



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 910.888 - RS (2006/0270209-2)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **ALBERTO ROQUE FISCHER JUNIOR E OUTROS**
ADVOGADO : **LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S/A E OUTROS**
ADVOGADOS : **JOSÉ AUGUSTO DE ARAÚJO LEAL E OUTRO(S)**
 ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTRO(S)
ADVOGADA : **THAÍS DA COSTA E OUTRO(S)**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRIVATIZAÇÃO. COPESUL. AQUISIÇÃO DE AÇÕES. MOEDAS DE PRIVATIZAÇÃO. DESÁGIO. PERCENTUAL. SÚMULA N. 7/STJ. PENA DE CONFESSO. NECESSIDADE DE ADVERTÊNCIA NA INTIMAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. VALORES COBRADOS A MAIOR. RESSARCIMENTO EM DOBRO. NECESSIDADE DE MÁ-FÉ NA CONDUTA. FRUTOS DE CAPITAL AUFERIDOS PELO BANCO. RESTITUIÇÃO A PARTICULARES. NÃO-CABIMENTO. REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS SOMENTE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RESSARCIMENTO DO PARTICULAR. JUROS REMUNERATÓRIOS.

1. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

2. A pena de confesso corresponde a meio probatório e exige que, na intimação da parte, venha expressa a advertência do risco da sua aplicação.

3. O sistema processual vigente no direito pátrio é informado pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz e da persuasão racional, de forma que o julgador poderá fundamentar sua decisão em quaisquer outras provas constantes dos autos, não necessariamente na prova emprestada, desde que atento a seus fatos e circunstâncias e indicando os motivos que lhe formem o convencimento.

4. A pretensão de ver aplicada multa em decorrência de litigância de má-fé depende do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

5. O ressarcimento em dobro dos valores cobrados a maior só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não foi reconhecido na espécie.

6. É incabível a restituição dos frutos de capital no patamar auferido por instituição financeira, visto que essa opera por regras específicas que não podem ser aplicadas a particulares como parâmetro de ressarcimento. A remuneração deve se dar por juros remuneratórios fixados à razão de 1% ao mês.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009(data de julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2006/0270209-2

REsp 910888 / RS

Números Origem: 112240651 70009680869 70011060241

PAUTA: 03/12/2009

JULGADO: 03/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALBERTO ROQUE FISCHER JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S/A E OUTROS
ADVOGADOS : JOSÉ AUGUSTO DE ARAÚJO LEAL E OUTRO(S)
ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTRO(S)
ADVOGADA : THAÍS DA COSTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Contratos Bancários

SUSTENTAÇÃO ORAL

DR. ALEXANDRE KRUEL JOBIM

CERTIDÃO

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

Após a sustentação oral, pediu vista regimental o Sr. Ministro Relator, ficando adiado para o dia 15.12.2009.

Brasília, 03 de dezembro de 2009

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 910.888 - RS (2006/0270209-2)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **ALBERTO ROQUE FISCHER JUNIOR E OUTROS**
ADVOGADO : **LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S/A E OUTROS**
ADVOGADOS : **JOSÉ AUGUSTO DE ARAÚJO LEAL E OUTRO(S)**
 : **ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTRO(S)**
ADVOGADA : **THAÍS DA COSTA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de recurso especial interposto por Alberto Roque Fischer e outros com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão assim ementado:

"ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO PROBATÓRIO E NULIDADES SENTENCIAIS. INOCORRÊNCIA. Nenhum cerceamento probatório há quando se validou prova pericial trazida por empréstimo, transitada em julgado a decisão, restando o mais em mera avaliação da mesma, sendo que erros em tal mister implicam reformabilidade do julgado e não sua desconstituição. Outrossim, não padece de vício algum sentença que se apresenta devidamente fundamentada, ficando, de resto, superadas as apontadas nulidades pelo teor final do que se irá decidir.

PRECLUSÃO. ART. 473, CPC. PRELIMINARES E VALIDAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. SANEADOR E EFICÁCIA PRECLUSIVA. Tendo a decisão saneadora repellido, com minudente fundamentação, todas as alegações preliminares, inclusive aquelas atinentes à decadência e prescrição, uma vez não conhecido o agravo de instrumento com que a parte ré pretendeu impugnar tal decisório, a preclusão é inafastável, descabido insistir no reexame da matéria.

AÇÃO DE COBRANÇA. REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO, COM FUNDAMENTO SEJA NA DESPROPORÇÃO GENÉTICA ENTRE AS PRESTAÇÕES, SEJA NO INFIEL CUMPRIMENTO À CLÁUSULA NEGOCIAL E AO PRÓPRIO MANDATO. BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DO CDC. Havendo expressa previsão de que o banco réu haveria de adquirir as moedas de privatização estritamente necessárias para cobrir a segunda e mais expressiva parcela do empréstimo por ele concedido aos autores, a par de como mandatário ter de cumprir fielmente o mandato, art. 1.300, CC/1916, não fossem imposições da boa-fé objetiva, responde ele por aquilo que, considerado valor posto na aquisição das citadas moedas, ultrapassou ao necessário.

DIVIDENDOS. FRUTOS ILÍCITOS. Tem guarida o pleito dos autores quanto a dividendos que a eles tocariam, observado exato cumprimento do relacionamento contratual, já assim não se podendo falar sobre hipotéticos frutos ilícitos que o banco teria auferido.

RESTITUIÇÃO DOS VALORES E ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, CDC. Evidente o erro justificável, a obstaculizar que se pretenda devolução dobrada de valores, diante do intrincado relacionamento negocial, a ensejar interpretações divergentes entre as partes.

JUROS MORATÓRIOS. CLÁUSULA PENAL. Se o contrato ajustou-os a 1%



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao mês, tal regra há de prevalecer quanto a ambas as partes, sob pena de tratamento desigualitário, valendo mesmíssimo princípio quanto à cláusula penal.

ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO. O acolhimento de parte expressiva do pleito do banco, leva a que se reconheça recíproca sucumbência, a ser distribuída de forma razoável entre as partes, sempre observado o § 3.º do art. 20, CPC, quanto à verba favorável aos autores e o § 4º do mesmo artigo, em relação aos honorários fixados em prol do réu" (fls. 2.562/2.563).

Os embargos declaratórios opostos pelo recorrido foram acolhidos em parte:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. ART. 26, II DO CDC. TEMA ABRANGIDO PELA EFICÁCIA PRECLUSIVA DO SANEADOR.

Nenhuma omissão há no julgado, relativamente à alegação de prescrição e decadência e o art. 26, II do CDC, quando a decisão saneadora, ao repelir toda e qualquer hipótese de prescrição e decadência, alcançou, obviamente, aquela baseada em o citado dispositivo, irrelevante a ausência de menção expressa.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. ERRO MATERIAL. CORRIGENDA.

É de se corrigir evidente erro material constante do julgado, relativamente à quantificação da soma devida aos autores" (fl. 2.768).

Os embargos declaratórios opostos pelos recorrentes também receberam acolhimento parcial:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO A REDISCUTIR O QUE FOI DECIDIDO. PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL A DESTEMPO. EXAME DA PROVA DOS AUTOS PELO JUÍZO. ERRO MATERIAL QUE SE CORRIGE.

Não são os embargos de declaração uma segunda apelação, descabendo admitir-se com eles rediscussão do que foi decidido.

Mesmíssima razão que leva a inadmitir-se a tentativa de produção de prova documental, evidentemente a destempo e, mais, em ofensa à paridade processual.

Corrigenda, apenas, de evidente erro material do julgado, acertando-se o valor indenizatório devido a cada um dos autores" (fl. 2.778).

Os recorrentes aviaram novos embargos declaratórios, dessa vez rejeitados:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AFASTAMENTO DO QUE FOI DECIDIDO. TENTATIVA DE REDISCUTIR PELA TERCEIRA VEZ A DEFINIÇÃO ADOTADA. DESPROVIMENTO.

Sendo palpável o desvio de raciocínio constante da segunda aclaratória, confundindo o que foi claramente decidido, é de se desprovê-la, a par de refutar uma terceira apreciação, na segunda instância, do que foi examinado" (fl. 2.817).

Em recurso especial, alegam os recorrentes ofensa aos seguintes dispositivos:

a) artigos 333 e 334, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC, pois é fato notório que o deságio das moedas de privatização foi de 75% e incumbia ao recorrido comprovar que o valor não era esse;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) artigos 355 e 359 do CPC, pois o banco não exibiu o documento que poderia comprovar o valor do deságio, e o tribunal recorrido deixou de aplicar a pena de confesso;

c) artigos 471 e 473 do CPC, já que os recorrentes trouxeram prova emprestada aos autos que confirmam que o valor do deságio foi de 75%. Houve discussão no despacho saneador, confirmado em agravo de instrumento, tendo ocorrido a preclusão *pro judicato* da questão;

d) artigo 17 do CPC porque o banco alterou a verdade dos fatos e procedeu de modo temerário no processo, devendo ser aplicada multa por litigância de má-fé;

e) artigo 42, parágrafo único, do CDC, ante a necessidade de devolução em dobro do que foi pago a maior; e

f) artigos 1.061, 1.301, 1.297, 962, 964, 966, 511, 512, 513 e 159 do CC/1916 porque o recorrido apropriou-se de modo indevido do capital pertencente a seus clientes, aplicou-o e auferiu frutos que devem ser restituídos a quem de direito.

Apontam também divergência jurisprudencial entre o aresto paradigma e julgados do STJ e do TJMG.

O ora recorrido apresentou recursos especial e extraordinário, mas ambos foram inadmitidos na origem.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 3.291/3.331).

O presente recurso especial foi reprovado no juízo prévio de admissibilidade, (fls. 3.487/3.494), ascendendo ao STJ por força do provimento de agravo de instrumento (Ag n. 746.919/RS - fl. 3.632).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 910.888 - RS (2006/0270209-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PRIVATIZAÇÃO. COPELUL. AQUISIÇÃO DE AÇÕES. MOEDAS DE PRIVATIZAÇÃO. DESÁGIO. PERCENTUAL. SÚMULA N. 7/STJ. PENA DE CONFESÃO. NECESSIDADE DE ADVERTÊNCIA NA INTIMAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. NÃO VINCULAÇÃO DO JUIZ. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. VALORES COBRADOS A MAIOR. RESSARCIMENTO EM DOBRO. NECESSIDADE DE MÁ-FÉ NA CONDUTA. FRUTOS DE CAPITAL AUFERIDOS PELO BANCO. RESTITUIÇÃO A PARTICULARES. NÃO-CABIMENTO. REGRAS ESPECÍFICAS APLICÁVEIS SOMENTE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RESSARCIMENTO DO PARTICULAR. JUROS REMUNERATÓRIOS.

1. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

2. A pena de confesso corresponde a meio probatório e exige que, na intimação da parte, venha expressa a advertência do risco da sua aplicação.

3. O sistema processual vigente no direito pátrio é informado pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz e da persuasão racional, de forma que o julgador poderá fundamentar sua decisão em quaisquer outras provas constantes dos autos, não necessariamente na prova emprestada, desde que atento a seus fatos e circunstâncias e indicando os motivos que lhe formem o convencimento.

4. A pretensão de ver aplicada multa em decorrência de litigância de má-fé depende do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

5. O ressarcimento em dobro dos valores cobrados a maior só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não foi reconhecido na espécie.

6. É incabível a restituição dos frutos de capital no patamar auferido por instituição financeira, visto que essa opera por regras específicas que não podem ser aplicadas a particulares como parâmetro de ressarcimento. A remuneração deve se dar por juros remuneratórios fixados à razão de 1% ao mês.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

Versam os autos acerca de ação de cobrança cumulada com declaratória de ineficácia de quitação e enriquecimento sem causa proposta pelos recorrentes contra os recorridos.

Por ocasião da privatização da Copelul - Companhia Petroquímica do Sul, os então



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empregados da empresa tiveram direito de adquirir parte do seu capital, e o banco recorrido ofereceu-lhes financiamento, que, conforme acertado, seria o do valor estritamente necessário à aquisição das ações. A compra seria realizada pelo próprio banco, que venderia as ações, quitaria o empréstimo e entregaria o lucro aos recorrentes.

Ocorre que a compra foi realizada com moedas de privatização que sofreram forte deságio e, assim, o banco desembolsou valor menor que o cobrado dos recorrentes e apropriou-se da diferença, entregando-lhes importância bastante inferior à devida.

A sentença julgou procedente, em parte, a ação e, considerando que o valor do deságio foi de 75%, determinou:

"A ineficácia dos recibos quanto a parte que deu quitação de toda a operação, restando restrita a quitação do valor declarado no documento, no total de R\$620,07, bem como para condenar o réu a pagar a cada um dos autores a importância de R\$27.915,97, corrigida pelo IGP-M desde 01.7.97, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, deduzindo-se desse valor a importância de R\$ 620,07 para os autores que receberam, também corrigida pelo mesmo índice da data do recibo; pagamento das quantias recebidas a título de dividendos das ações emprenhadas e aos frutos da aplicação do capital percebido, ambos corrigidos pelo IGP-M, desde a data que deveriam ter sido disponibilizados aos autores, com juros de mora de 1% ao mês da citação, a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento" (fl. 2284 - vol 10).

O acórdão recorrido entendeu que o valor do deságio foi de 50% e estabeleceu a aplicação da multa contratual no percentual de 10% em favor dos autores, provendo, em parte ambos os recursos.

Daí o presente recurso especial, cuja análise é feita a seguir:

I - Artigos 333 e 334, I, 355, 359, 471 e 473 do CPC e 6º, VIII, do CDC

As ações da Copesul foram adquiridas com moedas de privatização que sofreram forte deságio. Quanto maior o deságio mais barata a moeda e, por conseguinte, menor o preço da ação com ela comprada. Pelo que reconheceram as instâncias inferiores, o recorrido teria comprado as moedas com deságio; porém, cobrou dos recorridos o seu valor nominal, quando teria acordado com eles que o valor cobrado seria exatamente aquele empregado na compra das ações. Disso resultou que, no acerto de contas, pagou-lhe o saldo credor em montante bem inferior ao devido.

Pretendem os recorrentes que se reconheça ser fato notório que o deságio referido foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 75%, quando o Tribunal *a quo* entendeu que fora de 50%.

Em situação similar à dos autos, o STJ consignou:

"Sobre o fato notório, é preciso distinguir. Era notório que havia diferença entre o valor de face e o valor de mercado dos títulos que serviram às privatizações, tanto que chamados de 'títulos podres'. Mas não era notório que a diferença entre os valores era precisamente de 75%. Para demonstrar esse quantitativo, os autores transcrevem diversos artigos, notícias, reportagens, entrevistas, mas nada apontando uniformemente para o percentual de 75%. Tanto assim que em uma dessas referências ficou dito que os deságios 'têm oscilado entre 50% e 60%' (fl. 1187). Portanto, não se admite a ofensa ao disposto no art. 334, I, do CPC.

Reconheço que o Banco dificultou a prova sobre o fato, recusando-se a fornecer a documentação de que dispunha. Mas isso permitiu ao egrégio Tribunal estipular o deságio de 50%, e a elevação desse índice dependeria do revolvimento dos fatos" (Quarta Turma, REsp n. 435.434/RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 9/12/2002.)

O que se verifica da fundamentação transcrita é que, apesar de ser fato notório a diferença entre o valor nominal da moeda e o valor pelo qual foi adquirida, o *quantum* dessa diferença foi objeto de prova, não estando configurada a notoriedade aludida.

Por outro lado, afirmam os recorrentes também que, para a aplicação de percentual inferior ao pleiteado, incumbia ao réu comprovar o real valor, já que detinha os documentos necessários para tanto. Se não o fez, o tribunal *a quo* deveria ter-lhe aplicado a pena de confesso e estabelecido o valor requerido na inicial.

Como sabido, a pena de confesso corresponde a meio probatório e sua aplicação exige que, na intimação da parte, venha a expressa advertência do risco de aplicação da pena.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CAUSA DE PEDIR. FATOS PRINCIPAIS E FATOS SECUNDÁRIOS. NÃO CONTESTAÇÃO DE TODOS OS FATOS SECUNDÁRIOS. PROVA INDIRETA DO FATO PRINCIPAL. DEPÓSITO EXTEMPORÂNEO. APROVEITAMENTO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NÃO COMPARECIMENTO. PENA DE CONFESSO. REQUISITOS. ART. 20, § 4.º, DO CPC. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. CPC, ARTS. 2.º, 128, 267, INCISO IV, 302, 333, INCISOS I E II, 343, § 2.º, 460, 893, INCISO I E 896, INCISO III.

(...)

- É pressuposto para a aplicação da pena de confesso, prevista no § 2.º do art. 343, do CPC, que a parte seja previamente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida do risco de aplicação da pena.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso especial não conhecido." (Terceira Turma, REsp n. 702.739/PB, rel. Ministra Nancy Andrighi, rel. p/ o acórdão Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/10/2006.)

"Depoimento pessoal. Pena de confissão. Exegese do artigo 343, parágs 1. e 2. do Código de Processo Civil. Confissão ficta.

A pena de confissão, - meio de prova, aliás, que conduz a uma presunção relativa, e não absoluta -, somente poderá ser aplicada se no mandado intimatório constar expressamente, para ciência inequívoca do intimado, que se o mesmo não comparecer ou se recusar a depor, se presumirão verdadeiros os fatos contra ele alegados. Não é bastante a sucinta menção a 'pena de confesso'.

Recurso especial não conhecido." (Quarta Turma, REsp n. 2.340/SP, rel. Ministro Athos Carneiro, DJ de 10/9/1990.)

Ademais, sendo meio de prova, deve ser ponderado em conjunto com os demais elementos de convicção carreados aos autos. Na situação em exame, o Tribunal de origem apoiou-se exatamente nesses elementos contidos nos autos para reconhecer que a desvalorização foi de 50%, e não de 75% como insistem os interessados:

"Neste passo, os autores aludem a 75%, com arrimo na declaração da corretora acima nominada, a par do que foi obtido na perícia produzida no processo da 15.^a Vara Cível.

Penso que se há de examinar com atenção dito percentual.

O perito do juízo, ao início, considerando o valor pelo qual foram vendidas as ações de privatização (R\$ 0,047354, fl. 1.592), chegou à diferença de R\$ 15.248,14 (fl. 1.594).

Seguiu-se daí manifestação dos autores insistindo em que se haveria de considerar o valor de compra e não o de venda das referidas ações (fl. 1.611).

Até que veio aos autos laudo complementar em que o perito, atendendo à *suposição* do percentual de deságio de 75%, chegou aos R\$ 27.915,97 (fl. 1.660).

Mas, o próprio perito, em esclarecimentos ao juízo, sobre ter o segundo cálculo assentado na informação da Corretora Kraesner Ltda., deixou claro que a base do laudo estaria em '*estimativas*' (fl. 562 e 1.814).

A credibilidade da Corretora Kraesner Ltda. não posso considerar como das melhores.

Como dar valor a informação isolada de corretora a cujo respeito a Comissão de Valores Mobiliários refere não estar autorizada a intermediar valores mobiliários e determinou a ela e seus sócios imediata cessação de atividades irregulares (fl. 563)?

Entre esta estimativa e o dado *objetivo* que se tem, valor da venda das ações, há de se ficar com este último.

Valor este que bem poderia ser igual ao da compra. O lucro estaria no deságio obtido quando da compra. Não precisaria haver um segundo lucro, para o negócio ser rentável, quando da revenda das moedas de privatização.

Por isso, prefiro ficar com o valor posto no laudo original e não aquele inteiramente estimativo, para não dizer aleatório, do complemento" (fls. 2.590/2.591).

Portanto, ainda que a prova não tenha sido feita pela apresentação dos documentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referidos pelos recorrentes, a questão foi comprovada por outros meios que foram levados em consideração como razão de decidir do acórdão, não cabendo aqui aplicação da pena de confesso.

De outro bordo, aduzem ter trazido aos autos prova emprestada que confirma o deságio no patamar pretendido, e a questão foi discutida no despacho saneador e confirmada em agravo de instrumento, tendo ocorrido a preclusão *pro judicato*.

Realmente, a admissão da prova emprestada foi analisada na fase de saneamento, mas a decisão limitou-se a acolher a prova no presente feito. Assim, o material resultante da atividade probatória desenvolvida em outro processo foi admitida, autorizando-se o traslado para estes autos.

Como a decisão mencionada limitou-se a autorizar a produção dessa prova, não houve nenhum juízo acerca da sua valoração. O valor probante conferido à prova emprestada e sua influência no livre convencimento do magistrado sentenciante não foram analisados naquela ocasião, não ocorrendo, portanto, a alegada preclusão *pro judicato*.

Demais disso, o simples fato de admitir-se a produção da prova não obriga o magistrado a decidir a lide com base nela. O sistema processual vigente no direito pátrio é informado pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz e da persuasão racional, de forma que o julgador poderá fundamentar sua decisão em quaisquer outras provas constantes dos autos, desde que atento aos seus fatos e circunstâncias e indicando os motivos que lhe formem o convencimento.

Na situação em exame, foi exatamente o que aconteceu, pois o acórdão recorrido explicitou da maneira adequada as razões pelas quais entendia que o deságio de 50% deveria ser aplicado em detrimento daquele de 75% trazido na prova emprestada.

Em suma, o que pretendem os recorrentes é que, no recurso especial, seja aferido o percentual de deságio da moeda de privatização, com a alteração daquele adotado no acórdão recorrido. Entretanto, para concluir de forma contrária ao que restou decidido é necessário o reexame da prova. Por qualquer ótica que se analise o caso, é fácil constatar que a alteração pretendida no recurso especial implica, necessariamente, o revolvimento do quadro fático-probatório dos autos, providência incabível na via eleita.

II - Artigo 17 do CPC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse tópico, alegam os recorrentes que o banco alterou a verdade dos fatos e procedeu de modo temerário no processo, o que impõe a aplicação da multa por litigância de má-fé.

O Tribunal de origem examinou a conduta processual dos recorrentes e concluiu pela inexistência de litigância de má-fé.

A questão foi colocada nos seguintes termos:

"Outrossim, não se infere a existência de outros prejuízos que os autores tenham sofrido. Muito menos a imposição de sanção à má-litigância quanto a qualquer uma das partes.

Ambas expuseram seus argumentos, pretenderam obter vitória processual, por vezes mais acaloradamente, mas dentro daquilo que se pode tolerar em juízo.

Não vejo, quanto à ré, má-litigância, inclusive no que diz com a questão da informação sobre os valores pagos pela moeda de privatização, quanto ao que bem se pode falar em culpa no cumprimento do mandato e não em dolo."

Rever esse entendimento demandaria reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. Confirmam-se estes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – SFH - AÇÃO ORDINÁRIA DE RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA – LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - CEF - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE – RECURSO IMPROVIDO." (Terceira Turma, AgRg no REsp n. 1.066.938/SC, rel. Ministro Massami Uyeda, DJe de 16/6/2009.)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL POR ESTA CORTE SUPERIOR. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA N. 280 DO STF. APLICAÇÃO NA ORIGEM DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTS. 17 E 18 DO CPC. REVISÃO PELO STJ. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DA CORTE SUPERIOR.

1. Aplica-se a Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal (por analogia) quando a parte pretende que se aprecie a controvérsia à luz de direito local - como ocorre no caso, em que se alega violação ao art. 3º do Decreto estadual n. 40.145/00. Precedentes.

2. Mesmo que a irresignação tenha sido fundada em dissídio jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça entende que a parte recorrente deve indicar o dispositivo infraconstitucional sobre o qual recai a controvérsia, e, no caso, o referido dispositivo é de decreto estadual.

3. No que tange à malversação dos arts. 17 e 18 do CPC, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação de multa por litigância de má-fé pela instância ordinária não pode ser revista por esta Corte. Isto porque a cominação da penalidade envolve considerações acerca das condutas processuais da parte na origem, cujo reexame esbarraria no óbice da Súmula n. 7 do STJ. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido." (Segunda Turma, AgRg no REsp n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

944.976/RS, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 6/8/2009.)

III - Artigo 42, parágrafo único, do CDC

O dispositivo em epígrafe reza que, na cobrança de débitos, o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Os recorrentes pretendem que o ressarcimento se faça em dobro, uma vez reconhecido que o banco cobrou-lhes valores a maior.

Acerca da questão, o Tribunal de origem entendeu tratar-se de engano justificável e determinou a reposição na forma simples. Esse entendimento encontra amparo na jurisprudência atualizada deste Superior Tribunal de Justiça de que somente quando configurada má-fé há a devolução em dobro das quantias supostamente pagas a maior.

A esse respeito, apresento os seguintes precedentes: Terceira Turma, AgRg no REsp n. 929.544/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 1.7.2008; Terceira Turma, AgRg no Ag n. 789.034/PR, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 14.12.2007; e Quarta Turma, AgRg no REsp n. 706.365/RS, relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 20.2.2006.

No julgamento do REsp n. 435.434/RS, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, com propriedade, decidiu:

"Por fim, o art. 42 do CDC. Referido dispositivo reza que, na cobrança de débitos, o consumidor não será exposto a nenhum tipo de constrangimento. Quando cobrado em quantia indevida, tem direito à repetição do indébito. No caso, houve o cumprimento imperfeito do mandato, enriquecendo-se o Banco à custa do seu cliente, uma vez que não lhe repassou - como era de sua obrigação - a vantagem decorrente da aquisição de títulos com deságio. Por isso, foi obrigado a restituir, e talvez devesse também indenizar, mas não vejo aí a hipótese descrita no art. 42 do CDC, que parte do pressuposto de que haja cobrança exagerada. Aliás, foi esse descumprimento contratual que ensejou a aplicação da multa de 10%, imposta na sentença e mantida no r. acórdão, além dos juros de 12% a.a."

Por ocasião do julgamento do mesmo recurso, o Ministro Aldir Passarinho manifestou-se:

"Quanto à interpretação dada por S. Exa. em relação ao art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, entendo não ser essa a hipótese e tenho restrição a simplesmente aplicar essa norma da repetição em dobro de forma genérica. Creio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que deva ser caracterizada a má-fé nessa cobrança, porque muitas vezes essa cobrança, embora indevida, resulta, em essência, de uma mera interpretação diversa dos fatos ou do direito, e é matéria que enseja contestações. Só identifico essa repetição em dobro quando se caracteriza uma evidência de má-fé, uma vez que a penalidade é muito grande."

Assim, não caracterizada a má-fé, descabido é o ressarcimento em dobro pleiteado no recurso.

IV - Artigos 1.061, 1.301, 1.297, 962, 964, 966, 511, 512, 513 e 159 do CC/1916 e divergência jurisprudencial

Consoante exposto no especial, o recorrido apropriou-se de modo indevido do capital pertencente a seus clientes, aplicou-o e auferiu frutos que lhes devem ser restituídos.

A restituição dos frutos de capital é medida incabível, visto que o banco recorrido é instituição financeira que opera por regras específicas que não têm como ser aplicadas a particulares como parâmetro de ressarcimento.

A propósito, menciono o seguinte precedente:

"COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL. PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO. AQUISIÇÃO DE AÇÕES POR EX-EMPREGADOS DA COPEL. FINANCIAMENTO. MOEDAS DE PRIVATIZAÇÃO. AQUISIÇÃO COM DESÁGIO. PERCENTUAL PRATICADO. SÚMULA N. 7-STJ. SALDO CREDOR DA OPERAÇÃO. PAGAMENTO A MENOR. AÇÃO QUE PLEITEIA A DIFERENÇA, ACRESCIDA DE "FRUTOS" PELO USO INDEVIDO DO CAPITAL. DECADÊNCIA REJEITADA. AFASTAMENTO DO CRITÉRIO ESTABELECIDO PELO TRIBUNAL ESTADUAL (LUCROS AUFERIDOS PELO BANCO). REMUNERAÇÃO MEDIANTE CORREÇÃO PELO INPC E JUROS REMUNERATÓRIOS DE 1% AO MÊS. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 5-STJ. PREQUESTIONAMENTO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 211-STJ.

(...)

IV. Impossibilidade de deferir "frutos" pelo dito uso indevido dos recursos dos autores com fundamento em rendimentos e vantagens auferidos pelo banco no exercício de sua atividade financeira, que é específica dessa espécie de instituição, cabendo a compensação ser feita mediante juros remuneratórios de 1% ao mês, além dos moratórios e correção monetária, consoante orientação pacificada na 2ª Seção do STJ (Resp n. 447.431/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, por maioria, DJU de 16.08.2007).

(...)

VII. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido." (Quarta Turma, REsp n. 781.471/RS, rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 12/8/2008.)

Além disso, como bem asseverado no acórdão recorrido, o banco está sujeito a maiores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custos e riscos, dos quais o investidor está isento, e ainda é pouco crível que os recorrentes iriam valer-se de valores financiados para investir no mercado financeiro e, com isso, auferir o lucro ora pretendido.

Logo, não há como assumirem a figura do banco recorrido para obtenção do resultado de operações próprias e exclusivas de instituições financeiras.

Isso não quer dizer que a parte prejudicada não deverá receber ressarcimento pelo período em que ficou privada de utilizar o seu capital, mas apenas que as formas de reparação aplicadas deverão ser aquelas pertinentes à sua condição.

As instâncias ordinárias estipularam a atualização pelo IGP-M, juros moratórios no patamar de 1% ao mês, assim como o pagamento de multa no valor de 10% do contrato. Todavia, deixou de fixar os juros remuneratórios. A matéria foi tratada no precedente supra mencionado, restando certo que a remuneração do capital, nesse caso, deve ser limitada a 1% ao mês.

Tive oportunidade de manifestar-me no referido julgamento, nos termos a seguir:

"É preciso entender que os bancos têm custos diferenciados daqueles atribuídos à indústria e ao particular.

O particular tem encargos fiscais diferentes da instituição financeira. Tendo ele recursos financeiros, os rendimentos daí provenientes limitam-se aos índices de atualização referentes aos fundos de investimento ou à própria caderneta de poupança. Efetivamente, não pode o particular pretender auferir o mesmo nível de rendimento percebido por uma instituição financeira, visto que esta possui uma infinidade de outras peculiaridades, sobretudo no que tange aos seus encargos, consubstanciados, entre outros pontos, no quadro de funcionários, nos ônus fiscais e na gestão empresarial.

Nesse contexto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça citada pelo Sr. Ministro Relator como paradigma, o Recurso Especial n. 447.431, parece-me que dirime a controvérsia, até porque a fixação de juros no patamar de 1% (um por cento) ao mês já é superior ao que se consegue como rendimento de aplicação financeira nos dias atuais. Na realidade, os índices de aplicação financeira utilizados atualmente giram em torno de 0,86%, 0,90% ao mês; de forma que o índice de 1% ao mês é superior ao que o particular conseguiria, mormente se considerarmos as circunstâncias de que os rendimentos conseguidos em fundo de renda fixa não alcançam 1% ao mês e que determinados fundos podem até sofrer prejuízo. Desse modo, entendo que a remuneração considerada no caso em apreço mostra-se devida".

A questão mostra-se pacificada nesse sentido e a decisão atacada merece ser reparada no ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V- Conclusão

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para fixar os juros remuneratórios à razão de 1% ao mês.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2006/0270209-2

REsp 910888 / RS

Números Origem: 112240651 70009680869 70011060241

PAUTA: 03/12/2009

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FERNANDO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS PESSOA LINS

Secretário

Bel. Romildo Luiz Langamer

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ALBERTO ROQUE FISCHER JUNIOR E OUTROS
ADVOGADO : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S/A E OUTROS
ADVOGADOS : JOSÉ AUGUSTO DE ARAÚJO LEAL E OUTRO(S)
ALEXANDRE KRUEL JOBIM E OUTRO(S)
ADVOGADA : THAÍS DA COSTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Contratos Bancários

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

Romildo Luiz Langamer
Secretário