERÍODO LABORADO CONCOMITANTE AO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE.

1 O posicionamento alcançado pelos julgadores a quo, embora contrário às pretensões da parte recorrente, não traduz desrespeito à legislação enfocada a ponto de permitir que a instância superior o modifique.

2 Para reverter a conclusão consignada no Tribunal de origem, quanto à matéria discutida estar acobertada pela coisa julgada e pela preclusão, necessário revolver as provas constantes dos autos, providência esta inviável na via do Recurso Especial, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ.

3 O Tribunal Estadual se pôs em consonância com a compreensão firmada no âmbito do STJ, consoante a qual não é possível discutir, em Execução, matéria não debatida no processo de conhecimento.

4 Recurso Especial não conhecido" (STJ, REsp 1.780.789/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/03/2019).

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. IRSM. COISA JULGADA. PRECLUSÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o acórdão recorrido, sem delinear o contexto fático da causa, afirma a ocorrência de preclusão e coisa julgada a impedir o exame do pedido de revisão de benefício, para inclusão do IRSM de fevereiro de 1994.

2. A avaliação dos limites da coisa julgada e a ocorrência de preclusão relativamente a processo diverso do presente efetivamente incidem na vedação do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ.

Situação que não se confunde com a possibilidade de inclusão de referidos índices na fase de liquidação de sentença.

3. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1.081.321/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/04/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL - DIREITO MARCÁRIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - LAUDO PERICIAL - SIMILITUDE ENTRE OS PRODUTOS - CONFUSÃO MERCADOLÓGICA - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ - RECURSO IMPROVIDO" (STJ, AgRg no AREsp 185.946/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe de 05/10/2012).

Por fim, quanto à tese de impossibilidade de adiantamento das custas periciais

pela ré, o Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os efeitos da inversão do ônus da prova não possuem a força de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor.

Nesse sentido:

"CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OBRIGAÇÃO DE ADIANTAMENTO DAS DESPESAS. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. 'Quando verificada a relação de consumo, prevalece, no âmbito da Segunda Seção desta Corte Superior de Justiça que os efeitos da inversão do ônus da prova não possuem a força de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. Precedentes' (AgRg no AREsp 246.375/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 14/12/2012).

2. Agravo interno a que se nega provimento" (STJ, AgInt no AREsp 959.739/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 17/11/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE PELO CUSTEIO DA PROVA PERICIAL REQUERIDA PELO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Quando verificada a relação de consumo, prevalece, no âmbito da Segunda Seção desta Corte Superior de Justiça que os efeitos da inversão do ônus da prova não possuem a força de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. Precedentes.

2. Na espécie, a prova pericial determinada pelo juízo foi requerida pelo consumidor, e portanto, a ele é imposto o ônus de arcar com as custas, conforme entendimento já pacificado nesta Corte Superior.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 246.375/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 14/12/2012).

Destarte, aplica-se, ao caso, entendimento consolidado na Súmula 83/STJ, **in**

verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **b**, do RISTJ, **conheço do Agravo para conhecer parcialmente** do Recurso Especial, e nessa extensão, **negar-lhe provimento**.

Não obstante o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), deixo de majorar os honorários advocatícios, por tratar-se, na origem, de recurso interposto contra decisão interlocutória, na qual não houve prévia fixação de honorários.

I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora