



Segunda Seção

AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.751-PR (2007/0087755-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Revisor: Ministro Marco Buzzi

Autor: Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr Raul Carneiro -
Hospital Pequeno Príncipe

Advogado: Luiz Carlos da Rocha e outro(s) - PR013832

Advogada: Denise Campos Fischer e outro(s) - DF031306

Réu: Wilson Ferro de Lara

Réu: Rosângela Gaspar Lara

Advogado: Pedro Henrique Xavier - PR006511

EMENTA

Ação rescisória. Ação de indenização por danos morais e materiais. Competência do STJ. Súmula n. 249/STF. Violação de literal disposição de lei. Não ocorrência. Violação dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973. Julgamento *extra petita*. Caracterização. Ausência. Utilização como sucedâneo recursal. Alegação de erro de fato. Nexo de causalidade entre o erro e a decisão. Necessidade. Não ocorrência. Morte da paciente. Responsabilidade do hospital.

1. O Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar a ação rescisória quando o órgão julgador adentra no mérito da questão federal controvertida no recurso especial.

2. A viabilidade da ação rescisória por ofensa a disposição de lei pressupõe violação frontal e direta da literalidade da norma jurídica.

3. Somente ocorre julgamento *extra petita* quando constatada discrepância entre o pedido, a causa de pedir e a prestação jurisdicional, o que, como bem decidido pelo acórdão rescindendo, não ocorreu na hipótese.

4. A sentença não extrapolou os limites da lide, tendo em vista se encontrar lastreada na causa de pedir suscitada na exordial, estando o conteúdo do provimento judicial compatível com o pedido formulado

na inicial, qual seja, a condenação do hospital por má prestação do serviço contratado.

5. A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível, excepcionalmente, somente nos casos em que flagrante a transgressão da lei.

6. O erro de fato apto a embasar a ação rescisória deve apresentar nexo de causalidade com a decisão rescindenda, isto é, ter influenciado no julgamento do feito.

7. Ação rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos dos votos do Srs. Ministros Relator e Revisor. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (Revisor), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 27 de março de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 8.4.2019

VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *ação rescisória*, aforada por *Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro - Hospital Pequeno Príncipe*, com fundamento no art. 485, V e IX, do CPC/73, em que se alega violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303, 321, 420, 436 e 437, todos do Código de Processo Civil de 1973; 5º, LV, da Constituição Federal, bem como na existência de erro de fato.

A pretensão dirige-se à desconstituição de acórdão da Egrégia Quarta Turma, prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, assim ementado (fl. 694/701):

Agravo em agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial.

Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo.

Da demanda originária:

Na origem, Wilson Ferro de Lara e Rosângela Gaspar Lara ajuizaram, em face da ora requerente, ação de indenização por danos morais e materiais em decorrência de atos ilícitos que teriam causado a morte de sua filha, Cláudia Renata de Lara, então com 13 (treze) anos de idade, quando a mesma estava internada em Unidade de Tratamento Intensivo do Hospital Pequeno Príncipe. Nesse contexto, aduziram, em resumo, que “(...) passavam temporada na praia quando sua filha, Cláudia Renata de Lira, passou a apresentar inesperadamente quadro febril; que em razão disso encaminharam-na ao Hospital local; que ela foi atendida pelo plantonista que suspeitou de infecção urinária, embora se mostrasse sério indício de se tratar de diabetes *melitus*; que foi solicitada vaga no Hospital Pequeno Príncipe, ocorrendo o atendimento pela pediatra de plantão, tendo esta solicitado internamento na UTI Pediátrica; no dia 7 de janeiro, que se constatou que a menina sofria de diabetes *melitus*, embora não tivesse sido consultada uma endocrinologista; na madrugada do dia 9 de janeiro, a intensivista, após receber os exames coletados às vinte horas do dia anterior e passar a controlar os níveis de glicose, utilizando o método Advantage, decidiu administrar insulina; que essa injeção foi aplicada às duas horas da manhã, quando Cláudia Renata estava lúcida; que minutos depois começou a se queixar de falta de ar, sentindo-se sufocada, tendo sido entubada e ventilada manualmente; que a intensivista considerou a possibilidade de anafilaxia e solicitou fosse providenciadas adrenalina e hidrocortisona; que antes dos medicamentos serem obtidos e administrados a paciente sofreu uma parada cardíaca que se tornou definitiva; que o réu agiu com negligência em relação à avaliação do tratamento a ser dispensado e que sofreram danos materiais e morais.” (fls. 61/91)

Em sua contestação, o Hospital Pequeno Príncipe aduziu, em síntese, que “(...) quando da entrada da paciente no hospital foram colhidos todos os exames possíveis e necessários; que se a doença tivesse sido percebida antes a sorte da criança seria outra; que, em momento algum, a dose de insulina aplicada não foi a recomenda, o que descarta a ocorrência de anafilaxia; que a UTI possuía todas as drogas para reversão do quadro, não se podendo dizer que a evolução se deu por falta de tais drogas; que não agiu com culpa, não podendo ser responsabilizada, e que o caso é de improcedência do pleito inicial.” (fls. 173/181)

O togado de origem, em novembro de 2000, julgou *parcialmente* procedente a demanda e, por conseguinte, condenou o réu (...) ao pagamento das quantias pagas para o funeral, que totalizaram R\$ 2.262,46 e os exames após o falecimento de Cláudia Renata, na quantia de R\$ 1.500,00, corrigidas monetariamente a partir da data da citação, incidindo-se juros de 0,5% ao mês, corrigido pelo INPC, a contar da mesma data (...), Da mesma forma, condeno a requerida ao pagamento de R\$ 30.200,00 a título de danos morais, quantia esta a ser devidamente atualizada, nos moldes antes consignados.”

A sentença foi reformada pelo Tribunal de origem, em sede de apelação, por maioria de votos, para afastar a culpa do hospital pelo evento danoso. (fls. 430/458) Opostos embargos infringentes (fls. 484/504), esses foram acolhidos, por maioria de votos, de modo a restabelecer a sentença. (fls. 549/584)

Daí a interposição de recurso especial (fls. 604/621), fundamentado nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, no qual o Hospital Pequeno Príncipe alegou violação dos artigos 128, 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303, 321, 530 e 535, II, do CPC/73. Preliminarmente, suscitou negativa de prestação jurisdicional. Aduziu, outrossim, que (...) houve acompanhamento do serviço de endocrinologia e que todos os medicamentos necessários ao tratamento estavam disponíveis e a falta dos mesmos (não configurada) não influenciaria no trágico desfecho.” Ao final, pediu o provimento do apelo nobre e, por conseguinte, a improcedência dos pedidos iniciais. (fls. 604/621)

O apelo nobre não foi admitido na origem (fls. 674/676), razão pela qual adveio o Agravo de Instrumento n. 747.253/PR que, após devida distribuição ao e. Min. Cesar Asfor Rocha, este foi *improvido* em razão dos seguintes fundamentos: *i*) inexistência de violação ao art. 535, II, do CPC/73; *ii*) incidência, na hipótese, dos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF; *iii*) ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial.

Interposto agravo regimental, o r. *decisum* foi mantido em julgamento colegiado proferido pela eg. Quarta Turma, nos termos da ementa supramencionada. (fls. 694/701)

O v. acórdão rescindendo *transitou em julgado* em 29/8/2006 (fl. 759).

Da ação rescisória:

O autor, com fundamento no art. 485, V e IX, do CPC, em que se alega violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303,

321, 420, 436 e 437, todos do Código de Processo Civil de 1973; 5º, LV, da Constituição Federal, pede a rescisão do v. acórdão ora impugnado.

Aduz, em resumo: *i)* há vício de julgamento *extra petita* em razão de alteração da causa de pedir no curso da demanda; *ii)* o Tribunal de origem deixou de observar o limite devolutivo dos embargos infringentes, proferindo decisão com fundamento em questão que não foi objeto de divergência; *iii)* erro de fato, consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

O depósito prévio (art. 488, inciso II, do CPC/1973) está juntado à fl. 55 e o pedido de tutela antecipada foi indeferido pelo e. Min. Ari Pargendler às fls. 712, cujo *decisum* foi mantido, em sede de agravo regimental, pela eg. Segunda Seção (fls. 794/799).

O pedido de assistência judiciária gratuita foi indeferido às fls. 940/944.

Os réus apresentaram contestação, oportunidade em que alegaram: *i)* incompetência do STJ para apreciar o pedido rescisório; *ii)* inépcia da petição inicial; *iii)* pretensão do autor de conferir caráter recursal ao presente instrumento jurídico. Pediram, assim, o indeferimento liminar ou, pelo princípio da eventualidade, seja julgada improcedente a presente ação rescisória. (fls. 765/791)

Resposta à contestação apresentada às fls. 812/821, as razões finais foram juntadas às fls. 866/876 e 877/888, de modo que os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, o qual opinou pelo indeferimento da petição inicial, em parecer assim ementado:

- Ação rescisória fundada no art. 485, V e IX, do CPC/1973.
- Descabe ação rescisória ante o não preenchimento dos requisitos impostos pelo art. 485, do CPC/1973, mais especificamente a existência de decisão que tenha examinado o mérito da controvérsia. Precedentes do STJ.
- Parecer pelo indeferimento da inicial da presente ação rescisória, extinguindo-se o respectivo processo, sem resolução de mérito.

O feito foi processado pelo eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator, sendo enviado a este subscritor para indicação de dia para julgamento, nos termos do art. 237 do RISTJ.

É o relatório.

O pleito rescisório *não* merece ser acolhido.

Ab initio, passa-se ao exame da competência deste Superior Tribunal de Justiça para apreciar a presente ação rescisória, bem como quanto à preliminar suscitada pelos réus acerca da inépcia da petição inicial.

1. Das Preliminares:

1.1. Do conhecimento da presente ação rescisória - exame de mérito das questões processuais subjacentes: competência do STJ para processar e julgar o pedido rescisório.

Acompanha-se o e. Ministro Relator quanto ao conhecimento da presente ação rescisória.

O v. acórdão rescindendo, prolatado no Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, pela egrégia Quarta Turma, analisou o mérito da questão processual devolvida pelo recurso especial, o que atrai a competência deste Tribunal Superior para a análise da presente ação rescisória.

Verifica-se, da acurada leitura dos autos, que a tese central contida no recurso especial - alegação de vício de julgamento *extra petita* em razão da alteração da causa de pedir - foi devidamente enfrentada pelo aresto hostilizado, embora, é certo, a conclusão a que chegou a eg. Quarta Turma não tenha sido, de fato, favorável ao ora requerente.

Por oportuno, retira-se trecho específico do v. acórdão rescindendo:

(...) No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:

“No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênia *para transcrevê-las*:

‘Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da

dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198)."

(...)

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da "causa petendi", até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.

Dessa forma, observando-se o acórdão rescindendo - a despeito da negativa de provimento ao recurso especial - está absolutamente evidenciado que a egrégia Quarta Turma adentrou e examinou o mérito recursal do apelo nobre e, nessa oportunidade, com fundamentação adequada e pertinente ao caso *sub judice*, reputou correta a solução jurídica adotada pelo Tribunal *a quo*.

Assim, na hipótese dos autos, tendo em conta que o mérito da questão federal suscitada foi devidamente enfrentado pelo eg. órgão colegiado, mister reconhecer a instauração da competência do STJ para processar e julgar a presente ação rescisória, destinada a desconstituir acórdão desta Corte que, em decisão final, julgou a controvérsia subjacente à pleito rescisório. Nesse sentido, são os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

Ação rescisória. Processual Civil e Administrativo. *Decisão* do relator que apreciou o mérito da causa. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Servidor público federal. Resíduo de 3,17%. Concessão. Arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/94. Precedentes.

1. (...) se o mérito da questão federal tratada tiver sido examinado pelo Ministro Relator no julgado monocrático que se pretende desconstituir, evidencia-se a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória.

Aplicação do raciocínio expendido na Súmula 249 da Suprema Corte.

Precedentes.

(...)

3. Pedido julgado improcedente.

(AR 1.597/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 03/09/2007 p. 118).

E ainda: AgRg no REsp 1.064.424/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14/04/2010.

1.2. Da inépcia da petição inicial. Inocorrência. Narração suficiente dos fatos atinentes ao conhecimento do pedido rescisório – Jurisprudência pacífica do STJ.

Quanto ao ponto, ressalte-se que a jurisprudência desta Corte entende ser “Inviável a alegação de inépcia da petição inicial se fornecidos satisfatoriamente os elementos necessários para a formação da lide, com a narração devida dos fatos, possibilitando-se a compreensão da causa de pedir, do pedido e do respectivo fundamento jurídico.” (AgRg no AREsp 659.020/BA, Rel. Ministro **Ricardo Villas Bôas Cueva**, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 06/08/2015).

No mesmo sentido, veja-se:

Processual Civil e Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Decadência e prescrição. Impossibilidade de análise. Reexame de conteúdo fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

[...]

2. Não pode ser considerada inepta a petição inicial que narra de forma lógica a causa de pedir e os pedidos, e não contém nenhum dos vícios previstos no parágrafo único do art. 295 do CPC/1973.

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 219.058/MS, Rel. Ministro **Antonio Carlos Ferreira**, Quarta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 12/03/2018)

E ainda: AgRg na AR 5.604/MS, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 16/09/2015; AgRg na AR 5.526/MS, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 15/06/2015; EDcl na AR 5.282/MG, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 22/10/2014.

Com esse norte hermenêutico, observa-se que, na hipótese dos autos, o autor, em sua peça exordial, narrou adequada e suficientemente, as questões de fato e de direito que, na sua compreensão, justificam o acolhimento do pleito rescisório, notadamente, acerca da existência de julgamento *extra petita*, de modo a possibilitar aos réus, o exercício adequado ao contraditório (fls. 765/791), permitindo-se, com efeito, a aferição do mérito da controvérsia por meio dos documentos acostados aos autos, sendo de rigor, assim, seja superada a preliminar de inépcia da petição inicial.

2. Do Mérito:

2.1. *Da alegada ofensa literal aos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do Código de Processo Civil de 1973. Inexistência de alteração da causa de pedir.*

A fim de embasar seu pedido, alega o autor violação literal aos arts. 128, 130, 264, 282, III, 295, I e parágrafo único; 303, 321, e 460, do Código de Processo Civil de 1973.

Aduz, em resumo, que: *i)* há vício de julgamento *extra petita* em razão de alteração da causa de pedir no curso da demanda; *ii)* o Tribunal de origem não observou o limite devolutivo dos embargos infringentes; *iii)* o erro de fato está consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

De início, cumpre gizar que a ação rescisória - como ação autônoma de impugnação - é medida *excepcional*, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/73 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), em razão da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica.

A propósito, nessa compreensão, confira-se os estudos doutrinários de **BARBOSA MOREIRA**, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense. 23ª ed., p. 109; **MEDINA**, José Miguel Garcia e **WAMBIER**, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. São Paulo: RT. 2008, p. 496; **RIZZI**, Sérgio. Ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, n. 96, p. 176 e **CÂMARA**, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. II, p. 19.

Nesse contexto, a letra do art. 485, V, do CPC/73 estabelece que "(...) A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando (...) violar a literal disposição de lei." Ao realizar comentários acerca de tal dispositivo, **Flávio Luiz Yarshell** afirma que "Quando este fala em violação a 'literal' disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmado o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito" (In. Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório p. 323).

Na mesma linha de pensamento, lecionam **Nelson Nery Junior** e **Rosa Maria de Andrade Nery**, a ação rescisória é mecanismo de *exceção* no sistema

jurídico, “porque seu objetivo é apagar do mundo jurídico a decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada, em aparente ofensa à CF 5º, XXXVI. Sendo instrumento de exceção, não pode ser utilizado indiscriminadamente bem ampliativamente, fora dos casos expressos e enunciados em *numerus clausus* pelo CPC.” (In. Comentários ao Código de Processo Civil Novo CPC - Lei 13.105/2015, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.919).

Dessa forma, para a hipótese inserta no art. 485, V, do CPC/73 (correspondente ao art. 966, V, do CPC/2015), a petição inicial da ação rescisória exige a narrativa da violação manifesta de norma jurídica, *o que significa dizer que a afronta deve ser*: *i*) direta, frontal, contrária à própria regra legal, não por *error in iudicando* decorrente de não correspondência dos fatos às *fattispecie* abstratas da norma, ou seja, por “*má apreciação da prova*”, “*injustiça*” ou “*errônea interpretação dos fatos*” (ut. AgInt no REsp 1.341.284/BA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 17/09/2018), situações que não permitem a rediscussão da causa na via rescisória; *ii*) ao *ius in thesi e in concreto*, não ao *ius in hypothesis* nem *in abstracto* (In. Pontes de Miranda, Comentários ao CPC, Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 338), isto é, a violação deve atingir a própria regra de direito em seus pressupostos subjetivos e objetivos; *iii*) de direito pronunciado na r. decisão rescindenda, vale dizer que se o “acórdão rescindendo não se pronunciou sobre a norma legal tida por contrariada, é inviável a ação que se funda na hipótese de ofensa a literal disposição de lei” (ut. AR 1.668/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/10/2009, com destaque ao precedente na AR 1.752-AgR/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.05.2005); *iv*) evidente, clara, cristalina, indubitosa, à letra da lei” (ut. AR 991-PB, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 98/982), verificável, de modo especial, no termômetro do assentado entendimento jurisprudencial; *v*) incontroversa, ou seja, não resultante de interpretação divergente ou controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF); *vi*) aberrante, resultante de interpretação e aplicação *teratológica*, em patente contraste com a regra legal, em sua literalidade, pois se “se elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar” (ut. AgRg no Ag 470.388/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 18/12/2006).

Com esse norte hermenêutico e jurisprudencial, na hipótese dos autos, sustenta o autor violação literal dos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do CPC/73, ao fundamento da existência de modificação da causa de pedir no curso da demanda.

Quanto ao ponto, ressaí que as instâncias ordinárias, ao examinarem o objeto da delicada controvérsia, não extrapolaram os limites da lide porquanto fundamentaram suas conclusões - a despeito de contrárias aos interesses do autor - na causa de pedir suscitada na petição inicial - negligência do hospital - de modo que o conteúdo do provimento judicial definitivo - comprovação do caráter ilícito na conduta do nosocômio - é absolutamente compatível com o pedido formulado na exordial, não havendo se falar, pois, em modificação da *causa petendi*.

Nesse contexto, é importante destacar: *i)* a inicial tinha por objetivo imputar ao hospital conduta negligente, consubstanciada na alegação de que: *i.i)* faltou acompanhamento, na UTI pediátrica, de especialista em endocrinologia, a fim de examinar a adequada posologia de insulina em paciente diagnosticada com diabetes *mellitus*; *i.ii)* ausência de medicamentos aptos à reversão do quadro emergencial de insuficiência respiratória da criança; *ii)* durante a instrução processual, houve a inversão do ônus da prova (fl. 269), de modo que, ao hospital, se impôs a demonstração da negativa do dano e da adoção de todas as diligências necessárias ao pronto e correto atendimento da paciente; *iii)* a prova pericial produzida - apesar de concluir que a causa da morte da criança não foi a ausência de endocrinologista na UTI, bem como dos medicamentos necessários à crítica situação da paciente - foi examinada pelo r. juízo *a quo* que, no entanto, se apoiou em outros elementos de prova carreados aos autos, notadamente, a demonstração de que não houve a adequada e necessária aferição da pressão arterial da criança, além do que a médica plantonista olvidou-se, por longo período de tempo (mais de 12 horas) de avaliar a discrepância de valores obtidos por exames laboratoriais relativos ao índice glicêmico da paciente que, repita-se, encontrava-se internada em Unidade Terapia Intensiva, motivo pelo qual, segundo lê-se da sentença "(...) a polêmica havida em relação à ausência de medição da pressão arterial dá conta de não ter sido determinante da morte, eis que o expert consignou que a não verificação da pressão arterial caracteriza negligência, embora não tenha este ato causado a morte da paciente (fls. 241). Ocorre, entretanto, que a falta do acompanhamento da pressão arterial revela descaso para com o paciente, máxime numa Unidade de Terapia Intensivo, onde a leitura do próprio nome revela o cuidado e a assistência que necessitam os pacientes que nela se encontram." (fls. 347/353).

Com efeito, ressalta-se que a ausência de endocrinologista na UTI, apesar de não ser considerada, por si só, a *causa mortis* da paciente, inegavelmente acrescentou mais um elemento de risco à sua vida porquanto, consoante a prova

dos autos, a dose de insulina não foi avaliada por profissional especializado, sendo possível inferir, dessa forma, que se o seu estado clínico tivesse sido valorado adequadamente, o resultado, certamente, poderia ser outro, quem sabe, evitando-se, o trágico desfecho, circunstância apta, de fato, a caracterizar a conduta negligente do hospital, ensejando-se, assim, a necessária e devida reparação civil.

Além disso, não cabe exigir do autor - leigo em tema relacionado aos conceitos da medicina - o detalhamento preciso e específico acerca dos procedimentos médicos adotados para aferir eventual responsabilidade civil do hospital, de modo que, tratando-se de relação de consumo (ut. AgInt no REsp 1.224.538/CE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 21/08/2017; AgRg no AREsp 768.239/MT, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 24/02/2016), a redação do art. 6º, VIII, do CDC, permite ao juiz a inversão do ônus da prova, a fim de possibilitar/imputar a quem possuir melhores condições técnicas, a responsabilidade pela demonstração do fato desconstitutivo do direito alegado pelo autor.

Nesse contexto, a hipótese dos autos revela ter sido imputada ao ora autor a responsabilidade pelo ônus da prova (fl. 269), exigindo-se deste a demonstração da correção do tratamento dispensado à criança, circunstância que, infelizmente, em razão da produção probatória carreada aos autos, deixou de ser adequadamente comprovada, não havendo se falar, portanto, em modificação da causa de pedir que, registra-se, continuou a mesma, qual seja, a demonstração da negligência do hospital no atendimento da criança que veio a falecer em sua Unidade de Terapia Intensiva. Não se modificou a causa de pedir. Na verdade, as provas técnicas periciais é que demonstraram a negligência do hospital e, por conseguinte, sua responsabilidade civil, em harmonia com o pedido contido na petição inicial.

Diante desse quadro, não se identifica julgamento *extra petita* quando o órgão julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pelas partes (causa de pedir remota), de modo a vigorar, nessas hipóteses, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada nos enunciados da Súmula n. 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos *iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus*. Confirma-se os precedentes:

Recurso especial. Ação de reintegração de posse de imóvel cedido em comodato por prazo determinado (cem anos). Notificação extrajudicial do

comodatário sobre o desinteresse do comodante em manter a avença, por quebra de confiança e/ou desvio de finalidade. Posse precária. Esbulho configurado.

1. À luz dos artigos 128 e 460 do CPC de 1973, o vício de julgamento *extra petita* não se vislumbra na hipótese em que o magistrado, adstrito às circunstâncias fáticas (causa de pedir remota) e ao pedido constantes nos autos, procede à subsunção normativa com amparo em fundamentos jurídicos diversos dos esposados pelo autor e refutados pelo réu.

REsp 1.327.627/RS, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, DJe 1º/12/2016.

Processo Civil. Agravo de instrumento. Causa de pedir próxima e remota. Indicação de dispositivo legal. Jura novit cura.

I - Nos termos do artigo 524, I, do Código de Processo Civil o agravante deve trazer a “exposição do fato e do direito”.

II - A expressão “exposição do direito” constante da norma não pode ser interpretada de modo a se exigir que o recorrente indique, de forma absoluta, os artigos de lei em que amparada a sua pretensão.

Isso porque a exigência legal deve conviver com o princípio identificado pelos brocardos *iura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi jus*.

REsp 818.738/PB, Rel. Ministro **Sidnei Beneti**, Terceira Turma, DJe 16/11/2010.

Recursos especiais. Direito Civil, Processual Civil e Autoral. Qualificação jurídica dos fatos. Liberdade do julgador. Caráter personalíssimo do direito autoral. Contrato de edição. Cláusula de exclusividade. Objeto contratado. Princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Sociedade despersonalizada não caracterizada. Má-fé. Impossibilidade de presunção.

1. Cuida-se, na origem, de ação declaratória de direito de exclusividade de edição combinada com obrigação de não fazer e indenização por perdas e danos.

2. O magistrado possui liberdade para qualificar juridicamente os fatos narrados pelas partes em observância ao princípio da *mihi factum, dabo tibi jus*.

3. O direito autoral é considerado como personalíssimo e possui proteção constitucional (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, alíneas “a” e “b”, da CF/1988), reconhecida a exclusividade dos direitos dos autores em relação a suas obras.

4. O objeto de proteção do direito autoral é a criação ou a obra intelectual e não a ideia em si mesma.

5. A dimensão patrimonial do direito do autor confere a possibilidade de se auferir vantagem econômica com a utilização da obra por ele criada conforme disposto em contrato escrito e cuja interpretação deverá ser restritiva nos termos da legislação de regência.

6. O princípio da relatividade dos efeitos do contrato determina que as consequências jurídicas da relação contratual restringem-se às partes que o concluíram.

7. Um projeto familiar de viagem ao redor do mundo a bordo de um veleiro não presume, sem prova específica, a existência de uma sociedade familiar despersonificada.

8. Ausente a expressa cessão do direito do autor, não pode terceiro dispor de direito autoral de outrem, não sendo possível ser considerado convencionado o que não constou expressamente no contrato de edição.

9. A conclusão da prova técnica - de que os livros de autoria de marido e esposa são obras diversas - descaracteriza o descumprimento da cláusula contratual de exclusividade firmada por apenas um deles.

10. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. O reconhecimento da má-fé exige prova de sua existência, o que não ocorreu no caso dos autos.

11. Recurso especial de Wilfredo Schürmann e outros parcialmente provido para reconhecer a ausência de violação contratual; recurso especial de Editora Grupo 1 LTDA prejudicado e recurso especial de Distribuidora Record de Serviços de Imprensa S.A. parcialmente conhecido e não provido.

REsp 1.546.140/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 28/03/2016. (grifos nossos)

Processual Civil. Agravo regimental. Acórdão recorrido que decide nos limites do pedido e da matéria devolvida ao tribunal. Inexistência de julgamento *extra petita*. Apreciação das questões dentro dos parâmetros da legalidade e do bom senso. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento ao entendimento de que não ocorreu julgamento *extra petita*.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que:

- Em tendo sido a lide decidida nos limites em que foi proposta, não há falar em ocorrência de julgamento *extra petita*. Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato qualificação jurídica diversa da originalmente atribuída. Da *mihi factum, dabo tibi jus* (REsp 496.814/PE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 01/07/2005).

- Decisão *extra petita* é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, como v.g., quando o acórdão confere pedido diverso ou baseia-se em *causa petendi* não eleita. Com efeito, não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base (REsp 551.959/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 06/06/2005).

3. Inexiste julgamento *extra petita* quando a questão posta nos autos, referente ao acórdão *a quo*, foi devidamente apreciada e julgada dentro do que realmente pleiteado pelo autor. A motivação da decisão judicial deve guardar congruência com o pedido formulado na inicial, ainda que de forma concisa, de modo que o Juiz decida a lide nos limites em que foi proposta.

4. Decisão recorrida que apreciou a questão dentro dos parâmetros da legalidade e do bom senso, não incorrendo, assim, em mácula à legislação processual vigente.

5. O simples fato de o Tribunal *a quo* ter adequado a decisão por ele proferida não é motivo para se alegar julgamento *extra petita*.

6. Agravo regimental não-provido.

AgRg no Ag 751.828/RS, Rel. Min. José Delgado, DJe de 26/06/2006.

A propósito e para corroborar esse entendimento, registra-se passagem do voto proferido pelo o. e. Min. Herman Benjamin, na Corte Especial (ut. AgInt no EREsp 987.196, DJe de 23/10/2017), onde sua Excelência teve a oportunidade de sustentar que “não ocorre julgamento *extra petita* se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. Além do mais, o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*”. Na mesma linha, veja-se: AgInt no AREsp 567.850/SP, *desta Relatoria*, DJe de 10/09/2018; AgRg no REsp 416.937/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28/04/2011; REsp 1.170.459/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 20/08/2010)

Com efeito, consoante fundamentação supramencionada, não merece prosperar a alegada ofensa literal aos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460, todos do Código de Processo Civil de 1973, porquanto as instâncias ordinárias e o v. acórdão rescindendo, ao examinarem a controvérsia, não extrapolaram os limites cognitivos da lide, de modo que a responsabilidade do ora autor encontra-se fundamentada na causa de pedir suscitada na petição inicial e está coerente com o conteúdo do provimento jurisdicional exarado.

2.2. Da alegação de violação literal aos artigos 436 e 530, do Código de Processo Civil de 1973. Inexistência.

Aduz o autor que a divergência entre o voto vencedor e o vencido no julgamento da apelação teria sido de natureza parcial e, portanto, não daria ensejo ao cabimento dos embargos infringentes.

De início, é importante gizar que a antiga redação do art. 530 do CPC/73, autorizava a interposição dos embargos infringentes contra todo e qualquer julgamento não-unânime de apelação cível, *verbis*: *Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgamento proferido em apelação ou em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos ao objeto da divergência.*

Portanto, enquanto em vigor o revogado texto daquele dispositivo, revelavam-se irrelevantes, para aferir o cabimento dos embargos infringentes: i) **o sentido do julgamento** proferido na apelação cível; e, também, ii) **o teor jurídico** desse mesmo pronunciamento colegiado.

Com efeito, **quanto ao sentido** não importava se a apelação fosse provida, desprovida ou parcialmente provida. Cabiam os embargos infringentes em qualquer uma dessas hipóteses, desde que, obviamente, houvesse um voto vencido quando da apreciação do apelo. Também era **irrelevante o teor jurídico** do julgamento em apelação, pois estivesse sob questionamento a sentença que extinguiu o processo com julgamento do mérito ou sem julgamento do mérito, seriam, de qualquer modo, cabíveis os infringentes.

Em resumo: sem interessar o que foi decidido na apelação, existindo voto vencido, aberta estaria a via dos embargos infringentes.

O recurso tinha o objetivo de servir como um modo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, possibilitando que a parte, *perplexa* em face de um pronunciamento judicial contra si proferido não dotado de uniformidade, possa buscar, no seio do próprio Tribunal, a solução da divergência instaurada perante um de seus órgãos julgadores.

Entretanto, essa via recursal, apesar de seu nobre intento, foi objeto de severas críticas da doutrina especializada (veja-se, por todos, **Barbosa Moreira**, José Carlos. Novas vicissitudes dos embargos infringentes, Revista de Processo. São Paulo, v. 28, n. 109, p. 113-123, jul-ago. 2004, p. 113), porquanto continha caráter amplo e dava ensejo a mais uma, dentre as infindáveis vias recursais brasileiras. Era preciso, pois, reduzir as hipóteses de seu cabimento, de modo a contribuir com a celeridade processual, reservando-o apenas para situações nas quais, efetivamente, estivessem em jogo interesses relevantes e em casos de maior plausibilidade quanto à verossimilhança da pretensão da parte recorrente.

E, nesse contexto, buscando acabar com a tábula rasa até então reinante, e estabelecer uma maior racionalidade de modo a contribuir com a celeridade processual, a Lei n. 10.352/2001 reduziu *sensivelmente* o espectro de abrangência do recurso de embargos infringentes no âmbito do processo civil, estabelecendo parâmetros mais rígidos para a sua admissão.

Deu-se a seguinte redação ao preceptivo legal:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Com efeito, para que o julgamento *não-unânime* potencialize o manejo dos infringentes, revela-se imprescindível a cumulação de duas circunstâncias objetivas essenciais: a) ***primeiro, que a decisão colegiada importe reforma da sentença***; b) ainda, que o julgamento colegiado ataque o mérito da causa. Afora dessas hipóteses, não serão admitidos os embargos infringentes, a despeito da existência de um voto vencido.

A propósito, no voto vencedor proferido nos *EDcl no REsp 1.087.717/SP*, de lavra deste signatário, a e. Quarta Turma adotou o entendimento de que para a oposição dos embargos infringentes não era suficiente a existência de acórdão não unânime, pois imperiosa a existência de uma *dissidência qualificada, consubstanciada na conformidade entre o resultado dado à causa pelo voto vencido, proferido em sede de apelação, e a sentença, despontando, assim, uma objetiva plausibilidade jurídica na tese encampada pela deliberação minoritária*.

Confira-se, no que interessa, a ementa do julgado:

Agravo regimental. Ação indenizatória. Sentença reformada parcialmente em julgamento de apelação cível. Voto vencido provendo o apelo em maior extensão. Embargos infringentes (art. 530 do CPC). Interposição descabida e, portanto, desnecessária no caso dos autos. Critério da dupla sucumbência ou dupla conformidade. Instâncias ordinárias exauridas. Inaplicabilidade da Súmula n. 281/STF. Recurso especial admitido.

1. (...).

4. *Nesse quadro, aplica-se o critério da dupla sucumbência, que impede aquele derrotado nas duas instâncias de valer-se do reclamo regrado no art. 530 do CPC. Por consequência, os embargos infringentes jamais serão instrumento jurídico recursal hábil a resguardar os interesses do apelante, mas apenas e sempre os do apelado. Isso porque, a reforma de sentença obtida à ocasião do julgamento do recurso de apelação jamais poderá vir a prejudicar o próprio autor do recurso, o apelante, até porque vigora em nosso sistema processual o princípio da proibição à reforma para piorar a situação do recorrente.*

5. *Nos casos de provimento parcial da apelação e consequente reforma de parte da sentença, devem-se distinguir duas situações: a) na parte provida, a reforma da sentença prejudica apenas o apelado e beneficia o apelante; logo, se houver voto*

vencido para manter a sentença nesse aspecto, apenas o apelado terá interesse para propor embargos infringentes; b) na parte desprovida, não se opera reforma da sentença, havendo, nessa parcela, confirmação da sentença; portanto, a ocorrência de voto vencido, propondo provimento do apelo em maior extensão do que a maioria, não permite a interposição dos embargos infringentes, na medida em que o pronunciamento vencedor alinha-se à sentença de primeiro grau.

6. Na hipótese dos autos, a sentença de primeiro grau concedeu indenização por danos morais e pensão mensal a bem das autoras da ação indenizatória. Em grau de apelação, por maioria de votos, a reparação por danos morais restou mantida, sendo reduzida apenas a pensão mensal. O voto vencido foi no sentido de julgar totalmente improcedente ambos os pedidos. Assim, verifica-se que o posicionamento minoritário em segunda instância, propondo o provimento da apelação em maior extensão, trata-se de pronunciamento único e isolado nos autos, não servindo de paradigma à interposição dos infringentes. Desnecessário, portanto, para exaurir a instância ordinária o manejo do recurso previsto no art. 530 do CPC, reservado apenas a discutir a parcela da sentença alvo de efetiva reforma pelo julgamento não-unânime. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n. 281/STF.

7. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, que resta desde logo provido, para revogar a decisão monocrática que não conheceu do recurso especial.

(EDcl no REsp 1.087.717/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, relator para acórdão Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/06/2012, DJe de 10/10/2012 - grifou-se)

Essa mesmíssima conclusão foi *ratificada* no REsp 1.496.893/RJ, *desta Relatoria*, DJe de 09/10/2015.

No mesmo sentido, confira-se: AgRg no REsp 1.443.919/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 21/05/2014; AgRg no REsp 1.441.120/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 03/11/2014; AgRg no REsp 1.158.621/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 24/02/2014; REsp 808.681/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 22/3/2011.

E, para corroborar essa compreensão, vale destacar a opinião de **Cândido Rangel Dinamarco**, para quem "(...) O critério da dupla sucumbência, adotado no novo art. 530 do Código de Processo Civil, significa que a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação ou ação rescisória *não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes* (no julgado posto em reexame perante o tribunal e também no próprio julgamento que o tribunal vier a proferir). *Só se admite esse recurso se houver divergência de votos e se, além*

disso, o voto divergente (minoritário) for no mesmo sentido do julgado anterior (sentença).” (ut. Dinamarco, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma: São Paulo. Malheiros, 6ª ed., p. 197). (grifos nossos)

Ainda são dignos de nota os estudos doutrinários de **Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier** (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil. RT: São Paulo: 2ª ed. p. 177); **Humberto Theodoro Júnior** (Curso de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 619); **José Carlos Barbosa Moreira** (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense; 2008, p. 531); **Fredie Diddier Júnior** (Curso de Direito Processual Civil: meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Editora JusPodium, 2008, p. 216/218) e, finalmente, **Bernardo Pimentel Souza** (Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. São Paulo: Saraiva, 9ª Ed. p. 502).

Com esse norte hermenêutico, trazendo os referidos balizamentos de natureza doutrinária e jurisprudencial ao caso concreto, fica evidente que a hipótese ora tratada contemplou o cabimento do recurso de embargos infringentes.

Isso porque os e. Desembargadores que acompanharam o voto vencedor, na oportunidade do julgamento do recurso de apelação, entenderam pela ausência de conduta negligente do hospital no atendimento da paciente. Por sua vez, o voto vencido reconheceu a culpa do hospital pelo evento danoso, justamente com fundamento na negligência - em conformidade com a sentença - motivo pelo qual reputou necessária a manutenção da conclusão do r. juízo de piso.

Com efeito, essa divergência de entendimento, ao contrário do que sustentado pela autora, é de natureza *qualificada*, ensejando-se, assim, o cabimento dos embargos infringentes.

Dessa forma, consoante fundamentação supramencionada, fica afastada a alegada ofensa literal aos artigos 436 e 530, do Código de Processo Civil de 1973, porquanto era, de fato, cabível a interposição dos embargos infringentes na hipótese dos autos.

3. Examina-se, finalmente, a alegação de erro de fato (violação ao art. 485, IX, do CPC/73), consubstanciada no fundamento de que: i) não corresponde à realidade a conclusão de que o edema agudo do pulmão era previsível e, assim, poderia ser evitado; ii) os médicos valoraram adequadamente a divergência dos resultados dos exames laboratoriais; iii) as doses de insulina foram ministradas de maneira correta à paciente.

Inicialmente, registra-se que no pedido de rescisão do julgado com base na alegação de *erro de fato* é indispensável demonstrar, em síntese: *i*) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, sem ele a conclusão do julgamento necessariamente haveria de ser diferente; *ii*) seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e *iii*) não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato, consoante adverte o magistério doutrinário (ut. **Nelson Nery Júnior**, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 9ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 681; **Bernardo Pimentel Souza**, Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 7ª ed. Saraiva, 2010, p. 840/841; **José Carlos Barbosa Moreira**, Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Forense, págs. 148/149; **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, A ação rescisória, Forense. 1991, p. 272; **Sydney Sanches**, Da ação rescisória. Revista dos Tribunais. vol. 501, p. 25/31).

Com efeito, a exegese explicativa do art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil/73 traduz entendimento, aplicado à espécie, de se afastar o erro de fato quando a decisão impugnada apenas contraria as pretensões do autor. Nesse sentido, registra-se os seguintes precedentes:

Ação rescisória. Artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil. Fundamento. Ausência de demonstração. Erro de fato. Inexistência. Questão jurídica amplamente discutida e decidida. Escólio jurisprudencial. Ação rescisória julgada improcedente.

I - A exegese do art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil não admite a configuração de erro de fato, como motivo para a ação rescisória, quando a decisão impugnada apenas contraria as pretensões do autor;

II - A questão atinente ao direito de devolução de parcelas pagas constituiu o tema central da lide, tendo sido objeto de controvérsia entre as partes e de pronunciamento judicial por todas as instâncias ordinárias e pelo Superior Tribunal de Justiça, o que afasta o alegado erro de fato;

III - Ação rescisória julgada improcedente.

AR 3.652/RS, Relator Ministro *Massami Uyeda*, DJe de 20/02/2011.

E ainda: AR 4.401/RJ, Relator Ministro *Humberto Martins*, DJe de 17/06/2011; AgRg na AR 3.822/RS, Relator Ministro *Sidnei Beneti*, DJe de 10/03/2011; AR 3.045/SP, Relator Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, DJe de 16/06/2011.

Nesse contexto, a hipótese dos autos releva o não preenchimento do referido requisito, exigido pela doutrina e jurisprudência, *da inexistência de controvérsia ou de pronunciamento judicial acerca da discussão jurídica subjacente à presente hipótese*.

Destaca-se, por oportuno, que a tese central discutida no caso diz respeito ao cabimento ou não de reparação civil e, por conseguinte, a indenização por danos morais e materiais decorrentes do falecimento da filha dos ora réus, quando internada, em estado grave, em Unidade de Terapia Intensiva do ora autor.

Salienta-se que esse tema restou devidamente discutido, tanto pelas instâncias ordinárias quanto pelo v. acórdão ora hostilizado e embora a conclusão tenha sido desfavorável ao autor isso não leva, inexoravelmente, à conclusão de que esteja apto ao acolhimento do pleito rescisório.

No mesmo sentido, aponta **Barbosa Moreira** que:

Quatro pressupostos não de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º).

Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149.

Na hipótese dos autos, observa-se que os réus na presente ação rescisória sustentaram, no curso da demanda originária, o cabimento da indenização por danos morais e materiais, decorrentes do falecimento de sua filha, como é possível identificar, por exemplo, às fls. 61/91, 381/399, 484/504, 639/672 e 765/791.

Por sua vez, o autor da presente rescisória, sustentando tese jurídica oposta, afirmou, em resumo, a inexistência do direito à indenização pleiteada porque, na sua compreensão, não ficou demonstrada a ocorrência de conduta ilícita, apta a justificar o pedido inicial.

Registra-se, nesse contexto, que a tese jurídica sustentada pelos ora réus foi acolhida pela sentença (fls. 347/353), daí porque, após a interposição de recurso

de apelação - provida, por maioria - e, posteriormente, de embargos infringentes - acolhidos, por maioria - de modo a restabelecer a sentença, essa conclusão foi mantida, por unanimidade de votos, pela eg. Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça (fl. 694/701)

É certo, assim, que o relator do acórdão no Superior Tribunal de Justiça, e. Ministro Cesar Asfor Rocha, ciente da controvérsia, manifestou-se, *fundamentadamente*, em favor da manutenção do v. acórdão proferido em sede de embargos infringentes e, por conseguinte, em manter a indenização por danos morais e materiais.

Dessa forma, não há se falar em ocorrência de *erro de fato* porquanto a questão relativa ao cabimento da referida indenização e a inexistência de julgamento *extra petita* foi objeto de controvérsia entre as partes, bem como de manifestação judicial nas instâncias ordinárias e deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, registra-se:

Processo Civil. Ação rescisória. Art. 485, IX, do CPC. Erro de fato. Inexistência.

1. Cabe ação rescisória fundada em erro somente “quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia judicial sobre o fato” (art. 485, §§ 1º e 2º, do CPC).

2. Ação rescisória julgada improcedente. AR 4.277/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/09/2010. (grifos nossos)

No mesmo sentido: AgRg no REsp 945.986/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 10/04/2012; REsp 169.603, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 11/06/2001; AR 847, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 12/03/2001; AgRg na AR 3.100/MT, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 11/09/2008; AR 366/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 17/12/2007; REsp 8.830/SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU 24/2/1992.

4. Do exposto, meu voto é no sentido de, afastadas as preliminares, acompanhar o e. Relator a fim de julgar improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória e, por conseguinte, condenar a parte autora nos ônus sucumbenciais, revertendo-se aos réus o depósito prévio, a teor do art. 488, II, do CPC/1973.

É o voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de ação rescisória proposta por *Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro*, mantenedora do *Hospital Pequeno Príncipe*, com base no artigo 485, incisos V e IX, do Código de Processo Civil de 1973, objetivando a desconstituição de acórdão da Quarta Turma, proferido nos autos do Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha (e-STJ fls. 694-701).

Noticiam os autos que os réus ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais (e-STJ fls. 61-91) contra o autor em decorrência da morte de sua filha, então com 13 (treze) anos de idade, por choque anafilático, uma das causas que conduzem ao distress respiratório, que evoluiu para uma fatal parada cardiorespiratória.

Importante registrar que a menor Cláudia Renata de Lara foi internada na unidade de terapia intensiva - UTI - pediátrica do Hospital Pequeno Príncipe no dia 7.1.1998 com o diagnóstico de diabetes *mellitus*.

Na inicial da presente rescisória, o autor afirma que a paciente recebeu todo o tratamento conveniente na UTI, todavia, veio a óbito por insuficiência respiratória mesmo após o entubamento e a realização de manobras de reanimação cardiopulmonar por 50 (cinquenta) minutos.

O autor relata que a causa do óbito, após a necrópsia do corpo da paciente, foi “edema pulmonar severo, difuso e bilateral, compatível com síndrome de distress respiratório do adulto, fase exsudativa inicial (‘edemapulmonar Agudo Severo’)” (e-STJ fl. 8).

O Hospital insurge-se por meio da presente ação rescisória contra sua condenação porque, a seu ver, a petição inicial da ação indenizatória teria fixado 2 (dois) fundamentos aptos a ensejar a sua culpa, a saber:

- (i) falta de acompanhamento por especialista em endocrinologia e
- (ii) falta de dois medicamentos na UTI (adrenalina e hidrocortisona).

Sustenta ter impugnado, por meio da contestação (e-STJ fls. 173-181), essa causa de pedir, dentro os limites postos na inicial, esclarecendo a desnecessidade da presença permanente de médico especializado em endocrinologia dentro da UTI, e que as mencionadas drogas não apenas estavam disponíveis, como foram utilizadas na paciente (e-STJ fl. 9). Afirma que, a partir do laudo pericial, o distress respiratório não teria decorrido do choque anafilático ou da falha

na prestação do serviço médico, mas das próprias alterações do organismo da paciente, dada a gravidade da evolução do edema pulmonar de difícil reversão.

Alega, ainda, que, na origem, a ação foi julgada procedente pelo juízo de primeiro grau (e-STJ fls. 347-353) com base em “causa de pedir inteiramente divorciada daquela elencada na inicial”, pois, a seu ver, teria ficado demonstrado que a causa da morte não foi o choque anafilático, motivo pelo qual a ausência de endocrinologista na UTI ou dos medicamentos hidrocortisona e adrenalina não teria alterado o resultado óbito (fls. 12 e 13).

Afirma que a sentença (e-STJ fls. 347-353), no entanto, condenou o Hospital com apoio em outras falhas, que não integraram a causa de pedir e, conseqüentemente, não foram objeto da defesa apresentada pelo Hospital, conforme se extrai da seguinte fundamentação adotada pelo julgador:

*(...) a polêmica havida em relação à ausência de medição da pressão arterial dá conta de não ter sido a causa determinante da morte, eis que o expert consignou que a não verificação da pressão arterial caracteriza negligência, embora não tenha este ato causado a morte da paciente (fls. 241). Ocorre, entretanto, que a falta do acompanhamento da pressão arterial revela descaso para com o paciente, máxime numa Unidade de Tratamento Intensivo, onde a leitura do próprio nome revela o cuidado e a assistência que necessitam os pacientes que nela se encontram. Não bastasse isso, mesmo tendo sido salientado que a morte pode não ter se dado pela não verificação da discrepância entre os valores da glicemia obtidos pelo laboratório do hospital e pelo método Advantage (fls. 240, quesito 4), **há, efetivamente, que se reconhecer a negligência da ré nessa falta de cuidado (...)***

Aliás, na área da medicina não se pode perder de vista que os resultados de laboratório somente representam a segurança necessária e elucidativa, se estiverem intimamente relacionados com o quadro clínico apresentado, daí porque, apesar do que foi mencionado, *era necessária a monitorização cuidadosa da pressão arterial, além da avaliação clínica da perfusão periférica.*

Portanto, *a exclusão de culpa da ré não encontra respaldo no conjunto probatório carreado aos autos, de molde a justificar a procedência do pleito inicial.*

Além do que, observando-se, ainda, os pontos controvertidos fixados em audiência de conciliação e saneamento (fls. 186), não logrando êxito a demandada na comprovação de suas alegações máxime em razão da inversão do ônus da prova.

Para tanto, basta a leitura da resposta ao quesito 11, de fls. 241, cuja conclusão foi de que:

“Não há elementos objetivos nos documentos médicos dos autos que nos permitam afirmar ou negar que a diferença entre os valores da glicemia pelos dois métodos possa ter contribuído ou causado o edema pulmonar severo que levou a paciente à morte”.

Assim sendo, tem-se que *não se desincumbiu a requerida do ônus de demonstrar não terem laborado com culpa os seus prepostos quando do atendimento à menina.*

Uma vez definida a responsabilidade da suplicada por ter agido com negligência, cabe-lhe o ressarcimento das perdas e danos materiais, bem como dano moral (...)

Isto posto, com esteio no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido de Wilson Ferro de Lara e Rosângela Gaspar Lara em face da Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro, condenando a ré ao pagamento das quantias pagas para o funeral, que totalizaram R\$ 2.262,46 (fls. 102/104), e os exames após o falecimento de Cláudia Renata, na quantia de R\$ 1.500,00 (fls. 107), corrigidas monetariamente a partir da data citação, incidindo-se juros de 0,5 % ao mês, corrigido pelo INPC, a contar da mesma data, eis que o erro médico se trata de ilícito decorrente de contrato de prestação de serviços (REsp n. 228.199/RJ, DJU de 28 fev 2000, pág. 79), bem como das perdas e danos materiais sofridos pelos autores, relativas ao tratamento médico e o pensionamento mensal, quantia a ser aferida por liquidação de sentença.

Da mesma forma, condeno a requerida ao pagamento de R\$ 30.200,00, a título de danos morais, quantia esta a ser devidamente atualizada, nos moldes antes consignados.

Deverá a parte demandada constituir capital, que assegure o cabal cumprimento das prestações vincendas, na forma do artigo 602 do Código de Processo Civil (...) (e-STJ fls. 349-353 - grifou-se).

Irresignado com a sua condenação, o autor interpôs apelação, que foi provida, *por maioria*, pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, consoante a seguinte ementa:

Responsabilidade de hospital. Morte da filha menor dos autores em UTI do hospital réu. Diagnóstico de *diabetes Mellitus*. Alegação de culpa pelo não acompanhamento de especialista em endocrinologia na UTI e falta de medicamentos. Ausência de imprudência, imperícia, negligência, ação ou omissão da ré. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Hospital que demonstra não ter sido necessária a presença do endocrinologista nem dos medicamentos referidos. *Apelação provida*. Recurso adesivo prejudicado (e-STJ fl. 443).

Os embargos infringentes interpostos (e-STJ fls. 484-504) foram acolhidos (e-STJ fls. 549-584) para restabelecer a sentença de procedência, nos seguintes termos:

Internação hospitalar. Unidade de Terapia Intensiva. Paciente de alto risco. Diabetes Mellitus Tipo 01. Cetoacidose diabética. Causa da morte. Edema pulmonar.

*Perícia. Fato previsível. Endocrinologista. Assistência via telefônica 24 horas depois do internamento. Causa cooperante do exício. Pressão arterial. Ausência de anotação na ficha de enfermagem. Negligência caracterizada. Exames de glicemia. **Discrepância nos resultados. Exames laboratoriais e pelo Método Advantage. Ausência de providências para esclarecer tais diferenças. Níveis de glicosúria não compatíveis com o resultado do exame laboratorial para aferir nível de glicemia. Ausência de valoração pelos médicos das persistentes diferenças entre os valores de glicemia obtidos pelo laboratório e pelo Método Advantage. Negligência médica Insulina. Dose. Exames discrepantes. Perigosa oscilação dos níveis de glicose no sangue e na urina. Ausência de dosagem adequada. Erro. “Tiro no escuro”.** Culpa caracterizada. Negligência. Outras condutas culposas. Coleta de sangue com 02 horas de atraso e resultado de exame tardio. Tratamento negligente. Série de condutas culposas indesculpáveis. Dano e nexo de causalidade presentes. Condução ao óbito pelo edema pulmonar. Culpa reconhecida. Embargos acolhidos (e-STJ fl. 550 - grifou-se).*

Os embargos de declaração opostos pela Associação Hospitalar de Proteção à Infância Dr. Raul Carneiro foram rejeitados (e-STJ fl. 598).

O recurso especial interposto pela Associação (e-STJ fls. 604-621), com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, aponta dissídio jurisprudencial e violação dos artigos 535, 530 e 282, III, 264, 303, 321 e 295, I, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta em síntese, além de omissão pelo Tribunal de origem em dirimir questões a seu ver essenciais à solução da lide, a nulidade do acórdão recorrido por ter a Corte provido os embargos infringentes a partir do reconhecimento de circunstâncias fáticas diversas daquelas declinadas na inicial, com *alteração da causa de pedir, violando o contraditório e a ampla defesa*.

O apelo nobre não foi admitido na origem (e-STJ fls. 674-676), razão pela qual adveio o Agravo de Instrumento n. 747.253/PR, que foi desprovido (e-STJ fls. 694-701), assim como o subsequente agravo regimental (e-STJ fls. 721-725), no qual restou decidido que, “no que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduz os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes” (e-STJ fl. 18).

Nesta Corte, a egrégia Quarta Turma, na sessão de julgamento do dia 16.5.2006, acórdão publicado no DJ de 1º.8.2016, negou provimento ao agravo, Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, em acórdão assim fundamentado:

(...) Com efeito, inexistente a apontada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo, fundamentadamente, destramou a questão controvertida, não padecendo o aresto hostilizado de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

Não vislumbro qualquer afronta à regra inserta no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão da disparidade dos exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte.

Demais disso, observo que o voto vencedor dos embargos de divergência acolheu os fundamentos pelos quais o voto vencido concluiu pela configuração da conduta culposa do Hospital-agravante, amparando-se em pressupostos fáticos insuscetíveis de apreciação na via eleita, dado o teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, assim resumidos:

'Portanto, presentes, assim, o dano, a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram, o edema pulmonar agudo ocorre com frequência em pacientes portadores do diabetes mellitus nas primeiras 24 horas, sendo, portanto, fato previsível, ainda mais em uma Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente, que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exames feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem de insulina, pois aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um 'tiro no escuro' (fl. 578).

Reitero a ausência de prequestionamento do tema inserto no artigo 128 do CPC, o qual sequer foi alvo dos embargos declaratórios opostos. Inafastável, dessarte, a incidência dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso.

No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:

'No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênias para transcrevê-las: 'Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela

prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198).

O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi', até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.

Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.

O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital!' (fls. 560/561).

Pela alínea 'c', segue obstado do trânsito do apelo em razão do descumprimento dos artigos 255, § 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC. Registro, ademais, a dessemelhança fática entre os arestos citados e o caso dos autos.

Subsistentes, assim, os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo (e-STJ fls. 699-701 - grifou-se).

Referido acórdão transitou em julgado em 17.8.2006 (fl. 748).

Na presente rescisória protocolizada em 18.4.2007 (e-STJ fl. 2), com fulcro nos incisos V e VI do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, o autor aponta violação das literais disposições dos artigos 128, 264, 282, III, e 295, I, e parágrafo único, 303 e 321, 130, 420, 436, 437 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, bem como erro de fato.

Segundo o autor, nos infringentes não se observou o limite de devolução da matéria pelo voto vencido, "consoante se denota da leitura do voto vencido do apelo fls. 397/404, a divergência se estabeleceu unicamente com relação à discrepância dos resultados de glicemia, por métodos distintos", a saber pelos

métodos advantage e laboratorial, (e-STJ fl. 17) e não quanto à presença de endocrinologista na UTI, disponibilidade rápida de adrenalina e hidrocortisona na UTI, omissão na análise da discrepância entre os resultados de exame de glicemia realizados por métodos distintos e medição da pressão arterial. O Hospital alega que se ateu a impugnar as falhas indicadas na inicial, sobre as quais foram fixados os pontos controvertidos, limite objetivo do processo, contudo, após a instrução, houve a alteração da causa de pedir (e-STJ fl. 18).

Sustenta, desse modo, que a condenação tem “base em causa de pedir que não constou da inicial, não foi objeto de defesa, não delimitou os pontos controvertidos e, conseqüentemente, não foi objeto de perícia específica” (e-STJ fl. 18), o que justifica a rescisão da decisão, visto que, após a citação, a *causa petendi* só poderia ter sido alterada com a concordância da parte adversa, o que, caso contrário, violaria o devido processo legal.

E resume que a demanda visa “examinar se poderiam a sentença e o acórdão dos embargos infringentes introduzir uma nova causa de pedir, não suscitada na inicial, para dar pela procedência do pedido (e-STJ fl. 19).

Aduz, ainda, que as premissas do acórdão recorrido configuram erro de fato, a saber:

(i) o edema agudo de pulmão era previsível e, assim, poderia ser evitado ou revertido, *o que não corresponderia à realidade, tendo em vista versar consequência rara da evolução da doença;*

(ii) os médicos não valorizaram a divergência de resultados dos exames de glicemia, *ao contrário do que se extrairia dos autos tendo em vista a disparidade dos valores encontrados, e*

(iii) as doses de insulina foram ministradas como “tiro no escuro”, haja vista a discrepância existente entre os exames. Todas essas suposições contrariam as provas dos autos, ora afirmando fato inexistente, ora negando fato cuja existência foi provada nos autos.

Sustenta, em resumo, na presente ação rescisória:

(i) violação de literal disposição dos artigos 128, 264, 282, inciso III, 295, inciso I e parágrafo único, 303 e 321 do Código de Processo Civil de 1973 e 5º, inciso LV, da Constituição Federal, invocando vício de julgamento *extra petita* diante da alteração da causa de pedir no curso da demanda; (ii) violação de literal disposição dos artigos 130, 420 e 437 do Código de Processo Civil de 1973 em virtude da subtração da oportunidade de produção de provas; (iii) violação de

literal disposição dos artigos 436 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, porque o Tribunal de origem teria deixado de observar o limite devolutivo dos embargos infringentes, proferindo decisão com fundamento em questões que não foram objeto da divergência, e (iv) erro de fato, consubstanciado na discrepância entre a solução conferida ao julgado e as provas produzidas nos autos.

(ii) em relação à previsibilidade do edema agudo no pulmão, esta Corte não observa a literatura médica que indica sua raridade, visto ser possível, mas não comum sua ocorrência (e-STJ fl. 48), e

(iii) os médicos valoraram a divergência dos resultados de exames de glicemia, pois se pautaram pelo método Advantage.

Pugna, por fim, pela procedência da ação, com a rescisão do aresto atacado e a revogação dos acórdãos dos Embargos Infringentes n. 192.157-8/02, do extinto Tribunal de Alçada do Paraná, e do Agravo Regimental n. 747.253/PR.

O depósito prévio foi comprovado à fl. 55.

Com a contestação (e-STJ fls. 765-791), a sua resposta (e-STJ fls. 824-835) e as razões finais (e-STJ fls. 906-918 e 920-931), os autos foram remetidos ao Ministério Público Federal, que opinou, por meio do seu representante, o Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, pelo indeferimento da inicial (e-STJ fls. 1.049-1.053).

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

I - Da competência

De início, verifica-se a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar a presente ação rescisória.

A jurisprudência desta Corte encontra-se sedimentada no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça é competente para apreciar a ação rescisória quando adentra no mérito da questão federal controvertida, a teor do disposto

na Súmula n. 249/STF (“É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”), aplicável por analogia, consoante se observa dos seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Competência do STJ. Aplicação da Súmula 249/STF. Valor da causa. Correspondência ao valor atribuído à ação originária. Prazo. Decadência. Trânsito em julgado. Propositura de rescisória. Dispensabilidade do esgotamento de todos os recursos disponíveis. Incidência da Súmula 514/STF. Embargos declaratórios intempestivos. Não interrupção do prazo. Ausência de análise da matéria pelo Tribunal estadual. Ação rescisória improcedente.

1. *O Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar ação rescisória contra acórdão de Tribunal originário, quando o Relator aprecia a questão federal controvertida, em razão da aplicação analógica do teor da Súmula 249-STF. Precedentes do STJ.*

2. Em princípio o valor da causa em ação rescisória deve corresponder ao atribuído à ação originária, cuja sentença se pretende rescindir, devidamente corrigido.

3. O prazo decadencial da ação rescisória conta-se do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o decurso dos prazos para sua interposição pelas partes.

4. É dispensável, para a propositura da ação rescisória, o esgotamento prévio de todos os recursos disponíveis, a teor do disposto na Súmula 514-STF. Precedentes.

5. A matéria decidida no Superior Tribunal de Justiça repousa na premissa de que os embargos de declaração, em primeiro grau, foram reconhecidamente intempestivos, assim parece evidente que esta Corte de Justiça não pode rescindir matéria que não fora decidida pela Corte Estadual, nos termos do artigo 538 do Código de Processo Civil.

6. Ação rescisória improcedente, com rejeição das preliminares (AR 2.845/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/09/2011, DJe 14/12/2011 - grifou-se).

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Competência do STJ. Súmula 249/STF. Violação ao art. 535, do CPC. Inocorrência.

1. *O Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar ação rescisória contra acórdão de Tribunal originário, quando o Ministro Relator do agravo de instrumento, ao desprovê-lo, adentra no mérito da questão federal controvertida, em razão da aplicação analógica do teor da Súmula 249-STF. Precedentes do STJ: REsp 720.045/*

RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 27.06.05; REsp 712.285/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 29.08.05. (...)

3. Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1.064.424/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 14/04/2010 - grifou-se).

Ação rescisória. Processual Civil e Administrativo. Decisão do relator que apreciou o mérito da causa. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Servidor público federal. Resíduo de 3,17%. Concessão. Arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/94. Precedentes.

1. Ainda que o recurso especial não tenha sido conhecido, se o mérito da questão federal tratada tiver sido examinado pelo Ministro Relator no julgado monocrático que se pretende desconstituir, evidencia-se a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação rescisória. Aplicação do raciocínio expandido na Súmula 249 da Suprema Corte. Precedentes.

(...) 3. Pedido julgado improcedente.

(AR 1.597/AL, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 08/08/2007, DJ 03/09/2007 - grifou-se).

A doutrina abalizada aponta dois motivos definidores dessa competência funcional dos tribunais superiores: (i) a relação hierárquica entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e os demais tribunais e (ii) o fenômeno do efeito substitutivo dos recursos.

É o que se extrai da lição de Cândido Rangel Dinamarco em estudo especialmente dedicado ao tema:

(...) São dois os pilares sistemáticos que conferem suporte à competência funcional do STF e do STJ, imposta pela Súm. 249. Esses pontos de apoio, intimamente associados, são a) a relação hierárquica entre esses tribunais e os tribunais das diversas justiças e b) o fenômeno da substituição da decisão judiciária recorrida pela que decide sobre o recurso (Ação rescisória, incompetência e carência de ação. Revista de Processo, São Paulo, n. 104, out./dez., 2001, pág. 12)

Com efeito, no que tocante à relação hierárquica, não é concebível que se admita a rescisão de decisão oriunda dos tribunais superiores pelos tribunais locais.

Daí a necessidade de se estabelecer, em cada caso concreto, se a decisão proferida em recurso especial operou o efeito substitutivo de que trata o art. 512 do CPC de 1973 (“O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”).

Nesse particular, não há dúvida de que a decisão que não conhece o recurso não substitui a decisão recorrida, não gerando nenhum efeito substitutivo, consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni:

(...) é importante, para a individualização do objeto da ação rescisória, a adequada análise a respeito do acórdão proferido no recurso especial. Não há dúvida que a decisão que não conhece o recurso não substitui a decisão recorrida ou não gera qualquer efeito substitutivo. Nesse caso, permanece à frente de qualquer outra, inclusive para efeito de ação rescisória, a decisão tomada pelo tribunal de origem. (O juízo de admissibilidade negativo do recurso especial e a sua influência sobre a ação rescisória. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 36, abr./jun., 2005, pág. 289)

Por outro lado, tendo sido conhecido o recurso, com a superação do juízo de admissibilidade e o ingresso no mérito recursal, tem-se por operado o efeito substitutivo, de modo que passa a prevalecer a decisão substitutiva e não a substituída.

A respeito:

(...) Quando o recurso for conhecido, haverá o efeito substitutivo e o acórdão que substituiu a decisão recorrida é que poderá ser impugnado pela ação rescisória. O efeito substitutivo tem a ver, também, com a determinação da competência para a ação rescisória: será competente para processar e julgar a ação rescisória o tribunal que, por último, conhecer do recurso. Assim, se o STF ou o STJ conhecer do RE ou REsp, será esse tribunal superior competente para a rescisória desse acórdão (...). (NERY e NERY. Código de Processo Civil comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2010, pág. 886)

Seguindo os ensinamentos doutrinários, tem-se que “conhecer do recurso significa declarar que estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso e, em seguida, julgar o mérito do recurso” (Nery e Nery, *op. cit.*, pág. 886).

Logo, para efeitos de determinação da competência para o julgamento da ação rescisória, releva o julgamento do mérito recursal - após ultrapassados os requisitos de admissibilidade -, seja ele coincidente com o mérito da causa ou relacionado com aspectos estritamente processuais.

Nesse sentido:

(...) o juízo negativo de admissibilidade proferido pelo órgão *ad quem* tem por efeito o encerramento do procedimento recursal sem que o *mérito do recurso* seja apreciado - isto é, sem que o órgão julgador se pronuncie sobre eventual *error in iudicando* ou *in procedendo* contido na decisão sujeita a recurso. (...)

A locução *mérito dos recursos* designa a pretensão levada ao tribunal pelo recorrente, ou seja, o pedido de nova decisão: a) quer essa pretensão coincida com o próprio mérito da causa (recurso com pedido de procedência do mérito onde o juiz ditara a improcedência, ou vice-versa), b) quer o recorrente esteja pedindo ao tribunal que afaste os efeitos de uma sentença terminativa, determinando que o juiz julgue o *meritum causae*; c) quer ele se limite a postular a anulação da sentença ou acórdão recorrido. Só no primeiro caso o mérito do recurso coincide com o da causa, mas sempre o mérito recursal existe e sua apreciação depende do prévio juízo de admissibilidade do próprio recurso. (DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, pág. 15)

No caso dos autos, o acórdão rescindendo, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno no agravo de instrumento, afastando a alegação de contrariedade aos artigos 535 e 530 do Código de Processo Civil de 1973, por incidência da Súmula n. 7/STJ, falta de prequestionamento do art. 128 do CPC/1973 e ausência de violação dos arts. 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, 303 e 321 do CPC/1973, nos seguintes termos:

(...) Nada obstante o empenho da parte, persisto no entendimento externado no decisório agravado.

Com efeito, inexistente a apontada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal *a quo*, fundamentadamente, destramou a questão controvertida, não padecendo o aresto hostilizado de qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

Não vislumbro qualquer afronta à regra inserta no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão da disparidade dos exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte.

Demais disso, observo que o voto vencedor dos embargos de divergência acolheu os fundamentos pelos quais o voto vencido concluiu pela configuração da conduta culposa do Hospital-agravante, amparando-se em pressupostos fáticos insuscetíveis de apreciação na via eleita, dado o teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, assim resumidos:

‘Portanto, presentes, assim, o dano, a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram, o edema pulmonar agudo ocorre com frequência em pacientes portadores do diabetes mellitus nas primeiras 24 horas, sendo, portanto, fato previsível, ainda mais em uma Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente,

que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exames feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem de insulina, pois aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um 'tiro no escuro' (fl. 578).

Reitero a ausência de prequestionamento do tema inserto no artigo 128 do CPC, o qual sequer foi alvo dos embargos declaratórios opostos. Inafastável, dessarte, a incidência dos verbetes n. 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso.

No que toca aos artigos 264, 282, III, 295, I, parágrafo único, I, 303 e 321 do Código de Processo Civil, a motivação lançada pela Corte de origem não encontra reprimenda nas normas invocadas, pelo que reproduzo os fundamentos expendidos no aresto proferido em embargos infringentes:

'No voto vencido encontramos razões relevantes para desconhecer a alegada alteração da causa de pedir, pedindo vênua para transcrevê-las:

'Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a delas extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais' (fls. 198).

O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi', até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.

Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.

O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital' (fls. 560/561).

Pela alínea 'c', segue obstado do trânsito do apelo em razão do descumprimento dos artigos 255, § 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC. Registro, ademais, a dessemelhança fática entre os arestos citados e o caso dos autos.

Subsistentes, assim, os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo (e-STJ fls. 696-700).

Nota-se, portanto, que foram ultrapassados os requisitos de admissibilidade recursal e emitido pronunciamento sobre o mérito - incursionando na temática federal controvertida -, operando-se, o efeito substitutivo do recurso, e atraindo, por consequência, a competência desta Corte para a apreciação da ação rescisória.

Irrelevante, por fim, que o mérito do recurso especial esteja relacionado com questão meramente processual (alegação de julgamento *extra petita*), não coincidindo com o mérito da causa, consoante acima explicitado.

O depósito prévio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa a que alude o artigo 488, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 foi regularmente efetuado, consoante se extrai do comprovante à fl. 55.

II - Das preliminares suscitadas na contestação

Os réus afirmam que não teria sido formulado na inicial pedido de novo julgamento nos termos do art. 488, I, do CPC/1973.

Nesse particular, não assiste razão à parte ré porque o pedido decorre do inteiro teor da inicial, não podendo ser dissociado de uma interpretação lógico-sistemática do contexto dos autos.

Ademais, mesmo faltando o pedido de novo julgamento, quando este se revelar obrigatório, incumbe ao relator, nos termos do art. 284 do CPC/1973, determinar a intimação do autor para que emende a petição inicial e formule a pretensão acaso ausente.

Somente após o transcurso do prazo estabelecido para que o autor emende a inicial, sem a superação do vício, é que o relator poderia indeferir a petição inicial (vide: AgRg no REsp 1.227.735/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/3/2011, DJe 4/4/2011).

Nesse contexto, após longa tramitação dos autos, que se encontram na Corte desde 18.4.2007, e passaram por vários relatores, não se justifica um formalismo exacerbado, como já decidido em outras ocasiões:

Ação rescisória. Administrativo. Servidor público. Cópia integral do acórdão rescindendo. Desnecessidade. Possibilidade de delimitação da controvérsia com outros documentos juntados. Ausência de pedido de novo julgamento da causa. Impossibilidade em razão da natureza do pedido rescisório. Erro de fato. Art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil. Controvérsia sobre o fato apontado. Impossibilidade de análise da rescisória.

1. Se a autora juntou aos autos cópia da decisão monocrática proferida pelo ilustre Ministro relator, bem como da ementa do aresto rescindendo (fl. 56), permitindo, assim, uma perfeita delimitação da controvérsia instaurada, não há como acolher o pedido de indeferimento da petição inicial.

2. O pedido da presente rescisória é para que seja afastada a prescrição decretada e para que seja restabelecido o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Dessa forma, por certo, que houve pedido de novo julgamento da causa, porquanto requerer o restabelecimento de acórdão significa, em outras palavras, o novo julgamento da causa. Seria formalismo demasiado entender o contrário e julgar inepta a petição inicial.*

3. É inviável a análise de pleito rescisório, por erro de fato, se houve controvérsia nas decisões do processo de conhecimento sobre tal fato, de acordo com o art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil. Doutrina e precedentes.

4. Pedido rescisório improcedente (AR n. 3.140/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 10/12/2009 - grifou-se).

Processo Civil. Procurador com inscrição suspensa na OAB. Capacidade postulatória. Inexistência. Extinção da ação. Ação rescisória. Artigos 3º e 4º da Lei n. 8.906/1994. Violação literal demonstrada. Novo julgamento. Decorrência lógica do pedido.

1. À falta de capacidade postulatória, deve o processo ser extinto com base no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil. Precedentes.

2. A Corte de origem reconheceu a indicação dos dispositivos tidos por violados, ao contrário do que alega a recorrente. Ainda que assim não fosse, a sua ausência não obsta ao êxito da ação rescisória, se houver clareza nos fatos narrados, apta a aplicar os fundamentos jurídicos pertinentes.

3. *Considera-se implícito o pedido de novo julgamento quando for decorrência lógica da desconstituição do decisum rescindendo, como na espécie.*

4. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1.089.633/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 06/04/2009 - grifou-se).

As demais alegações articuladas a título de preliminares estão afetas ao mérito da demanda.

III - Da violação literal a dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC/1973)

Cumprе registrar que, para ser admitida, a ação rescisória fundada na alegada existência de violação literal de lei (art. 485, inciso V, do CPC/1973) exige-se que o acórdão rescindendo tenha expressamente se manifestado acerca da lei e, ao apreciá-la, tenha infringido a sua literalidade de forma direta, frontal.

É o que se extrai da doutrina:

(...) Outra vertente a ser analisada refere-se ao alcance da expressão violação literal de lei.

A mesma traduz a idéia de que o julgado não encampou uma interpretação teratológica, aberrante do texto, tendo, ao contrário, lhe emprestado exegese que razoavelmente poderia ter, considerando o seu caráter teleológico, para aquela situação, atendendo, em suma, aos ditames do art. 5º, da LICC, que preconiza, exatamente, a aplicação que visa a alcançar os fins sociais e o bem comum, alvos da norma. (...) *Em suma, o desrespeito à norma contida no texto da lei, isto é, o seu escopo, o seu desideratum, os valores que a mesma busca tutelar e que foram violados pela decisão rescindenda é que configuram o tipo processual contido no inc. V, em exame* (Ação Rescisória, Poul Erik Dirlund e Arnaldo Esteves Lima, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Editora, 2001, pág. 28 - grifou-se).

Nesse sentido, firmou-se também a jurisprudência desta Corte:

(...) A expressão “violar literal disposição de lei”, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange tanto o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais do direito (REsp 329.267/RS, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, DJ 14/10/2002).

Em contrapartida, caso o acórdão rescindendo adote uma das interpretações possíveis, ainda que não a melhor ou a mais justa, não há falar no cabimento de ação rescisória, estribada na alegação de violação literal de lei, sob pena de tornar a ação rescisória, medida judicial excepcionalíssima, em recurso ordinário (com o dilatado prazo de dois anos), bem como flexibilizar, de forma temerária, a coisa julgada.

Outra não é a lição do Ministro Adhemar Maciel, quando proclama que

(...) para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante, que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o

acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se um mero "recurso" com prazo de "interposição" de dois anos (REsp n. 9.086-SP, RSTJ vol. 93, págs. 416/417).

De fato, a ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa pois não tem por finalidade o inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável.

IV) Da violação dos artigos 128, 264, 282, III e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460 do Código de Processo Civil de 1973 e inexistência da alteração da causa de pedir constante da inicial

Os artigos apontados como malferidos estão assim redigidos:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Art. 282. A petição inicial indicará:

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I - quando for inepta;

(...) Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; (...).

Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A lide foi decidida nos limites em que proposta, aferindo-se a alegação da parte de que o hospital teria agido com negligência. O essencial da controvérsia foi identificar a má prestação do serviço hospitalar, relação, aliás, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, os autores apontaram inúmeras falhas ao longo do tratamento ofertado à paciente, que, ao final, veio a óbito.

Nesse sentido, não há falar em alteração da causa de pedir como bem assentado na sentença, pois, “diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir” (e-STJ fl. 22).

O relator dos embargos infringentes se valeu do voto vencido no julgamento do recurso de apelação, concluindo que a inicial tinha por objetivo a imputação de negligência do hospital, independentemente das circunstâncias médicas mencionadas na inicial pelos autores da ação indenizatória, leigos por natureza.

No caso concreto, houve a constatação da culpa do hospital, ainda que por fatos diversos daqueles apontados na inicial, os quais, em verdade, dificilmente seriam de conhecimento dos autores, porquanto técnicos e próprios de especialistas da área médica. Por isso, ao longo da tramitação do feito, as minúcias do caso foram trazidas à baila, com ampla dilação probatória.

Após a inversão do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC, o hospital assumiu a responsabilidade de afastar a sua culpa, devendo ter demonstrado a adoção de todas as diligências necessárias para a boa prestação do serviço, tarefa a qual, todavia, não logrou êxito, tendo em vista as inúmeras falhas remanescentes do tratamento extraídas do conjunto fático dos autos, a exemplo da inexistência de aferição da pressão arterial da paciente dentro da UTI, situação inadmissível, bem como a omissão do corpo médico em averiguar a manifesta disparidade dos índices glicêmicos extraídos por métodos distintos, informação indispensável para o tratamento da diabetes que exige cuidadosa e correta administração de insulina, sob pena de graves consequências.

Nessa toada, válido salientar que a autora teve inúmeras oportunidades para se manifestar quanto às conclusões dos laudos periciais que versaram acerca das nuances do tratamento dispensado à paciente, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa.

Assim, como bem posto na contestação, “o fato de que a efetiva individualização do erro médico somente foi possível no curso da instrução probatória não representa qualquer forma de afronta à lei processual ou mesmo a direitos e garantias constitucionais. Pois não houve a mudança da imputação realizada na petição inicial. Pelo contrário: *houve a confirmação da conduta negligente da autora*” (e-STJ fl. 773 - grifou-se).

Com a inversão do ônus da prova, não se exigiria do autor detalhar precisamente todos os procedimentos médicos e técnicos cabíveis para demonstrar a culpa do recorrido, que deveria ter se desincumbido de se defender da forma mais ampla possível, de modo a demonstrar a correção do tratamento dispensado à criança, o que não ocorreu. Não se pode exigir da vítima de eventual falha de serviço hospitalar que aponte detalhadamente todas as questões técnicas do serviço defeituoso, tendo em vista desconhecer a medicina por se tratar de um leigo.

Desse modo, a circunstância de a sentença acrescer aos argumentos postos na inicial outras questões extraídas de laudos e conclusões da perícia não acarreta a alteração da causa de pedir, como já assentou essa Corte:

Administrativo. Responsabilidade civil. Erro médico. Julgamento *extra petita*. Não-ocorrência. Correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados. Interpretação lógico-sistemática do pedido.

1. O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica dos pedidos.

2. *In casu*, há inquestionável correlação lógica entre a causa de pedir e os pedidos formulados na petição inicial. Ademais, é dado ao Juiz deferir pretensão que, conquanto não formulada expressamente, represente um *minus* em relação ao que perseguido, e exatamente por essa razão, esteja compreendida no pedido maior apresentado. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.118.704/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º/09/2009, DJe 22/09/2009).

A leitura da inicial revela que a causa de pedir da ação foi a ocorrência de erro médico no tratamento da enfermidade, no caso, a diabetes *mellitus*, o que, ao final, ocasionou a morte da paciente.

Nesse sentido, eis o seguinte excerto do muito bem lançado o voto vencido na apelação, e que veio a prevalecer quando do julgamento dos embargos infringentes:

(...) Repito, antes, que não me impressiona o argumento da Apelante, no sentido de que os autores, no decorrer da lide, alteraram a causa de pedir, tão só porque, na inicial, particularizaram a imputação de negligência, que estaria caracterizada pela não intervenção de profissional especializado em endocrinologia, e pela inexistência de medicamentos na UTI do hospital. *Se essa imputação de negligência se revela, afinal, no decorrer da instrução, nascida de outras circunstâncias, não fica ela prejudicada porque, a uma, o objetivo maior do processo é a busca da verdade real; depois, porque ao leigo, mesmo dispondo desde logo da documentação médico-hospitalar, não estaria obrigado a dela extrair a melhor qualificação dos fatos; ainda, porque nenhum prejuízo ocorreu para a defesa da instituição ré, que participou da dilação probatória, arrolando testemunhas, produzindo documentos, indicando assistente-técnico, formulando quesitos e elaborando memoriais.*

O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir. O advogado, as partes e o juiz, via de regra, *são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da 'causa petendi' até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito. Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.*

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial o fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital (...) (e-STJ fl. 460 - grifou-se).

E concluiu:

(...) Em suma, a paciente morreu de cetoacidose não debelada, mas que poderia tê-lo sido se medicada a tempo com a aplicação de insulina na dosagem adequada, fato que somente ocorreu às 2:00 horas do dia 9 de janeiro de 1998.

Caso antes tivesse sido valorizado adequadamente o seu quadro clínico, que inspirava cuidados redobrados por todas as acima apontadas razões, o resultado, certamente seria outro.

Destarte, mesmo repisando que considero a excelência do Hospital Pequeno Príncipe e de seu corpo clínico, sem a menor dúvida dos melhores neste estado, e que o tornam um centro de referência e também sem qualquer censura pessoal aos dedicados médicos e enfermeiras que trataram da paciente, e sempre bem ciente da delicadeza que essas questões encerram quando se aprecia o contrato do médico, que é de meios e não de resultado, ***não posso deixar de reconhecer que a filha dos autores não recebeu os cuidados que merecia naquele***

atendimento de emergência na UTI da instituição de saúde, fazendo isso exsurgir a figura do comportamento omissivo caracterizador de negligência, a suportar a procedência da ação (e-STJ fls. 466-467 - grifou-se).

Por sua vez, do voto proferido nos embargos infringentes, objeto do recurso especial inadmitido por esta Corte, e que desafia a presente rescisória, extrai-se que:

(...) O fato essencial é o erro médico.

Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da “causa petendi”, até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito.

Assim, desconheciam os autores os mecanismos dos fatos e suas implicações médicas, até porque os argumentos usados na petição inicial não integram a causa de pedir.

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial.

O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital. (...)

Portanto, a perícia deixa claro que o edema pulmonar que vitimou a paciente, dentre outras causas, pode ser decorrente, da cetoacidose diabética e ou pelas alterações do equilíbrio ácido-básico e hidroeletrolítico em conseqüência do próprio tratamento. Frise-se que o diagnóstico da internação foi cetoacidose diabética (fls. 41v). (...) *Conforme os peritos afirmam o edema pulmonar severo foi causado pela cetoacidose diabética “e/ou” pelo tratamento instituído* (...) Ora, com integral razão o ilustre subscritor do voto vencido, pois os exames para apurar o nível de glicose servem exatamente para que o médico possa calcular qual a dosagem de insulina a ser administrada no paciente portador de diabetes *mellitus* tipo 01.

O erro na dosagem pode trazer sérias complicações, não se podendo admitir que existindo exames com diferença superior a 10%, como informa o médico intensivista ouvido às fls. 260, não se providencie, imediatamente, as medidas necessárias para dirimir a questão.

Não apurado onde estava o erro, qualquer dosagem de insulina administrada no paciente é um verdadeiro “tiro no escuro”.

Aliás, os peritos caracterizaram essa omissão como falha inadmissível em uma instituição hospitalar de referência (fls. 221). (...) O próprio médico intensivista

inquirido na audiência de instrução e julgamento, ressalta, que o procedimento padrão, é a realização do controle da glicemia de duas em duas horas (fls. 260), principalmente, é evidente, num caso agudo de descompensação glicêmica, o que não foi feito no caso presente, eis que *a paciente, conforme ressaltado no voto vencido, ficou por doze horas sem receber uma única dose de insulina, como também não foi dirimida a questão da discrepância do resultado dos exames dos níveis de glicemia realizados pelo laboratório e através do método advantage, havendo assim administração de doses de insulina, sem uma base sólida*, da dosagem que deveria ser administrada, **caracterizando, sem sombra de dúvida, negligência.**

Tivesse a paciente recebido tratamento adequado e zeloso, certamente, não teria chegado a óbito. (...) Convém salientar outra ocorrência. Rememorando-se que, às 20:00hs, do dia 08 de janeiro de 1998, foi colhido sangue para a realização de exame laboratorial para a medição do nível glicêmico, cujo resultado somente, às 23:45hs, chegou na UTI (...)

É fato notório na medicina que a cetoacidose se estabelece progressivamente pela deficiência de insulina, como também, que o portador de diabetes tipo 1, está muito mais vulnerável a complicações agudas do que o portador do tipo 2, vez que o controle dos níveis glicêmicos é bem mais difícil, diante das alterações do nível de glicemia que oscila para baixo ou para cima muito mais rapidamente. (...)

Ora, numa ou noutra hipótese o tratamento pelas condutas negligentes já apontadas, o cuidado com a paciente não foi adequado, levando-a ao edema pulmonar e óbito, tanto que os próprios peritos afirmam, que o edema pulmonar ocorre, com freqüência, em paciente com cetoacidose diabética, usualmente, nas primeiras 24 horas (fls. 217).

Deve-se salientar que o erro ocorreu por negligência médica e da própria enfermagem da UTI, não se podendo generalizar, mas somente daqueles que negligenciaram suas respectivas condutas profissionais como prepostos da entidade hospitalar.

Portanto, presentes, assim, o dano a culpa e a relação de causalidade entre um e outro, pois, como os peritos afirmaram o edema pulmonar agudo, ocorre com freqüência em pacientes portadores do diabetes *mellitus* nas primeiras 24 horas, sendo, portanto fato previsível, ainda, mais em uma Unidade de Terapia intensiva Pediátrica, num hospital de referência, onde deve existir um protocolo de atendimento específico devidamente atualizado. Considere-se, igualmente, que diante da incompatibilidade nos resultados da glicosúria e glicemia, como nas diferenças entre os resultados dos níveis glicêmicos nos exame feitos via laboratório e via método advance não se investigou a fundo essa questão, essencial à fixação da dosagem, de insulina, pois, *aplicar insulina em paciente com diagnóstico de cetoacidose diabética sem resultados corretos é um "tiro no escuro"* (e-STJ fls. 549-584 - grifou-se).

No caso concreto, exsurge a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC), qual seja a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, tendo em vista que a causa de pedir assentou-se em negligência médica, que restou demonstrada ao longo do processo de conhecimento.

Extrai-se da inicial que à luz dos arts. 1.545 e 1.056 do Código Civil de 1916, o hospital falhou no pronto atendimento à filha dos autores da ação de indenização, que veio a óbito:

(...) No dia 7 de janeiro a pequena paciente deu entrada no Hospital Infantil Pequeno Príncipe, onde foi atendida pela pediatra de plantão, a Dra. Vera Hamilko, que, após exame clínico superficial, solicitou o internamento da mesma na Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica daquela instituição hospitalar. (...) Uma vez instalada na UTI, constatou-se que efetivamente a paciente sofria de diabetes *melitus* (...) Enfim, ao final do dia 8 de janeiro constatava-se que o tratamento dispensado à paciente surtira efeitos, inobstante não tivesse merecido a visita ou participação de especialista em endocrinologia para a análise das particularidades inerentes à moléstia em questão (...) São questões que ficaram sem resposta, e que afloram sempre que se analisar a cadeia de acontecimentos que se sucederam no principiar da madrugada do dia 9 de janeiro de 1998, quando o serviço da UTI Pediátrica se mostrou *despreparado para enfrentar a anafilaxia de que foi vítima a paciente.* (...) **A UTI do Hospital Pequeno Príncipe falhara em tarefa primordial de manter ao alcance imediato dos intensivistas os meios de recursos tecnológicos imprescindíveis à manutenção da estabilidade dos parâmetros vitais da paciente colocada sob sua responsabilidade.** (...) *Ocorre, contudo, que não pode ser aceita ou justificada a conduta médica adotada pelo serviço da UTI Pediátrica do Hospital Infantil Pequeno Príncipe, uma vez que a morte de Cláudia Renata de Lara, em virtude de choque anafilático, poderia ter sido evitada pela adoção de procedimentos técnicos e logísticos corretos.*

As condições de avaliação do tratamento a ser dispensado à Cláudia Renata de Lara foram negligenciadas (...)

Enfim, embora não se possa afirmar - ao menos por ora - que a ausência de avaliação e acompanhamento pelo endocrinologista tenha contribuído decisivamente para o evento morte (malgrado por certo o especialista tivesse alertado quanto aos riscos do choque anafilático), pode-se dizer com toda a segurança que, houvera a UTI contada com medicamentos contra a anafilaxia, o choque poderia ter sido eficazmente combatido (...) *De se concluir, portanto, que tal incidente (anafilaxia) não pode, sob nenhuma hipótese, ser considerado uma possibilidade inesperada ou imprevisível para a equipe que compunha a unidade de tratamento intensivo.*

(...) Em suma, e como já se afirmou, o serviço médico prestado pelo Hospital Infantil Pequeno Príncipe não manteve ao alcance imediato dos intensivistas os meios e recursos tecnológicos imprescindíveis à manutenção da estabilidade dos parâmetros vitais da paciente posta aos seus intensivos cuidados. Pode-se afirmar, pois, que a morte da pequena Cláudia Renata de Lara teve como causa direta e primária uma falha, ou falta do serviço da sua Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica.

E é precisamente para obter o ressarcimento dos danos decorrentes desse atendimento que se interpõe a presente ação (...)

Na hipótese vertente, tais requisitos estão clara e insofismavelmente configurados, pois a uma, a conduta da Ré mostrou-se objetivamente inadequada e insatisfatória, uma vez que seu serviço de terapia intensiva pediátrica funcionou mal ou tardiamente (ante a absurda inexistência, no local dos medicamentos para o controle e reversão da anafilaxia). E, a duas, porque desta falta ou falha do serviço, direta e imediatamente, resultaram inúmeros danos materiais e morais aos Autores. (...) *O referido contrato restou inadimplido pela Ré, uma vez que em virtude de seu agir culposo veio a menor, Cláudia Renata de Lara, a falecer (...)* a instituição hospitalar e seus “prepostos” não procederam consoante indicava a norma técnica acima referida, eis que, durante todo o período de internação da vítima, esta - em nenhum momento - foi pessoalmente examinada pela especialista em endocrinologia que necessária e obrigatoriamente deveria acompanhar a evolução do seu quadro clínico.

Tal situação dá a exata medida da negligência, imperícia e imprudência em que laborou a Ré. (...)

Como consequência direta das ponderações acima formuladas, impõe-se como exigência máxima da justiça, que seja invertido o ônus da prova envolvido no presente feito (...)

Em suma, como consequência da perda de sua filha, os Autores sofreram não só prejuízos materiais como também sérios e inegáveis danos morais. (...) (e-STJ fls. 61-80 - grifou-se).

Ao final, formularam os seguintes pedidos:

(...) a) condene a Requerida ao ressarcimento das perdas e danos materiais sofridos pelos Autores em decorrência da falha no serviço médico prestado, danos emergentes que devem corresponder à quantia necessária ao ressarcimento das despesas relativas ao tratamento médico, ao funeral e aos exames post-mortem da menor, Cláudia Renata de Lara, e lucros cessantes cristalizados na determinação do dever da Ré de prestar alimentos aos Autores, tudo conforme restar apurado na instrução probatória e na liquidação da sentença;

b) condene a Requerida ao ressarcimento, cumulado, dos danos morais afligidos aos Autores, consubstanciados em quantia fixa e a ser paga de uma

única vez, que não só satisfaça à dor, à angústia psicológica e ao abalo emocional sofridos pelos Autores, mas também sirva de instrumento eficaz de dissuasão à reincidência de tal comportamento culposo por parte da Ré-ofensora, tudo conforme restar apurado na instrução probatória e na liquidação de sentença (e-STJ fl. 91).

Portanto, resta afastada a alegada ofensa aos arts. 128, 264, 282, III, e 295, I, parágrafo único, 303, 321 e 460 do Código de Processo Civil de 1973 porque a sentença não extrapolou dos limites da lide, tendo em vista encontrar-se lastreada na causa de pedir suscitada na exordial, estando o conteúdo do provimento judicial compatível com o pedido formulado na inicial.

O fato de os laudos periciais terem revelado outras negligências apenas reforça a alegação de responsabilidade do hospital, apuração que, obviamente, não deveria ensejar uma nova ação judicial. Ao contrário, caberia ao hospital, especialmente após a inversão do *onus probandi* (art. 6º, VIII, do CDC) demonstrar por completo a boa prestação dos serviços hospitalares. No entanto, limita-se a reiterar, durante o curso da instrução probatória, as premissas da inicial, demonstrando a dispensabilidade de endocrinologista dentro da UTI e que os medicamentos hidrocortisona e adrenalina não teriam sido necessários no quadro da paciente, mercê de disponíveis. E que os demais vícios do serviço apontados, tais como os resultados do exame de glicemia e a anotação da pressão arterial, não poderiam ter sido considerados aptos a acarretar sua condenação por não terem sido descritos pormenorizadamente.

Ademais, a causa de pedir não fica delimitada pelas falhas apontadas pelos autores, leigos, vista que o erro médico somente poderia ser aferido após ampla produção probatória, como de fato ocorreu nos autos, sem mácula ou vícios.

Nesse sentido, acertada a conclusão proferida pelo Tribunal de origem:

(...) Diante da peculiaridade desse tipo de ação não se pode exigir que a petição vestibular, muitas vezes, contenha especificamente qual a efetiva causa de pedir.

O advogado, as partes e o juiz, via de regra, são leigos em medicina, logo não se pode exigir em oportunidades especiais, na petição inicial, como no caso dos autos, demasiado rigor na indicação da “causa petendi”, até porque o juiz quando a causa exige conhecimentos técnicos serve-se de perito. (...)

Aqui o fato constitutivo do direito dos autores é uma conduta culposa, e isso está bem expresso na inicial. O fato gerador da pretensão deduzida pelos autores é a culpa pelo procedimento irregular dos prepostos do hospital (e-STJ fl. 544).

No presente caso, a autora entende que aquele que propõe a ação indenizatória deve declinar precisa e minuciosamente qual foi o evento médico que deu causa ao evento danoso, ao passo que o acórdão transitado em julgado entendeu ser suficiente a descrição dos fatos contida na petição inicial e que posteriormente foi objeto de complementação por meio dos elementos trazidos pelo profissional responsável pela realização da prova pericial.

Nesse contexto, cumpre destacar que essa matéria é objeto de ampla controvérsia nos tribunais - o que inclusive é comprovado pelo simples fato de que, na ação originária, o julgamento final se deu somente após a análise de embargos infringentes, pois não foi possível se alcançar uma unanimidade quanto ao tema.

A autora não foi surpreendida com fatos novos postos em laudos periciais, pois por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, observando-se as garantias do devido processo legal, avaliar a necessidade de impugnar as provas aptas a, eventualmente, corroborar o pedido de condenação por negligência médica.

Nesse sentido, ensina Enrico Tullio Liebman que, “*permanecendo o fato essencial inalterado, os fatos secundários e as circunstâncias que os circundam podem variar sem que isso represente modificação da causa de pedir*” (Manual de Direito Processual Civil. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. - 3ª Edição - São Paulo: Malheiros, 2005, Volume 1, pág. 430 - grifou-se).

Ademais, saliente-se que segundo Pontes de Miranda, até mesmo a inclusão (explícita ou implicitamente) de uma *causa superveniens* durante o curso da lide *não altera nem o pedido, nem a causa de pedir já formulada*, consignando o jurista que “a afirmação do fato, como presente, vale para o fato em curso, ou para o fato continuativo, ou para as reiterações do mesmo fato” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1974, Tomo 4, págs. 433-434 - grifou-se).

(ii) *Da violação dos arts. 130, 420 e 437 do Código de Processo Civil de 1973*

A autora da rescisória pretende rediscutir o teor dos laudos periciais com base nos seguintes dispositivos do CPC/1973, ora transcritos:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

- I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III - a verificação for impraticável.

Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

O hospital alega não ter direcionado a produção das provas para esclarecer outras questões postas nos autos.

Contudo, em verdade, não houve impugnação específica das conclusões do laudo pericial, que apontaram tais quesitos. Ademais, a decisão de inversão do ônus da prova não foi sequer objeto de recurso, restando, assim, incumbido o hospital, ao longo do feito, de afastar sua culpa para o evento danoso.

Por sua vez, registra-se não terem sido nem mesmo formulados quesitos complementares para solucionar eventual dúvida quanto às imputações. Dessa maneira, a insurgência ora apresentada deveria ter sido objeto durante o juízo de cognição, especialmente porque a ação rescisória não serve como sucedâneo recursal.

Ao que se tem, portanto, basta um simples cotejo entre o decidido no especial e os argumentos ora apresentados pela autora para se perceber que a rescisória é mera tentativa de reverter a conclusão do julgamento, em evidente maltrato ao ordenamento legal, o que, como dito, não se presta a presente via, mormente por não cumprir a função de sucedâneo recursal.

A propósito:

Processual Civil. Ação rescisória. Matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça. Art. 485, inciso V, do CPC. Violação de literal disposição de lei. Inocorrência.

1. Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei.

2. *O fato de o julgado haver porventura adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.*

(...) 4. Processo extinto sem resolução do mérito (AR 2.261/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 5/2/2007 - grifou-se).

Não há, portanto, violação de literal disposição dos mencionados dispositivos legais.

(iii) *Do processamento dos embargos infringentes (arts. 436 e 530 do CPC/1973)*

Melhor sorte não assiste à parte autora no tocante ao processamento dos infringentes, que aponta a violação dos seguintes dispositivos de lei:

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados.

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença.

Ora, a pretensão da autora está essencialmente fundada na compreensão de que a divergência entre o voto vencedor e o vencido na apelação teria sido parcial.

Todavia, os desembargadores que aderiram ao voto vencedor quando do julgamento da apelação reputaram ausente a negligência do atendimento à menor, enquanto que no voto vencido, que se tornou prevalecente logo após o julgamento dos infringentes, o relator assentou a culpa do hospital, motivo pelo qual reputava necessária a manutenção da sentença de procedência. A divergência, portanto, não se limitou à análise de exames médicos ou meros fatos, mas, sim, ao próprio âmago da tese posta: a existência ou não de negligência.

E nesse sentido foi a conclusão do relator do acórdão rescindendo, Ministro Cesar Asfor Rocha, quando do julgamento do agravo de instrumento interposto nos autos da ação originária:

(...) Não vislumbro qualquer afronta à regra inserida no artigo 530 do CPC, porquanto o acórdão estadual julgou os embargos infringentes opostos pelos agravados limitando-se, realmente, à matéria objeto da divergência. Observo que a discrepância de votos ocorreu quanto à existência de culpa do hospital, não se restringindo apenas à questão de disparidade de exames pelo método Advantage e pelo método do laboratório de análises clínicas, como alega a parte (e-STJ fl. 699).

(iv) *do erro de fato*

A teor do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil,

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...) IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

A expressão “fundada”, segundo a doutrina, denota a ideia da necessidade de configuração de nexo de causalidade entre o apontado erro de fato e o decidido no julgado rescindendo.

Nery e Nery, por exemplo, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, apontam como primeiro requisito para que se possa rescindir o julgado por erro de fato que: “a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; (...)” (*op. cit.*, pág. 817).

E complementam:

“(...) Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade” (Sydney Sanches. RT 501/25) (*op. cit.*, pág. 817)

Assim, exige-se, em qualquer caso, que o erro tenha influenciado a formação da decisão do tribunal, sido relevante para o julgamento, de modo que o acórdão tenha sido proferido no sentido em que foi em decorrência do erro de percepção do julgador.

Esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar nesse sentido:

Rescisória. Recurso especial. Decadência. Prazo. Erro de fato. Pronunciamento judicial. Fato controverso.

I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.

II - *O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.*

III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes do autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Recurso especial provido.

(REsp 784.166/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 13/03/2007, DJ 23/04/2007 - grifou-se)

Por isso, o óbito superveniente da autora não pode ser enquadrado no conceito de “erro de fato” apto a embasar o pedido de rescisão porque não apresenta nenhuma relação com os fundamentos do acórdão objurgado.

O autor alega que a questão principal ensejadora da condenação do hospital foi a suposta falta de valorização, pelos médicos, da divergência entre os resultados da glicemia pelos métodos *advantage* e laboratorial, apontando, porém, para erros de fato, tais como de se ter dado como certa a previsibilidade da evolução do quadro da paciente para um edema de pulmão, de se ter negada a valorização pelos médicos da divergência de resultados dos exames de glicemia e de que as doses de insulina teriam sido ministradas como “tiro no escuro”.

O Tribunal local apreciou as provas, especialmente o laudo pericial para concluir pela manutenção da sentença de procedência da ação originária. Portanto, evidencia-se a existência de pronunciamento judicial a respeito dos fatos apresentados pela ora autora, que, em verdade, insurge-se contra as conclusões que não lhe satisfizeram.

Existiu controvérsia quanto a todos os fatos existentes ora apresentados, razão pela qual não há como se reconhecer a existência de erro de fato à luz do art. 485, § 2º, do CPC/1973:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

As provas foram exaustivamente analisadas e controvertidas perante as instâncias ordinárias e a irresignação com a conclusão a respeito delas não enseja ação rescisória.

Afasta-se, de pronto, a alegação de erro de fato.

III - Do dispositivo

Em vista do exposto, julgo improcedente o pedido, condenando a autora aos ônus da sucumbência e fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por

cento) do valor atualizado da causa, revertendo-se aos réus o depósito prévio, conforme prescreve o art. 488, inciso II, do CPC/1973.

É como voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.106.999-SC
(2008/0267341-1)**

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Embargante: Tetra Pak Ltda

Advogados: Mauro Eduardo Lima de Castro - SP146791

Raissa Roese da Rosa e outro(s) - DF052568

Embargado: Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda

Advogado: Renildo Dorow e outro(s) - SC016653B

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do CPC/73*. Embargos à monitoria. Cobrança de quantia já paga. Art. 1.531 do CC/16 (correspondente ao art. 940 do CC/02). Dissenso quanto ao momento processual adequado para pleitear a condenação e sua possibilidade de fixação *ex officio*. Recurso conhecido e não provido.

1. Inaplicabilidade do NCPC ao caso ante os termos do Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

2. O art. 1.531 do CC/16 sanciona a cobrança indevida de valores punindo o demandante ora com o dobro da quantia pleiteada, no caso de cobrança de dívida já paga, ora com a quantia equivalente a exigida, na hipótese de cobrança de valor maior do que o devido. A lei

estabeleceu indenização especial, previamente liquidada, para o caso de cobrança indevida.

3. A jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido da possibilidade da imposição da sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16 até mesmo de ofício porque ela configura um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre na litigância de má-fé. Precedentes.

4. Embargos de divergência conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer dos embargos de divergência e em negar-lhes provimento, para manter a tese do acórdão embargado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Sustentou oralmente a Dra. Raissa Roese da Rosa, pela parte Embargante Tetra Pak Ltda.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 13.3.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial manejados nos autos de ação monitória ajuizada por *Tetra Pak Ltda.* (*Tetra Pak*) contra *Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda.* (*Cooperativa*) alegando ser desta credora pela importância de R\$ 1.850.613,34 (um milhão, oitocentos e cinquenta mil, seiscentos e treze reais e trinta e quatro centavos), representada por 17 (dezessete) notas promissórias prescritas.

A *Cooperativa*, por sua vez, manejou embargos a monitória. Alegou que as obrigações representadas pelas notas promissórias já haviam sido pagas.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial dos embargos por reconhecer que a maior parte da dívida cobrada já havia sido paga (R\$ 1.659.803,77).

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento aos recursos, em acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação monitória. Notas promissórias oriundas de contrato de confissão de dívidas. Ausência de novação. Quitação parcial da dívida comprovada. Litigância de má-fé configurada. Condenação da credora ao pagamento dos valores cobrados a maior. Exegese do art. 1.531 do Código Civil de 1916, reiterado pelo art. 940 do Código Civil de 2002. Sucumbência recíproca. Recursos conhecidos e parcialmente providos.

Comprovada de forma inequívoca a conduta maliciosa do autor que, conhecedor da quitação parcial do débito, demanda pela totalidade do valor originariamente devido, deve ser aplicada a penalidade prevista na segunda parte do art. 1.531 do Código Civil de 1916, dispositivo correspondente ao art. 940 do Código Civil de 2002 (ap. cível n. 2003.020906-9, de Capinzal, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Alcides Aguiar. j. em 14.12.2006).

Nos casos em que resta evidente a atuação dolosa da parte litigante, caracterizando litigância de má-fé, é dever do magistrado aplicar as sanções previstas no art. 18, *caput*, do Código de Processo Civil.

Para caracterizar a novação, faz-se imprescindível a comprovação da existência do animus das partes em extinguir a obrigação originária para contrair uma nova.

Quando ambas as partes forem vencidas e vencedoras, as despesas processuais e honorários advocatícios deverão ser suportados na medida de suas derrotas e recebidos na proporção de suas vitórias. (e-STJ, fls. 437/454)

Os embargos de declaração opostos por *Tetra Pak* foram rejeitados (e-STJ, fls. 474/482).

Inconformada, a *Tetra Pak* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alínea “a”, da CF, alegando violação dos arts. 21, 128, 515 e 535 do CPC/73.

O recurso especial não foi conhecido em decisão monocrática do Relator Ministro *Antonio Carlos Ferreira* (e-STJ, fls. 585/587).

Contra essa decisão foi interposto agravo regimental que não foi provido em acórdão da Quarta Turma que recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação monitória. Embargos acolhidos parcialmente. Redução da dívida. Omissões não caracterizadas. Apelação adesiva. Inovação não verificada. Cobrança indevida. Valores pagos anteriormente. Má-fé. Devolução disciplinada no art. 1.531 do CC/1916 (art. 940 do CC/2002). Honorários advocatícios. Sucumbência recíproca.

1. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada, tendo em vista que o Tribunal de origem, sucinta e objetivamente, deixou claro, no julgamento dos embargos de declaração, que a condenação vinculada ao art. 1.531 do CC/1916 era legal.

2. Arts. 128 e 515, § 1º, do CPC não contrariados, cabendo destacar que a pretensão deduzida pela cooperativa na sua apelação adesiva, no sentido de condenar a autora na indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002, não foi inaugurada no referido apelo. Na inicial dos embargos à monitória, foi sustentada a quitação de grande parte da importância cobrada, e nas alegações finais houve debate expresso acerca da consequente aplicação do art. 1.531 do CC/1916 e do art. 940 do CC/2002, pedido que foi reiterado mediante petição protocolizada antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela autora à sentença de mérito.

3. A decisão agravada apreciou a alegação de *reformatio in pejus* vinculada à redistribuição dos honorários advocatícios em segundo grau, haja vista que tal matéria constou expressamente do recurso especial. Vício material ausente nesse ponto.

4. Premissa fática incorreta deduzida pela agravante, considerando que, no caso concreto, diversamente do que alega, o saldo credor devido à autora é superior à importância que ela pagará à ré a título de honorários advocatícios em decorrência da sucumbência recíproca.

5. Tendo sido afastada pelo Tribunal de origem a compensação dos honorários advocatícios com fundamento, apenas, na aplicação do art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, caberia à recorrente, no recurso especial, impugnar tal motivação, o que não fez. Incidência da Súmula n. 283 do STF.

6. Agravo regimental desprovido. (e-STJ, fl. 649)

Tetra Pak, então, interpôs os presentes embargos de divergência pugnando pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento do recurso, a fim de que prevaleça a solução adotada pela Terceira Turma quanto a necessidade de pedido inicial para a condenação ao pagamento dos valores cobrados a maior, conforme decidido no paradigma indicativo da divergência, o acórdão proferido no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento n. 689.254/RS, de relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, cuja ementa é do seguinte teor:

Processual Civil. Agravo regimental. Incidência do CC/1916, art. 1.531. Honorários advocatícios na forma do art. 20, § 4º.

1.- A condenação a pagamento do valor em dobro de importância indevidamente cobrada (CC/1916, art. 1.531) não necessita de reconvenção ou propositura de nova ação, mas pressupõe existência de pedido inicial, o que, no caso de execução, deve ser formulado na petição de Embargos do Devedor.

2.- Honorários advocatícios, no caso de extinção do processo de execução ante a constatação de inexistência da dívida titulada, fixam-se de acordo com o art. 20, § 4º, do Cód. de Proc. Civil, podendo ser estabelecidos em quantia fixa, observadas a equidade e a modicidade. A alteração do valor de honorários, fixado sem percentual à moda do § 3º do art. 20 - reservado para as sentenças condenatórias, de que não se cogita no caso - é adequada, não significando *reformatio in pejus*.

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 689.254/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/11/2008, DJe 16/12/2008)

Nas razões dos embargos de divergência, sustentou que enquanto o acórdão embargado concluiu pela possibilidade de se pleitear o pagamento dos valores cobrados a maior ao longo do processo, o acórdão paradigma entendeu que deve haver pedido inicial, ou seja, o pedido deve ser formulado na primeira oportunidade que a parte credora tiver para falar nos autos (e-STJ, fls. 654/672).

A impugnação foi apresentada aduzindo que não há similitude fática entre os julgados confrontados porque o acórdão embargado trata de ação monitória enquanto o paradigma de execução (e-STJ, fls. 687/695).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): Inicialmente, vale pontuar que o presente recurso foi interposto com fundamento no CPC/73, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com a interpretação dada pelo Enunciado n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2006:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(1) *Breve histórico dos fatos*

Conforme constou no relatório, trata-se de embargos de divergência em recurso especial manejados nos autos da ação monitória ajuizada por *Tetra Pak* contra *Cooperativa* alegando ser desta credora pela importância de R\$ 1.850.613,34 (um milhão, oitocentos e cinquenta mil, seiscentos e treze reais e trinta e quatro centavos), representada por 17 (dezessete) notas promissórias prescritas.

A *Cooperativa*, por sua vez, manejou embargos à monitória. Alegou que as obrigações representadas pelas notas promissórias já haviam sido pagas.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial e reconheceu que a maior parte da dívida cobrada já havia sido paga (R\$ 1.659.803,77). Confira-se:

[...] os depósitos realizados (R\$ 1.659.803,77), no espaço curto de menos de 12 (doze) meses, alguns em valores superiores a R\$ 200.000,00 (fls. 50, 53, 54 e 55), no ano de 1996, não poderiam, em hipótese alguma, passar despercebidos no sistema financeiro e contábil de empresa do porte da autora.

Pode-se concluir, com fundamento nos fatos narrados e nos documentos apresentados pelas partes, que foram pagos, pela embargante, R\$ 1.659.803,77, valor este que deverá ser deduzido do principal reclamado, ou seja, de R\$ 1.850.613,34.

[...]

Ante o exposto e por tudo que mais consta dos autos, **julgo parcialmente procedentes** os pedidos formulados nos embargos monitórios interpostos por **Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Limitada** em desfavor da **Tetra Pak Limitada**, para determinar:

a) o prosseguimento da ação monitória sobre o saldo resultante do débito requerido, deduzindo-se, para tanto, do valor principal, qual seja, R\$ R\$ 1.850.613,34, a quantia já paga, na cifra de R\$ 1.659.803,77. O saldo resultante deverá ser devidamente corrigido, acrescido de juros de 6% ao ano a partir da data da citação, quantia esta efetivamente devida pela embargante à embargada;

b) condenar a embargada/autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, devidamente atualizado, com fulcro no artigo 20, § 3º, do CPC. (e-STJ, fls. 295/308 – destaques no original)

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento aos recursos. O recurso da *Tetra Pak*

foi provido parcialmente para determinar a sucumbência recíproca na proporção da vitória de cada parte. O recurso da *Cooperativa* foi provido em parte a fim de condenar a *Tetra Pak* por litigância de má-fé, bem como ao pagamento do valor cobrado indevidamente, exigido na inicial da ação monitória (R\$ 1.659.803,77), conforme disposto na segunda parte do art. 1.531 do CC/16, reiterado no art. 940 do CC/02. Veja-se:

[...]

O art. 1.531 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo do contrato e, reiterado no Código Civil de 2002, em seu art. 940, assim dispunha:

Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

Conforme entendimento desta Terceira Câmara de Direito Comercial, para aplicação do artigo supra, faz-se necessária prova robusta da má-fé do credor que, sabedor da quitação parcial do débito, demanda, pugnando pela cobrança integral da dívida.

[...]

Outrossim, conforme bem observado pelo MM. Juiz na sentença recorrida: “a própria embargada admite que podem ter havidos os referidos depósitos em seu favor, depósitos estes efetuados para o pagamento da dívida em questão [...]”.

Diante de tais declarações, visível torna-se a má-fé da primeira apelante, cobrando o valor total do débito representado pelas 17 notas promissórias, enquanto deveria ser conhecedora da quitação de parte considerável da dívida (mais de 85%), até porque, mais de um milhão e meio de reais dificilmente passaria despercebido por alguma empresa, mesmo as de grande porte, como é o caso da primeira apelante, tornando-se inviável admitir a abstração desta acerca do recebimento de referida monta.

Ademais, conforme julgado que a seguir colaciona-se, a primeira apelante, após a juntada dos comprovantes de pagamento pela segunda apelante, poderia ter reconhecido o pagamento parcial, todavia, limitou-se a afirmar que tais pagamentos referiam-se a outras negociações.

A propósito, o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

O que caracterizou, na espécie, a má-fé da recorrente foi o fato de, mesmo após a comprovação de quitação do débito pela recorrida, não ter reconhecido, na primeira oportunidade, o equívoco do ajuizamento da ação monitória.

Constata-se, portanto, que a recorrente praticou conduta maliciosa quando, consciente de que não detinha o direito pretendido, insistiu na cobrança indevida, levando o processo até o final, o que configura motivo suficiente para aplicação da penalidade estabelecida no art. 1.531 do CC/16 (REsp 608.887/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 18.8.05).

Deste modo, deve incidir a penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil de 1916, dispositivo correspondente ao art. 940 do Código Civil de 2002.

Ressalva-se que na hipótese em exame está caracterizada a segunda parte dos referidos dispositivos legais, já que a primeira apelante demandou por valor superior ao devido, devendo, portanto, ser condenada ao pagamento do “equivalente do que dele exigir”, conforme disposto nos artigos supra.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo da segunda apelante, para condenar a primeira apelante ao pagamento do equivalente ao montante quitado, exigido na inicial desta ação monitória (R\$ 1.659.803,77 - hum milhão, seiscentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e três reais e setenta e sete centavos), consoante a segunda parte do art. 1.531 do Código Civil de 1916, reiterado no art. 940 do Código Civil de 2002, atualizado a partir deste julgado, com juros legais também a partir deste julgamento.

[...]

Ante o exposto, a Terceira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, decide conhecer do recurso interposto por Tetra Pak Ltda., para dar-lhe provimento parcial, no sentido de determinar a sucumbência recíproca na proporção de suas vitórias e derrotas e, conhecer do recurso adesivo interposto por Cooperativa Central Catarinense de Laticínios Ltda. CCCL, para dar-lhe provimento parcial, condenando a empresa Tetra Pak Ltda. por litigância de má-fé, bem como ao pagamento dos valores cobrados indevidamente. (e-STJ, fls. 441/454)

O recurso especial interposto por *Tetra Pak* não foi conhecido em decisão monocrática do Relator Ministro *Antonio Carlos Ferreira* (e-STJ, fls. 585/587). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental que não foi provido pela Quarta Turma.

Tetra Pak, então, interpôs os presentes embargos de divergência pugnando pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento do recurso, a fim de que prevaleça a solução adotada pela Terceira Turma quanto a necessidade de pedido inicial para a condenação no pagamento dos valores cobrados a maior, conforme decidido no paradigma indicativo da divergência, o acórdão proferido no julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento n. 689.254/RS, de relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*.

(2) Da divergência quanto a necessidade de pedido inicial para condenação ao pagamento em dobro / pagamento do valor cobrado a maior

O dissenso submetido a análise da Segunda Seção do STJ diz respeito a exigência de pedido da parte para aplicar a sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16, que corresponde ao art. 940 do CC/02 (condenação ao pagamento em dobro ou, na hipótese dos autos, pagamento do valor cobrado a maior).

O art. 1.531 do CC/16 possui a seguinte redação:

Art. 1.531. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

A questão trazida a debate discute a possibilidade de condenação de ofício pelo juiz ao pagamento do valor cobrado a maior / pagamento em dobro (art. 18 do CPC/73, correspondente ao art. 81 do NCPC), ou se é necessário pedido da parte na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, nos termos do disposto no art. 128 do CPC/73 (correspondente ao art. 141 do NCPC).

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

O acórdão embargado da Quarta Turma entendeu que não é necessário pedido inicial. Basta que o pedido indenizatório seja formulado antes da apelação:

[...]

Sustenta a agravante, igualmente, contrariedade aos arts. 128 e 515, § 1º, do CPC, que assim dispõem:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Tal afronta, segundo a agravante, decorre do fato de que “a cooperativa-agravada só pediu a condenação da Tetra Pak no pagamento do equivalente às quantias já pagas pela apelante (artigo 1.531 do CCB-16 e 940 do Novo CCB) quando da interposição da apelação adesiva” (e-STJ fl. 592). Haveria, assim, uma inovação recursal indevida, sobretudo por não se cuidar de matéria de ordem pública, apreciável de ofício.

Ocorre que a condenação vinculada ao art. 1.531 do CC/1916 não representou inovação recursal, tendo sido postulada, ainda, durante o trâmite do processo em primeiro grau.

Nos *embargos à monitoria* ofertados pela cooperativa, ora agravada, houve expressa manifestação acerca da novação e da realização de vários pagamentos, assim:

A novação não se deu de forma vazia, em simples troca de contratos, sem qualquer contraprestação pela embargante. Ao contrário, o débito foi novado mediante a realização pela devedora de inúmeros e significativos pagamentos à credora, como abaixo relaciona:

[...]

Totalizam os pagamentos efetuados pela embargante à embargada, a astronômica cifra de R\$ 1.659.803,77.

Depreende-se, portanto, que o débito confessado no primeiro instrumento foi novado pelo segundo, havendo integral quitação pela embargante, como provam os inclusos recibos de depósito, realizados nos moldes acima relatados (e-STJ fls. 90/91).

Nas suas **alegações finais**, a cooperativa voltou a cuidar da novação e da cobrança de débito pago (e-STJ fls. 272/274 e 276/277) e *invocou expressamente a aplicação do art. 1.531 do CC/1916, postulando fosse a embargada, **Tetra Pak Ltda.**, declarada “litigante de má-fé” e condenada na “devolução, em dobro, do valor indevidamente cobrado”* (e-STJ fls. 277/279).

Na sentença, o magistrado reconheceu que houve o pagamento da importância de R\$ 1.659.803,77 (um milhão, seiscentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e três reais e setenta e sete centavos) e que a autora, ora agravante, não poderia ter deixado de perceber tal fato. Confira-se o seguinte trecho do *decisum*:

Importa relembrar, nesse passo, que, após a requerida juntar os respectivos comprovantes de pagamentos, a ré sustentou que não tinha conhecimento dos depósitos, e que, por isso, demandou.

Tal tese não é digna de acolhimento, uma vez que os depósitos realizados (R\$ 1.659.803,77), no espaço curto de menos de 12 (doze) meses, alguns em valores superiores a R\$ 200.000,00 (fls. 50, 53, 54 55), no ano de 1996, não poderiam, em hipótese alguma, passar despercebidos no sistema financeiro e contábil de empresa do porte da autora.

Pode-se concluir, com fundamentos nos fatos narrados e nos documentos apresentados pelas partes, que foram pagos, pela embargante, R\$ 1.659.803,77, valor este que deverá ser deduzido do principal reclamado, ou seja, de R\$ 1.850.613,34 (e-STJ fl. 307).

Os embargos à monitória, então, foram julgados parcialmente procedentes para determinar “o prosseguimento da ação monitória sobre o saldo resultante do débito requerido, deduzindo-se, para tanto, do valor principal, qual seja, R\$ 1.850.613,34, a quantia já paga, na cifra de R\$ 1.659.803,77” (e-STJ fl. 308). Nada foi dito acerca da obrigação de devolver em dobro a importância paga anteriormente pela embargante.

A sentença, proferida em 8.4.2003, foi publicada em cartório apenas em 5.8.2003 (e-STJ fl. 309).

A cooperativa, em petição subscrita e protocolizada em junho de 2003 – juntada em 24.9.2003 (e-STJ fl. 314) –, ou seja, entre a prolação e a publicação da sentença, reiterou o pedido “de condenação na devolução em dobro das quantias já pagas pelo embargante (artigo 1.531 do CCB-16 e 940 do Novo CCB)” (e-STJ fl. 318).

Tetra Pak Ltda. opôs embargos de declaração à sentença (e-STJ fls. 331/337), que foram acolhidos parcialmente, em sentença de 1º.3.2004, “para sanar a contradição havida entre as decisões simultâneas proferidas, quais sejam, aquela do processo n. 033.01.026430-5 (fls. 141/150) e aquela objeto dos presentes embargos, adequando a verba honorária fixada aos parâmetros utilizados, de 20% para 10% sobre o valor da causa” (e-STJ fl. 344). Igualmente, o magistrado nada decidiu sobre a pretendida devolução.

Com efeito, a pretensão deduzida pela cooperativa na sua apelação adesiva, no sentido de condenar a Tetra Pak Ltda. na indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002 (cf. e-STJ fls. 390/396), não foi inaugurada no referido apelo, tendo sido objeto de debate e de requerimento expresso durante o trâmite do processo em primeiro grau, antes da sentença de mérito e da que julgou os embargos de declaração opostos pela ora agravante, o que afasta a alegada afronta aos arts. 128 e 515, § 1º, do CPC.

Destaco, para afastar qualquer dúvida, que, nessa parte, não se discute no recurso especial nem no presente agravo regimental qual seria a via adequada para se postular a indenização baseada no art. 1.531 do CC/1916 e no art. 940 do CC/2002 – contestação, embargos à monitória, reconvenção, ação própria, por simples petição ou por qualquer via processual etc. –, mas, tão somente, se houve pedido indenizatório anteriormente à apelação adesiva. (e-STJ, fls. 637/647 - sem destaques no original)

No acórdão embargado também foi destacado que *a obrigação de devolver os valores cobrados a maior encontra-se vinculada à má-fé da ora agravante e também decorre desse ardit* (cf. fls. 478/480) (e-STJ, fl. 642).

O acórdão paradigma da Terceira Turma, por sua vez, entendeu que o requerimento da indenização prevista no art. 1.531 do CC/16 deve ser formulado na petição inicial dos embargos do devedor:

Processual Civil. Agravo regimental. Incidência do CC/1916, art. 1.531. Honorários advocatícios na forma do art. 20, § 4º.

1.- A condenação a pagamento do valor em dobro de importância indevidamente cobrada (CC/1916, art. 1.531) não necessita de reconvenção ou propositura de nova ação, mas pressupõe existência de pedido inicial, o que, no caso de execução, deve ser formulado na petição de Embargos do Devedor.

[...]

3.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 689.254/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/11/2008, DJe 16/12/2008)

[...] ainda que não se exija reconvenção ou outra ação, ao menos é necessário que haja algum pedido, da parte, que pretende receber em dobro, para que se instaure o contraditório constitucional a respeito (CF, art. 5º, LV) e possa a parte contrária responder a tal pretensão, como é pressuposto de qualquer condenação.

No processo de execução por título executivo extrajudicial, o momento de formular pedidos, de modo a possibilitar resposta em contraditório, é o do ajuizamento dos Embargos do Devedor, que, como vem da lição de LIEBMAN, são ação e, como ação, sua petição inicial, é o instrumento hábil a conter os pedidos do autor dessa ação de embargos – entre eles o pedido de pagamento em dobro, sob invocação, no caso, do art. 1.531 do Cód. Civil de 1916.

Não basta, assim, haver formulado requerimento em apelação, como no caso, nem em Recurso Especial, pois o recurso não é petição inicial, de modo que nele não se formulam pedidos processualmente qualificados (CPC, art. 282, IV). (e-STJ, fls. 662/670 - sem destaques no original)

A divergência trata, portanto, de questão de direito processual civil relativa ao modo e oportunidade de formulação do pedido de aplicação da penalidade prevista no art. 1.531 do CC/16.

Em que pese o pedido de devolução em dobro ter sido formulado no acórdão embargado antes da sentença, nas alegações finais, enquanto no paradigma o pedido foi formulado no próprio recurso de apelação, a existência de diferenças pontuais entre os acórdãos não impede o conhecimento da divergência se a questão nuclear foi abordada pelos julgados confrontados, exibindo claro o dissenso.

(3) Da sanção civil do pagamento em dobro / pagamento do valor cobrado a maior (art. 1.531 do CC/16, que corresponde ao art. 940 do CC/02)

O ordenamento jurídico não tolera comportamentos desleais, ilegítimos, abusivos ou enganosos. No âmbito do direito material a vedação a tais comportamentos tem como vetor o princípio da boa-fé objetiva.

Embora o CC/16 não tenha feito menção expressa à boa-fé, CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA já defendia a vigência do princípio *em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam (A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV. 2007, p. 33).

O exercício do direito de cobrança deve se ater a uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular de um direito para o exercício abusivo do direito pelas suas consequências.

O art. 1.531 do CC/16 sanciona a cobrança indevida de valores punindo o demandante ora com o dobro da quantia pleiteada, no caso de cobrança de dívida já paga, ora com a quantia equivalente a exigida, na hipótese de cobrança de valor maior do que o devido.

A lei estabeleceu indenização especial, previamente liquidada, para o caso de cobrança indevida.

A natureza da referida sanção civil é de cunho ressarcitório, uma vez que prefixa o valor a ser despendido pelo credor de má-fé por submeter o outro integrante da relação material a constrangimento infundado, diante da cobrança ilícita levada a efeito.

Para corroborar com o posicionamento defendido, confira-se doutrina sobre o tema:

[...] o art. 940 do Código Civil estabelece uma sanção civil de direito material ou substantivo, e não de direito formal ou adjetivo, contra demandantes abusivos. Trata da responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida, punindo o ato ilícito da cobrança excessiva. Essa responsabilidade civil decorre de infração de norma de direito privado e objetiva não só garantir o direito do lesado à segurança, protegendo-o contra exigências descabidas, como também servir de meio de reparação do dano, prefixando o seu montante e exonerando o lesado do ônus de provar a ocorrência da lesão.

(GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2005, p. 54)

Trata o art. 940 de responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida ou por quantia superior à devida, punindo o ato ilícito da cobrança indébita [...]

Essa responsabilidade civil constitui uma sanção civil, por decorrer de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, em sua natureza, é compensatória, por abranger uma reparação de dano, sendo uma forma de liquidação do prejuízo decorrente de cobrança indevida. Por isso tem dupla função: garantir o direito do lesado à segurança, protegendo-o de contra exigência descabida, e servir de meio de reparar o dano, exonerando-se o lesado de provar a ocorrência da lesão.

(DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 8ª edição. 2002, p. 552).

Este dispositivo, bem como os arts. 940 e 941, são formas de liquidação do dano acarretado por cobrança indevida, que é havido como ato ilícito. Segundo tais dispositivos presume-se a culpa do agente na prática desse ilícito, cuja indenização é preestabelecida.

(FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008, p. 907)

A cobrança de quantia já paga constitui ilícito civil previsto em lei.

PONTES DE MIRANDA destacou que *os arts. 1.530 e 1.531 do Código Civil não são, rigorosamente, regras jurídicas sobre indenização no tocante a alguns atos ilícitos absolutos. Deles não resulta só dever de ressarcimento. Resultam penalidades, por infração de deveres que a lei criou.* (**Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIV – Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2012, p. 134).

O clássico doutrinador criticou a ausência de norma na legislação então vigente sobre o momento de alegar a cobrança indevida. A ausência de norma

sobre o tema persiste. Porém ele afirmou que *se o demandado, na contestação, diz que a dívida não está vencida, ou já foi paga, é assunto para a sentença. O juiz há de aplicar o art. 1.530, ou o art. 1.531* (op. cit., p. 145).

E concluiu, afirmando que é possível pleitear a condenação por dívida já paga até mesmo em recurso:

A pena do art. 1.531, como a do art. 1.530, pode ser pedida na contestação ou por reconvenção, ou em ação posterior ao pleito (1ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1954; sem razão, por afastar a ação posterior, a 2ª Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de setembro de 1941, R. Dos T., 134, 221)

O devedor pode ignorar que a dívida não estava vencida e só saber disso depois da contestação, ou do prazo para a reconvenção. Pode ignorar que outrem pagou por ele, ou que banco ou empresa, que se costuma prestar o necessário a pagamento de dívidas, solveu a dívida. *Enquanto não se profere a sentença, há a alegabilidade, por se tratar de ignorância de fato. Após a sentença, a única solução é a de se alegar em recurso, ou em ação rescisória* (op. cit., p. 146 – sem destaque no original).

Assim, a aplicação da penalidade deve ser considerada um dever do juiz a ser exercido, até mesmo de ofício, quando constatado o pressuposto legal da cobrança indevida.

A imposição da penalidade não se apresenta como uma surpresa para o demandante, visto que é sanção prevista em lei, já que ao demandante só cabe cobrar aquilo que lhe é devido, pois toda vantagem econômica deve possuir causa justa e legítima.

Ademais, só é possível ao juiz aplicar a sanção do art. 1.531 do CC/16 quando a prova dos autos evidenciar a cobrança indevida e a má-fé do demandante.

(4) Da jurisprudência do STJ sobre o tema

A imprescindibilidade da demonstração de má-fé do credor para impor a sanção civil do pagamento em dobro é o entendimento que tem sido adotado reiteradamente por esta Corte, inclusive já firmado em julgamento de tese repetitiva:

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese: "A aplicação da sanção civil do pagamento

em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor.

(REsp 1.111.270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 25/11/2015, DJe 16/2/2016)

A discussão sobre o meio processual para se pleitear a condenação do credor que pleiteia dívida já paga é matéria tormentosa, muito discutida nos Tribunais em razão da dicotomia entre sanção processual e sanção de direito material.

Aqueles que assemelham a cobrança de dívida já paga a litigância de má-fé, entendendo tratar-se de sanção processual, admitem a dedução da matéria na própria contestação do réu, nos embargos do devedor ou monitórios e até mesmo sua aplicação de ofício pelo juiz, conforme autoriza o art. 18 do CPC/73, que corresponde ao art. 81 do NCPC.

Para aqueles que vêm no instituto uma obrigação de direito material, entendem que a pretensão só pode ser pleiteada em ação própria, que pode ser uma reconvenção, salvo nas situações de ações dúplices e nas ações que tramitam pelo rito sumário.

A jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido da possibilidade de impor a sanção civil prevista no art. 1.531 do CC/16 até mesmo de ofício porque configura um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre na litigância de má-fé.

A complementaridade entre a sanção civil do pagamento em dobro e a sanção processual da litigância de má-fé tem sido destacada nos julgados da Segunda Seção diante o objetivo comum de punir as partes que se utilizam do processo para conseguir objetivo ilegal. Daí por que os precedentes desta Corte têm se posicionado no sentido de que é aplicável por analogia o disposto no art. 18 do CPC/73.

Nesse sentido, confirmam-se trechos de julgados que se debruçaram sobre o assunto:

A sanção do art. 1.531 do CCivil deve ser aplicada pelo juiz sempre que verificar a existência de "demanda por dívida já paga." Não se exige uma nova ação, ou pedido reconvenicional, uma vez que se trata de simples efeito do

reconhecimento de que o sedizente credor já estava satisfeito.

Assim, admitido pelo juiz que a dívida estava quitada, podia de ofício impor ao litigante malicioso a sanção de pagar em dobro o que estava indevidamente exigindo, uma vez que o pedido de falência contém também a possibilidade de elisão, isto é, de que se transforme em cobrança.

Como não se exige reconvenção nem ação própria para a condenação da parte que infringe dever processual, a obrigação de restituir em dobro, nos termos do art. 1.531 do CC, pode ser imposta no próprio processo em que se “demanda sobre dívida já paga”, como ocorre com o pedido de falência. Fora desse entendimento, dificilmente haveria a aplicação do dispositivo legal.

(REsp 229.259/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 27/5/2003, DJ 1/9/2003, p. 290 – sem destaque no original)

Da natureza da sanção fixada no art. 1.531 do CC/16, depende a solução.

O referido dispositivo encontra-se inserido no Título VII do Livro III do CC/16, que dispõe sobre Obrigações por ato ilícito, e seu correspondente no CC/02 (art. 940) está incluído no Capítulo I do Título IX que trata da obrigação de indenizar. Assim, verifica-se que o novel legislador, portanto, considerou ato ilícito a cobrança indevida, estabelecendo o dever de indenizar àquele que foi demandado por dívida já paga.

Não obstante se tratar de norma de direito material, pode-se afirmar que o objetivo é punir o cometimento de ilícito processual, consubstanciado no abuso do exercício do direito de ação, isto é, ajuizar processo visando a cobrança de dívida já adimplida.

Não destoam a natureza da sanção estabelecida no art. 1.531 do CC/16 da penalidade por litigância de má-fé, definida no art. 18 do CPC, na medida em que em ambas as hipóteses o objetivo é o mesmo - punir a prática de ato processual ilícito.

Trilhando esta linha de raciocínio, é possível adotar para a hipótese prevista no art. 1.531 do CC/16 a mesma solução legal estabelecida para a litigância de má-fé, aplicando, por analogia, a regra definida no art. 18 do CPC que impõe que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, condene o litigante de má-fé.

Assim, da mesma forma, a aplicação da penalidade do art. 1.531 do CC/16 deve ser considerada um dever do juiz a ser exercido, inclusive de ofício, quando constatado o pressuposto legal da cobrança indevida.

Como nas hipóteses de litigância de má-fé, o interesse público protegido pela norma justifica a repressão pelo juiz aos abusos cometidos pelos litigantes e à prática de qualquer ato contrário à dignidade da justiça, conforme estabelece o art. 125, III, do CPC.

Frise-se que o suposto credor, ao demandar por dívida já paga e praticar, de forma reiterada, atos processuais tendentes à cobrança indevida, provoca,

ilicitamente, a prestação jurisdicional e movimenta, de forma maliciosa, a máquina judiciária, ofendendo sobremaneira o Estado e, em consequência, o interesse público.

(REsp 608.887/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18/8/2005, DJ 13/3/2006, p. 315 – sem destaque no original)

[...]

Ademais, dada a complementaridade entre a sanção civil em tela e a penalidade processual por litigância de má-fé, ainda que possuam natureza jurídica distinta (REsp 1.339.625/GO, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, DJe de 14/02/2014), ambas são voltadas à punição dos demandantes que se utilizam do processo judicial para consecução de objetivo ilegal, afigura-se coerente a exegese no sentido da aplicação analógica da regra disposta no caput do artigo 18 do CPC, segundo o qual:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

(...)

Com efeito, nos precisos termos de NOBERTO BOBBIO (*in Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008), o direito positivo, com fundamento na premissa de completude sistêmica, vai de certa forma negar a existência de espaços vazios na ordem posta, “preenchendo-os” com normas. Assim, autorizado por norma geral inclusiva, o aplicador do direito tem competência para proceder à extensão analógica, enquanto processo interpretativo, de regra que prevê solução jurídica de um caso a outro que lhe é similar.

Nessa ordem de ideias, resguardando a boa-fé nas relações jurídicas e o interesse público de garantia da dignidade da justiça, incumbirá ao juiz, inclusive de ofício, a condenação do autor (imbuído de má-fé) ao pagamento em dobro ou do equivalente exigido a maior em virtude da conduta ilícita descrita no artigo 1.531 do Código Civil de 1916 (artigo 940 do Código Civil de 2002).

Em que pese a aludida sanção estar inserida em norma de direito material, constata-se que sua transgressão se dá por meio de um exercício abusivo do direito de ação, assim como ocorre em algumas das condutas tipificadas nos artigos 16 e 17 do CPC, o que autoriza a interpretação analógica acima destacada, a despeito da diversidade dos objetos jurídicos tutelados.

(REsp 1.111.270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, j. 25/11/2015, DJe 16/2/2016 – sem destaque no original)

Além das considerações sobre a natureza jurídica da cobrança de dívida já paga, esta Corte já se pronunciou em voto do em. Ministro *Luis Felipe Salomão*

no sentido de que não é necessário o manejo de ação ou pedido contraposto com fundamento nos princípios da boa-fé e da finalidade econômica e/ou social do direito.

Confira-se a ementa e trecho do aresto:

Ação de cobrança. Demanda por quantia indevidamente paga. Má-fé do demandante afirmada como incontroversa pelo acórdão. Aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 940 do novo Código Civil. Desnecessidade de reconvenção ou ação autônoma. Possibilidade em contestação. Recurso especial provido.

1. A aplicação do artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzido no artigo 940 do Código Civil de 2002, não depende da propositura de ação autônoma ou de que a parte a requeira em sede de reconvenção.

Precedentes.

2. Restando incontroversa a má-fé do demandante afirmada pelo Tribunal de origem, nada impede que este aplique a regra inserta no artigo 1.531 do CC/1916, sendo lícito ao demandado utilizar qualquer via processual para pleitear a sua incidência.

3. Recurso especial provido.

[...]

Contudo, o Tribunal recorrido, apesar de reconhecer a comprovada má-fé do Condomínio recorrido, estabeleceu outra condição ao cumprimento do artigo 1.531 do CC/1916: o seu requerimento em sede de reconvenção ou a propositura de ação própria.

Parece-me, contudo, que esse entendimento labora contra quem a norma pretendeu proteger, carreado-lhe um ônus que a lei não estabeleceu. A norma inserta no preceito em debate tem como objetivo punir aquele que se vale de uma ação judicial afim de obter valores que sabe já quitados.

Na verdade, essa interpretação contraria os princípios da boa-fé, da finalidade econômica e/ou social do direito e induz à prática do abuso de direito e ao uso indevido da máquina judiciária, não traduzindo a intenção do legislador, que é justamente tutelar os atos contrários ao direito. [...]

(REsp 661.945/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17/8/2010, DJe 24/8/2010 – sem destaque no original)

Em suma, considerando a necessidade de uniformização da jurisprudência interna do STJ diante do dissídio de teses jurídicas sobre o momento oportuno para o pedido de condenação na penalidade por cobrança de dívida já paga, é o caso de se conhecer da divergência para firmar a tese de que é possível que a

alegação seja feita no curso do processo, e até mesmo poderá ser determinada pelo juiz de ofício, desde que fique comprovada a má-fé e a parte tenha tido a possibilidade de se defender sobre a matéria.

Nessas condições *conheço* dos embargos de divergência e lhes *nego provimento* para manter a tese do acórdão embargado.

É o voto.