

Superior Tribunal de Justiça

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.286.704 - SP
(2014/0052523-4)**

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **NAS HOLDINGS LLC**
ADVOGADOS : **ALBERTO PAVIE RIBEIRO**
 PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTRO(S)
AGRAVANTE : **AERCAP IRELAND LIMITED**
AGRAVANTE : **ALCYONE FSC CORPORATION**
AGRAVANTE : **AIRPLANES HOLDING LIMITED**
AGRAVANTE : **AERCAP LEASING USA II**
AGRAVANTE : **GENERAL ELECTRIC CAPITAL CORPORATION**
ADVOGADOS : **ANTONIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES JÚNIOR E OUTRO(S)**
 CAROLINA GUERRA SARTI
 VÍTOR JOSÉ DE MELLO MONTEIRO
AGRAVADO : **TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS**
ADVOGADOS : **CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(S)**
 ROBERTO GOMES NOTARI
 ROBERTO TEIXEIRA
AGRAVADO : **TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS - MASSA FALIDA**
ADVOGADO : **ALFREDO LUIZ KUGELMAS - SÍNDICO**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 315/STJ. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Revela-se inviável, na via dos embargos de divergência, revisar a aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial pelo órgão julgador, nos termos da Súmula 315/STJ.
2. Para o cabimento de embargos de divergência, ainda que a divergência a respeito da interpretação e aplicação de norma processual não reclame idêntico quadro fático, é necessário que sejam cotejadas situações similares a ponto de estar justificada a mesma solução jurídica.
3. Para o cabimento de embargos de divergência, é preciso que, diante de quadros similares, os acórdãos cotejados tenham adotado solução jurídica diversa.
4. Agravos regimentais não providos.

ACÓRDÃO

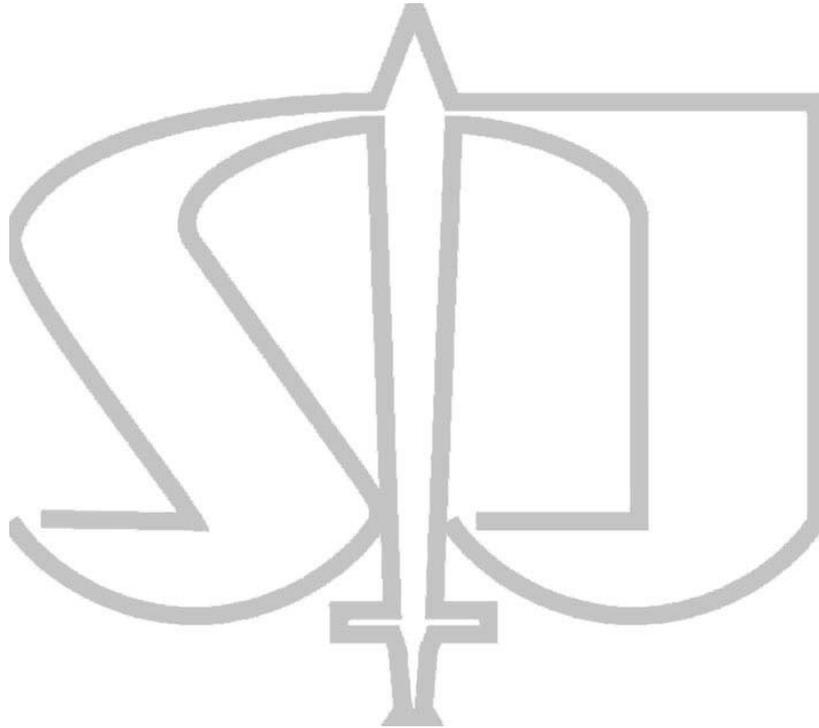
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.
Brasília (DF), 02 de março de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Presidente

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.286.704 - SP
(2014/0052523-4)**

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : NAS HOLDINGS LLC
ADVOGADOS : ALBERTO PAVIE RIBEIRO
PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTRO(S)
AGRAVANTE : AERCAP IRELAND LIMITED
AGRAVANTE : ALCYONE FSC CORPORATION
AGRAVANTE : AIRPLANES HOLDING LIMITED
AGRAVANTE : AERCAP LEASING USA II
AGRAVANTE : GENERAL ELECTRIC CAPITAL CORPORATION
ADVOGADOS : ANTONIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES JÚNIOR E OUTRO(S)
CAROLINA GUERRA SARTI
VÍTOR JOSÉ DE MELLO MONTEIRO
AGRAVADO : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS
ADVOGADOS : CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(S)
ROBERTO GOMES NOTARI
ROBERTO TEIXEIRA
AGRAVADO : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS - MASSA FALIDA
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS - SÍNDICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de apreciar agravos regimentais opostos contra a decisão monocrática de fls. 8395/8407, que indeferiu liminarmente os embargos de divergência dirigidos à Corte Especial.

GECC, ALCYONE, AIRPLANES, AERCAP IRELAND e AERCAP LEASING alegam em seu agravo regimental (fls. 8410/8428), em síntese:

(1) Que não é aplicável o verbete sumular 315/STJ ao presente caso, pois tal verbete sumular diria respeito a hipóteses de não cabimento de embargos de divergência e não aos acórdãos que podem ser invocados como paradigma. Com isso, tal verbete sumular não poderia afastar o exame da divergência entre a decisão embargada e a prolatada no RCEDESP no AI 1.300.453.

(2) Que o art. 266 do RISTJ não poderia ser apontado como fundamento para o não conhecimento da divergência entre a decisão embargada e a prolatada no RCEDESP no AI

1.300.453.

(3) Que a decisão agravada é equivocada porque não seria preciso que o cenário fático do acórdão recorrido e do paradigma sejam idênticos, bastando a similitude das matérias de direito que ensejam aplicação distinta da lei. A este respeito, afirmam que o pano de fundo fático-jurídico é o mesmo na decisão embargada de divergência e nos acórdãos paradigma provenientes do REsp 861.255 e no RCEDESP no AI 1.300.453, que decidiram que documentos pré-existentes devem ser juntados na primeira oportunidade, ao passo que o acórdão recorrido entendeu que poderiam ser juntados em momento posterior.

(4) Que, ao contrário do que foi decidido na decisão monocrática ora agravada, a decisão embargada de divergência teria adotado critério que levou em conta o número de pedidos julgados procedentes ou improcedentes, ao passo que os paradigmas provenientes da Segunda Turma (AgRg no REsp 1.135.482 e AgRg nos EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.068.451) teriam adotado critério que levou em conta o valor de cada pedido julgado procedente ou improcedente.

(5) Que a decisão monocrática ora agravada teria considerado que a Transbrasil teria provado o pagamento das notas promissórias, mas que o acórdão recorrido não consignou isso. O acórdão recorrido teria apenas consignado que a Transbrasil fez depósitos, mas havia discussão a respeito da finalidade de tais depósitos. Alegam que a divergência submetida à apreciação da Corte Especial diz respeito ao sistema de distribuição do ônus da prova e não a quem provou o quê. E sustentam que o acórdão recorrido adotou sistema de distribuição dinâmica do ônus da prova, o que seria divergente do entendimento do acórdão paradigma proferido no REsp 813.799. Afirmam que a decisão embargada de divergência considerou que o réu teria o ônus de provar que não estava cobrando indevidamente, ao passo que o acórdão paradigma teria entendido caber ao autor o ônus da prova que está sendo cobrado indevidamente.

NAS HOLDINGS LLC, em seu agravo regimental (fls. 8430/8460), sustenta que não se exige semelhança entre os fatos dos casos comparados quando o objeto da divergência é questão processual, bastando a aplicação divergente de norma de direito processual. Na sequência, alega

em síntese:

(I) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 1.070.395, afirma que a decisão ora agravada levou em consideração posição do Relator, que restou vencido, restando afastado pela maioria o óbice do verbete sumular 7/STJ. Alega que a maioria, no exame do REsp 1.070.395, apreciou a interpretação do art. 397 do CPC. Sublinha trechos dos votos vencedores que mencionam que a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de mitigar a literalidade do art. 397 do CPC, para admitir juntada posterior de documentos, desde que não sejam essenciais à propositura da ação.

(II) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 44.521, afirma que, diferentemente do que se consignou na decisão ora agravada, o caso não foi de não conhecimento em virtude de aplicação do verbete sumular n. 7/STJ, mas de não conhecimento por se considerar inexistente violação legal. Observa que o REsp 44.521 foi julgado em 1996, época em que o STJ adotava técnica de enfrentar o mérito do recurso e, verificando não haver violação à lei federal, afirmava não conhecer do recurso. Acrescenta que no REsp 44.521 a Sexta Turma enfrentou o mérito do REsp, decidindo que era correta a interpretação que o Tribunal *a quo* havia dado ao art. 397 do CPC.

(III) Quanto aos paradigmas provenientes do EREsp 1.200.645 e do AREsp 163.221, afirma que a decisão embargada de divergência teria adotado a tese de que há sucumbência recíproca se, havendo dois pedidos, um é acolhido e o outro não, sem importar a grandeza econômica dos pedidos. Alega que os paradigmas adotam a tese de que a sucumbência recíproca há de ser aferida em face da grandeza econômica dos pedidos acolhidos e dos não acolhidos. Sustenta que a decisão embargada não examinou tal confronto de teses. Aduz que a decisão monocrática ora agravada incidu em equívoco ao afirmar que a decisão embargada de divergência teria considerado que cada parte saiu derrotada em metade do total daquilo que pleiteava. Segundo a ora agravante, a decisão embargada de divergência teria afirmado que a Transbrasil teve êxito em 1 dos 2 pedidos formulados, o que não equivaleria à metade do total pleiteado. Afirma que o acórdão proferido no AREsp 163.221, baseado na grandeza econômica dos pedidos deferidos ou indeferidos, determinou às instâncias ordinárias que apurassem as diferenças da sucumbência recíproca. Alega que também o acórdão proferido no AREsp 163.221

determinou a distribuição dos ônus sucumbenciais de acordo com a grandeza econômica dos pedidos deferidos e indeferidos e, nessa medida, seria divergente da decisão embargada de divergência.

(IV) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 813.799, sustenta que tal paradigma daria sustentação à sua tese, de que seria ônus da Transbrasil provar que os valores pagos às rés diziam respeito às notas promissórias e que as rés não tinham de colaborar com a produção da prova (fl. 8449). Alega que o paradigma versava repetição de indébito em que se decidiu que compete ao autor provar que o que pagou não era devido e que, portanto, chegou a conclusão divergente da adotada na decisão embargada de divergência.

(V) Que teria havido omissão da decisão ora agravada quando à divergência apontada em relação ao paradigma proveniente do EREsp 953.369 a respeito da aplicação do art. 333 do CPC. Afirma que teria apontado tal paradigma como divergente, transcrevendo os trechos de sua petição de embargos de divergência em que isso teria ocorrido (pontos 160 a 162).

(VI) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 984.433, alega que a decisão ora agravada teria reconhecido que a decisão embargada de divergência teria deixado de observar o pedido ao julgar a causa, ao "consertar" o pedido formulado com imprecisão. Sustenta que "consertar" a imprecisão do pedido seria dar ao pedido compreensão diversa. E que isso seria contrário à decisão paradigma, que teria afirmado ofender a congruência o fato de o juiz decidir a causa com base em fatos não invocados na inicial e que deveriam integrar outro pedido, não trazido aos autos (fl. 8134).

(VII) Quanto ao paradigma proveniente do AREsp 14.705, afirma que tal paradigma foi apontado no que diz respeito à aplicação do art. 352 do CC no item 183 de sua petição de embargos de divergência. Alega que a decisão embargada de divergência teria recusado aplicar a consequência jurídica prevista no art. 352 do CC, com fundamento na previsão legal constante do art. 131 do CPC, consoante constou do item 02 do acórdão embargado de divergência. Aduz que a decisão ora agravada teria deixado de examinar a divergência apontada em relação à aplicabilidade do art. 352 do CC. Segundo a ora agravante, a decisão paradigma afirma que um silêncio eloquente em relação acerca de certo meio de prova viola o art. 131 do CPC e isso seria

Superior Tribunal de Justiça

divergente em relação ao que foi decidido na decisão embargada de divergência, que teria operado um silêncio eloquente em relação à aplicabilidade do art. 352 do CC. Alega que o acórdão paradigma afastou o óbice da Súmula 7/STJ em razão de se estar diante de ausência completa de fundamentação.

(VIII) Quanto ao paradigma proveniente do AgRg no EREsp 1.088.405, afirma que a divergência apontada não foi em relação ao art. 352 do CC, mas em relação à aplicação do art. 257 do RISTJ. Isto porque a decisão embargada de divergência afirmou ser "no mínimo plausível" a tese fundada no art. 352 do CC e, mesmo assim, deixou de reformar o acórdão do TJ-SP, negando eficácia - segundo a agravante - ao art. 257 do RISTJ. Sustenta que a decisão embargada de divergência deveria "fazer uma opção para dizer que não era plausível uma das duas teses que se colidem" (fl. 8459). Aduz que haveria divergência para com o acórdão paradigma, que afirmou que se há outros fundamentos para ver reconhecida a procedência do pedido, então deve a Turma "prosseguir no exame dos demais fundamentos suscitados, aplicando o direito à espécie".

É o relatório.

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.286.704 - SP
(2014/0052523-4)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REGRA TÉCNICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 315/STJ. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA.

1. Revela-se inviável, na via dos embargos de divergência, revisar a aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial pelo órgão julgador, nos termos da Súmula 315/STJ.
2. Para o cabimento de embargos de divergência, ainda que a divergência a respeito da interpretação e aplicação de norma processual não reclame idêntico quadro fático, é necessário que sejam cotejadas situações similares a ponto de estar justificada a mesma solução jurídica.
3. Para o cabimento de embargos de divergência, é preciso que, diante de quadros similares, os acórdãos cotejados tenham adotado solução jurídica diversa.
4. Agravos regimentais não providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de apreciar agravos regimentais opostos contra a decisão monocrática de fls. 8395/8407, que indeferiu liminarmente os embargos de divergência dirigidos à Corte Especial.

O caso em questão, que tramitou perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, consiste em demanda ajuizada pela TRANSBRASIL, visando a declaração de nulidade de notas promissórias e a condenação das empresas requeridas ao pagamento de indenização por alegado envio indevido das notas promissórias a protesto.

Houve sentença de procedência, condenando-se a GE ao pagamento de indenização em valor a ser apurado em liquidação.

Em apelação, o TJ-SP condenou as rés ao pagamento de indenização no valor equivalente ao dobro do valor das promissórias e ainda ao pagamento de indenização por danos materiais a serem apurados em liquidação, incluídos os lucros cessantes.

Ao apreciar Recurso Especial, a Terceira Turma do STJ proferiu acórdão afastando que

devesse ser aplicada a penalidade de pagamento em dobro do valor das promissórias (prevista no art. 1531 do CC/16) e ressalvando que a indenização pelos danos materiais (a ser objeto de liquidação) não deverá incluir os prejuízos decorrentes da falência da Transbrasil. Com isso, os ônus sucumbenciais foram rateados, ficando cada parte responsável pelos honorários dos próprios patronos. Tal acórdão foi assim ementado:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02).

1. Ação indenizatória ajuizada em 16.02.2001. Recurso especial concluso ao gabinete em 21.10.2011

2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade civil das rés pelo apontamento indevido para protesto de notas promissórias.

3. Não há como se considerar presente na espécie: (i) a litigância de má-fé (art. 17 do CPC), pois a resistência da parte compreendeu apenas a juntada de alguns documentos contábeis, que não se mostraram indispensáveis à realização do trabalho pericial – tanto que não houve a instauração de incidente de exibição de documentos – e cuja recusa na apresentação guardou coerência com a tese de defesa; tampouco (ii) o dolo na cobrança de dívida já paga (art. 1.531 do CC/16), ante a existência de dúvida razoável quanto à efetiva quitação do débito, tendo a própria devedora admitido a possibilidade de haver saldo em aberto, visto que as transferências de dinheiro por ela efetuadas não eram discriminadas e as partes mantinham complexas e diversificadas relações jurídicas, oriundas da celebração de vários contratos, muitos deles entrelaçados e prejudiciais uns aos outros, originando diferentes débitos, garantias e obrigações, parte deles sem nenhuma relação com as notas promissórias apontadas para protesto. Ademais, sendo uma só a conduta supostamente caracterizadora tanto da litigância de má-fé quanto do dolo na cobrança de dívida já paga – qual seja, a recusa de submeter parte dos livros contábeis à análise pericial – e não tendo o Tribunal Estadual enquadrado esse comportamento nas hipóteses do art. 17 do CPC, deve-se, por coerência, afastar também a incidência da sanção do art. 1.531 do CC/16.

4. No particular, não há como considerar incluído na indenização decorrente do protesto indevido das notas promissórias o pedido de compensação pelos prejuízos derivados da declaração de falência, na medida em que: (i) por ocasião da propositura da ação indenizatória, o pedido de falência sequer havia sido ajuizado, de sorte que as pretensões contidas na inicial certamente não abrangeram os danos advindos da quebra; (ii) o acórdão que decretou a falência ainda não transitou em julgado; (iii) a iniciativa de propor o pedido de falência foi exclusivamente de uma das empresas que figuram no polo passivo da ação indenizatória; e, mais importante, (iv) a autora ajuizou ação indenizatória autônoma objetivando especificamente o ressarcimento dos prejuízos advindos da decretação da sua falência, cujo pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição e que aguarda o julgamento da

apelação interposta.

5. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo.

6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

8. A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborarem com a Justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso.

9. O art. 1.531 do CC/16, mantido pelo CC/02 em seu art. 940, institui uma autêntica pena privada, aplicável independentemente da existência de prova do dano, sanção essa cuja aplicação fica sujeita, pois, a uma exegese restritiva.

10. A aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do CC/16 – cobrança de dívida já paga – depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor. Precedentes.

11. Recurso especial da autora a que se nega provimento. Recursos especiais das rés parcialmente providos.

Passo ao exame das alegações constantes das razões dos agravos regimentais, na ordem e segundo os números que constaram do relatório.

(1) As agravantes pretendem que se admita o conhecimento, em embargos de divergência, de suposta divergência que apontam existir entre a decisão embargada e outra, proveniente de julgamento não de recurso especial, mas de agravo de instrumento (RCEDESP no AI 1.300.453), sustentando que o verbete sumular n. 315/STJ ("Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial") não consubstanciaria fundamento para a inadmissão dos embargos de divergência neste ponto.

Não é esta, porém, a interpretação que impera no âmbito deste Tribunal, como se verifica, por exemplo, das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SFH. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. DECISÃO PROFERIDA EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO ANALISA O MÉRITO DO NOBRE APELO, ANTE O ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. SÚMULA 315 DO STJ. INDEFERIMENTO LIMINAR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA MANTIDO. PRECEDENTES RECENTES DA CORTE ESPECIAL E DAS TRÊS SEÇÕES DE JULGAMENTO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A Corte Especial consolidou o entendimento sobre a inviabilidade de manejo de Embargos de Divergência para discussão acerca de admissibilidade de Recurso Especial, tal como ocorre com a aplicação da Súmula 7/STJ.**

2. As três Seções de julgamentos desta Corte Superior têm aplicado, reiteradamente, o referido entendimento, a corroborar sua consolidação.

3. Dessa maneira, as alegações da Agravante não se apresentam suficientes para infirmar os sólidos fundamentos da decisão recorrida, que indeferiu liminarmente os Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial, cuja admissibilidade foi negada ante a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 360.832/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2015, DJe 25/05/2015)

PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA RELATIVA AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 315/STJ. APLICABILIDADE.

1. **A Corte Especial deste STJ firmou compreensão segundo a qual não cabem embargos de divergência com a finalidade de discutir eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade de recurso especial**, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas, à necessidade de interpretação de cláusulas contratuais (AgRg nos EREsp 1.191.545/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13.9.2012).

2. Incidente a Súmula nº 315 do STJ, "não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial".

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDv nos EAREsp 632.233/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 16/09/2015)

Ou seja, a interpretação a respeito do verbete sumular n. 315/STJ, no âmbito deste tribunal, é no sentido de que os embargos de divergência não se prestam a apreciar questões cuja apreciação foi negada por uma das decisões cotejadas.

No caso em questão, RCEDESP no AI 1.300.453, como se verifica às fls. 7923/7924, a parte recorrente buscava ver afastado o óbice do verbete sumular n. 7/STJ, porém não obteve êxito, conforme ementa de fl. 7925.

No caso do RCEDESP no AI 1.300.453, ademais, como se verifica da fl. 7928, os

Superior Tribunal de Justiça

documentos novos foram juntados quando da apelação, de modo que o quadro fático é diferente do delineados nestes autos de REsp 1.286.704, em que todos os documentos apreciados já estavam colacionados aos autos quando da prolação da sentença de primeiro grau.

Sendo distinto o quadro fático, também por este motivo são incabíveis os embargos de divergência, consoante jurisprudência reiterada da Corte Especial.

(2) As agravantes alegam ainda que o art. 266 do RISTJ não poderia ser apontado como fundamento para o não conhecimento da divergência entre a decisão embargada e a prolatada no RCEDESP no AI 1.300.453. No entanto, é a interpretação de tal dispositivo regimental que conduziu à aprovação do verbete sumular n. 315/STJ, cuja interpretação pelo STJ é a exposta no item (1) supra. As razões supra apresentadas são por si sós suficientes para se afastar a possibilidade de se admitir embargos de divergência em relação ao RCEDESP no AI 1.300.453.

(3) As agravantes alegam que bastaria a similitude das matérias de direito que ensejaram aplicação distinta da lei, afirmando que tal similitude estaria presente nos acórdãos paradigma provenientes do REsp 861.255 e do RCEDESP no AI 1.300.453.

Quanto aos motivos para não de admitir os embargos de divergência em relação ao RCEDESP no AI 1.300.453, tem-se que já são bastantes as razões apresentadas nos itens (1) e (2) supra.

Quanto ao REsp 861.255, a questão foi assim decidida da decisão monocrática objeto do presente agravo:

No REsp 861.255 decidiu-se que os contratos sociais das empresas autoras eram documentos que deveriam ser juntados com a inicial e que não poderiam ser juntados apenas em segundo grau de jurisdição (fl. 7919). Tratava-se, naquele caso, de feito extinto sem apreciação do mérito, por desistência em razão de adesão do contribuinte a programa de parcelamento de débito fiscal (fl. 7916), de modo que o que se discutia, apenas, era a distribuição do ônus da sucumbência. Trata-se, portanto, de problemática fático-jurídica diversa da contida na decisão embargada (em que se decidiu o mérito das questões postas e em que os documentos foram juntados pela autora ainda em primeiro grau de jurisdição e antes da realização da perícia, com tempo hábil para manifestação da parte adversa ainda em primeiro grau de jurisdição, conforme manifestação da própria embargante). Por tal razão, não configurada divergência jurisprudencial neste ponto, indefiro liminarmente os embargos de

Superior Tribunal de Justiça

declaração quanto à divergência apontada em relação ao REsp 861.255, nos termos do art. 266, parágrafo 3º, do RISTJ.

Não se verifica fundamento para que outra seja a conclusão a ser adotada pela Corte Especial na apreciação do agravo regimental, já que a similitude que as agravantes afirmam existir, em verdade, inexistente. Com efeito: nos casos cotejados os documentos, embora não juntados na primeira oportunidade de manifestação da parte nos autos, foram juntados em momentos processuais não similares, mais bastante distintos.

Enquanto no REsp 1.286.704 todos os documentos já estavam juntados aos autos antes de ser prolatada a sentença (sentença que teve a oportunidade de considerá-los), no REsp 861.255 os documentos foram juntados em segundo grau de jurisdição, de modo que, caso fossem considerados, operar-se-ia supressão de instância. Deste modo, as situações fáticas não são similares e as diferenças entre elas são capazes de justificar o tratamento jurídico diverso que receberam nos acórdãos cotejados.

Por tais razões, a falta de similitude é determinante para que não se admita os embargos de divergência no ponto.

(4) As agravantes alegam, ainda, que, ao contrário do que foi decidido na decisão monocrática ora agravada, a decisão embargada de divergência teria adotado critério que levou em conta o número de pedidos julgados procedentes ou improcedentes, ao passo que os paradigmas provenientes da Segunda Turma (AgRg no REsp 1.135.482 e AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.068.451) teriam adotado critério que levou em conta o valor de cada pedido julgado procedente ou improcedente.

A este respeito, destaco da decisão embargada de divergência os seguintes trechos:

111. Ante ao afastamento da condenação das rés com base no art. 1.531 do CC/16, verifica-se que a **TRANSBRASIL teve êxito em apenas um dos dois pedidos formulados na petição inicial, situação que, conforme dicção do art. 21, caput, do CPC, recomenda a distribuição equitativa dos ônus da sucumbência**, arcando cada parte com a verba honorária de seus próprios patronos e com as custas e despesas processuais a que deram causa.

Superior Tribunal de Justiça

A relação entre vitórias e derrotas sofridas pela autora voltou a ser examinada por ocasião dos embargos de declaração opostos pela Transbrasil, que foram decididos nos seguintes termos:

33. No que tange à divisão da sucumbência, **embora a TRANSBRASIL tenha obtido pleno êxito no pedido de declaração de nulidade das notas promissórias**, há de se considerar que, **em relação ao pedido indenizatório, seu êxito foi mínimo, se considerada a expressão econômica da parcela julgada improcedente, qual seja, a devolução em dobro do valor dos títulos de crédito e os danos decorrentes da declaração da falência.**

34. Nesse aspecto, existem diversos precedentes desta Corte consignando a necessidade de que, na distribuição dos ônus da sucumbência, seja **levado em conta o valor econômico dos pedidos**. Confira-se, por exemplo, os seguintes julgados: AgRg no Ag 865.624/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo Furtado, DJe de 21.09.2009; REsp 717.313/SP, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 28.10.2008; e AgRg no REsp 743.549/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 12.09.2005.

35. Nesse mesmo sentido os precedentes alçados a paradigma pela TRANSBRASIL, ambos da 3ª Turma e de minha relatoria – REsp 1.166.877/DF, DJe de 22.10.2012; e REsp 803.950/RJ, DJe de 18.06.2010 – nos quais foi decidido que o cálculo dos honorários sucumbenciais deve ser pautado “pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos”, sendo certo que essa proporcionalidade de decaimento se apura através do valor econômico envolvido no pedido.

36. Assim, ainda que se admita a divisão proposta pela TRANSBRASIL – de que houve um pedido principal, de nulidade dos títulos, e outro consequente, de indenização por perdas e danos – o seu êxito em relação ao pedido consequente foi mínimo, justificando a sucumbência recíproca.

Disto se verifica que a decisão embargada de divergência não se pautou pelo número de pedidos julgados procedentes ou improcedentes, mas pela expressão econômica da proporção dos pedidos julgados procedentes, comparada com a expressão econômica da proporção dos pedidos julgados improcedentes.

Observe-se, no ponto, que o acórdão embargado de divergência considerou que o pedido de indenização pelo fato de haver sido decretada a falência da Transbrasil não havia sido formulado pela Transbrasil na inicial, uma vez que a falência ainda não havia sido requerida nem decretada quando do ajuizamento da demanda e, ainda, considerando-se que pedido expresso de indenização por tal fato (falência) veio a ser formulado pela Transbrasil em outros autos ainda pendentes de julgamento. Assim constou da decisão embargada de divergência:

99. Todavia, salvo melhor juízo, a responsabilização das rés pelos prejuízos derivados da decretação da falência da TRANSBRASIL não comportam apuração no âmbito desta ação.

100. Isso porque, o acórdão que decretou a quebra **sequer transitou em julgado**, tendo sido alvo de embargos de divergência que se encontram pendentes de julgamento pela 2ª Seção desta Corte.

101. Não bastasse isso, há de se obtemperar que, por ocasião da propositura da presente ação, o pedido de falência sequer havia sido ajuizado, de sorte que as pretensões contidas na inicial certamente não abrangeram os danos decorrentes da quebra.

102. Ademais, a iniciativa de propor o pedido de falência foi exclusivamente da GECC, sendo que o polo passivo desta ação compreende diversas outras empresas.

103. A própria TRANSBRASIL demonstra estar ciente dos limites desta ação, tanto que – e talvez aqui resida o maior motivo para não se incluir nessa condenação os prejuízos derivados da falência – **ajuizou ação indenizatória autônoma, unicamente contra a GECC**, distribuída em 15.08.2001 à 6ª Vara Cível do Fórum Central de São Paulo/SP, processo nº 0093682-69.2001.8.26.0100, **objetivando especificamente o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do mencionado pedido de falência**.

(...)

108. Sendo assim, apesar de a parte dispositiva do acórdão recorrido não enumerar as perdas e danos a serem indenizadas nesta ação, tendo genericamente condenado as rés ao pagamento, além da sanção do art. 1.531 do CC/16, dos “demais danos materiais causados à autora (a serem liquidados), englobando os lucros cessantes” (fl. 6.271, e-STJ), revela-se imperiosa a inclusão de ressalva no sentido de que a indenização não deve levar em consideração os prejuízos decorrentes da decretação da falência da TRANSBRASIL.

(...)

111. Ante ao afastamento da condenação das rés com base no art. 1.531 do CC/16, verifica-se que a TRANSBRASIL teve êxito em apenas um dos dois pedidos formulados na petição inicial, situação que, conforme dicção do art. 21, *caput*, do CPC, recomenda a distribuição equitativa dos ônus da sucumbência, arcando cada parte com a verba honorária de seus próprios patronos e com as custas e despesas processuais a que deram causa.

Como o pedido de indenização pela falência não integrava os pedidos, a Transbrasil não sucumbiu em relação a tal ponto. Deste modo, a decisão embargada de divergência considerou que, quanto aos pedidos formulados, houve equivalência entre vitórias e derrotas da autora.

Destarte, o critério adotado foi o mesmo do adotado pelas decisões apontadas como paradigmas, não havendo divergência que permita admitir os embargos de divergência no ponto.

(5) No que diz respeito ao REsp 813.799, a decisão monocrática ora agravada foi nos seguintes termos:

Superior Tribunal de Justiça

Os acórdãos apontados como paradigmas novamente não servem à conclusão de que haja divergência entre eles e o acórdão proferido na decisão embargada.

Com efeito, os acórdãos proferidos no REsp 813.799 e no REsp 855.273 tratam da situação corriqueira em que o autor (contribuinte) vai a juízo alegando fato constitutivo (o duplo recolhimento de tributo) de seu direito (de receber de volta o que pagou a mais). Trata-se de exemplar situação tratada pelo artigo 333, **I**, do Código de Processo Civil, em que se aplica a regra geral segundo a qual incumbe ao autor a prova de fato constitutivo de seu direito.

Não há divergência entre estes paradigmas e a decisão proferida na decisão embargada, que afirmou que a Transbrasil comprovou sua alegação de pagamento (fl. 7253), com o que a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo (art. 333, **II**, do Código de Processo Civil) haveria de ser feita pelas rés.

Ainda que a decisão embargada tenha sido fundada simultaneamente em outras normativas (dentre elas a que determina às partes dever de colaboração) para chegar à conclusão de que as rés tinham o ônus (e dele não se desincumbiram) de provar que os pagamentos feitos pela Transbrasil deveriam ser considerados pagamentos de outras dívidas e não das promissórias, de qualquer sorte a falta de divergência entre a decisão embargada e os paradigmas desautoriza o cabimento dos embargos de divergência quanto a este ponto, nos termos do art. 266, parágrafo 3º, do RISTJ.

As agravantes alegam que a decisão monocrática ora agravada teria considerado que a Transbrasil teria provado o pagamento das notas promissórias, mas que o acórdão recorrido não consignou isso. Como se vê no terceiro parágrafo acima transcrito, porém, a decisão monocrática não afirmou "o pagamento das notas promissórias", mas sim que a decisão embargada de divergência "afirmou que a Transbrasil comprovou sua alegação de pagamento (fl. 7253)".

A discussão entre as partes que foi objeto do presente caso, com efeito, não foi se os pagamentos foram ou não feitos, mas se eles eram feitos para adimplir o débito constante das notas promissórias ou não.

Foi quanto a este ponto controvertido que a decisão embargada de divergência considerou que a distribuição do ônus da prova (item 43, fl. 7253) encontrava tratamento legal no desenho do art. 333, I e II do CPC.

Assim, embora a decisão embargada de divergência mencione a distribuição dinâmica do ônus da prova (item 45, fl. 7254), a distribuição no ônus da prova segundo a sistemática do

Superior Tribunal de Justiça

art. 333, I e II do CPC chega à mesma conclusão à qual se chegaria com a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Destarte, não havendo divergência (na medida em que ambos os casos confrontados decidiram pela distribuição do ônus da prova na forma como disciplinada no art. 333 do CPC), não se há de conhecer dos embargos de divergência também neste ponto.

Passo ao exame dos fundamentos apresentados por NAS HOLDINGS LLC, em seu agravo regimental (fls. 8430/8460).

(I) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 1.070.395, a agravante afirma que a decisão ora agravada levou em consideração posição do Relator, que restou vencido, restando afastado pela maioria o óbice do verbete sumular 7/STJ.

A respeito deste paradigma, a decisão agravada foi nos seguintes termos:

Neste último (REsp 1.070.395 - fls. 8168 e ss), decidiu-se que apenas os documentos essenciais à propositura da ação haviam de ser juntados com a inicial e que não era possível apreciar tal essencialidade no caso em virtude da aplicabilidade da Súmula 7/STJ. Assim, no REsp 1.070.395 não se chegou a apreciar a necessidade de que os documentos fossem ou não juntados no máximo até o momento da contestação, uma vez que decidir se os documentos em questão eram ou não indispensáveis à propositura da ação era questão que demandava incursão no exame da prova, o que no REsp 1.070.395 se considerou vedado pela Súmula 7 (como se pode ver em especial do trecho do voto do Min. Relator reproduzido na fl. 8178-STJ dos presentes autos).

Diante disto, não são cabíveis os embargos de divergência em relação ao REsp 1.070.395, uma vez que nestes não se apreciou o mérito da questão acerca do tempo máximo para juntada da prova documental produzida.

Efetivamente, verifico à fl. 8185 que o voto condutor da maioria afasta o óbice da Súmula 7, para o fim de

acompanhar a corrente jurisprudencial do STJ que mitiga a literalidade do art. 397 do CPC, para admitir a juntada posterior de documentos, desde que não sejam essenciais à propositura da ação (hipótese em que deveriam ser juntados no primeiro momento, isto é, com a inicial ou com a contestação, conforme a posição do sujeito processual) e respeitado o contraditório.

Deste modo, embora a decisão paradigma não tenha aplicado o óbice constante do verbete sumular n. 7/STJ, verifico que tal paradigma, de qualquer sorte, não autoriza a admissão dos embargos de divergência, na medida em que ele reafirma a corrente jurisprudencial majoritária, que mitiga a literalidade do art. 397 do CPC, para o fim de admitir a juntada posterior de documentos que não sejam essenciais à propositura da ação.

Ademais, a questão decidida no REsp 1.070.395 dizia respeito a documentos juntados aos autos após a prolação da sentença de primeiro grau (conforme se lê da ementa da decisão recorrida à fl. 8182), ou seja, apenas em fase recursal (fl. 8183). Naquele caso, o tribunal *a quo* não admitiu a juntada dos documentos na fase recursal (fl. 8184) e o STJ deu provimento ao especial, para autorizar a juntada posterior de documentos.

Assim, tanto o quadro fático não era similiar (nos presentes autos os documentos foram juntados antes da sentença e no paradigma só em fase recursal) como a solução dada ao caso pelo STJ não foi divergente (em ambos se admitiu a juntada dos documentos). Além disso, se no paradigma se admitiu a juntada de documentos só na fase recursal, com mais razão está acertada a decisão embargada de divergência a admiti-los ainda antes da prolação da sentença de primeiro grau.

Por isso não se há de conhecer dos embargos de divergência no ponto.

(II) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 44.521, a agravante afirma que, diferentemente do que se consignou na decisão ora agravada, o caso não foi de não conhecimento em virtude de aplicação do verbete sumular n. 7/STJ, mas de não conhecimento por se considerar inexistente violação legal.

Retornando aos fundamentos expressos na decisão ora agravada, verifico que o fundamento dela constante para a inadmissão dos embargos de divergência neste ponto não foi a aplicação do verbete sumular n. 7/STJ na decisão paradigma, mas sim a falta de apreciação do mérito da questão concernente ao tempo máximo para a juntada da prova documental aos autos. Naquela decisão se mencionou, inclusive, precedente do STJ que respalda tal fundamento:

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS LIMINARMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - São incabíveis embargos de divergência opostos em face de acórdão no qual não foi apreciado o mérito do recurso especial, por falta de pressuposto de admissibilidade, porquanto, na linha de precedentes, os embargos de divergência possuem finalidade de uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (precedentes).

II - Na hipótese, não foi apreciado o mérito do recurso especial, assentando-se o julgado apenas na inadmissibilidade do apelo especial, pela incidência da Súmula n. 7/STJ, circunstância que fez incidir o teor da Súmula n. 315/STJ, segundo a qual "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial", bem como, a contrário senso, a Súmula n. 316/STJ, que dispõe que "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide recurso especial." Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EAREsp 675.712/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2015, DJe 05/10/2015)

A agravante alega que o REsp 44.521 foi julgado em 1996, época em que o STJ adotava técnica de enfrentar o mérito do recurso e, verificando não haver violação à lei federal, afirmava não conhecer do recurso. Acrescenta que no REsp 44.521 a Sexta Turma enfrentou o mérito do REsp, decidindo que era correta a interpretação que o Tribunal *a quo* havia dado ao art. 397 do CPC.

Não obstante, do exame da decisão paradigma se verifica que o STJ, na oportunidade, realizou apenas uma análise perfunctória do dispositivo legal em questão (art. 397 do CPC), apenas para concluir que a decisão proveniente das instâncias ordinárias adotava "uma interpretação razoável" da norma federal (fl. 8154). No paradigma, note-se, o STJ deixou de adentrar ao mérito da questão relativa à correta interpretação do art. 397 do CPC no caso em questão, por considerar que "não há como se desconstituir o julgado" "quando as razões invocadas no recurso fundam-se em circunstâncias de fato".

Em outros termos, a decisão apontada como paradigma afirmou que a questão sobre se se tratava na espécie de documentos essenciais ou não essenciais à propositura da demanda era questão de fato cuja resolução não cabia ao STJ.

Pois tais motivos, não verifico razão, neste ponto, para a reforma da decisão monocrática ora agravada.

Superior Tribunal de Justiça

(III) Quanto aos paradigmas provenientes do EREsp 1.200.645 e do AREsp 163.221, reitero os fundamentos já apresentados no item (4) supra.

A agravante sustenta que a decisão embargada não examinou o confronto de teses. Porém o exame é expreso na decisão dos embargos de declaração, especialmente no trecho transcrito no item (4) supra.

A agravante afirma ainda que o acórdão proferido no AREsp 163.221, baseado na grandeza econômica dos pedidos deferidos ou indeferidos, determinou às instâncias ordinárias que apurassem as diferenças da sucumbência recíproca. Observe-se, no ponto, que não há direito subjetivo das partes a ver a distribuição dos ônus sucumbenciais postergada para fase de liquidação. Também não há direito subjetivo das partes a ver os ônus sucumbenciais distribuídos com precisão milimétrica em relação a cada centavo em que a parte saiu vitoriosa ou derrotada. Tanto assim que o CPC prevê (art. 21, parágrafo único), para fim de distribuição dos ônus sucumbenciais, a desconsideração de derrota em parte mínima do pedido. E foi fundada nessas premissas que a decisão embargada de divergência fez considerações (especialmente no item 33 da decisão de embargos de declaração, transcrito no item (4) supra).

Portanto, a decisão embargada de divergência tanto adotou expressamente (ver item 34 da decisão de embargos de declaração, transcrito no item (4) supra) o critério da distribuição dos ônus sucumbenciais de acordo com a sucumbência econômica quanto averiguou as vitórias e derrotas das partes, para confrontá-las e estabelecer a proporção dos ônus sucumbencial pela qual cada parte ficaria responsável.

Se a avaliação da decisão embargada de declaração a respeito do total econômico de vitórias e do total econômico de derrotas da autora foi equivocada, trata-se de questão de fato, em relação à qual as decisões apontadas como paradigmas não guardam similitude capaz de autorizar o cabimento dos embargos de divergência.

(IV) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 813.799, sustenta a agravante que tal paradigma daria sustentação à sua tese, de que seria ônus da Transbrasil provar que os valores pagos às rés diziam respeito às notas promissórias e que as rés não tinham de colaborar com a

produção da prova (fl. 8449). Alega que o paradigma versava repetição de indébito em que se decidiu que compete ao autor provar que o que pagou não era devido e que, portanto, chegou a conclusão divergente da adotada na decisão embargada de divergência.

Neste ponto, reitero os fundamentos já apresentados no item (5) supra, suficientes para se chegar à conclusão de ausência de divergência de conclusões, de modo que incabíveis os embargos de divergência também quanto ao paradigma proveniente do REsp 813.799.

(V) A agravante alega ainda que teria havido omissão da decisão ora agravada quando à divergência apontada em relação ao paradigma proveniente do EREsp 953.369 a respeito da aplicação do art. 333 do CPC. Afirma que teria apontado tal paradigma como divergente, transcrevendo os trechos de sua petição de embargos de divergência em que isso teria ocorrido (pontos 160 a 162).

Retornando a tais trechos da petição dos embargos de divergência (fls. 8054/8055), porém, se verifica que o ora agravante apenas afirmou (item 159, fl. 8054) o seguinte: "Nem se diga que tal entendimento [do paradigma anteriormente por ele mencionado] teria sido modificado (...)". Com isso, se concluiu, na decisão monocrática ora agravada, que o embargante apenas pretendia ver afastada a possibilidade de aplicação do verbete sumular n. 168/STJ ("Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão embargada"), na medida em que o embargante não apontou expressamente que aquele acórdão prolatado no EREsp 953.369 era também um paradigma com o qual pretendia ver confrontada a decisão embargada de divergência.

Observe-se, a este respeito, que é ônus da parte tornar claros os requerimentos que formula e as causas de pedir em que baseia sua pretensão, o que a embargante, neste ponto, não fez. Além disso, se no paradigma que a embargante havia apontado logo antes de mencionar o EREsp 953.369 os fundamentos são os mesmos que ela veio a ressaltar no EREsp 953.369, não se constata interesse na dupla indicação de paradigmas com a mesma finalidade.

Deste modo, tenho que se há de manter, no ponto, a decisão monocrática agravada.

(VI) Quanto ao paradigma proveniente do REsp 984.433, a agravante alega que a

decisão ora agravada teria reconhecido que a decisão embargada de divergência teria deixado de observar o pedido ao julgar a causa, ao "consertar" o pedido formulado com imprecisão. Sustenta a agravante que "consertar" a imprecisão do pedido seria dar ao pedido compreensão diversa e que isso seria contrário à decisão paradigma, que teria afirmado ofender a congruência o fato de o juiz decidir a causa com base em fatos não invocados na inicial e que deveriam integrar outro pedido, não trazido aos autos (fl. 8134).

Da argumentação do agravante se depreende que ele procura dar ao paradigma extensão que ele não tem. Com efeito, da ementa de fl. 8134 se lê que o paradigma afirmou ser *extra petita* decisão que defere pedido não formulado, mas no voto condutor (fl. 8137, item 3) se verifica que a questão enfrentada não tratou de pedido formulado com possível imprecisão técnica. Por tais razões, não vejo razão para alterar, no ponto, a decisão agravada:

Neste ponto, a decisão embargada interpretou o pedido formulado na inicial (transcrito no item "88" do voto condutor da decisão embargada - fl. 7261) no sentido de que incluía o pedido não só de aplicação da multa prevista no art. 1531 do Código Civil, mas também de indenização pelos danos sofridos com o apontamento indevido das promissórias a protesto. E com isto a decisão embargada concluiu que não houve julgamento *extra petita* na parte do acórdão do TJ-SP que condenou as rés ao pagamento de indenização.

Segundo a embargante (fl. 8016), a decisão embargada teria entendido que não haveria necessidade de congruência entre causa de pedir e pedido para que o pedido pudesse ser examinado. A esta conclusão a embargante afirma haver chegado porque a decisão embargada teria afirmado que foi formulado pedido de nulidade das promissórias e que por isso tal pedido poderia ser acolhido, embora sob fundamento diverso daquele apresentado pela autora quando formulou o pedido.

Segundo a embargante (fl. 8017), se a Transbrasil pediu a "nulidade" das promissórias, a validade das promissórias não poderia justificar (com a conclusão de pagamento dos títulos válidos) a declaração de "nulidade" dos títulos. A embargante sustenta que o pedido de nulidade das promissórias não poderia ser "aproveitado" para a procedência sob o fundamento de pagamento.

No REsp 984.433 se decidiu que há ofensa ao princípio da congruência quando o juiz decide a causa com base em fatos não invocados na inicial (fl. 8134), que deveriam "integrar outro pedido, não trazido aos autos" (fl. 8137). O julgado, destarte, assenta-se na previsão legal contida no art. 128 do Código de Processo Civil, para concluir que é defeso decidir em processo acerca de fatos não invocados ou de pedido não formulado.

Novamente, o dissenso que se verifica é entre a leitura que a embargante dá à decisão embargada e a decisão por ele apontada paradigma.

Com efeito, a decisão embargada repisou o entendimento do TJ-SP (fl. 7252) no sentido de que o Juiz da causa entendeu que a exigibilidade das promissórias era pressuposto de sua validade; ao reconhecer o pagamento das promissórias, o juiz reconheceu a inexigibilidade delas e, de conseguinte, declarou a nulidade dos títulos. A decisão embargada ressalta que, embora se distinga teoricamente nulidade de inexigibilidade, a distinção teórica não tinha resultado prático no caso em questão, em que, com o pagamento das promissórias, seu apontamento a protesto passa a ser indevido (fl. 7252).

Assim sendo, verifica-se que não há divergência entre a decisão embargada e a apontada como paradigma. Com efeito, a decisão embargada assenta-se no pressuposto de que o pagamento foi alegação presente na inicial. Assenta-se, ademais, no pressuposto de que a imprecisão cometida no pedido de declaração de "nulidade" das promissórias não inviabilizava o reconhecimento da "inexigibilidade" dos títulos pelo motivo de pagamento.

Com isto, a decisão embargada sustenta que a apreciação foi de pedido formulado, ainda que formulado com imprecisão. Assim, inexistente divergência entre a decisão embargada e a apontada como paradigma no REsp 984.433, também quanto a este paradigma indefiro liminarmente os embargos de declaração, nos termos do art. 266, parágrafo 3º, do RISTJ.

(VII) Quanto ao paradigma proveniente do AREsp 14.705, a agravante afirma que tal paradigma foi apontado no que diz respeito à aplicação do art. 352 do CC no item 183 de sua petição de embargos de divergência. Alega que a decisão embargada de divergência teria recusado aplicar a consequência jurídica prevista no art. 352 do CC, com fundamento na previsão legal constante do art. 131 do CPC, consoante constou do item 02 do acórdão embargado de divergência.

Transcrevo abaixo o trecho da decisão agravada de que trata a agravante neste ponto:

O acórdão apontado como paradigma decidiu que no caso por ele decidido (de indenização por alegado erro médico - fl. 8259) não se havia observado o dever de motivação porque o acórdão recorrido não havia se manifestado sobre a prova pericial, mas apenas sobre as provas testemunhais e documentais. Diante da total omissão da decisão recorrida em examinar o laudo pericial que, por seu teor, poderia conduzir a conclusão diversa da adotada pela decisão recorrida, o acórdão paradigma reconheceu falta de motivação da decisão recorrida, decretando sua nulidade para que o Tribunal de Justiça local apreciasse o conteúdo do laudo, ainda que para motivadamente apontar motivos pelos quais as conclusões do laudo não mereceriam crédito (fls. 8259-8263).

Como se verifica, o paradigma tratou de caso em que houve um silêncio eloquente da decisão recorrida acerca de meio de prova que trazia elementos em sentido contrário

Superior Tribunal de Justiça

ao da conclusão adotada pelo acórdão objeto do Especial.

Não se trata de caso análogo ao que foi tratado pela decisão embargada, na qual se decidiu que os documentos levados aos autos, as omissões das partes em colaborar com a reunião de mais documentos e a prova pericial produzida foram adequadamente apreciados pelas instâncias ordinárias para se concluir pela prova do pagamento das promissórias e pela ausência de prova de que aqueles pagamento diziam respeito a outros débitos pendentes entre as partes.

A decisão embargada acentuou, ademais, que "para além disso, o acolhimento da tese exigiria o reexame das provas, procedimento vedado pelo enunciado n. 07 da Súmula/STJ" (fl. 7254).

Sendo assim, foi o acórdão apontado como paradigma que estabeleceu um *distinguishing* em relação à aplicabilidade do verbete número 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento de que a decisão naquele caso recorrida infringia o dever de fundamentação por *ignorar sumariamente* um determinado meio de prova potencialmente conducente a conclusão em sentido contrário à da conclusão adotada na decisão recorrida, situação que não se configurou no caso da decisão embargada.

Ante o exposto, também neste ponto indefiro liminarmente os embargos de divergência, por não se configurar divergência jurisprudencial que os torne cabíveis, nos termos do art. 266, parágrafo 3º, do RISTJ.

Aduz a agravante que a decisão ora agravada teria deixado de examinar a divergência apontada em relação à aplicabilidade do art. 352 do CC. Ocorre, no entanto, que o acórdão prolatado no AgRg no AREsp 14.705 não faz qualquer menção à aplicabilidade do art. 352 do CC, até mesmo porque tal paradigma não tratava de caso em que se discutisse a imputação em pagamento.

Segundo a ora agravante, a decisão paradigma afirma que um silêncio eloquente em relação acerca de certo meio de prova viola o art. 131 do CPC e isso seria divergente em relação ao que foi decidido na decisão embargada de divergência, que teria operado um silêncio eloquente em relação à aplicabilidade do art. 352 do CC.

A tese da agravante, porém, não merece ser acolhida. Isto porque são situações sem qualquer similitude a do paradigma, que afirma ser vedado deixar de apreciar um determinado meio de prova regularmente produzido, e a situação que a agravante alega haver ocorrido na decisão embargada de divergência, em que, segundo a agravante, a Terceira Turma teria deixado de apreciar suas alegações sobre a aplicabilidade do preceito legal constante do art. 352 do

Código Civil.

Com efeito, um quadro fático é o consistente em deixar de apreciar um meio de prova documentado nos autos através de um laudo pericial, algo tangível a respeito do que o julgador tem o dever de se manifestar expressamente. Outro quadro é o consistente em deixar de apreciar uma alegação (intangível) de aplicabilidade de um certo preceito legal no julgamento do caso.

Note-se que a decisão embargada de divergência não incidiu em falta de justificação ao deixar de aplicar norma segundo a qual o devedor tem o direito de indicar qual o débito que está pagando (art. 352 do Código Civil). A construção argumentativa empregada pela decisão embargada de divergência foi mais complexa que esta, como se lê do voto vencedor:

40. Preambularmente, cumpre ressaltar que **em momento algum as rés contestaram a realização em si dos depósitos pela TRANSBRASIL. A discussão travada nesses autos diz respeito à finalidade dessas transferências: a TRANSBRASIL afirma que os depósitos teriam servido para quitar a dívida representada pelas notas promissórias, enquanto as rés sustentam que esses pagamentos serviram para quitar uma parte dos aluguéis e reservas de manutenção devidos pela TRANSBRASIL em decorrência do arrendamento de aeronaves e motores.**

41. Nesse contexto, como frisado pelo TJ/SP, “mesmo tendo conhecimento da complexidade da relação estabelecida com a autora, **as rés optaram por uma defesa simplista**, aludindo a dispositivos legais relativos a títulos de crédito e **adotando uma conduta de resistência**, não contribuindo para a realização da prova pericial” (fl. 6.261, e-STJ).

42. Ainda que essa conduta das rés seja perfeitamente admissível do ponto de vista legal, compondo sua estratégia de defesa, **não podem elas, em contrapartida, se eximir dos respectivos riscos, inclusive a distribuição dos ônus da prova.**

43. No particular, tendo em vista a alegação de pagamento formulada pela TRANSBRASIL, acompanhada dos respectivos comprovantes de depósito, **cabia às rés, nos termos do art. 333, II, do CPC, demonstrar a existência de fato impeditivo ou modificativo do direito da autora.**

44. O próprio voto vogal pondera que “o desfecho da ação decorreu da circunstância de as empresas rés não terem se desincumbido do ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, não em razão de má-fé” (fls. 6.276/6.277, e-STJ).

45. Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

46. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação

Superior Tribunal de Justiça

sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).

47. Parece ter sido esse o caminho adotado pelas instâncias ordinárias na espécie, ainda que tacitamente, sopesando o fato de a TRANSBRASIL ter apresentado os documentos requeridos pela perícia, tendentes à comprovação de suas alegações, enquanto **as rés** – mesmo que, vale repisar, por desdobração de uma lícita estratégia de defesa – **se furtaram em apresentar a documentação indicativa de que os depósitos realizados tinham outro propósito que não a quitação dos débitos que davam lastro ao saque das notas promissórias.**

48. Seja como for, diferentemente do que as rés procuram fazer crer, **as conclusões da perícia e do TJ/SP** não foram calcadas em meras conjecturas, **tendo sido tiradas com base no acervo fático-probatório dos autos**, respeitada a distribuição dos ônus da prova que, a rigor, estabelece uma presunção legal.

49. Para além disso, o acolhimento da tese exigiria o reexame de provas, procedimento vedado pelo enunciado nº 07 da Súmula/STJ.

50. Outrossim, no que tange ao laudo complementar elaborado pela empresa Trevisan, conforme consignado pelo TJ/SP, o documento não instruiu a inicial por ter sido elaborado posteriormente, tendo sido conferida à parte adversa a oportunidade de se manifestar, com estrita observância dos arts. 332 e 398 do CPC.

51. Ademais, há de se considerar que este somente se mostrou relevante após a contestação das rés, quando surgiu a alegação de que os depósitos realizados pela TRANSBRASIL teriam destinação diversa daquela alegada na exordial.

52. Dessa forma, **não há de se falar na violação dos arts. 333, I, do CPC; e 227, 230, 308 e 352 do CC/02.**

Como se verifica, a decisão embargada de divergência foi expressa ao concluir não ter havido violação à disposição constante do art. 352 do CC (norma segundo a qual o devedor tem direito de dizer qual o débito que está pagando), após desenvolver suficiente fundamentação em que constata que as conclusões sobre o fato controvertido (quais as dívidas que estavam sendo pagas com os pagamentos comprovadamente efetuados) a que chegou o TJ-SP não violaram norma decorrente dos dispositivos legais mencionados.

Ante o exposto, não havendo similitude entre a decisão paradigma e a embargada de divergência, não há motivo para alterar, no ponto, a decisão monocrática agravada.

(VIII) Quanto ao paradigma proveniente do AgRg no EREsp 1.088.405, afirma a agravante que a divergência apontada não foi em relação ao art. 352 do CC, mas em relação à aplicação do art. 257 do RISTJ. Segundo frisa a agravante, a decisão embargada de divergência afirmou ser "no mínimo plausível" a tese fundada no art. 352 do CC e, mesmo assim, deixou de

Superior Tribunal de Justiça

reformular o acórdão do TJ-SP, negando eficácia - segundo a agravante - ao art. 257 do RISTJ. Sustenta a agravante que a decisão embargada de divergência deveria "fazer uma opção para dizer que não era plausível uma das duas teses que se colidem" (fl. 8459). A agravante aduz que haveria divergência para com o acórdão paradigma, que afirmou que se há outros fundamentos para ver reconhecida a procedência do pedido, então deve a Turma "prosseguir no exame dos demais fundamentos suscitados, aplicando o direito à espécie".

As questões apontadas já foram cabalmente decididas na decisão ora agravado, especialmente nos seguintes trechos:

Sendo assim, diversamente do que foi sustentado pela embargante (fl. 8059), **não é porque o acórdão afirma ser plausível a tese de que incumbia à Transbrasil provar que os pagamentos visavam a quitar as promissórias que o Especial haveria de ser provido.** Isto porque a decisão embargada expressa que a decisão proveniente das instâncias ordinárias (quanto à prova do pagamento das promissórias e falta de prova de que os pagamentos quitavam outros débitos diversos dos estampados nas promissórias) é também plausível e, ainda, que rever o exame da prova feito pelas instâncias ordinárias de forma não teratológica é algo vedado pelo teor do verbete sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Não há, novamente, divergência de raciocínios entre a decisão embargada e a proferida no acórdão apontado como paradigma, sendo o caso de indeferimento liminar dos embargos também neste ponto, na forma do art. 266, parágrafo 3º, do RISTJ.

Com efeito, o acórdão apontado como paradigma (fl. 8298 e ss.) estabeleceu que, **sendo apontados fundamentos diversos e independentes a serem apreciados em Recurso Especial, ambos devem ser apreciados.** No julgado paradigma, além da alegação de prescrição havia outros fundamentos que a Turma haveria de apreciar.

Como se verifica, **o caso não é semelhante àquele que foi submetido à apreciação da Terceira Turma na decisão embargada, no qual os fundamentos apresentados pelos recorrentes para que a Turma adotasse sobre o resultado da prova conclusão diversa daquela que foi adotada pelo TJ-SP não eram independentes, mas concorrentes** e submetidos ao crivo do verbete sumular número 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, voto pelo **não provimento dos agravos regimentais.**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 2014/0052523-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos**
EREsp 1.286.704 /
SP

Números Origem: 10042440 200100015569 201102426968 72550373 991080400090

EM MESA

JULGADO: 02/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS
ADVOGADOS : ROBERTO TEIXEIRA
CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(S)
ROBERTO GOMES NOTARI

EMBARGANTE : AERCAP IRELAND LIMITED
EMBARGANTE : ALCYONE FSC CORPORATION
EMBARGANTE : AIRPLANES HOLDING LIMITED
EMBARGANTE : AERCAP LEASING USA II
EMBARGANTE : GENERAL ELETRIC CAPITAL CORPORATION
ADVOGADOS : VÍTOR JOSÉ DE MELLO MONTEIRO
ANTONIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES JÚNIOR E OUTRO(S)
CAROLINA GUERRA SARTI

EMBARGANTE : NAS HOLDINGS LLC
ADVOGADOS : PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTRO(S)
ALBERTO PAVIE RIBEIRO

EMBARGADO : OS MESMOS
INTERES. : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS - MASSA FALIDA
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS - SÍNDICO

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Títulos de Crédito - Nota Promissória

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : NAS HOLDINGS LLC
ADVOGADOS : PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO E OUTRO(S)
ALBERTO PAVIE RIBEIRO

AGRAVANTE : AERCAP IRELAND LIMITED
AGRAVANTE : ALCYONE FSC CORPORATION
AGRAVANTE : AIRPLANES HOLDING LIMITED
AGRAVANTE : AERCAP LEASING USA II
AGRAVANTE : GENERAL ELETRIC CAPITAL CORPORATION

Superior Tribunal de Justiça

ADVOGADOS : VÍTOR JOSÉ DE MELLO MONTEIRO
ANTONIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES JÚNIOR E OUTRO(S)
CAROLINA GUERRA SARTI
AGRAVADO : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS
ADVOGADOS : ROBERTO TEIXEIRA
CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO(S)
ROBERTO GOMES NOTARI
AGRAVADO : TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS - MASSA FALIDA
ADVOGADO : ALFREDO LUIZ KUGELMAS - SÍNDICO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Felix Fischer, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

