



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.524 - SP (2014/0337410-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
REVISOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
EMBARGANTE : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDEZ E OUTRO(S) - DF002192A
EMBARGADO : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
EMBARGADO : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
EMBARGADO : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES, OBSCURIDADES E CONTRADIÇÕES INEXISTENTES. LUCROS CESSANTES. COMISSÕES. ABATIMENTO DE CUSTOS NÃO ESTABELECIDO NA FASE DE CONHECIMENTO. COISA JULGADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver na decisão obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

2. No presente caso, não se constata os vícios alegados pelo embargante, que busca rediscutir matéria devidamente examinada pela decisão embargada, o que é incabível nos embargos declaratórios.

3. A pretensão do embargante no sentido de aplicar a norma do art. 20, § 4º, do CPC/1973 não merece acolhimento. Além de não apontar efetivo erro material, o que afasta o cabimento de embargos de declaração para rever os honorários, não atentou para o fato de que a importância fixada em 3% sobre o valor da causa, de qualquer forma, atende a regra do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

4. O pedido da embargada para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §§ 2º, 6º e 11, do CPC/2015, não deve ser conhecido, tendo em vista não ter apresentado recurso no momento próprio. Destaco que o acórdão embargado decidiu a matéria, não se confundindo com a hipótese em que o colegiado omite-se em arbitrar os honorários, o que – somente nesse caso – viabilizaria decisão de tal matéria até mesmo de ofício por ter natureza de ordem pública.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

A Seção, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidas as Sras. Maria Isabel Gallotti e Nancy Andriighi.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignado pedido de preferência pelo embargante Banco Alvorada S/A,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representado pelo Dr. Guilherme Silveira Coelho, e pela embargada Mabisa Serviços Imobiliários Ltda, representada pela Dra. Andrea Felici Viotto.

Brasília-DF, 13 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento)

Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.524 - SP (2014/0337410-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
REVISOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
EMBARGANTE : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
EMBARGADO : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
EMBARGADO : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
EMBARGADO : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (RELATOR):

Trata-se de embargos de declaração opostos por BANCO ALVORADA S.A. ao acórdão de fls. 1.499/1.537 (e-STJ), assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA À LITERAL A DISPOSIÇÕES DE LEI. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. COISA JULGADA. LUCROS CESSANTES. COMISSÕES. LIQUIDAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABATIMENTO DE CUSTOS NÃO PREVISTOS NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Caso em que o acórdão rescindendo, da TERCEIRA TURMA desta Corte Superior, por maioria, apenas interpretou o julgado objeto da liquidação, concluindo que o título executivo judicial não teria previsto "redutor" para efeito de apuração dos lucros cessantes, os quais deveriam corresponder às comissões que se poderia auferir acaso o empreendimento imobiliário tivesse concretizado.

2. Em tal contexto, eventual julgamento além do pedido contido na inicial da ação indenizatória deveria ser imputado ao acórdão proferido na fase de conhecimento, objeto da liquidação, que indicou os pedidos procedentes e definiu o lucro cessante indenizável.

3. Dispositivos do CC/2002 inaplicáveis ao presente caso para discutir a definição de lucros cessantes, tendo em vista que os fatos da causa originária e o próprio acórdão liquidando são contemporâneos ao CC/1916.

4. A respeito da afronta à coisa julgada como requisito para o ajuizamento da ação rescisória, o que se proíbe é o "novo julgamento, independentemente ou não de o juiz confirmar o anterior: ele, o segundo juiz, simplesmente está impedido de conhecer a matéria, em razão do chamado efeito negativo da coisa julgada material" (Curso de Direito Processual Civil. 11ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, vol. 3, p. 433).

5. Ausente o re julgamento de questão jurídica objeto do acórdão liquidando, mas simples interpretação deste, inexistente violação da coisa julgada, o que inviabiliza a presente rescisória.

6. Ação rescisória improcedente.

Sustenta o embargante que "o primeiro vício que incorreu no acórdão embargado foi se omitir de apreciar um terceiro acórdão prolatado pelo TJSP na fase de conhecimento, o qual teve o papel determinante de esclarecer qual foi o conteúdo final da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação da embargante ao pagamento de lucros cessantes" (e-STJ fl. 1.546). Argumenta que essa omissão "deu ensejo à conclusão do acórdão embargado de que 'a *necessidade de se abater os referidos custos no cálculo dos lucros cessantes apenas surgiu no acórdão proferido na fase de liquidação, uma vez que não fora determinada nos acórdãos prolatados na fase de conhecimento*' (fl. 1.532)" (e-STJ fl. 1.546). Acrescenta que "a omissão foi concretizada porque o voto condutor do acórdão embargado ignorou esclarecimento essencial que ocorreu no julgamento do último acórdão prolatado na fase de conhecimento no âmbito do TJSP, justamente o ignorado. Tivesse examinado esse acórdão, tal esclarecimento essencial teria sido constatado e a conclusão do julgamento, no que se refere ao que se entendeu que a condenação do TJSP fixara a título de lucros cessantes, teria sido outra" (e-STJ fl. 1.546). Na sequência, aduz que o acórdão rescindendo também foi omissivo nesse ponto e que "cumpre chamar a atenção para o fato de que, ainda na fase de conhecimento, apreciando um segundo recurso de embargos de declaração, opostos pela própria MABISA, primeira embargada, em face de acórdão que havia rejeitado embargos de declaração de ambas as partes, o TJSP explicitou que a indenização devida pela embargante a título de lucros cessantes corresponde ao que 'a autora [ora embargada] deixou de lucrar, diretamente ou através da ALOMA (item 18 da inicial)' (fl. 146-147)" (e-STJ fls. 1.546/1.547). Passa, então, a apresentar argumentação com o propósito de impor sua interpretação aos acórdãos proferidos na instância ordinária, na fase de conhecimento, no sentido de acolher a orientação contida no voto da em. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI e de rescindir o acórdão proferido no REsp n. 1.232.637/SP, da TERCEIRA TURMA, por violação da coisa julgada, concluindo:

29. É fundamental observar que se a parte dispositiva do acórdão dos segundos embargos condenou a embargante a indenizar as embargadas no "*que se deixou de lucrar*", não há como entender que esse dispositivo tenha compelido o ressarcimento de algo que não seja lucro e que economicamente corresponda a faturamento, como é a receita que seria percebida pelas embargadas das comissões, sem o desconto dos custos.

30. Cabe lembrar que, à luz da jurisprudência do STJ, alicerçada em pacífico conceito econômico, "*é inerente ao conceito de lucros cessantes a ideia de que devem ser descontadas as despesas para a realização da atividade econômica que daria ensejo ao lucro frustrado*" (fl. 1.522). (e-STJ fl. 1.552).

Assevera que o enfrentamento de tal omissão "é capaz de infirmar a conclusão do acórdão rescindendo – e, em consequência, do acórdão embargado –, de que o TJSP fixara os lucros cessantes como sendo comissões. O seu enfrentamento, assim, a teor do art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC, é estritamente necessário para que essa e. Corte ofereça uma prestação jurisdicional aperfeiçoada, sob pena de violar frontalmente o art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do novo Código e o inciso IX do art. 93 da CF/88" (e-STJ fl. 1.554).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que "o segundo vício incorrido pelo acórdão embargado foi a contradição existente na parte em que o aresto adota como razão de decidir a premissa de que "[...] o acórdão liquidando, proferido na fase de conhecimento, [...] não impôs nem proibiu o [...] abatimento, razão pela qual foi decidido no acórdão rescindendo que o TJSP, na fase liquidatória, ao julgar agravo de instrumento, foi além do que poderia ao estabelecer 'reductor' não inserido na coisa julgada material" (fl. 1.535)" (e-STJ fl. 1.555). Para demonstrar a existência de contradição nessa parte, argumenta:

44. Cabe lembrar que o abatimento imposto pelo acórdão na fase de liquidação foi justamente o desconto dos custos que as embargadas teriam para receberem comissões, e, em consequência, para lucrar com o empreendimento, caso tivesse sido construído.

45. O acórdão embargado é contraditório pois ao mesmo tempo em que afirma não ter havido decisão determinando ou proibindo o abatimento dos custos, chancela o acórdão rescindendo na parte em que diz que o seu abatimento feriu a coisa julgada, ou seja, adota a conclusão de que teria havido decisão (!).

46. Ora, como assentou o acórdão embargado, o efeito negativo da coisa julgada impede que a questão principal já definitivamente decidida seja julgada novamente como questão principal em outra demanda.

47. Se "a necessidade de abater os referidos custos no cálculo dos lucros cessantes surgiu, apenas, no acórdão proferido na fase de liquidação", como se pode dizer, tal qual dissera a Terceira Turma do STJ no julgamento do acórdão rescindendo, que haveria efeito negativo da coisa julgada sobre essa questão, quando o TJSP, justamente na fase de liquidação, deduziu os custos das comissões?

48. A questão, por essa premissa, simplesmente não havia sido decidida na fase de conhecimento – em que pese o TJSP tenha assentado que os lucros cessantes são o que a parte deixou de lucrar e, isso, para a embargante, é inegavelmente uma decisão sobre o assunto.

49. Então, não poderia a Terceira Turma, no julgamento do acórdão rescindendo, ter provido o recurso especial, entendendo presente a violação à coisa julgada. Ao se entender que houve ofensa à coisa julgada, a Terceira Turma logicamente concluiu que a questão da impossibilidade do abatimento dos custos havia sido decidida na fase de conhecimento e não poderia ter sido re julgada na fase de conhecimento e não poderia ter sido re julgada na fase de liquidação. Porém, o acórdão embargado contraditoriamente diz que a questão não tinha sido decidida.

[...]

51. Em resumo, para se ter violação à coisa julgada, a Terceira Turma do STJ, no acórdão rescindendo, entendeu que questão decidida na fase de conhecimento tinha sido modificada na fase de liquidação. O acórdão embargado afirma que não houve decisão sobre a questão na fase de conhecimento, mas assenta ser correta a conclusão do acórdão rescindendo que diz que houve. A contradição é inequívoca!

52. Se não houve decisão, não havia, por conseguinte, coisa julgada e a Terceira Turma simplesmente não poderia prover o REsp n. 1.232.637/SP por violação à coisa julgada (!), sendo evidente a necessidade de procedência de ação rescisória que questione esse ponto, tal qual a presente. (e-STJ fls. 1.556/1.557.)

Argumenta que "a segunda contradição incorrida pelo acórdão embargado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi ter adotado a razão de decidir do acórdão rescindendo segundo a qual o título liquidando era "objetivo" e havia sanado a questão sobre quais eram os lucros cessantes e, ao mesmo tempo, ter dito que a necessidade de abater os referidos custos no cálculo dos lucros cessantes surgiu, apenas, no acórdão proferido na fase de liquidação" (e-STJ fl. 1.557). Assevera, ainda, que:

54. A conclusão de que o título era objetivo, constante do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, foi reproduzida do voto do Ministro Massami Uyeda, (fl. 1.530-1.531):

Conclui-se, portanto, que na fase de liquidação, dever-se-ia apurar: o que deixou de ganhar, consubstanciado nas comissões.

Não há como negar a **objetividade** do título liquidando.

55. Ainda, sobre tema, prosseguiu o acórdão embargado, ainda citando o voto do Ministro Massami Uyeda (fl. 1.531):

Salvo melhor juízo, na espécie, não se está diante de comando judicial equívoco e subjetivo, mas sim categórico e objetivo, qual seja, "é o que deixou de ganhar – comissões" (fl. 188).

Destarte, impor redutores nos valores apurados a título de comissão, ou, da mesma forma, dar interpretação diversa ao termo "*que deixou de ganhar*" estabelecido pelo título judicial, implica na violação da coisa julgada.

56. Ora, como pode o acórdão embargado num momento concluir que a parte dispositiva da ação era um comando judicial objetivo e categórico – entendendo que a expressão "*que deixou de ganhar*" equivale à integralidade das comissões – e, num momento subsequente, afirmar que o aresto liquidando "*não impôs nem proibiu o referido abatimento, razão pela qual foi decidido no acórdão rescindendo que o TJSP [...] foi além do que poderia ao estabelecer 'redutor' não inserido na coisa julgada material*" (fl. 1.535).

57. Se não proibiu nem permitiu o abatimento, é evidente que não houve decisão sobre o tema, razão pela qual o tema não era objetivo e categórico, não havendo violência à coisa julgada quando o acórdão da liquidação retira os custos das comissões, em consonância com a pacífica jurisprudência do STJ que interpreta a definição de lucro.

58. A contradição em torno da coisa julgada é evidente. Uma hora se diz que ela é objetiva e categórica por ter decidido a questão e, em outra hora, se diz que ela não decidiu a questão.

59. Logo, a conclusão do acórdão rescindendo que afirma que houve ofensa ao art. 467 do CPC afronta literalmente o preceito legal, visto que não havia decisão, e se havia, consoante afirma a embargante no capítulo anterior deste recurso, ela era no sentido oposto de que os lucros cessantes correspondiam às comissões, eis que a indenização correspondia ao que as embargantes deixaram de lucrar.

60. O acórdão embargado, ao manter essa conclusão, incorre no mesmo vício do acórdão rescindendo, viabilizando a procedência desta ação rescisória por ofensa ao art. 485, incisos IV – ofender a coisa julgada – e V – violar literal disposição de lei –, ambos do CPC/73. (e-STJ fls. 1.558/1.559.)

O embargante afirma, também, que "o acórdão é claramente obscuro na medida em que reconhece que um julgado – o da fase de conhecimento do TJSP – não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidiu um tema, mas chancela a decisão de outro julgado – o acórdão proferido no REsp 1.232.637/SP pela Terceira Turma – que afirma ter existido violação à coisa julgada porque o tema fora decidido e era objetivo" (e-STJ fl. 1.559). Conclui nesse ponto que não caberia ao "acórdão embargado dizer que não havia decisão sobre como deveriam ser calculados os lucros cessantes – se com ou abatidos os custos – e chancelar a conclusão extraordinária, que fere toda a jurisprudência do STJ, a de que estes deveriam ser calculados computando inclusive os custos, os quais não correspondem a lucros. Para se chancelar essa conclusão extraordinária, é evidente que o acórdão embargado deveria identificar que ela fora, efetivamente, decidida na fase de conhecimento" (e-STJ fl. 1.560).

Igualmente sob a tese de haver omissão, assevera que "o acórdão embargado assentou ainda que dispositivos do Código Civil de 2002 são inaplicáveis ao presente caso para discutir a definição de lucros cessantes, tendo em vista que os fatos da causa originária e o próprio acórdão liquidando são contemporâneos ao Código Civil de 1916. Sendo assim, desconsiderou as alegações de ofensa art. 402 e 884 do CC/2002, aduzidas na inicial" (e-STJ fl. 1.560). Explica que:

68. Em relação ao art. 402 do CC, em que pese o equívoco material na indicação do número do artigo regente dos lucros cessantes, a omissão de apreciação da causa sob esse fundamento não se justifica, sendo contrária à pacífica jurisprudência do STJ. Nesse sentido, já decidiu a Corte que "não há, a rigor, nenhum óbice à referência a dispositivos do Código atualmente em vigor no julgamento de lides vinculadas ao CC/16, quando é patente a similitude existente entre os dispositivos atuais e os revogados. O próprio STJ vem, costumeiramente indicando as respectivas correspondências legislativas e seus acórdãos" (EDcl no REsp nº 1.110.417 – MA, Min. Relatora MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 03.8.2011 – grifo nosso).

69. Já no que diz respeito ao art. 884 do NCC, o acórdão foi omisso pois a corrente majoritária não observou que o enriquecimento sem causa ocorreu por força do acréscimo da condenação realizado pelo acórdão rescindendo, já prolatado após a edição do atual Código Civil (o julgamento ocorreu em 8.5.2012). A regra regente é, portanto, o Código de 2002, uma vez que o enriquecimento sem causa não foi provocado pela ruptura do contrato pela embargante, mas pelo próprio acórdão rescindendo, ao inserir quantia não postulada na inicial e não compreendida na condenação transitada em julgado.

70. Sendo assim, era imperativo que o acórdão embargado tivesse julgado a ação rescisória também sob o prisma da violação aos arts. 402 e 884 do CC/2002, não podendo omitir-se de apreciar tais ofensas, como o fez. (e-STJ fl. 1.561.)

Para efeito de prequestionamento, sustenta que "o art. 5º, XXXVI, da CF/88, conferiu *status* de garantia constitucional à coisa julgada. Uma decisão, como a embargada, que confere *status* de coisa julgada a questão que foi decidida de maneira distinta ou que, ao menos, não foi anteriormente resolvida, certamente ofende tal garantia, na medida em que confere a proteção constitucional a julgado que não reúne os requisitos para ter tamanha força" (e-STJ fls. 1.561/1.562). Cita julgado do STF a respeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da coisa julgada e afirma que "a alteração da conclusão do julgado é medida que se impõe também para evitar a consumação de violação do art. 5º, XXXVI, CF/88" (e-STJ fl. 1.562).

Por último, aponta contrariedade ao art. 5º, XXXVI, CF/88, tendo em vista que, "ao fixar os honorários advocatícios em 3% do valor da causa, num caso de improcedência de uma ação, o acórdão inequivocamente aplicou o art. 85, §§ 2º e 6º, do NCPC" (e-STJ fl. 1.562). Aduz que:

75. Ocorre que esta demanda foi ajuizada antes da vigência do novo CPC, sendo a fixação dos honorários em percentual da causa com base nos dispositivos acima evidente hipótese de eficácia retroativa mínima e média de legislação ordinária (efeitos futuros e pendentes de fatos passados), o que não é admitido pela pacífica jurisprudência do STF por violar o art. 5º, XXXVI, da CF/88. Nesse sentido: STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 25.6.1992, DJ 4.9.1992).

Nesse sentido, caso os demais pedidos arguidos nestes embargos sejam rejeitados requer-se seja examinada essa omissão e que os honorários sejam arbitrados se levando em conta os critérios do art. 20, § 4º, do CPC/73. (e-STJ fls. 1.562/1.563.)

A embargada MABISA apresentou impugnação, requerendo ao final a rejeição dos embargos de declaração, a majoração da verba honorária para 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §§ 2º, 6º e 11, do CPC/2015 e a aplicação da multa prevista no ar. 1.026, § 2º, do CPC/2015 (e-STJ fls. 1.568/1.580).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.524 - SP (2014/0337410-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
REVISOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
EMBARGANTE : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDEZ E OUTRO(S) - DF002192A
EMBARGADO : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
EMBARGADO : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
EMBARGADO : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES, OBSCURIDADES E CONTRADIÇÕES INEXISTENTES. LUCROS CESSANTES. COMISSÕES. ABATIMENTO DE CUSTOS NÃO ESTABELECIDO NA FASE DE CONHECIMENTO. COISA JULGADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver na decisão obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o art. 1.022 do CPC/2015.

2. No presente caso, não se constata os vícios alegados pelo embargante, que busca rediscutir matéria devidamente examinada pela decisão embargada, o que é incabível nos embargos declaratórios.

3. A pretensão do embargante no sentido de aplicar a norma do art. 20, § 4º, do CPC/1973 não merece acolhimento. Além de não apontar efetivo erro material, o que afasta o cabimento de embargos de declaração para rever os honorários, não atentou para o fato de que a importância fixada em 3% sobre o valor da causa, de qualquer forma, atende a regra do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

4. O pedido da embargada para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §§ 2º, 6º e 11, do CPC/2015, não deve ser conhecido, tendo em vista não ter apresentado recurso no momento próprio. Destaco que o acórdão embargado decidiu a matéria, não se confundindo com a hipótese em que o colegiado omite-se em arbitrar os honorários, o que – somente nesse caso – viabilizaria decisão de tal matéria até mesmo de ofício por ter natureza de ordem pública.

5. Embargos de declaração rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.524 - SP (2014/0337410-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
REVISOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
EMBARGANTE : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDEZ E OUTRO(S) - DF002192A
EMBARGADO : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
EMBARGADO : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
EMBARGADO : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): Os presentes embargos de declaração não merecem acolhimento.

Inicialmente, assevera o embargante ter havido omissão a respeito do acórdão da TERCEIRA TURMA que julgou os segundos embargos de declaração, opostos pela própria MABISA, o qual possui o seguinte teor, bastante singelo e sem nenhuma inovação:

Mabisa – Serviços Imobiliários Ltda. opôs novos embargos de declaração contra acórdão que rejeitou embargos de declaração anteriormente opostos por ela e pelo Banco de Crédito Nacional S.A. Alega que a elucidação feita pode ser entendida como de caráter infringente, excluindo os lucros que a embargante teria através da ALOMA.

Esse, o relatório.

Os embargos de declaração anteriores foram explicitamente rejeitados.

Ficou, assim, mantida a condenação no que a autora deixou de lucrar, diretamente ou através da ALOMA (item 18 da inicial), bem como os danos emergentes.

Basta que se leiam a súmula, a ementa e a conclusão do acórdão para que não possa ter dúvida.

Pelo exposto, rejeitam os embargos. (e-STJ fls. 146/147.)

Como se pode verificar, o referido acórdão menciona apenas que foi mantida a condenação "no que a autora deixou de lucrar, diretamente ou através da ALOMA (item 18 da inicial)". Nada foi decidido, de forma expressa, a respeito de eventuais abatimentos de custos para calcular os lucros cessantes. Tal aresto, portanto, é ainda menos explicativo do que o acórdão dos primeiros embargos de declaração – reproduzido no voto do julgado embargado (cf. e-STJ fl. 1.533) –, que tem o conteúdo seguinte:

A comissão que a autora alegou ter perdido, na apelação, é o lucro que se afirmou frustrado na inicial.

Explícito o acórdão quanto aos prejuízos, que devem ser apurados em execução (o que perdeu e o que deixou de ganhar – quase ao fim de fl. 850 –, relacionadas às perdas no primeiro parágrafo de fl. 850 – Tempo, material de propaganda, salários – e o que deixou de ganhar – comissões – na referência à não realização da segunda condição suspensiva por culpa dos réus remanescentes – essa condição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

era a ocorrência das vendas – fl. 233, no fim). (e-STJ fl. 143 – acórdão dos primeiros embargos de declaração – grifei.)

O que o embargante busca é, na verdade, reapreciar os temas enfrentados no acórdão embargado à luz de argumentação suplementar, invocando julgado irrelevante para esse fim, que não apresenta nenhuma inovação quanto à forma de calcular os lucros cessantes. Portanto, inexistente efetiva omissão nessa parte que deva ser sanada.

No que refere às contradições e à obscuridade apontadas nos aclaratórios (cf. fls. 1.555/1.560), todas dizem respeito a – supostos – vícios materiais entrelaçados, que podem ser resumidos assim:

45. O acórdão embargado é contraditório pois ao mesmo tempo em que afirma não ter havido decisão determinando ou proibindo o abatimento dos custos, chancela o acórdão rescindendo na parte em que diz que o seu abatimento feriu a coisa julgada, ou seja, adota a conclusão de que teria havido decisão (?!). (e-STJ fl. 1.556.)

53. A segunda contradição incorrida pelo acórdão embargado foi ter adotado a razão de decidir do acórdão rescindendo segundo a qual o título liquidando era "objetivo" e havia sanado a questão sobre quais eram os lucros cessantes e, ao mesmo tempo, ter dito que a necessidade de abater os referidos custos no cálculo dos lucros cessantes surgiu, apenas, no acórdão proferido na fase de liquidação. (e-STJ fl. 1.557.)

62. O acórdão embargado é claramente obscuro na medida em que reconhece que um julgado – o da fase de conhecimento do TJSP – não decidiu um tema, mas chancela a decisão de outro julgado – o acórdão proferido no REsp 1.232.637/SP pela Terceira Turma – que afirma ter existido violação à coisa julgada porque o tema fora decidido e era objetivo. (e-STJ fl. 1.559.)

Impressiona a desenvoltura com a qual o embargante, nessa parte, pretende tão somente provocar o rejugamento do recurso especial. Sob o argumento de haver contradições e obscuridade, utiliza inadequados silogismos, remonta o acórdão embargado e distorce a motivação do voto condutor do aresto. Para tanto, invoca pequenos trechos isolados do julgado e desconsidera todo o seu teor e as explicações nele apresentadas.

Com efeito, foi destacado que os arestos proferidos na fase de conhecimento (i) não fizeram menção "expressa" ao suposto abatimento – para proibi-lo ou para permiti-lo –, mas, (ii) objetivamente, relacionaram "o que deixou de ganhar" ao exato valor das "comissões". Em tal contexto é que se afirmou que a efetiva discussão a respeito do abatimento surgiu apenas na fase de liquidação. Por outro lado, adotando interpretação mais próxima da letra do julgado, não haveria como admitir a redução da importância devida mediante alteração de critério não imposto na fase de conhecimento, sob pena de violar a coisa julgada. Esse foi o raciocínio jurídico adotado no acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rescindendo e no ora embargado, contendo conclusões amparadas na lei processual à luz das referidas premissas. Se o embargante diverge de tal solução, os presentes embargos de declaração não constituem via adequada para esse fim. A propósito, confirmam-se as seguintes passagens do aresto embargado:

Posteriormente, ao indeferir liminarmente os embargos de divergência opostos ao acórdão ora rescindendo, conclui que a TERCEIRA TURMA, efetivamente, restringiu-se a interpretar o acórdão objeto da liquidação, proferido na instância ordinária, definindo o seu alcance quanto ao valor a ser indenizado a título de lucros cessantes. Confirmam-se as seguintes passagens da decisão monocrática, mantida pela SEGUNDA SEÇÃO no julgamento do agravo regimental, desprovido:

Observo, em primeiro lugar, que o em. Ministro MASSAMI UYEDA, Relator para acórdão, examinou e interpretou o texto do julgado exequendo, concluindo que o Tribunal de origem, na fase de execução, adotou critério que violava a coisa julgada, porque reduzia indevidamente o valor do quantum devido. Confirmam-se os termos do voto vencedor:

"Os elementos existentes nos autos dão conta de que MABISA SERVIÇOS IMOBILIÁRIOS LTDA., ora recorrente, moveu Ação de Indenização contra o GRUPO BCN, ora recorrido e interessados, sob o argumento que firmou protocolos com eles para a comercialização do empreendimento imobiliário em Brasília, Distrito Federal, mas que, no entanto, não se concretizou, o que teria ensejado prejuízos pela perda dos investimentos feitos (danos emergentes) e frustração dos ganhos (lucros cessantes) (fls. 64/80).

O MM. Juiz primevo extinguiu o feito, sem resolução de mérito (fls. 174/184), tendo essa sentença sido reformada em grau de apelação, que julgou procedente a ação, condenando os réus a indenizar a autora no que perdeu e no que deixou de ganhar no referido empreendimento, conforme fosse apurado em liquidação (fls. 186/198), decisão esta transitada em julgado.

Iniciada a liquidação (fls. 250/261), declarou-se provados os artigos de liquidação, determinando-se o pagamento da quantia de R\$51.670.008,84 (cinquenta e um milhões, seiscentos e setenta mil e oito reais e oitenta e quatro centavos) (fls. 3.553/3.559 e 3.563/3.564), valor este alterado em sede recursal, no qual apurou-se como devido R\$6.350.804,23 (seis milhões, trezentos e cinquenta mil, oitocentos e quatro reais e vinte e três centavos), a serem atualizados e acrescidos de juros de mora e honorários advocatícios (fls. 4.620/4.643, 4.674/4.682 e 4.701/4.703).

Contra esse acórdão MABISA SERVIÇOS IMOBILIÁRIOS LTDA. interpôs recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, em que se alegou violação dos artigos 130, 335, 467, 468, 471, 473, 474 e 475-G do Código de Processo Civil; 725, 403, 726 e 727 do Código Civil e 1.060 do Código Civil de 1.916.

Sustentou a recorrente, em síntese, violação à coisa julgada, pois o v. Acórdão recorrido introduziu na sentença liquidanda um redutor não contemplado pelo título judicial. Aduziu, também, que, se isso for admitido, o cálculo do lucro presumido ensejaria a reabertura da instrução processual, mediante perícia (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.706/4.723).

[...]

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia em estabelecer se houve violação à coisa julgada no momento da apuração do débito em sede de liquidação de sentença.

Ressalta-se, por oportuno, que a irresignação da recorrente centra-se aos cálculos referentes tão-somente aos lucros cessantes, não sendo objeto de julgamento os valores apurados a título de danos emergentes.

Data máxima venia à ilustre Relatora, compulsando-se os autos e pela leitura dos memoriais apresentados, ao Juízo deste Julgador, o provimento do Recurso Especial é de rigor.

Isso porque, seguindo-se a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, na fase de execução de sentença, é vedada a mudança do critério expressamente fixado na sentença exequenda transitada em julgado, devendo ser preservada a segurança jurídica e a imutabilidade do *decisum* (ut. REsp 1.038.493/MS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/09/2011; AgRg no REsp 1277089/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/02/2012 e AgRg no Ag 1413002/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 01/02/2012).

Todavia, o acórdão recorrido ao adotar o lucro presumido na apuração dos lucros cessantes, acabou por alterar o critério adotado pelo título judicial exequendo.

Com efeito.

O dispositivo transitado em julgado está assim redigido, no que interessa:

'Os réus remanescentes, todos envolvidos com o Banco de Crédito Nacional S/A, ao seduzirem a autora para um promissor negócio, para depois romperem unilateralmente o planejado, praticaram evidente ilícito civil (artigo 159, em combinação com o artigo 1.080, ambos do Código Civil). Devem, assim, indenizá-la do que perdeu e do que deixou de ganhar, conforme for apurado em liquidação (item 18 da inicial)

Pelo exposto, dão parcial provimento à apelação para, (...), julgar procedente a ação quantos aos demais réus, na forma supra, os quais pagarão as despesas processuais, (...).' (fls. 188/189).

Em sede de embargos de declaração, esclareceu-se, também no que importa ao julgamento da causa:

'A comissão que a autora alegou ter perdido, na apelação, é o lucro que se afirmou frustrado na inicial.

Explícito o acórdão quanto aos prejuízos, que devem ser apurados em execução (o que perdeu e o que deixou de ganhar - (...) - (...) - tempo, material de propaganda, salários - e o que deixou de ganhar - comissões - na referência à não realização da segunda condição suspensiva por culpa dos réus remanescentes - essa condição era a ocorrência das vendas - (...), no fim).' (fl. 203).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui-se, portanto, que, na fase de liquidação, dever-se-ia apurar: o que deixou de ganhar, consubstanciado nas comissões.

Não há como negar a objetividade do título liquidando.

[...]

A reprodução acima demonstra claramente que o acórdão embargado, representado pelo voto do em. Ministro MASSAMI UYEDA, julgou o caso concreto, com específicas peculiaridades inclusive no que tange às mencionadas comissões, examinando o conteúdo do julgado exequendo e dos fundamentos adotados nos respectivos embargos de declaração, concluindo que (i) o acórdão recorrido, do Tribunal *a quo*, "ao adotar o lucro presumido na apuração dos lucros cessantes, acabou por alterar o critério adotado pelo título judicial exequendo" (e-STJ fl. 4.816), (ii) "não se está diante de comando judicial equívoco e subjetivo, mas sim categórico e objetivo" (e-STJ fl. 4.817) e (iii) "impor redutores nos valores apurados a título de comissão, ou, da mesma forma, dar interpretação diversa ao termo '*que deixou de ganhar*' estabelecido pelo título judicial, implica na violação da coisa julgada" (e-STJ fl. 4.817).

Também os eminentes Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO (e-STJ fl. 4.818) e VILLAS BÔAS CUEVA (e-STJ fl. 4.819) apresentaram votos escritos, embora singelos, no sentido de afirmar que, "no caso", a adoção do redutor violou a coisa julgada.

[...] (Grifei.)

O em. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, em voto-vista proferido no julgamento dos embargos de divergência, igualmente ressaltou que "o voto condutor da maioria" – do acórdão então embargado –, "partindo da interpretação do título judicial exequendo, concluiu que houve **'mudança do critério expressamente fixado na sentença exequenda transitada em julgado'**" e que "a maioria formada naquela assentada considerou que **'não se está diante de comando judicial equívoco e subjetivo, mas sim categórico e objetivo'**" (e-STJ fl. 4.817), identificando, assim, **'flagrante violação à coisa julgada'** (e-STJ fl. 4.819)".

[...]

Quanto à suposta violação literal do art. 467 do CPC/1973 e à norma do art. 485, IV, do mesmo diploma, tais pontos não viabilizam o acolhimento da rescisória. Os acórdãos proferidos na fase de conhecimento não enfrentaram expressamente o tema pertinente à necessidade de abater das comissões os respectivos custos, para efeito da apuração do lucro cessante. A propósito, confirmam-se as seguintes passagens dos acórdãos da apelação e dos respectivos embargos de declaração:

Os réus remanescentes, todos envolvidos com o Banco de Crédito Nacional S/A, ao seduzirem a autora para um promissor negócio, para depois romperem unilateralmente o planejado, praticaram evidente ilícito civil (artigo 159, em combinação com o artigo 1.080, ambos do Código Civil). Devem, assim, indenizá-la do que perdeu e do que deixou de ganhar, conforme for apurado em liquidação (item 18 da inicial). (e-STJ fl. 129 – acórdão da apelação – grifei.)

A comissão que a autora alegou ter perdido, na apelação, é o lucro que se afirmou frustrado na inicial.

Explícito o acórdão quanto aos prejuízos, que devem ser apurados em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

execução (o que perdeu e o que deixou de ganhar – quase ao fim de fl. 850 –, relacionadas às perdas no primeiro parágrafo de fl. 850 – Tempo, material de propaganda, salários – e o que deixou de ganhar – comissões – na referência à não realização da segunda condição suspensiva por culpa dos réus remanescentes – essa condição era a ocorrência das vendas – fl. 233, no fim). (e-STJ fl. 143 – acórdão dos 1º embargos de declaração – grifei.)

A fundamentação adotada pela em. Ministra NANCY ANDRIGH, vencida no acórdão ora rescindendo, deixa claro que os julgados liquidando não apreciaram, expressamente, a suposta necessidade de abatimento de custos no cálculo dos lucros cessantes. Tal operação decorreria, na verdade, de princípios de ordem pública, da boa-fé, da função social dos contratos e do direito material pertinente, sendo oportuno reproduzir as seguintes trechos do voto de Sua Excelência:

Cinge-se a lide a determinar se, na hipótese específica dos autos, a exegese conferida pelo TJ/SP ao acórdão liquidando está correta e nos limites da coisa julgada, notadamente no que se refere à indenização por lucros cessantes.

[...]

Na ótica do Tribunal Estadual, também deveria ter sido incluído no cálculo as respectivas despesas operacionais que seriam suportadas pela recorrente para fazer jus às mencionadas comissões.

[...]

O deslinde da controvérsia, portanto, reside em buscar a interpretação que melhor reflita a condenação imposta pelo acórdão liquidando.

[...]

A esse esclarecimento inicial, acrescento outro, de que como o acórdão liquidando deriva de ação indenizatória por perdas e danos decorrentes de rescisão unilateral de acordo de vontades, sua exegese deve ser realizada à luz dos princípios contratuais da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário fiscalizar o conteúdo dos contratos, sempre atento ao fato de que nenhuma convenção deve prevalecer se contrariar preceitos de ordem pública, como a função social dos contratos, regra essa, inclusive, incorporada pelo CC/02 através de seu art. 2.035.

Nesse processo de monitoramento, a boa-fé objetiva desempenha papel crucial, na condição de cânone hermenêutico-integrativo, ensejando, como bem observa Judith Martins-Costa, uma melhor definição do “plano legal de ordenação do contrato”, norteador do julgador na subsunção dos fatos à norma (A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999, pp. 427-428).

[...]

Essas, portanto, são as premissas que nortearão a exegese do acórdão objeto de liquidação.

O Tribunal Estadual teve o cuidado de transcrever em sua decisão o trecho do acórdão liquidando que delimita a extensão da condenação imposta ao recorrido. De acordo com o referido acórdão, os prejuízos a serem indenizados compreendem “o que [a recorrente] perdeu e o que deixou de ganhar”, esclarecendo que as perdas (danos emergentes) corresponderiam ao “tempo, material de propaganda, salários” e o que se deixou de ganhar (lucros cessantes) seriam as “comissões” (fl. 4.627,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e-STJ).

[...]

Ocorre que, ao analisar a indenização fixada a título de danos emergentes, o TJ/SP ressalva que “nesta liquidação não há como deduzir, dos lucros cessantes apurados, os **gastos preliminares**, tidos na espécie por danos emergentes e que dizem respeito às despesas suportadas pela agravada para divulgação e promoção do empreendimento **até a ruptura do contrato mantido com os recorrentes**” (fl. 4.636, e-STJ) (sem grifos no original).

A fim de espantar qualquer dúvida quanto à exegese dada ao acórdão liquidando, o TJ/SP, em sede de embargos de declaração, esclarece que “o título judicial objeto de liquidação em nenhum ponto excluiu a possibilidade de serem considerados, na apuração dos possíveis lucros cessantes, os efetivos custos a eles vinculados, ainda mais em se cuidando de hipótese na qual também restou conferida ao autor indenização por danos emergentes, que na espécie corresponderam **apenas ao investimento prévio realizado pela autora**, inconfundíveis com as posteriores e igualmente possíveis despesas administrativas, operacionais e financeiras” (fls. 4.678/4.679, e-STJ) (sem grifos no original).

[...]

Quanto a isso, o Tribunal local bem destaca que seria “inadmissível deixar de considerar custos e despesas após o período pré-operacional, no cálculo dos lucros cessantes, pois seria impraticável a realização das vendas das unidades imobiliárias sem a existência de uma equipe dedicada às vendas e à administração do negócio” (fl. 4.638, e-STJ).

Ao contrário do que propõe a recorrente, não há como conceber que o acórdão liquidando tenha condenado o banco a indenizar o valor correspondente às comissões pela comercialização de unidades e cotas do empreendimento, acrescido dos custos que seriam incorridos para efetivação dessas vendas. Mostra-se no mínimo razoável – para não dizer óbvio – que o direito às comissões tenha como pressuposto as despesas operacionais a elas inerentes, como publicidade e mão de obra (corretores).

A interpretação pretendida pela recorrente não se coaduna aos princípios contratuais da função social, do equilíbrio e da boa-fé objetiva, que limitam o exercício dos direitos subjetivos que emanam do acordo de vontades sempre que se mostrarem abusivos ou excessivamente benéficos a uma das partes, de modo que cada um receba na proporção do que haja efetivamente contribuído.

[...]

No particular, tendo em vista os mencionados princípios, além da regra insculpida no art. 1.060 do CC/16 (incorporada ao art. 403 do CC/02), o recebimento da indenização por lucros cessantes, visando a compensar o que seria recebido pela recorrente a título de comissão, só faz sentido se forem descontados os gastos que ela suportaria para fazer jus a essa verba.

Dessarte, a exegese dada pelo TJ/SP ao acórdão liquidando se mostra perfeita, devendo ser integralmente mantida.

Acrescente-se, por oportuno, que a solução dada pelo TJ/SP não implicou violação da coisa julgada, mas mera exegese dos próprios termos do acórdão liquidando.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A redação do acórdão liquidando dá margem a duas interpretações juridicamente possíveis no que se refere à composição dos danos emergentes e dos lucros cessantes, cabendo ao Poder Judiciário dirimir a dúvida, elegendo aquela que guarda maior pertinência com o sistema jurídico, de acordo com os princípios aplicáveis à espécie, afastando a exegese que leve a resultados visivelmente contrários aos valores consagrados no ordenamento.

[...]

Assim, o que a recorrente denomina de “reductor” dos lucros cessantes – que estaria a ofender a coisa julgada – nada mais é do que o critério – **não determinado pelo acórdão liquidando** – eleito pelo TJ/SP para cálculo das despesas que a recorrente teria tido para fazer jus à comissão prevista no contrato, vale dizer, para que pudesse vender as unidades e cotas do empreendimento. (Grifei.)

Com efeito, a necessidade de abater os referidos custos no cálculo dos lucros cessantes surgiu, apenas, no acórdão proferido na fase de liquidação, reformado nesta Corte Superior, no acórdão ora rescindendo. Assim, seja para efeito de suposta contrariedade ao art. 467 seja para preenchimento do requisito do art. 485, IV, ambos do CPC/1973, não há falar que o aresto da TERCEIRA TURMA, no REsp n. 1.232.637/SP, deve ser rescindido por ter afrontado a coisa julgada decorrente do trânsito em julgado do acórdão liquidando, proferido na fase de conhecimento. Este, volto a dizer, não impôs nem proibiu o referido abatimento, razão pela qual foi decidido no acórdão rescindendo que o TJSP, na fase liquidatória, ao julgar agravo de instrumento, foi além do que poderia ao estabelecer “reductor” não inserido na coisa julgada material. (e-STJ fls. 1.529/1.535.)

Especificamente sobre os arts. 402 e 884 do CC/2002, a título de omissão, sustenta o embargante que a indicação de normas do Código em vigor ao invés de dispositivos do CC/1916 não prejudica a ação rescisória, sendo similar a disciplina dos dois diplomas. Além disso, a norma do art. 884 do CC/2002 seria a adequada para o presente caso, em que o enriquecimento sem causa decorreria do acórdão rescindendo, posterior ao CC/1916. No entanto, inexistente omissão no acórdão embargado sobre esses pontos, decididos fundamentadamente assim:

Sob esse prisma, limitando-se o acórdão rescindendo a decidir se a liquidação estava obedecendo aos critérios e à extensão do título judicial liquidando, revela-se inadequado invocar nesta instância superior, em ação rescisória, suposta afronta aos arts. 2º, 128, 293 e 460, *caput*, do CPC/1973, arts. 402 e 884 do CC/2002. Eventual julgamento além do pedido contido na inicial da indenizatória, equívoco na definição do que seriam lucros cessantes e enriquecimento vinculado a tais supostos vícios – se existissem – deveriam ser imputados ao acórdão proferido na fase de conhecimento, objeto da liquidação, que indicou os pedidos procedentes e definiu o lucro cessante, não ao acórdão do STJ.

Ademais, as normas do art. 402 do CC/2002, que insere os lucros cessantes nas perdas e danos indenizáveis, e do art. 884 do mesmo diploma, que disciplina o enriquecimento sem causa, nem mesmo são aplicáveis ao presente caso. Os fatos da causa originária e o próprio acórdão objeto da liquidação, proferido no longínquo ano de 1995, são anteriores ao CC/2002. Em tal contexto, cuidando-se de direitos materiais, a definição do lucro cessante e a verificação de suposto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enriquecimento sem causa deveriam ser apuradas à luz do CC/1916. Entretanto, a ação rescisória nem mesmo veicula alegação de ofensa a dispositivos do antigo Código. (e-STJ fl. 1.532.)

Ademais, as alegações vinculadas aos mencionados dispositivos do CC/2002 encontram-se superadas, tendo em vista que a preservação da coisa julgada no acórdão rescindendo impede o enfrentamento do direito material com o propósito de rediscutir como calcular os lucros cessantes e, apenas como consequência, aferir se houve ou não enriquecimento sem causa.

A respeito da suposta violação do art. 5º, XXXVI, da CF, descabe ser decidida nesta Corte Superior, mesmo para simples efeito de prequestionamento, tendo em vista que os acórdãos rescindendo e embargado cuidaram dos temas relativos ao cabimento da ação rescisória e à coisa julgada à luz das normas infraconstitucionais pertinentes. Nessa situação, em princípio, eventual ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF, seria meramente de forma reflexa.

Presume o embargante, por último, que a verba honorária foi arbitrada erroneamente com fundamento no art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC/2015. Argumenta que, ajuizada a rescisória na vigência do CPC/1973, tal diploma processual é que deveria ser aplicado, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVI, da CF. Pede, então, que os honorários sejam arbitrados levando em conta os critérios do art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Com efeito, acerca das verbas sucumbenciais, no voto condutor do aresto consta expressamente esta disposição:

Custas e honorários advocatícios, fixados em 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa, pelo autor. (e-STJ fl. 1.535).

Destaco que o valor da causa foi assim definido pela em. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI no julgamento da respectiva impugnação:

Em face do exposto, reconsidero a decisão agravada regimentalmente para estabelecer que o valor da causa corresponde à diferença entre o valor arbitrado para os lucros cessantes pela sentença de liquidação (restaurada pelo acórdão rescindendo, a saber, R\$ 20.112.100,54) e o valor definido pelo acórdão do TJ/SP que julgou o agravo de instrumento (R\$ 4.247.675, 63), o qual pretende o autor da ação rescisória restabelecer, com os juros de mora estabelecidos no título executivo, e correção monetária, esta desde maio de 2006 até a data do ajuizamento da inicial (15.12.2014). Essa diferença deverá ser complementada com depósito adicional no prazo de dez dias do trânsito em julgado do presente incidente. (e-STJ fl. 176 da Pet n. 10.873/SP, em apenso.)

Além de não apontar efetivo erro material, o que afasta o cabimento de embargos de declaração para rever os honorários, o embargante, sem dúvida, não atentou para o fato de que a importância fixada, de qualquer forma, atende perfeitamente à regra do art. 20, § 4º, do CPC/1973, que assim dispõe:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Grifei.)

Observado o princípio da equidade para o caso concreto, levando em consideração as alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo dispositivo, inexistirá óbice a que a verba honorária seja fixada em percentual sobre o valor da causa na hipótese de improcedência do pedido. Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes, v.g.:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE COBRANÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO E, DE PLANO, DEU PROVIMENTO AO RECLAMO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA INICIAL - IRRESIGNAÇÃO DOS DEMANDADOS.

[...]

3. Nas causas em que não houver condenação, como no caso *sub judice* - improcedência do pedido -, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, podendo o magistrado se valer tanto de percentuais sobre o valor da causa, como de valores fixos, não estando restrito aos limites previstos nos § 3º do artigo 20 do CPC/1973. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 313.887/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 16.3.2017.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONDOMÍNIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SOBRE O VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. VALOR ARBITRADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

[...]

5- Nas causas em que não houver condenação – como no particular – os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma equitativa pelo julgador, não ficando adstritos aos limites estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC/73. Nessas hipóteses, não há impedimento para que a fixação da verba honorária ocorra em percentual sobre o valor da causa.

6- O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (REsp n. 1.645.567/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 3.3.2017.)

AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO IMPROCEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Cumpre, por fim, consignar que "o julgador, na fixação dos honorários advocatícios com base na equidade (artigo 20, § 4º, do CPC), não está atrelado a nenhum percentual ou quantia certa, podendo valer-se de percentuais tanto sobre o valor da causa quanto sobre o da condenação, bem como fixar os honorários em montante determinado" (REsp 1484162/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/03/2015).

4. Agravos regimentais a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 757.149/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 17.12.2015.)

Quanto ao pedido da embargada MABISA, de que seja reformado o acórdão para majorar a verba honorária para 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, §§ 2º, 6º e 11, do CPC/2015, não comporta conhecimento. Isso porque, deixando de apresentar recurso relativamente ao mencionado valor, inviável formular tal requerimento apenas na impugnação aos embargos, em decorrência da preclusão. Destaco que o acórdão embargado decidiu a matéria, não se confundindo com a hipótese em que o colegiado omite-se em arbitrar os honorários, o que – somente nesse caso – viabilizaria decisão de tal matéria até mesmo de ofício, por ter natureza de ordem pública.

A multa postulada também não deve ser acolhida, tendo em vista que esses primeiros aclaratórios almejam, também, prequestionar dispositivo constitucional.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl na AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5.524 - SP (2014/0337410-0)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente, com a devida vênua do eminente Relator, penso que há, realmente, uma contradição que foi com razão arguida pela embargante.

Recordo a síntese da causa.

O acórdão rescindendo é da fase de liquidação.

A Terceira Turma, vencida a Relatora originária, Ministra Nancy Andrighi, pelo voto condutor do Ministro Massami Uyeda, deu provimento ao recurso especial para reformar o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou a liquidação sob um único fundamento: o acórdão que julgou a liquidação teria violado a coisa julgada no processo de conhecimento. Então, o único fundamento pelo qual foi provido o recurso especial foi violação à coisa julgada, ou seja, ao julgar a liquidação, violou-se algo que, na fase de conhecimento, fora decidido.

A ofensa ao dispositivo legal que rege a coisa julgada ocorre quando é aplicado indevidamente a esse dispositivo legal. Ou seja, não cabe recurso especial ou ação rescisória para reinterpretar o conteúdo da condenação imposta no acórdão recorrido ou no acórdão rescindendo. A Terceira Turma entendeu que, na fase de liquidação, houve violação à coisa julgada na fase de conhecimento e, só por isso, foi provido o recurso especial contra o acórdão na fase de liquidação. Houve uma divergência interna, porque a Relatora entendera que não havia violação à coisa julgada da fase de conhecimento.

Vejamos o que foi decidido na fase de conhecimento, para que se verifique se a Terceira Turma violou ou não o dispositivo legal regente da coisa julgada ao julgar esse recurso especial.

O que foi decidido no processo de conhecimento, transcrevo aqui do voto do Ministro Massami Uyeda:

"Os réus, todos envolvidos com Banco de Crédito Nacional, ao seduzirem a autora para um promissor negócio para depois romperem, unilateralmente, o planejado, praticaram evidente ilícito civil, art. 159 em combinação com o 1.080 do Código Civil. Devem, assim, indenizá-la do que perdeu e do que deixou de ganhar, conforma fora apurado em liquidação. Reporta-se ao item 18 da inicial, que pede isso: lucros cessantes, o que perdeu e o que deixou de ganhar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Então, foi isso que foi decidido na fase de conhecimento. O acórdão determinou: devem os réus indenizar a autora do que perdeu e do que deixou de ganhar, conforme apurado em liquidação.

A sentença de primeira instância havia julgado improcedente o pedido de lucros cessantes improcedentes, porque considerou que não foram comprovados. Quais eram os danos? O banco havia seduzido a autora com um negócio, que seria a construção de um empreendimento imobiliário hoteleiro às margens do Lago Paranoá.

A autora da ação não seria a construtora. Ela seria a empresa encarregada da publicidade, do *marketing* do negócio e depois, quando fosse construído o empreendimento hoteleiro, ela seria encarregada de intermediar a venda das unidades, *flats*. Era seria intermediadora da venda dessas unidades para os interessados em comprar esses apartamentos.

A sentença entendera que, como nem chegou a ser construído esse empreendimento, o banco desistiu antes, lucros cessantes não haveria, pois não havia nada a ser vendido, nenhum negócio imobiliário a ser intermediado. Para a sentença de primeira instância, não havia lucros cessantes. A autora não deixou de ganhar nada, porque ela só ganharia se houvesse algo a ser intermediado, a ser vendido. Isso foi a lógica da primeira instância.

O Tribunal de Justiça decidiu o contrário, reformou a sentença, estabelecendo: a autora só não lucrou ao vender os imóveis porque eles não foram construídos, mas não foram construídos por culpa do réu. A culpa foi do banco, que disse que ia concretizar o empreendimento hoteleiro e não o fez, desfez o negócio. Então, o banco tem que indenizar os lucros cessantes, vale dizer, indenizar a autora do que perdeu e do que deixou de ganhar, conforme apurado em liquidação.

Então, vieram embargos de declaração, ainda na fase de conhecimento, em que se alegava que ela não deixou de ganhar nada, pois se não havia imóveis, o que ela iria vender? Como ela iria intermediar a venda de algo que sequer fora construído?

Diante desses embargos de declaração, na fase de conhecimento, o Tribunal disse:

A comissão que a autora alegou ter perdido na apelação é o lucro que se afirmou frustrado na inicial. Explícito o acórdão quanto aos prejuízos que devem ser apurados em execução, o que perdeu e o que deixou de ganhar, tempo, material de propaganda, salários, e o que deixou de ganhar, comissões, na referência a não realização da segunda condição suspensiva por culpa do réu remanescente.

Essa condição era a ocorrência das vendas. Não vendeu por culpa do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

banco, que desistiu de construir empreendimento.

Houve, depois, os segundos embargos de declaração em que o Tribunal esclareceu: "Ficou mantida a condenação no que a autora deixou de lucrar, diretamente ou por intermédio da Aloma".

Então, foi isso é que transitou em julgado. Transitou em julgado que havia, sim, lucros cessantes. Mesmo que nunca tivesse sido construído empreendimento nenhum, a corretora perdeu a chance de vender algo que viria a ser construído, mas que isso era indenizável. A expectativa que ela tinha, de que quando fosse construído o empreendimento ela teria algo a intermediar e teria algo a vender, então, transitou em julgado, e isso não está em disputa, o dever de indenizar.

E o que ela deixou de ganhar? Como uma intermediadora de negócios, o que uma intermediadora de negócios ganha é comissão. E o acórdão esclareceu: "Perdeu, sim, ela deixou de ganhar as comissões". O que ela deixou de ganhar? As comissões. Só isso que foi decidido na fase de conhecimento.

Diante disso, houve uma perícia na fase de liquidação. O próprio acórdão disse o que ela deixou de ganhar: as comissões, conforme apurado em liquidação. Houve uma perícia, na perícia cujo resultado foi homologado em primeiro grau.

Contra essa sentença que homologou o valor desses lucros cessantes, julgando a apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo disse: "Há um reparo a fazer." A expressão lucro significa que o lucro não é a mesma coisa que faturamento. A empresa cujo negócio é intermediar a venda de centenas de imóveis vai ter que gastar alguma coisa para desenvolver sua atividade econômica. Ou seja, para se intermediar a venda de centenas de imóveis, terá que pagar pessoal, corretores, pagar tributos. Toda a atividade econômica tem um custo.

Como se tratava de atividade fictícia, porque não chegou sequer a ser construído o empreendimento cujas unidades seriam intermediadas, o Tribunal adotou como critério para calcular qual o custo o critério de lucro presumido da Receita Federal para atividade de intermediação de bens.

Diante disso, veio o recurso especial, no qual proferido o acórdão rescindendo, em que a Relatora, Ministra Nancy Andrighi, considerou que não havia violação à coisa julgada, que a coisa julgada determinava que fosse a autora indenizada aquilo que ela deixou de lucrar, que não era razoável que se entendesse que algum negócio fosse feito sem algum custo, ou seja, o faturamento bruto dessa empresa cujo negócio é intermediar imóveis é a comissão.

Afirmou a Ministra Nancy Andrighi

:

Tendo em vista a regra do art. 1.060 do Código de 1916,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incorporada pelo 403 do Código Civil, o recebimento da indenização por lucros cessantes, visando a compensar o que seria recebido pela recorrente a título de comissão, só faz sentido se forem descontados os gastos que ela suportaria para fazer jus a essa verba. Assim, o que a recorrente denomina redutor dos lucros cessantes, que estaria a ofender a coisa julgada, nada mais é do que o critério não determinado na fase de conhecimento], eleito pelo Tribunal de São Paulo para cálculo das despesas que a recorrente teria tido para fazer jus à comissão prevista no contrato, vale dizer, para que pudesse vender as unidades e cotas do empreendimento. .

Entendeu a Ministra Nancy Andrighi que isso não estava esclarecido na fase de conhecimento, era questão surgida na fase de liquidação, e que, portanto, não havia violação à coisa julgada. Não foi o que entendeu a maioria. A maioria entendeu que, quando o acórdão estabeleceu que o que a autora deixou de ganhar eram as comissões, as comissões eram as comissões brutas e, por isso, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo para entender que não se podia, na fase de liquidação, se considerar o custo da atividade que a empresa teria que desenvolver para vender esses imóveis.

Agora, chego ao ponto que interessa aos presentes embargos de declaração.

Em meu entendimento vencido, assim como no da Ministra Nancy Andrighi ao votar na 3ª Turma, não houve, na fase de liquidação, ofensa à coisa julgada formada na fase de conhecimento, precisamente porque no processo de conhecimento não havia sido decidido acerca dos custos para a venda dos imóveis, pressuposto para o recebimento das comissões

No processo de conhecimento apenas ficou estabelecido que o que a autora deixou de ganhar eram as comissões, ficando o valor da indenização relegado para cálculo na fase de liquidação. Não se decidiu, na fase de conhecimento, que os lucros cessantes corresponderiam ao valor bruto das comissões, sem levar em conta o que essa empresa teria que gastar em custos para efetivar a atividade de intermediação.

Por que penso que há uma contradição, *data maxima venia*, no voto do eminente Relator? Porque Sua Excelência afirma: "Com efeito, a necessidade de abater os referidos custos do cálculo dos lucros cessantes surgiu apenas no acórdão da fase de liquidação, reformado nesta Corte Superior no acórdão ora rescindendo. Assim, para o efeito de suposta contrariedade ao art. 467, para que seja preenchido o requisito do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 485, não há que falar que o acórdão da Terceira Turma deva ser rescindido por ter afrontado a coisa julgada decorrente do trânsito em julgado do acórdão liquidando na fase de conhecimento."

Ou seja, o processo, na fase de conhecimento, volto a dizer, não impôs nem proibiu o referido abatimento, razão pela qual foi decidido, no acórdão rescindendo, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, na fase liquidatória, ao julgar o agravo de instrumento, foi além do que poderia ao estabelecer o redutor não inserido na coisa julgada material.

Ora, se o eminente Relator reconhece que, na fase de conhecimento, não foi imposto e nem proibido o referido abatimento e estabelece, também, que a necessidade de considerar os custos só surgiu na fase de liquidação, isso é incompatível com a conclusão do acórdão rescindendo - fundamento do provimento do recurso especial - de que houvera uma violação à coisa julgada.

Com efeito, se não havia sido proferida decisão na fase de conhecimento acerca do abatimento ou não dos custos, se isso não havia sido nem permitido nem proibido na fase de conhecimento, isso significa que a Terceira Turma, equivocadamente, considerou que fora violada a coisa julgada quando o Tribunal de São Paulo fez algo que não fora ainda objeto de decisão, porque, realmente, a necessidade de considerar os custos só surgiu mesmo na fase de liquidação.

Por isso, é que não havia violação à coisa julgada, indevidamente aplicada pela Terceira Turma, ao dar provimento ao recurso especial, *data maxima venia*, e ao fazê-lo, ai sim, violando o dispositivo legal regente da coisa julgada.

Isso é reconhecido pelo eminente Relator, ao afirmar que essa necessidade de abater custos da atividade econômica só surgiu na fase de liquidação, e que o processo de conhecimento não impôs e nem proibiu o abatimento.

Portanto, peço vênias ao relator, para acolher os embargos de declaração, reconhecendo que houve realmente a contradição apontada e que a solução dessa contradição leva à procedência da ação rescisória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2014/0337410-0 PROCESSO ELETRÔNICO AR EDcl na 5.524 / SP

Números Origem: 2371702 23717026 2371702801 2841991 5169314000 5830019914040097

PAUTA: 13/12/2017

JULGADO: 13/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**

Revisor

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **SADY D'ASSUMPÇÃO TORRES FILHO**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

AUTOR : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
RÉU : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
RÉU : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
RÉU : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : BANCO ALVORADA S/A
ADVOGADOS : FLAVIO JAIME DE MORAES JARDIM E OUTRO(S) - DF017199
SÉRGIO BERMUDES E OUTRO(S) - DF002192A
EMBARGADO : MABISA SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : EROS ROBERTO GRAU E OUTRO(S) - SP015814
JOSÉ ROBERTO PIRAJÁ RAMOS NOVAES - SP146429
EMBARGADO : NOVOS HOTEIS DE BRASILIA SA
EMBARGADO : PARANOIA PARQUE EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignado pedido de preferência pelo embargante Banco Alvorada S/A, representado pelo Dr. Guilherme Silveira Coelho, e pela embargada Mabisa Serviços Imobiliários Ltda, representada pela Dra. Andrea Felici Viotto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO

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

A Seção, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidas as Sras. Maria Isabel Gallotti e Nancy Andrighi.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.