HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

DIREITOS DO CONSUMIDOR



MATERIAL SUPLEMENTAR

9ª edição *Reformulada, revista e atualizada*

gen | Editora FORENSE

MATERIAL SUPLEMENTAR

SUMÁRIO

PARTE I

Capítulo I – Conceito de Consumidor e de Fornecedor 8

PARTE II

Capítulo I – Responsabilidade Civil 18
Responsabilidade civil – fato do produto – prescrição 18
Vício do produto – prazo de garantia ultrapassado 29
CDC – transporte aéreo de pessoas – extravio de bagagem 32
Veículos – venda descumprida – responsabilidade solidária da concessionária e do fabricante 36
Consumidor – vítima da explosão de garrafa – consumidor equiparado ... 42

Capítulo II – Responsabilidade Civil na Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares 55
Responsabilidade objetiva de hospital – ato de cirurgião a ele não vinculado 55
Responsabilidade subjetiva de hospital – médicos a ele vinculados 75
Responsabilidade solidária entre médico e hospital 84
Cirurgia plástica – obrigação de resultado – caso fortuito 91
Cirurgia estética *x* cirurgia reparadora 100

Capítulo III – Responsabilidade Civil no Relacionamento Jurídico Eletrônico 113
Provedor de pesquisa – exibição de resultado potencialmente ofensivo – responsabilidade 113
Provedor de pesquisa – intermediação – responsabilidade civil 123

Capítulo IV – Dano Moral 135
Responsabilidade civil – tabagismo – indenização de dano moral e material – descabimento da indenização 135

Responsabilidade civil – tabagismo – indenização de dano moral e material – cabimento da indenização 147
Dano moral coletivo 151

Capítulo V – Prescrição e Decadência 158
Responsabilidade civil – dano moral e dano material – defeito em prestação de serviços – prescrição 158
Responsabilidade civil – fato do produto – prescrição 163

Capítulo VI – Publicidade Enganosa e Praxes Abusivas 174
Propaganda enganosa – princípio da veracidade 174
TV – propaganda enganosa – responsabilidade do anunciante 178
Publicidade enganosa por omissão 186

PARTE III

Capítulo II – Contratos no Código Civil e no Código do Consumidor 198
Compra e venda resilida pela vontade unilateral do adquirente – Código do Consumidor – inviabilidade 198
Contrato – rescisão – pedido formulado pela parte inadimplente – inviabilidade – contrato anterior ao Código do Consumidor 207
Contrato – art. 53 do CDC – inexistência de direito do devedor inadimplente a rescindir o negócio que ele mesmo descumpriu 208
Contrato – rescisão – teoria da imprevisão – desemprego do devedor – mora do credor que não providenciou a rescisão contratual 210
Rescisão contratual – pedido formulado por compromissário comprador inadimplente – inadmissibilidade – art. 53 do Código de Defesa do Consumidor 214
Compromisso de compra e venda – teoria da imprevisão – perda de emprego e inflação que não são eventos imprevisíveis – rescisão e restituição das quantias pagas – ajuizamento pelo contratante adimplente – inadmissibilidade 217
Promessa de compra e venda – modificação superveniente das condições do negócio – devolução das quantias já pagas 218
Rescisão de compra e venda – parcelas pagas – devolução – aplicação dos artigos 53, *caput*, e 6.º, inciso V, da Lei n. 8.078/1990 223
Promessa de compra e venda – cláusula penal estabelecendo a perda das quantias pagas pelo compromissário comprador – art. 53 da Lei n. 8.078/1990 227

Rescisão contratual cumulada com reintegração de posse..... 233
Contrato – abusividade – alienação fiduciária – lei especial em vigor..... 236
Compromisso integralmente cumprido pelo vendedor – descabimento da resilição unilateral pelo adquirente 240
Cláusulas abusivas – impossibilidade de declaração de ofício pelo juiz..... 244

Capítulo III – Contratos Bancários e Aplicações Financeiras. Revisão Judicial. Juros Compensatórios e Juros Moratórios..... 259
Alienação fiduciária de bem imóvel. Inaplicabilidade do art. 53 do CDC 259
Ação de prestação de contas. Débito em conta corrente. Interesse de agir do correntista 264
Tarifa de emissão de boleto bancário. Ilegalidade do repasse ao consumidor..... 270

Capítulo IV – O Seguro e o Código de Defesa do Consumidor..... 282
Seguro de vida em grupo. Possibilidade de não renovação. Necessidade de prévia notificação ao segurado 282
Seguro de vida individual. Rescisão unilateral pela seguradora em contrato renovado por vários anos. Descabimento 309

Capítulo V – Planos de Saúde 326
Plano de saúde. Cobertura. Tratamento mais moderno..... 326
Plano de saúde. Migração de plano coletivo para individual em razão da extinção do contrato de trabalho. Portabilidade das carências..... 331
Plano de saúde. Demissão imotivada do trabalhador. A seguradora não está obrigada a oferecer migração para plano individual caso não possua essa modalidade para comercialização. 340

Capítulo VI – A Incorporação Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor..... 351
Incorporação – regime de administração – restituição de parcelas ao adquirente de unidade..... 351
Compra do apartamento em construção – "juros no pé"..... 357
Promessa de compra e venda de imóvel em construção. Abusividade da cobrança de juros durante a obra..... 371
Promessa de compra e venda de imóvel – resilição por ato do comprador inadimplente – possibilidade..... 372
Cobrança de taxa de corretagem e taxa SATI 388

PARTE IV

Capítulo I – Questões Processuais nas Ações do Consumidor 409

Código do Consumidor – inversão do ônus da prova – responsabilidade dos profissionais liberais 409

Código de Defesa do Consumidor – inversão do ônus da prova – ausência de verossimilhança – consumidor não hipossuficiente 412

CDC – inversão do ônus da prova – encargo impossível – momento processual inadequado 416

Código de Defesa do Consumidor – Foro de eleição – hipossuficiência do consumidor não comprovada – validade 427

Código de Defesa do Consumidor – Desconsideração da personalidade jurídica – Desnecessidade de demonstração de abuso – mera prova de insolvência da pessoa jurídica 431

Código de Defesa do Consumidor – Denunciação da lide – Norma insculpida em benefício do consumidor 453

Capítulo III – Ação Coletiva de Direitos do Consumidor 463

Ação coletiva – legitimidade *ad causam* – associação 463

Associação – defesa dos associados – ação coletiva – transporte aéreo – taxa aduaneira 466

Ação civil pública – ação proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) – planos de assistência médica e hospitalar – ilegitimidade *ad causam* *468*

Associação – defesa de interesses coletivos de seus associados 471

Ação coletiva – associação civil 474

Ação civil pública – IDEC 476

Ação civil pública – competência em caso de dano ao consumidor em escala nacional 485

Ação civil pública – legitimidade da Defensoria Pública 491

Ação civil pública – associação – dispensa do requisito temporal 502

Capítulo IV – Tutela Provisória em Ação Civil 510

Interesses coletivos – legitimidade ativa do Ministério Público 510

Ação civil pública – aumento nas mensalidades escolares – legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público 520

Ação civil pública – mensalidades escolares – Ministério Público – interesse coletivo – legitimação ativa 532

Ministério Público – ação civil pública – defesa de interesses de adquirentes de unidades em conjunto habitacional ameaçadas de ruína 537

Ação civil pública – plano de saúde – mensalidade – reajuste – Ministério Público – *legitimatio ad causam* – Código de Defesa do Consumidor..... 540

Ministério Público – medida cautelar – defesa dos interesses ou direitos coletivos – livros e documentos – apreensão de cunho satisfativo – inadmissibilidade..... 543

Medida cautelar – ação principal – não propositura no prazo legal – extinção do processo 552

Medida cautelar inominada – pedido objetivando forçar a Municipalidade a cumprir o contrato celebrado..... 554

Ministério Público – ação civil pública – ação coletiva – defesa de interesses individuais homogêneos – cláusulas abusivas 556

Capítulo V – Execução em Ação Coletiva 562

Execução coletiva – associação 562

Execução coletiva – sindicato..... 567

Execução coletiva – possibilidade..... 573

Execução coletiva – atuação do sindicato como substituto processual 579

Execução de sentença coletiva pelos legitimados – *Fluid recovery* *587*

Capítulo VI – As Ações de Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos e Serviços 601

Responsabilidade civil – danos causados pelo fato do produto – consumidor por equiparação 601

Responsabilidade civil – fato do produto – responsabilidade do comerciante – RESP. 402.356/MA 606

Responsabilidade civil – defeito do serviço – solidariedade de todos da cadeia de prestação do serviço 612

Responsabilidade civil – vício de qualidade ou quantidade do produto – solidariedade..... 623

Responsabilidade civil – troca de mercadoria – prazo em benefício do consumidor 644

PARTE I

Capítulo I

CONCEITO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR

STJ, 3ª T., REsp. 1.195.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 13.11.2012, *DJe* 21.11.2012

RECURSO ESPECIAL N.º 1.195.642/RJ (2010/0094391-6)

Relator: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A Embratel

Recorrido: Juleca 2003 Veículos Ltda.

EMENTA

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor

alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros

Massami Uyeda, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por JULECA 2003 VEÍCULOS LTDA. em desfavor da recorrente.

Depreende-se dos autos que a recorrida contratou junto à EMBRATEL a prestação de serviços de telefonia, vindo estes a apresentar defeitos ao longo do mês de agosto de 2007, tornando precário o funcionamento das linhas telefônicas. A recorrida sustenta que o investimento por ela feito naquele período com anúncios de jornal, objetivando incrementar suas vendas, teria sido severamente prejudicado, visto que não teve como atender as ligações de potenciais compradores. Diante disso, a recorrida pleiteou a devolução dos valores gastos com os referidos anúncios, bem como indenização por danos morais.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar a EMBRATEL ao pagamento de R$26.240,00 a título de reparação pelos danos materiais causados à recorrida.

Acórdão: o TJ/RJ negou provimento ao apelo da EMBRATEL, nos termos do acórdão (fls. 165/174, e-STJ) assim ementado:

> Apelação Cível. Serviço de telefonia.
>
> Comerciante de veículos. Consumidor final dos serviços prestados pela ré-apelante.
>
> Evidente relação de consumo a impor à prestadora dos serviços o ônus de demonstrar a inexistência dos defeitos demonstrados nas faturas que somente poderia ocorrer através da imprescindível perícia técnica, responsabilidade da qual a apelante não se desincumbiu.
>
> Danos materiais devidos e corretamente fixados, na forma da prova dos autos.
>
> Danos morais que não foram concedidos por indevidos, já que não houve mácula ao nome da autora.
>
> Desprovimento do recurso.

Embargos de declaração: interpostos pela EMBRATEL, foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 183/186, e-STJ)

Recurso especial: alega violação dos arts. 333 e 535, II, do CPC; e 2º e 6º, VIII, do CDC.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RJ negou seguimento ao recurso especial (fls. 215/221, e-STJ), dando azo à interposição do Ag 1.271.768/RJ, provido para determinar a subida dos autos principais (fl. 259, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar a existência ou não de responsabilidade da EMBRATEL em indenizar a recorrida. Incidentalmente, cumpre verificar se a relação estabelecida entre as partes é de consumo, bem como se houve a correta aplicação do princípio de inversão do ônus da prova.

I. Da negativa de prestação jurisdicional. Violação do art. 535, II, do CPC.

Da análise do acórdão recorrido, nota-se que a prestação jurisdicional dada corresponde àquela efetivamente objetivada pelas partes, sem vício a ser sanado. O TJ/RJ se pronunciou de maneira a abordar a discussão de todos os aspectos fundamentais do julgado, dentro dos limites que lhe são impostos por lei, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados adiante.

O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica omissão, obscuridade ou contradição, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O Tribunal não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC.

Por outro lado, é pacífico no STJ o entendimento de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição.

Constata-se, em verdade, a irresignação da EMBRATEL com o resultado do julgamento e a tentativa de emprestar aos embargos de declaração efeitos infringentes, o que se mostra inviável no contexto do art. 535 do CPC.

Não se vislumbra, pois, violação do mencionando dispositivo legal.

II. Do dever de indenizar. Violação dos arts. 2º e 6º, VIII, do CDC; e 333 do CPC.

(i) A natureza da relação estabelecida entre as partes.

Na ótica do TJ/RJ, "apesar de se tratar de lide entre duas pessoas jurídicas, tem-se por configurada, na hipótese, a relação de consumo, posto que a autora-

-apelada, comerciante de automóveis, figura como consumidora final dos serviços prestados pela apelante" (fl. 166, e-STJ).

A EMBRATEL contesta essa conclusão, afirmando que a recorrida não pode ser incluída no conceito de consumidor estabelecido no CDC, na medida em que "utiliza os serviços prestados pela recorrente como meio de fomento da atividade que desenvolve, e não como destinatária final" (fls. 195/196, e-STJ).

Após alguma oscilação, a jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados: AgRg nos EDcl no REsp 1.281.164/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* de 04.06.2012; AgRg no Ag 1.248.314/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* de 29.02.2012; AgRg no REsp 1.085.080/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 20.09.2011; e REsp 1.014.960/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 02.09.2008.

Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade negocial.

A despeito disso, a jurisprudência – aí incluída o próprio STJ – tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado.

Com efeito, esta Corte tem "mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade" (REsp 1.027.165/ES, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* de 14.06.2011. No mesmo sentido: REsp 1.196.951/PI, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 09.04.2012; 1.190.139/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 13.12.2011; e REsp 1.010.834/GO, 3ª Turma, minha relatoria, *DJe* de 13.10.2010).

Cuida-se, na realidade, de se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade que, vale lembrar, constitui o princípio-motor da política nacional das relações de con-

sumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática. Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional.

A vulnerabilidade técnica implica ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo. No sistema do CDC, ela é presumida no caso do consumidor não profissional, mas pode, excepcionalmente, alcançar o consumidor profissional, nas hipóteses em que o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação.

A vulnerabilidade jurídica ou científica pressupõe falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo. Ela se presume para o consumidor pessoa física não profissional. Essa presunção se inverte no caso de profissionais e pessoas jurídicas, partindo-se da suposição de que realizam seus atos de consumo cientes da respectiva repercussão jurídica, contábil e econômica, seja por sua própria formação (no caso dos profissionais), seja pelo fato de, na consecução de suas atividades, contarem com a assistência de advogados, contadores e/ou economistas (no caso das pessoas jurídicas).

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor.

Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevo também para a vulnerabilidade informacional. O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada era da informação ou era digital, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas.

Essa realidade, aplicada às relações de consumo – em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra – evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor.

Note-se que, no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na sua qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor.

Todavia, a despeito da identificação in abstracto de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda as-

sim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.

Em síntese, numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

Na espécie, a própria recorrida admite que o serviço contratado junto à EMBRATEL compõe sua cadeia produtiva, sendo essencial à consecução do seu negócio. Nesse sentido, afirma que "vive da venda de veículos novos e usados, motivo pelo qual se vê obrigada a anuncia-los, para que haja saída de forma mais rápida, investindo na propaganda, onde é certo que necessita da boa prestação de serviços da ré" (fl. 05, e-STJ).

Dessa forma, não há como considerar a recorrida como destinatária final do serviço de telefonia prestado pela EMBRATEL.

Cumpre, outrossim, verificar se a recorrida de alguma forma se mostra vulnerável frente à EMBRATEL, de sorte a equipará-la ao conceito de consumidor.

Partindo do panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida.

Do ponto de vista técnico, a aquisição de linhas telefônicas prescinde de qualquer conhecimento específico que pudesse ter influenciado na contratação do serviço. Ainda que a telefonia inegavelmente possua aspectos técnicos, eles não são preponderantes para a decisão do consumidor. Vale dizer, ainda que a recorrida tivesse conhecimento técnico em telecomunicações, nada indica que teria deixado de contratar o serviço em questão.

No aspecto fático, não se constata nenhuma insuficiência capaz de colocar a recorrida em situação de desvantagem frente à EMBRATEL. Note-se, por oportuno, que a recorrida não pode ser considerada economicamente hipossuficiente, na medida em que, segundo suas próprias assertivas, em apenas 45 dias, gastou mais de R$55.000,00 (em valores de 2007) apenas com anúncios em jornal (fl. 04, e-STJ), circunstância reveladora do porte da empresa.

Por outro lado, a contratação do serviço em tela não apresentou nenhuma peculiaridade jurídica, contábil ou econômica que pudesse ser classificada como fator de desequilíbrio junto à EMBRATEL.

Também do ponto de vista informacional, a recorrida não alega a supressão de qualquer dado que pudesse ter influenciado na sua decisão de contratar o ser-

viço, sendo certo que as instâncias ordinárias sequer cogitam que a EMBRATEL soubesse de antemão que as linhas telefônicas poderiam apresentar os defeitos descritos na petição inicial.

Finalmente, não se verifica nenhuma circunstância excepcional apta a criar uma relação de dependência da recorrida frente à EMBRATEL que justifique sua equiparação à condição de consumidora.

Portanto, conclui-se que a relação jurídica estabelecida entre as partes não é de consumo e, por consequência, não deveria ter sido apreciada à luz do CDC.

(ii) A inversão do ônus da prova.

Da análise do acórdão recorrido constata-se que a inversão do ônus da prova levada a efeito pelo TJ/RJ partiu da premissa de que se estaria diante de uma relação de consumo, o que, consoante se verificou no item anterior, não corresponde à realidade.

Assim, sendo inaplicável à espécie o CDC, não era dado às instâncias ordinárias inverterem o ônus da prova.

(iii) A aplicação do direito à espécie.

Afastada a incidência do CDC à hipótese específica dos autos, cumpre analisar a controvérsia à luz do CC/02, apto a disciplinar a relação jurídica estabelecida entre as partes, cujos arts. 186 e 927, inclusive, foram suscitados pela recorrida na petição inicial.

Nesse aspecto, considerando a desnecessidade de revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, mostra-se perfeitamente possível ao STJ aplicar o direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ, evitando-se, com isso, a baixa dos autos à origem, em homenagem aos princípios constitucionais da economia processual e da razoável duração do processo.

Compulsando os autos, verifica-se que, apesar de terem aplicado o CDC, as instâncias ordinárias concluíram pela suficiência da prova carreada aos autos e pela existência de culpa da EMBRATEL.

Veja-se, nesse sentido, que de acordo com o TJ/RJ "foi a própria apelante [EMBRATEL] que acostou os documentos de fls. 53/72, de onde se verifica que não foi prestado qualquer serviço entre 09/08/2007 e 22/08/2007, fato a corroborar as alegações da inicial" (fl. 169, e-STJ).

Esses documentos foram analisados com mais vagar na sentença, integralmente mantida pelo TJ/RJ, a qual consigna que "no mês de agosto/2007, entre os dias 01/08 a 09/08 pouquíssimas ligações foram realizadas envolvendo os telefones da autora (média inferior a 04 ligações/dia) e, no período de 10/08 a 21/08 não consta nem uma única e mísera ligação realizada, o que evidencia a existência de algum problema na prestação dos serviços de telefonia" (fl. 132, e-STJ).

No que tange à suposta necessidade de prova técnica para demonstração do defeito, impende salientar que, conforme ressalvado pelo Juiz de primeiro grau de jurisdição, a EMBRATEL, "quando intimada a especificar provas, manteve-se silente" (fl. 132, e-STJ).

Aliás, vale frisar que o Juiz de primeiro grau de jurisdição não se baseia exclusivamente no CDC para impor o ônus da prova à EMBRATEL, tendo fundamentado sua decisão no fato de que cumpria a ela comprovar a suposta inexistência de falha na prestação do serviço, "porque se trata de fato impeditivo do direito da autora, na forma do art. 333, II, do CPC" (fl. 132, e-STJ).

Ademais, independentemente da inversão do ônus da prova, a hipótese dos autos comporta a aplicação da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, a partir da qual se conclui que a EMBRATEL reunia plenas condições de demonstrar a eventual inexistência de falha na prestação do serviço, enquanto que a tarefa que incumbiria à recorrida, de provar tecnicamente a existência do defeito, se mostra muito mais árdua, para não dizer impossível.

Seja como for, constata-se que a prova carreada aos autos é suficiente para evidenciar a culpa da EMBRATEL pelos danos suportados pela recorrida, sendo evidente que o defeito no funcionamento das linhas telefônicas tornou inócuo, nos dias em que perdurou o problema, o investimento realizado em publicidade.

Presente, pois, o dever de indenizar da EMBRATEL, nos termos dos arts. 186 e 927 do CC/02.

Outrossim, o raciocínio desenvolvido pelo Juiz e chancelado pelo TJ/RJ, tendente ao cálculo do valor da indenização, se mostra coerente, sendo proporcional ao período durante o qual houve defeito e interrupção na prestação do serviço.

No mais, o acolhimento das teses da EMBRATEL exigiram o reexame do substrato fático-probatório dos autos, procedimento vedado pelo enunciado nº 07 da Súmula/STJ.

Diante disso, apesar de, no particular, a condição de consumidora não ser extensível à recorrida, não se vislumbra motivo para reforma da parte dispositiva da sentença, calcada na existência de culpa da EMBRATEL.

Forte em tais razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

PARTE II

Capítulo I

RESPONSABILIDADE CIVIL

RESPONSABILIDADE CIVIL – FATO DO PRODUTO – PRESCRIÇÃO

TJMG, Ap. Cív. 1.0596.04.019580-9/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, ac. 26.06.2008

Processo n. 1.0596.04.019580-9/001(1)

Relator: Bitencourt Marcondes

Relator do Acórdão: Bitencourt Marcondes

Data do Julgamento: 26.06.2008

Data da Publicação: 15.07.2008

Inteiro Teor:

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO PELO FATO DO PRODUTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. I – O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos casos em que a relação jurídica travada entre as partes se caracteriza como típica relação de consumo. II – Tratando-se de demanda em que se discute a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, incide a norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece prazo de cinco anos para prescrição das pretensões relativas à reparação de danos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça. III – A norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, por ser especial em relação àquela que regula a prescrição das ações pessoais (art. 177, do Código Civil de 1916; atual art. 205, do Código Civil de 2002), afasta a incidência da regra geral de Direito Civil. IV – Verificada a existência de lapso temporal superior a cinco anos contados a partir do conhecimento do dano e da autoria até a propositura da ação de indenização, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão deduzida em juízo. V.v. O prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra

ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuirá as inúmeras benesses do CDC.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0596.04.019580-9/001 – COMARCA DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ

Apelante(s): Souza Cruz S/A

Apelado(a)(s): Celso Adami Medeiros

Relator: Exmo. Sr. Des. Bitencourt Marcondes

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15.ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008

DES. BITENCOURT MARCONDES, Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Produziram sustentação oral: pela apelante, o Dr. Paulo Rogério Brandão e, pelo apelado, o Dr. Luiz Roberto Capistrano. Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Tiago da Silveira Rabelo.

Sessão do dia 12.06.2008

O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SOUZA CRUZ S/A em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Romário Silva Junqueira, da 1.ª Vara Cível da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária ajuizada por CELSO ADAMI MEDEIROS, para condenar a ré ao pagamento da quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a título de indenização por danos morais.

Pleiteia a reforma da sentença, aduzindo as seguintes alegações:

– prescrição da pretensão, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ação foi ajuizada mais de cinco anos após o conhecimento do dano e da autoria;

– o apelado não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, porquanto não há, nos autos, prova: (i) do consumo de produtos fabricados pela apelante; (ii) dos danos alegados; (iii) do nexo causal direto e imediato entre os danos supostamente sofridos e o consumo de cigarros; (iv) de que começou a fumar aos 12 anos e consumia 5 maços de cigarros por dia; (v) de que foi

enganado pela publicidade; (vi) de que não sabia que o consumo de cigarros estava associado a riscos; (vii) de que é "viciado";

– inexiste fundamento legal para lhe imputar a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos alegados, porquanto o art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a responsabilidade do fabricante pela existência de defeito no produto, o que não se verifica no caso em tela, já que o cigarro não pode ser considerado um "produto defeituoso" apenas pelo fato de estar associado a conhecidos riscos para a saúde;

– o cigarro é um produto de periculosidade inerente, pois os riscos associados ao seu consumo são por todos razoavelmente esperados;

– a regulamentação referente às informações que os fabricantes de cigarro devem incluir nos maços e peças publicitárias somente foi editada em 25.08.1988; assim, em decorrência do princípio da legalidade, não pode ser responsabilizada pela omissão em informar antes dessa data;

– não há nexo de causalidade entre a veiculação de publicidade e o fato de as pessoas começarem a fumar, conforme restou amplamente demonstrado;

– o próprio apelado confessou sempre ter tido ciência dos riscos associados ao consumo de cigarros, o que denota a existência de excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima).

Requer, em decorrência do princípio da eventualidade, a redução do valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00, e da verba honorária para 10% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às fls. 2.181/2.198.

I – DO RECURSO DE APELAÇÃO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A) DA PRESCRIÇÃO

Sustenta a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ação foi ajuizada mais de cinco anos após o conhecimento do dano e da autoria.

Argumenta que o documento acostado às fls. 1.392 – laudo elaborado por três médicos do Município de Santa Rita do Sapucaí – demonstra que, desde 11 de maio de 1999, o apelado já estava impossibilitado de exercer suas atividades laborais em razão das doenças alegadas na inicial. Assim, como a ação foi ajuizada somente em 29.07.2004, ou seja, 5 anos, 2 meses e 18 dias após a constatação do dano e sua alegada autoria, é evidente a ocorrência da prescrição.

A primeira questão que se coloca diz respeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela.

Nesse contexto, inegável a incidência da legislação consumerista, por força do disposto nos arts. 2.º e 3.º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços."

Com efeito, a relação jurídica travada entre as partes litigantes caracteriza-se como típica relação de consumo, pois, se por um lado, o apelado se apresenta como consumidor final, por outro, a apelante se enquadra na definição de fornecedor dada pelo art. 3.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, e considerando que a presente demanda diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto (indenização por danos causados em decorrência do consumo de cigarros fabricados pela apelante), não há dúvidas acerca da incidência da norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "Art. 27. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."

Ressalte-se que a norma acima mencionada, por ser especial em relação àquela que regula a prescrição das ações pessoais (art. 177, do Código Civil de 1916; atual art. 205, do Código Civil de 2002), afasta a incidência da regra geral de Direito Civil.

A propósito, vale transcrever excerto do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, proferido em caso análogo (REsp. n. 304.724/RJ):

> "Neste feito, especificamente, sob todas as luzes, trata-se de indenização por fato do produto e, se é por fato do produto, evidentemente não se pode aplicar a prescrição do direito comum; aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor, no caso, a prescrição do art. 27."

Posto isso, cumpre analisar a ocorrência ou não da prescrição da pretensão deduzida em juízo.

Pela análise detida dos autos, notadamente do laudo médico acostado às fls. 1.392, observa-se que, em 11.05.1999, três peritos médicos do Município de Santa Rita do Sapucaí atestaram a incapacidade do apelado para exercer sua função pública, por ser portador de "doença crônica por enfisema pulmonar" e "prolapso de válvula mitral sintomático".

Ademais, o próprio apelado, em seu depoimento pessoal, afirma ter sofrido enfisema pulmonar há, aproximadamente, quinze anos, conforme se depreende do excerto abaixo transcrito (fls. 1.569):

> "[...] faço uso de cigarros desde os doze anos de idade, a minha ideia já não ajuda, por isso, lembro-me que ultimamente eu fumava cigarros da marca Hollywood (sic) e acabei por sofrer um enfisema pulmonar há mais ou menos quinze anos passados e, aconselhado por populares, acabei por conversar com meu advogado e este me orientou a entrar com esta ação [...]."

Desse modo, é de se convir, o apelado já tinha ciência acerca dos danos que alega terem sido causados pelo consumo de cigarros há mais de dez anos, sendo certo que o conhecimento inequívoco se deu quando da constatação de sua incapacidade para o exercício da função pública junto ao Município de Santa Rita do Sapucaí, o que, conforme já observado, se deu em 11.05.1999.

Quanto ao conhecimento da autoria do dano, o apelado afirmou que sempre foi alertado por médicos "de que eu deveria deixar de fumar por causa das crises de falta de ar que eu passava e também como dentista, tenho conhecimento dos males que o fumo causa" (fls.1.569).

Dessa forma, conclui-se que o apelado, quando foi acometido pelo enfisema pulmonar – o que, de acordo com seu depoimento pessoal ocorreu há mais ou menos quinze anos –, já conhecia os males causados pelo consumo de cigarros, tanto pelo fato de ter sido alertado por médicos quanto por ter conhecimentos específicos da área de saúde, já que é cirurgião-dentista.

Nessa seara, o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional deve ser o conhecimento inequívoco dos danos e da autoria, o que, no caso em tela, ocorreu em 11.05.1999.

Assim, e considerando que a presente ação foi ajuizada em 29.07.2004, não há dúvidas acerca da ocorrência da prescrição, porquanto o prazo prescricional de 5 (cinco) anos findou-se em 11.05.2004.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "EMENTA: CONSUMIDOR. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. DANO MORAL E ESTÉTICO. TABAGISMO PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INÍCIO DA CONTAGEM. CONHECIMENTO DO DANO E DA AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI SUPOSTAMENTE VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.
>
> – A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC, art. 27).
>
> – O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei.

– A prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/16. Não houve revogação; simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, art. 2.º, § 2.º).

– A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria.

– 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

– É inadmissível o recurso especial, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir exata compreensão da controvérsia. Inteligência da Súmula n. 284/STF.

– Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes exigidos pelo parágrafo único, do art. 541, do CPC."[1]

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para reconhecer a prescrição da pretensão do apelado e, de consequência, julgar extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Condeno o apelado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, esclarecendo que a execução das verbas fica condicionada à mudança em sua situação econômica, uma vez que litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES:

VOTO

De acordo com o eminente Relator.

O SR. DES. MOTA E SILVA:

Peço vista.

Sessão do dia 26.06.2008

O SR. DES. MOTA E SILVA:

VOTO

Narra a inicial que o autor começou a fumar aos 12 anos de idade, ainda criança, passando a fumar cinco maços de cigarro por dia, tornando-se dependente físico do cigarro por não poder parar de fumar e, com isso, adquiriu todas as doenças que provocam o cigarro, mas que jamais fora alertado pela seguradora, sendo ao

[1] STJ, REsp. n. 304.724/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 22.08.2005.

final aposentado em 11.05.1999 e, atualmente, se encontra em cadeira de rodas. O pedido de indenização pela responsabilidade civil da ré tem como base os artigos 186, 927 e 931 do atual Código Civil, sendo que o art. 186 corresponde ao artigo 159 do CC/16 (fls. 13), ao argumento de não ter a ré, à época em que começou a fumar e por muitos anos, a não ser recentemente, advertido dos males que são provocados pelo cigarro, isto é, fora negligente em razão da omissão, e, ainda com considerações sobre propaganda enganosa, cita artigos do CDC que tratam da matéria.

Citada a ré, esta na sua defesa arguiu a prescrição do art. 27 do CDC e o mérito do pedido impugna-o onde procura se isentar de sua responsabilidade sob a alegação de que a pessoa, se quiser, pode parar de fumar.

A preliminar de prescrição foi afastada na sentença pelo douto juiz, ao se reportar ao acórdão da 9.ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, na apelação Cível n. 1.0459.05.020.691-9/001, julgado em 06.02.2007, julgando parcialmente procedente o pedido.

O relator Des. Bitencourt Marcondes em seu voto reconhece a prescrição da ação, o que foi acompanhado pelo douto revisor Des. José Afonso da Costa Côrtes. Diante disso, pedi vista dos autos para análise da existência da prescrição ou não.

É o relatório.

Antes de proferir decisão, cumpre-me inserir as disposições legais seguintes:

> "Art. 7.º, do CDC:
>
> Art. 7.º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.
>
> Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."
>
> "Art. 159, do CC/1916:
>
> Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."
>
> "Art. 186, do CC/2002:
>
> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Com o devido respeito aos doutos relator e revisor, não comungo com a posição dos que entendem que ocorreu a prescrição do direito à ação, em razão do art. 27 do CDC, isto porque o art. 7.º do mesmo Diploma Legal ressalva que não são excluídos outros direitos enunciados em leis anteriores, desde quando a parte embase seu pedido na culpa do fabricante. Isto é, desde quando o pedido foi feito de forma expressa com citação do art. 159 do CC/16, ou do atual art. 186 do CC/2002.

A doutrina é unânime em aceitar a existência do direito de a parte interessada, uma vez vencido o prazo do art. 27 do CDC considerado como de decadência, com base no art. 7.º do CDC, ajuizar a ação com base no art. 159 do CC/16, ou o atual art. 186 do CC/2002, desde quando não vencido o prazo prescricional. É a melhor doutrina. Senão vejamos.

O jurista LÚCIO DELFINO, ao comentar o assunto no seu livro **Responsabilidade civil e tabagismo**, ensina:

> "O art. 7.º do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao prescrever que os direitos nele previstos não excluem outros enunciados em leis anteriores. Diante disso, entende-se que o consumidor pode valer-se do prazo prescricional de vinte anos, esculpido no art. 177 do Código Civil, desde que se funde na culpa do fabricante (art. 159 do Código Civil), sempre que decorrido o prazo prescricional previsto na Lei n. 8.078/1990" (p. 165).
>
> "Por fim, o veto proferido pelo Presidente da República ao parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.078/1990 foi certeiro, uma vez que patente o equívoco em sua formulação responsável por sua incompreensão. No entanto, mesmo inexistindo, na legislação de consumo, determinação quanto à suspensão da prescrição, deve-se observar a lição de SÉRGIO CAVALIEI FILHO, no sentido de que as causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional, uma vez vetado o parágrafo único do art. 27, são aquelas previstas no Código Civil" (p. 166).

O autor cita, na nota de n. 60 em seu Livro, o brilhante artigo do jurista WILLIAM SANTOS FERREIRA, como se segue:

> "'a) Como vimos a prescrição tem incidência nos casos nos quais há uma pretensão condenatória, nos quais verifica-se o direito a uma prestação positiva ou negativa decorrente de um direito lesado ou violado. O caso tratado é exatamente este. As hipóteses sujeitas ao disposto no art. 27 são direitos subjetivos, como ressalta ZELMO DENARI, todavia, não em vias de constituição, mas sim já constituído, faltarlhes-iam apenas a efetivação, isto é, a indenização estabelecida em uma sentença, não haverá alteração ou constituição ou extinção da relação jurídica, essa apenas é reconhecida em sentença. Cuida o dispositivo dos prazos prescricionais incidentes sobre direitos decorrentes de um acidente de consumo, em outras palavras, decorrentes de um direito lesado ou violado, e este direito que é preexistente ao dano é o da incolumidade físico-psíquica do consumidor, que foi violada, daí decorrendo o direito a uma prestação positiva, isto é, indenização exigível através de uma ação condenatória. Como se demonstra, o caso adéqua-se perfeitamente.
>
> b) A segunda razão leva em conta o que a prescrição atinge. Sem dúvida é a pretensão que é atingida (no caso, condenatória), conclusão que se deflui da literalidade do art. 27 que está de acordo com a visão moderna do que a prescrição atinge, demonstrando a influência do Direito germânico que da mesma forma trata a matéria, conforme anteriormente salientado. Sobrevive, pois, o direito, desde que o ordenamento jurídico estabeleça outra forma de exigir-se. Podemos citar o exemplo de uma pretensão

> executória prescrita, poderá o titular do direito ajuizar ação pessoal contra o devedor, todavia não o fará através de ação executiva, mas como condenatória, como aceito pela Jurisprudência como leciona LIMONGI FRANÇA (51. In: **Jurisprudência da Prescrição e da Decadência**).
>
> Como se vê, o caso é de prescrição, que ao cabo do prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuirá as inúmeras benesses do CDC. Como leciona NELSON NERY JR.: do mesmo modo, a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver à prescrição (FERREIRA, William Santos. Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 10, São Paulo: RT, 1994. p. 91-92)'" (**Responsabilidade e tabagismo**. Del Rey, 2002. p. 165/166).

Pois bem, o jurista WILLIAM SANTOS FERREIRA, em artigo denominado Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor, ensina:

> "Como se vê o caso é de prescrição, que ao cabo do prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuíra as inúmeras benesses do CDC. Como leciona NELSON NERY Jr.: 'do mesmo modo, a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver a prescrição...'" (*apud* Antônio Benjamim. Ob. cit. p. 137).
>
> "Na prática demonstra-se a viabilidade da exposição. A hipótese é semelhante à da ação contra o construtor e o incorporador por defeito prejudicial à solidez e a segurança do edifício, em que, conforme anotam J. NASCIMENTO FRANCO E NISSKE GONDO, o prazo de 5 anos referido no art. 1.245 do CC, vem sendo reconhecido, segundo orientação jurisprudencial (**RT** 542/106, 568/71, 569/90, 572/181, 577/143) como simples garantia, prescrevendo a ação indenizatória em 20 anos, nos termos do art. 177 do estatuto referido. Não destoa deste entendimento ALBERTO DO AMARAL JR." (54. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda.** p. 284).

O Código Civil do Peru expressamente dispõe que a prescrição não atinge o direito (art. 1.989).

> "Entendimento contrário ao exposto, conduziria a absurda conclusão de que em termos prescricionais o CDC trouxe disposição prejudicial ao consumidor, frente aos prazos previstos no Código Civil" (In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 10, p. 92, abril/maio 1994).

O jurista SERGIO CAVALIERI FILHO, em seu conceituado **Programa de responsabilidade civil**, ensina:

> "As causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional, uma vez vetado o parágrafo único do art. 27, são aquelas previstas no Código Civil" (p. 445, Malheiros Editores, 3.ª ed.).

"Mas, como o art. 7.º do CDC ressalvou expressamente outros direitos do consumidor previstos em leis anteriores, poderá a vítima, desde que se funde em culpa do transportador (art. 159 do CC), valer-se do prazo de vinte anos previsto no art. 177 do Código Civil" (p. 466).

ZELMO DENARI, sobre a questão da prescrição e decadência, ensina:

"Resta saber se as hipóteses normadas correspondem efetivamente à decadência e à prescrição dos direitos reparatórios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O tempo exerce uma eficácia extintiva sobre os direitos. Não sobre o direito positivo, ou seja, sobre o direito objetivamente considerado, pois, este, por seu caráter imanente, somente se extingue com o advento de normas de superposição (revogatórias das anteriores ou incompatíveis com as respectivas provisões), mas sobre o direito subjetivo, enquanto poder de realizar o interesse juridicamente protegido.

O direito se subjetiva quando um acontecimento qualquer – designado hipótese material de incidência – deflagra uma relação de poder que permite ao seu titular realizar a tutela prevista no ordenamento jurídico. Por outra, o direito se subjetiva quando seu titular pode imediatizar a proteção dos interesses lesados pela violação da norma" (p. 115).

O citado jurista, ao comentar o art. 27 do CDC, no subtítulo Responsabilidade por danos e prescrição, ensina:

"– Nesta passagem o Código disciplina a prescrição nos casos de responsabilidade por danos, vale dizer, nos acidentes causados por defeitos (*rectius*, vícios de qualidade) dos produtos ou serviços.

A hipótese, da mesma sorte, é de decadência, pois trata do perecimento de direitos subjetivos em via de constituição. De todo modo, o dispositivo não merece, sob este aspecto, nenhuma censura. O vocábulo prescrição, segundo a tradição de nosso direito, deve ser utilizado sempre que se fizer referência à extinção de direitos subjetivos, de qualquer natureza."

O referido jurista, ao comentar o art. 26 do CDC, no subtítulo Alcance terminológico, ensina:

"O art. 26 disciplina a extinção do direito de reclamar por vícios aparentes ou ocultos que tornam os bens ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo (responsabilidade por vício).

Por todo o exposto nos parágrafos anteriores, os prazos previstos são decadenciais, pois está em causa a extinção de direitos subjetivos em via de constituição.

> Por sua vez, a art. 27 disciplina a extinção de direito de exigir a reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (responsabilidade por danos). Trata-se de, mais uma vez, prazo decadencial, visto que continua em causa a extinção dos direitos subjetivos em via de constituição.
>
> Pelas razões aduzidas, não importa que o art. 27 faça expressa menção à prescrição, pois *nomina nom mutant substantiam rei*, p. 119, n. 1" (**Código brasileiro de defesa do consumidor** – Comentado pelos autores do anteprojeto. 2. ed. Forense Universitária).

Diante disso, considerando o entendimento unânime da doutrina especializada na matéria de que a parte prejudicada pode perfeitamente utilizar do art. 186 do CC/2002 ou do art. 159 do CC/16, se for o caso, à evidência que, como o autor deixou bem claro na inicial que a ré foi omissa em suas publicidades em não alertar aos possíveis fumantes que eles iriam adquirir todas aquelas doenças a que fazem menção a documentação acostada aos autos, à evidência, o caso é de pura responsabilidade civil e, assim sendo, inaplicável o art. 27 do CDC, pois o art. 7.º do CDC ressalvou o direito da parte em usar de outros direitos, até porque, se assim não se entender, estar-se-á a afirmar que o CDC veio para prejudicar o consumidor, o que é de todo em todo inadmissível.

Ademais, não se pode deixar de observar que "DAS DISPOSIÇÕES GERAIS", em nenhum dos arts. 63 até 67, do CDC, o legislador revogou o prazo prescricional estabelecido no art. 177 do CC/16, até porque a única norma revogada foi o Decreto n. 861, de 09.07.1993. É dizer, se fosse intenção do legislador revogar o art. 117 do CC/16, à evidência, teria feito como expressamente o fez com o decreto referido e também quando, ao editar o atual Código Civil, expressamente o fez ao revogar o Código Civil, então em vigor, e a Primeira Parte do Código Comercial, como o fez no art. 2.045.

Finalmente, é de se atentar para o fato de que, aposentado o autor em 11.05.1999, à época do ajuizamento da ação não havia decorrido o prazo estabelecido no art. 205 do atual Código Civil, uma vez que a ação foi ajuizada em 29.07.2004. POR OUTRO LADO, como o prazo era de 20 anos, nos termos do art. 177 do CC/16, e já tendo transcorrido 05 anos, 02 meses e 18 dias a contar da aposentadoria até o ajuizamento da ação, à evidência que o prazo é o do art. 177, de 20 anos, nos termos do art. 2.028 do CC/2002, isto porque o prazo que era de 20 anos no Código anterior foi reduzido para 10 anos.

PELO EXPOSTO, hei por bem em REJEITAR A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DE AÇÃO, isto é, da pretensão como acertadamente o fez o douto juiz, com o devido respeito aos votos que me antecederam, tudo com base nos fundamentos acima, parte integrante desta decisão.

SÚMULA: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

VÍCIO DO PRODUTO – PRAZO DE GARANTIA ULTRAPASSADO

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 984.106/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. de 04.10.2012, *DJe* 20.11.2012)

RECURSO ESPECIAL N. 984.106-SC
(2007/0207915-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Sperandio Máquinas e Equipamentos Ltda.

Advogado: Ferdinando Damo e outro(s)

Recorrido: Francisco Schlager

Advogada: Ana Paula Fontes de Andrade

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR [...] AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO FORNECEDOR. VÍCIO DO PRODUTO. MANIFESTAÇÃO FORA DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO OCULTO RELATIVO À FABRICAÇÃO. CONSTATAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 26, § 3.º, DO CDC.

1. [...]

2. [...]

3. No mérito da causa, cuida-se de ação de cobrança ajuizada por vendedor de máquina agrícola, pleiteando os custos com o reparo do produto vendido. O Tribunal *a quo* manteve a sentença de improcedência do pedido deduzido pelo ora recorrente, porquanto reconheceu sua responsabilidade pelo vício que inquinava o produto adquirido pelo recorrido, tendo sido comprovado que se tratava de defeito de fabricação e que era ele oculto. Com efeito, a conclusão a que chegou o acórdão, sobre se tratar de vício oculto de fabricação, não se desfaz sem a reapreciação do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ. Não fosse por isso, o ônus da prova quanto à natureza do vício era mesmo do ora recorrente, seja porque é autor da demanda (art. 333, inciso I, do CPC) seja porque se trata de relação de consumo, militando em benefício do consumidor eventual *déficit* em matéria probatória.

4. O prazo de decadência para a reclamação de defeitos surgidos no produto não se confunde com o prazo de garantia pela qualidade do produto – a qual pode ser convencional ou, em algumas situações, legal. O Código de Defesa do Consumidor não traz, exatamente, no art. 26, um prazo de garantia legal para o fornecedor responder pelos vícios do produto. Há apenas um prazo para que, tornando-se aparente o defeito, possa o consumidor reclamar a reparação, de modo que, se este

realizar tal providência dentro do prazo legal de decadência, ainda é preciso saber se o fornecedor é ou não responsável pela reparação do vício.

5. Por óbvio, o fornecedor não está, *ad aeternum*, responsável pelos produtos colocados em circulação, mas sua responsabilidade não se limita pura e simplesmente ao prazo contratual de garantia, o qual é estipulado unilateralmente por ele próprio. Deve ser considerada para a aferição da responsabilidade do fornecedor a natureza do vício que inquinou o produto, mesmo que tenha ele se manifestado somente ao término da garantia.

6. Os prazos de garantia, sejam eles legais ou contratuais, visam a acautelar o adquirente de produtos contra defeitos relacionados ao desgaste natural da coisa, como sendo um intervalo mínimo de tempo no qual não se espera que haja deterioração do objeto. Depois desse prazo, tolera-se que, em virtude do uso ordinário do produto, algum desgaste possa mesmo surgir. Coisa diversa é o vício intrínseco do produto existente desde sempre, mas que somente veio a se manifestar depois de expirada a garantia. Nessa categoria de vício intrínseco certamente se inserem os defeitos de fabricação relativos a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, os quais, em não raras vezes, somente se tornam conhecidos depois de algum tempo de uso, mas que, todavia, não decorrem diretamente da fruição do bem, e sim de uma característica oculta que esteve latente até então.

7. Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3.º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o *critério da vida útil* do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual.

8. Com efeito, em se tratando de vício oculto não decorrente do desgaste natural gerado pela fruição ordinária do produto, mas da própria fabricação, e relativo a projeto, cálculo estrutural, resistência de materiais, entre outros, o prazo para reclamar pela reparação se inicia no momento em que ficar evidenciado o defeito, não obstante tenha isso ocorrido depois de expirado o prazo contratual de garantia, devendo ter-se sempre em vista o *critério da vida útil* do bem.

9. Ademais, independentemente de prazo contratual de garantia, a venda de um bem tido por durável com vida útil inferior àquela que legitimamente se esperava, além de configurar um defeito de adequação (art. 18 do CDC), evidencia uma quebra da boa-fé objetiva, que deve nortear as relações contratuais, sejam de consumo, sejam de direito comum. Constitui, em outras palavras, descumprimento do dever de informação e a não realização do próprio objeto do contrato, que era a compra de um bem cujo ciclo vital se esperava, de forma legítima e razoável, fosse mais longo.

10. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Sperandio Máquinas e Veículos Ltda. ajuizou ação de cobrança em face de Francisco Schlager, noticiando ter vendido ao réu, em 17.06.1997, um trator agrícola novo no valor de R$ 43.962,74 (quarenta e três mil, novecentos e sessenta e dois reais e setenta e quatro centavos). Informa que, em outubro de 2000, três anos e quatro meses depois da aquisição, observou-se um defeito na máquina, tendo a autora realizado os serviços necessários para o reparo do trator, trocando uma peça que estava defeituosa. Argumentou que a garantia contratual era de 8 (oito) meses ou 1.000 (mil) horas de uso – a que implementasse primeiro –, razão por que pleiteia o ressarcimento pelos serviços prestados, os quais totalizam R$ 6.811,97 (seis mil, oitocentos e onze reais e noventa e sete centavos).

O réu contestou o pedido aduzindo que o defeito da máquina não era decorrência de desgaste natural ou de mau uso, mas consistia em defeito de projeto, tratando-se, assim, de vício oculto, por cujo reparo deveria responder o fornecedor. Manejou também reconvenção, pleiteando a condenação do autor ao ressarcimento dos lucros cessantes gerados pelo tempo em que a máquina permaneceu indisponível durante a manutenção (trinta dias).

O Juízo de Direito da 2.ª Vara da Comarca de Campos Novos/SC, reconhecendo que se tratava de vício redibitório, julgou improcedente o pedido do autor na ação principal e procedente o pedido reconvencional (fls. 187-198).

Em grau de recurso, o TJSC conheceu parcialmente da apelação interposta pelo autor-reconvindo e lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – RECONVENÇÃO – TEMÁTICA NÃO CONHECIDA – PREPARO – REVENDEDORA DE IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS – AQUISIÇÃO DE TRATOR – PEÇA DEFEITUOSA – DEFEITO DE FABRICAÇÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VÍCIO OCULTO – PROVA TESTEMUNHAL – RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Por ser a ação reconvencional autônoma e conexa com a ação principal, torna-se indispensável o recolhimento de preparo individualizado independentemente de a sentença ter sido uma. Comprovado que o defeito na peça do trator agrícola é de fábrica, não contribuindo o comprador para o seu desgaste, inafastável o dever da revendedora em arcar com a reparação dos danos, a teor do art. 18 do CDC (fl. 238).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 262-265).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 333, incisos I e II, e 867 do Código de Processo Civil; arts. 18 e 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor; arts. 178, § 2.º, 955, 956 e 957 do Código Civil de 1916.

Insurge-se, inicialmente, contra a exigência de que o preparo do recurso de apelação seja efetuado duplamente quando interposto em face de sentença que julgou a ação principal e a reconvenção.

No mais, impugna o reconhecimento de sua responsabilidade pelo vício do produto, além de questionar a natureza desse vício e a ocorrência da decadência do direito de reclamá-lo.

Aduz que o defeito apresentado no maquinário surgiu quando já havia expirado o prazo de garantia conferido ao produto. Ademais, o recorrido não teria demonstrado que o citado defeito, na verdade um vício oculto, devendo ser considerado desgaste natural decorrente do uso por mais de três anos, sendo certo que o recorrido usou o trator sem nenhum defeito durante todo esse período.

Finalmente, pleiteia o provimento do recurso também quanto ao pedido de lucros cessantes deduzido na reconvenção, uma vez que o réu-reconvinte não fez prova da ocorrência de nenhum prejuízo.

Contra-arrazoado (fls. 364-373), o especial foi admitido (fls. 377-378).

É o relatório.

CDC – TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS – EXTRAVIO DE BAGAGEM

STJ, 4.ª T., AgRg no Ag n. 1.347.144/MG, Rel. Min. Raul Araújo, ac. de 19.04.2012, *DJe* 10.05.2012

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 1.380.215-SP (2011/0001285-9)

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: United Airlines

Advogados: Bruna Kelly Araújo Dudas e outro(s)

Carla Christina Schnapp e outro(s)

Agravado: Bruna Letícia Wruck Leite Castro

Advogado: Homero Jose Nardim Fornari e outro(s)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS. FALHA DO SERVIÇO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/1990, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista.

2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de reparação por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso.

3. Não se mostra exagerada a fixação, pelo Tribunal *a quo,* em R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral em favor da parte agravada, em virtude dos danos sofridos por ocasião da utilização dos serviços da agravante, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito.

4. A revisão do julgado, conforme pretendida, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília, 19 de abril de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Trata-se de agravo regimental interposto por UNITED AIRLINES contra decisão que negou provimento a agravo, sob o fundamento de que: a) "*verifica-se*

que o aresto impugnado está em consonância com o entendimento firmado nesta eg. Corte, no sentido de que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/1990, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista"; e b) *"é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelos danos morais decorrentes da má prestação dos serviços por parte da empresa aérea, ora agravante, de modo que a sua revisão encontra óbice na Súmula 7/STJ"* (fls. 408/410).

A agravante insiste no processamento do apelo nobre, alegando que a questão ora em debate não está pacificada no eg. Superior Tribunal de Justiça, podendo, sim, ser aplicada ao caso a convenção de Montreal. Pugna, também, pela redução do montante fixado a título de indenização por danos morais, por considerá-lo exorbitante, o que ensejaria o enriquecimento sem causa da agravada.

Sustenta que tal providência não encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois o que se busca é a mera valoração da prova. Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada ou sua reforma pela Turma Julgadora.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (RELATOR):

Em que pese a argumentação tecida nas razões recursais, não merece êxito a insurgência, devendo ser mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/1990, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VIAGEM INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO DOS DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *1.* ***O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção***

de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do magistrado no tocante aos fatos acontecidos *(cf. AgRg no REsp. n. 1.101.131/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior,* DJe *27.04.2011; AgRg no Ag n. 1.230.663/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha,* ***DJe*** *03.09.2010, e AgRg no Ag n. 1.035.077/SP, Rel. Min. Massami Uyeda,* DJe *1.º.07.2010).*

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a fixação de indenização por danos morais são levadas em consideração as peculiaridades da causa, de modo que eventuais disparidades do valor fixado, sem maior relevância, não autorizam a intervenção deste Tribunal, como na espécie, em que o valor foi arbitrado em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag n. 1.389.642/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, j. em 15.09.2011, *DJe* 20.09.2011)

Quanto ao montante fixado pela reparação moral, é pacífico o entendimento desta Corte de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 10.000,00 (dez mil reais) pelos danos morais decorrentes da má prestação dos serviços por parte da empresa aérea, ora agravante, de modo que a sua revisão encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA 7 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL OBJETIVA. SÚMULA 54 DO STJ. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA.

[...]

5. A revisão do valor fixado a título de danos morais somente é possível em sede de recurso especial no caso em que o quantum *for exorbitante ou ínfimo. Fora essas hipóteses, aplica-se o entendimento insculpido na Súmula n. 7 do STJ.*

6. Em se tratando de valor da indenização por danos morais, torna-se incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos serão sempre distintos. Precedente.

7. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag n. 1.019.589/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *DJe* 17.05.2010)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. REVISÃO DO VALOR.

1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais,

quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp. n. 20.770/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, j. em 08.11.2011, *DJe* 16.11.2011)

Subsistentes, assim, os fundamentos da decisão agravada, nega-se provimento ao agravo regimental.

É como voto.

VEÍCULOS – VENDA DESCUMPRIDA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONCESSIONÁRIA E DO FABRICANTE

(STJ, 3.ª T., REsp. n. 1.155.730/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, ac. de 16.08.2011, *DJe* 09.09.2011)

RECURSO ESPECIAL N. 1.155.730-SP (2009/0197472-1)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Francine Onoe Paes de Barros

Advogado: João Roberto Salazar Junior

Recorrido: Fiat Automóveis S/A

Advogado: Jussara Iracema de Sá e Sacchi e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA DE AUTOMÓVEL. CONCESSIONÁRIA. ENTREGA. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE. ART. 18 DA LEI N. 8.078/1990.

1. Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

2. Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de 1.º Grau, que julgou procedente a ação (e-STJ, fls. 169, autos originários, fls. 165).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 16 de agosto de 2011 (data do Julgamento).

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1. FRANCINE ONOE PAES DE BARROS interpõe pedido de reconsideração da decisão de fls. 304/305 (e-STJ), que não conheceu do Recurso Especial, porque intempestivo, nestes termos:

> *Extrai-se dos autos (e-STJ fls. 248) que o acórdão dos Embargos Declaratórios foi publicado em 26.04.2007 (quinta-feira), enquanto o Recurso Especial somente foi protocolizado no Tribunal de Justiça no dia 14.05.2007 (e-STJ fls. 250), após o término do prazo recursal ocorrido em 11.05.2007. Ressalte-se que a existência de feriado local que altere a contagem do prazo recursal deve ser comprovada por documento idôneo no momento da sua interposição.*
>
> *4. Pelo exposto, não se conhece do recurso especial.*

2. Sustenta que a decisão contém erro material de caráter processual, pois consta à folha 250 dos autos principais do Recurso Especial cópia do Provimento do Conselho Superior da Magistratura de n. 1.308/2007, que determinou a suspensão dos prazos recursais nos dias 10 e 11.05.2007.

Pede seja reconsiderada a decisão.

3. Manifestação da embargada às fls. 329/331 (e-STJ) pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI(Relator):

4. Dá decisão desta relatoria que não conheceu do Recurso Especial, a recorrente, ora requerente, interpôs Agravo Regimental que não foi conhecido pela Turma, porque intempestivo.

Segui-se pedido de reconsideração da decisão, que foi recebido por esta Terceira Turma como Embargos Declaratórios anulando-se a decisão de fls. 304/305,

em homenagem aos princípios da economia, da instrumentalidade e da fungibilidade, e autorizado pela jurisprudência assente nesta Corte.

5. Verifica-se que o pedido merece acolhida, pois verifica-se que consta às folhas 263 (e-STJ) cópia do Provimento n. 1.308/2007, do Conselho Superior da Magistratura, que suspendeu o expediente nos dias 10 e 11.05.2007, na comarca da capital paulista. Contata-se, pois, evidente erro material, passível de correção pela via dos Embargos Declaratórios. Nesse sentido a jurisprudência: (EDcl no REsp. n. 1.112.745/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, **DJe** 1.º.03.2010, EDcl no REsp. n. 717.425/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, **DJe** 26.10.2009).

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem que se ofenda a coisa julgada. Nesse sentido:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. SENTENÇA. ERRO MATERIAL. RECONHECIMENTO. COISA JULGADA. OFENSA INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, inclusive de ofício, sem que se ofenda a coisa julgada. Precedentes.*
>
> *[...]*
>
> *4. Recurso especial conhecido e improvido.*
>
> (REsp. n. 343.557/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, **DJ** 26.06.2006)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. FGTS. ERRO MATERIAL. VERBA HONORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CONDENAÇÃO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Está fora de dúvida que, havendo erro material na decisão (art. 463, I, do CPC), pode o juízo a qualquer tempo, independentemente de provocação, proceder à correção, mesmo após o trânsito em julgado. Precedentes.*
>
> *3. O dispositivo viciado por erro material não transita em julgado, não se podendo cogitar, no caso, de violação à coisa julgada.*
>
> *4. Recurso especial improvido.*
>
> (REsp. n. 632.921/RN, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, **DJ** 23.08.2004)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. COMPETÊNCIA DO JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA EM QUE SE ACHA A INEXATIDÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 463 DO CPC.*
>
> *1. O erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, ainda que a sentença haja transitado em julgado (art. 463, I, do CPC).*

2. Competente para corrigir as inexatidões materiais é o prolator da sentença em que elas se encontram.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp. n. 439.863/RO, Rel. p/ o acórdão Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, **DJ** 15.03.2004)

Considerando que o acórdão dos Embargos Declaratórios foi publicado em 26.04.2007 (e-STJ fls. 248), cujo prazo para interposição do Recurso Especial expirava no dia 11.05.2007 (sexta-feira) e sendo suspensos os prazos recursais nos dias 10 e 11.05.2007, o prazo final foi prorrogado para o dia 14.05.2007, data que foi protocolizado o Recurso Especial (e-STJ fls. 250).

6. Diante disso, passa-se ao exame do Recurso Especial.

7. FRANCINE ONOE PAES DE BARROS interpõe Recurso Especial com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Rel. Des. CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI), proferido nos autos de ação de indenização, assim ementado (e-STJ fls. 229):

INDENIZAÇÃO. Solidariedade entre concessionária e fabricante de veículo. Inexistência no caso em exame. Aquisição feita pela autora junto à concessionária que não se consumou. Fato de ser a concessionária vinculada à marca que não implica em solidariedade ampla e total da fabricante com concessionária. Impossibilidade da fabricante participar ou interferir nos negócios e na administração da concessionária. Ato independente e exclusivo praticado pela concessionária. Inteligência dos arts. 12, 18 e 34 do CDC e do art. 16, I, da Lei n. 6.729/1979. Sentença reformada. Recurso provido.

8. Embargos Declaratórios rejeitados (e-STJ fls. 244).

9. A recorrente alega ofensa aos arts. 535 do Código de Processo Civil, 7.º, parágrafo único, e 34 do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta, em síntese, que:

a) o acórdão é nulo, pois apesar de interpostos os embargos declaratórios, o Tribunal *a quo* manteve silente quanto ao exame do art. 7.º, parágrafo único, do CDC; e,

b) *ainda que a recorrente não tenha efetivamente adquirido um produto fabricado pela FIAT, esta deve ter sua responsabilidade solidária reconhecida, posto que o negócio lesivo à consumidora fora travado com uma de suas concessionárias autorizadas, ou seja, com uma empresa escolhida pela recorrida para comercializar seus veículos* (e-STJ fls. 259).

10. De início, observa-se, que não se viabiliza o especial pela indicada violação do art. 535 do Código de Processo Civil. É que, embora rejeitados os embargos de declaração, verifica-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo colegiado de origem, que sobre ela emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

11. No que concerne à indicação de maltrato aos artigos 7.º e 34, do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o Tribunal de origem deu provimento à Apelação interposta pela recorrida, não reconhecendo a responsabilidade solidária entre a concessionária na qual a Recorrente adquiriu o veículo que não lhe foi entregue e a ora Recorrida, mediante os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 232/233):

> *[...]*
>
> *O negócio celebrado entre a autora e a concessionária Metropolitana, pela qual a autora estaria adquirindo um veículo 0 km, dando outro em troca, tendo ela efetuado o pagamento de R$ 19.800,00 (cf. fls. 33 e 38). O veículo não foi entregue, tendo a concessionária deixado de funcionar e de entregar vários outros veículos (cf. fls. 40/41). A autora intentou ação em face da concessionária que, em primeiro grau, foi julgada procedente (cf. fls. 42/62).*
>
> *3. A preliminar de falta de interesse suscitada pela ré, efetivamente não podia ser acolhida. Com efeito, se houvesse solidariedade entre a concessionária e a ré, o fato de ter a autora acionado a primeira e obtido êxito na ação condenatória,* ***não a impediria de acionar a ré.*** *A autora só estaria impedida acionar, caso já tivesse sido efetivamente indenizada, ou seja, se já tivesse recebido os valores; o que não ocorreu. Além disso, há nestes autos pleito de danos morais, que sequer integrou a demanda anterior. Logo, era mesmo de rigor a rejeição de tal preliminar.*
>
> *4. No entanto, é de se reconhecer a ilegitimidade passiva da ré para a demanda. Com efeito, a primeira observação importante é que concessionária e fabricante são pessoas jurídicas distintas, sendo tal fato público e notório. Além disso, o art. 16, I, da Lei n. 6.729/1979, que regulamenta o regime jurídico entre concessionárias e fabricantes, estabelece de forma clara que não pode a fabricante interferir na gestão, administração ou nos negócios da concessionária. Diante de tal conduta, não se pode pretender responsabilizar a fabricante, por atos de má gestão e administração praticados pela concessionária.*
>
> *5. Respeitado o entendimento da ilustre magistrada de primeiro grau, o regramento do CDC não tem o alcance colocado na decisão. O CDC regulamenta os casos em que há solidariedade entre os fornecedores diretos (comerciantes – concessionários) e os fabricantes (produtor – montadora de veículos), sendo que ela não atinge toda e qualquer hipótese. Somente nos casos dos arts. 16 do CDC é que se cogita da solidariedade, sendo que o caso em exame não se enquadra neste contexto.*
>
> *Assim, se um veículo é vendido e apresenta defeito ou o serviço da concessionária é prestado de forma deficiente no veículo, há solidariedade entre a concessionária e a montadora. Note-se que a regra do art. 34 do CDC estabelece regra de solidariedade entre o fornecedor do produto e serviço e seus representantes,* ***mas é evidente que*** *tal solidariedade envolve o fornecimento efetivo de produtos e serviços. Contudo, no caso em tela,* ***não*** *houve o fornecimento de produtos ou serviços que envolvessem a ré. O ato praticado entre a autora e a concessionária não teve a participação ou envolvimento da fabricante, nem indiretamente. No ato praticado (venda e compra de fls. 09) a concessionária não agiu como preposta ou comitente da fabricante, tendo atuado em nome próprio.*

Tal fato, aliás, já havia sido anotado na decisão de fls. 60. Logo, diante deste quadro, não se pode responsabilizar a ré solidariamente pelos atos negociais praticados exclusivamente pela concessionária, sendo de rigor a extinção do feito em face da ré, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade passiva, devendo ser reformada a sentença proferida.

A jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o comerciante de veículos. Anote-se, a propósito:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. ART. 18 DA LEI N. 8.078/1990. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AFASTADA. DECISÃO ANTERIOR IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. *AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAIS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DESDE LOGO.* QUANTUM. *MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

I – Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

II – Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

[...]

(REsp. n. 402.356/MA, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, QUARTA TURMA, **DJ** 23.06.2003)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. ART. 18 DA LEI N. 8.078/1990. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AFASTADA. DECISÃO ANTERIOR IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. *AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAIS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DESDE LOGO.* QUANTUM. *MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

I – Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

II – Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que

seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles. [...]

(REsp. n. 402.356/MA, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, **DJ** 23.06.2003).

12. Pelo exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial e restabelece-se a sentença de fls. 163/169 (e-STJ), que julgou procedente a ação.

Ministro SIDNEI BENETI

Relator

CONSUMIDOR – VÍTIMA DA EXPLOSÃO DE GARRAFA – CONSUMIDOR EQUIPARADO

STJ, 3ª T., REsp. 1.288.008/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 04.04.2013, *DJe* 11.04.2013

RECURSO ESPECIAL N. 1.288.008/MG (2011/0248142-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Antônio Rodrigues Cordeiro

Advogado: Heloisa Helena Costa Nascimento

Recorrido: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A

Advogado: Renata Carvalho Lopes e outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 – Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões.

2 – Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC (*bystander*).

3 – Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja.

4 – Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante.

5 – Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC.

6 – Recurso especial provido, julgando-se procedente a demanda nos termos da sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha (voto-vista) e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

ANTONIO RODRIGUES CORDEIRO interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O recorrente ajuizou ação indenizatória em face de PRIMO SCHINCARIOL INDUSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S.A. em razão de acidente de consumo, decorrente de explosão de garrafa de cerveja que lhe causou lesão permanente no olho esquerdo. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Em sua inicial, a parte recorrente relatou que, 06 de setembro de 2002, no dia seguinte a entrega dos produtos, ao retirar as garrafas de cerveja de um engradado para adicioná-las em um freezer, uma garrafa estourou, causando-lhe a dilaceração da pálpebra inferior esquerda, bem como do olho esquerdo, ocasionando-lhe a perda do conteúdo ocular com a colocação de prótese. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos decorrentes do acidente de consumo.

Citada, a empresa recorrida apresentou contestação alegando a inexistência de relação de consumo entre as partes, a inexistência de responsabilidade objetiva e a consequente inaplicabilidade do Código de Defesa Consumidor, requerendo, ainda, a aplicação da pena de multa de litigância de má-fé.

Durante a instrução, foram realizadas três perícias técnicas.

As duas primeiras foram perícia médicas para exame das lesões sofridas pelo autor.

A primeira delas constatou a debilidade e deformidade permanente do sentido da visão, confirmando a ausência da íris e pupila do globo ocular esquerdo, bem como atestando que o autor foi vítima de acidente com garrafa de cerveja no olho esquerdo, em 2002, tendo sido submetido à cirurgia, tendo evoluído com atrofia do globo ocular esquerdo e visão zero neste olho, sendo irreversível este quadro (e-STJ Fls. 326/327).

A segunda perícia médica, no mesmo sentido da primeira, confirmou que o autor é portador de prótese ocular no olho esquerdo; portador de evisceração (perda total) do globo ocular esquerdo; que a lesão é passível de ter sido produzida por instrumento perfuro-cortante; que estilhaços de vidro podem provocar a laceração da pele e outros tecidos como globo ocular; que a capacidade visual do autor está em

50%, reduzindo sua capacidade laboral (visão monocular), em caráter irreversível (e-STJ Fls. 352/353).

A terceira perícia técnica foi realizada junto à linha de produção da empresa demandada, concluindo que o processo de produção da Schincariol na linha inspecionada é eficiente e seguro para processar a eliminação de garrafas de vidro que apresente defeito potencialmente crítico que possam comprometer a resistência necessária das garrafas que são enviados aos fornecedores. (e-STJ Fls. 358/397).

Encerrada a instrução, sobreveio sentença que, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, por considerar o autor consumidor equiparado, vítima do evento danoso, com base no artigo 17 deste diploma legal, julgou parcialmente procedentes os seus pedidos, condenando a empresa demandada a indenizá-lo em:

(i) R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) pelos danos morais sofridos;

(ii) R$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) pelos danos estéticos;

(iii) R$ 394,50 (trezentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos) pelos danos materiais, conforme recibos;

(iv) um salário mínimo por mês, desde a data do acidente até a data prevista para que o autor complete 70 (setenta) anos de idade, a título de pensão correspondente à importância da redução da capacidade para o trabalho, considerando que, embora a lesão seja definitiva, a parte autora teria outros meios de sobrevivência;

(v) custas e honorários de sucumbência arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação.

Irresignadas, as partes apelaram ao Tribunal *a quo* postulando a reforma da sentença.

Em suas razões, a empresa demandada aduziu que a prova realizada nos autos evidenciou a ausência de falhas na linha de produção da cerveja fabricada pela ré,

atestando a segurança do produto que, segundo alega, não explode sem a provocação de atrito e choque. Alegou ainda que a prova documental produzida evidencia que a recorrente emprega tecnologia de ponta na fabricação de seus produtos. Sustentou a falta de credibilidade da prova testemunhal carreada aos autos. Afirmou que a incidência da responsabilidade objetiva não isenta a parte autora de provar que os vidros que feriram seu olho de fato teriam advindo do estouro da garrafa de cerveja.

Assinalou ademais que o autor não é consumidor, mas sim comerciante, estando como tal, do mesmo modo que o fabricante, sujeito ao risco do negócio. Em outra vertente, assinalou que a perícia médica demonstrou que o acidente que afetou o globo ocular do autor não o torna inapto para o trabalho.

Por outro lado, em razões do apelo adesivo, a parte autora postulou majoração do quantum indenizatório.

O Tribunal de origem, dando provimento à apelação da empresa demandada, julgou prejudicado o apelo adesivo do autor, em acórdão ementado nos seguintes termos:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE POR FATO DO PRODUTO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DEFEITO E O DANO EXPERIMENTADO. DEMONSTRAÇÃO. NECESSIDADE. – Para que reste configurada a responsabilidade por fato do produto é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito da coisa e o dano experimentado.

Em suas razões, no recurso especial, a parte recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os artigos 4.º, I, 6.º, VIII, 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor; 927 e 931 do Código Civil, 333, I e 131 do Código de Processo Civil, além de apontar dissídio jurisprudencial. Sustentou que os fatos da causa, interpretados em consonância com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, evidenciam a responsabilidade objetiva da empresa recorrida. Sustentou a necessidade de inversão do ônus da prova, nos termos da legislação consumerista, questionando a interpretação conferida às provas coletadas no processo levado a efeito pela Câmara julgadora, insistindo no seu direito à indenização pleiteada. Alegou a ocorrência de dissídio jurisprudencial acerca do tema. Pediu o provimento do recurso especial, inclusive com a elevação do valor da indenização por danos morais.

Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes colegas. Merece provimento o presente recurso especial.

A polêmica central do processo situa-se em torno da responsabilidade civil da empresa fabricante de cerveja em razão de acidente de consumo, decorrente de explosão de uma garrafa de cerveja que causou lesão grave e permanente no olho esquerdo do autor, ora recorrente.

Inicialmente, deve-se reconhecer a plena aplicabilidade do microssistema normativo do consumidor, instituído pela Lei 8078/90, ao caso.

A circunstância de se tratar de comerciante, que se lesionou com o estouro da garrafa de cerveja no momento em que a manuseava em seu estabelecimento comercial, não afasta a condição de consumidor, em face da regra de extensão do art. 17 do CDC, que ampliou o conceito básico de consumidor do art. 2º da Lei 8078/90.

Efetivamente, a regra do art. 17 do CDC é um dos momentos em que houve ampliação do conceito básico de consumidor para efeito da responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço, equiparando "aos consumidores todas as vítimas do evento":

> Art. 17 – Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Assim, toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC, abrangendo os chamados *bystanders*, na terminologia da *common law*, que são os terceiros que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço.

No conceito de *bystander* estão abrangidos tanto o usuário direto do bem adquirido por outro consumidor, como a empregada doméstica que está trocando o botijão de gás defeituoso que explode em suas mãos, quanto o espectador ou o transeunte anônimo que se encontra nas imediações do local do evento no momento que se manifesta o defeito, como é o caso clássico de acidente de consumo de um automóvel desgovernado pelo estouro de um pneu defeituoso que vai atingir um pedestre na calçada. Enfim, são as vítimas ocasionais ou anônimas de um acidente de consumo.

A análise rigorosa das cadeias contratuais de consumo, desde a fabricação do produto, passando pela rede de distribuição, até chegar ao consumidor final, mostra que, frequentemente, as vítimas ocasionais de acidentes de consumo não têm qualquer tipo de vínculo efetivo com o fabricante.

No rigor da regra restritiva do artigo 2º, *caput*, do CDC, o *bystander* ficaria fora da proteção conferida pelo legislador, pois não é destinatário final do bem ou serviço que lhe causou o dano.

Essas vítimas, porém, são abrangidas por força da regra de extensão do art. 17 do CDC, tendo, inclusive, legitimidade para acionar diretamente o fornecedor responsável pelos danos sofridos.

Uma questão relevante que tem sido enfrentada pela doutrina refere-se à extensão da responsabilidade do fornecedor em relação à vítima profissional, que não se enquadra no conceito básico de consumidor. As pessoas jurídicas, assim como os intermediários da cadeia de consumo, incluindo comerciantes, atacadistas, varejistas, transportadores, também podem ser vítimas de acidente de consumo. Normalmente, essas pessoas não seriam consideradas consumidoras para efeito de incidência do CDC, salvo quando destinatárias finais do produto ou do serviço (art. 2o do CDC).

Todavia, em face da regra do artigo 17 do CDC, a pessoa jurídica e o intermediário, ainda que não sejam destinatários finais, ficam equiparados ao consumidor, caso sejam vítimas de um acidente de consumo.

O Ministro Herman Benjamin, em seus Comentários ao código de proteção do consumidor, fornece exatamente o exemplo do dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos pela explosão de uma lata com defeito de fabricação, reconhecendo que ele pode pleitear, do mesmo modo que o consumidor que está a seu lado, reparação pelos danos sofridos em decorrência do produto defeituoso (BENJAMIN, Antônio Hermen de Vasconcelos. Comentários ao código de proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 81).

Na mesma linha, James Marins fornece outro exemplo elucidativo de *bystander*, mencionando o caso de um comerciante de defensivos agrícolas, que se vê seriamente intoxicado pelo simples ato de estocagem em decorrência de defeito no acondicionamento do produto (defeito de produção). Embora não seja consumidor, pode socorrer-se da proteção conferida pelo art. 17 do CDC (MARINS, James. Responsabilidade pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 71).

Na jurisprudência desta Corte, localizei os seguintes precedentes:

> 'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AUTENTICAÇÃO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 115/STJ. CIVIL E PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.
>
> 1. Em se tratando do agravo de instrumento disciplinado nos artigos 522 e seguintes do CPC, é dispensável a autenticação das peças que o instruem, tendo em vista inexistir previsão legal que ampare tal formalismo.
>
> 2. Nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei n. 8.078/90, equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica.

3. Caracterizada a relação de consumo, aplica-se ao caso em apreço o prazo de prescrição de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 27 da Lei n. 8.078/90.

4. Respondem solidariamente todos aqueles que contribuíram para a causa do dano.

5. Considerando que a petição inicial da ação de indenização por danos materiais e morais forneceu de modo suficiente os elementos necessários ao estabelecimento da relação jurídico-litigiosa, apresentando os fatos que permitem a identificação da causa de pedir, do pedido e do embasamento legal, correto o acórdão recorrido que afastou a inépcia da exordial.

6. Em razão do manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração, a multa aplicada pela instância *a quo* deve ser mantida.

7. Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 1000329/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/2010, *DJe* 19/08/2010)

'RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO JULGADO. ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ESPETÁCULO CIRCENSE – MORTE DE CRIANÇA EM DECORRÊNCIA DE ATAQUE DE LEÕES – CIRCO INSTALADO EM ÁREA UTILIZADA COMO ESTACIONAMENTO DE *SHOPPING CENTER*. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS LOCADORAS. DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADE DE ENTRETENIMENTO COM O FIM DE ATRAIR UM MAIOR NÚMERO DE CONSUMIDORES. RESPONSABILIDADE. DEFEITO DO SERVIÇO (VÍCIO DE QUALIDADE POR INSEGURANÇA). DANO MORAL. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. MULTA. ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO.

1– O órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes para a solução do litígio, afigurando-se dispensável o exame de todas as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Precedentes.

2– Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do *shopping*, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente consumidores e elevar os lucros. Incidência da Súmula 7/STJ.

3– No caso em julgamento – trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo Vostok, instalado em estacionamento de *shopping center*, quando menor de idade foi morto após ataque por leões –, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido.

4– Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço.

5– O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório,

distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ.

6– Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula 98/STJ.

7– Provimento parcial do recurso especial. (REsp 1100571/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, *DJe* 18/08/2011)'

'CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. REPARAÇÃO CIVIL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. CONFLITO INTERTEMPORAL. CC/16 E CC/02. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO FORNECEDOR DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAS. TERCEIRO, ALHEIO À RELAÇÃO DE CONSUMO, ENVOLVIDO NO ACIDENTE. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO OMISSA. INTUITO PROTELATÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Em relação à regra de transição do art. 2.028 do CC/02, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor. Precedentes.

2. Os novos prazos fixados pelo CC/02 e sujeitos à regra de transição do art. 2.028 devem ser contados a partir da sua entrada em vigor, isto é, 11 de janeiro de 2003.

3. O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (*bystander*), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação.

4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro.

5. Tendo os embargos de declaração sido opostos objetivando sanar omissão presente no julgado, não há como reputá-los protelatórios, sendo incabível a condenação do embargante na multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

6. Recurso especial parcialmente provido.' (REsp 1125276/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, *DJe* 07/03/2012)

Enfim, o recorrente, como comerciante, enquadra-se perfeitamente ao conceito ampliado de consumidor do art. 17 do CDC, atraindo a incidência do microssistema normativo da Lei 8078/90 no que tange à responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e segs. do CDC).

No mérito, o Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação da recorrida, reformou a sentença que julgara procedentes os pedidos do recorrente, afirmou não estar evidenciado o nexo causal entre o estouro da garrafa de cerveja e as lesões sofridas pelo autor.

Entretanto, o acórdão recorrido, ao examinar o quadro fático dos presentes autos asseverou o seguinte, *verbis*:

> 'Ambas as testemunhas inquiridas afirmam que, ao passarem pelo bar, logo após o acidente, notaram uma aglomeração de pessoas e adentaram ao recinto, onde observaram que o autor estava com o olho ferido, e também que no local do evento existira uma garrafa Schincariol estourada. [...]
>
> Os documentos carreados aos autos junto com a inicial, dentre os quais merecem destaque o relatório médico e laudo de exame de corpo de deito, confirmam que o acidente do qual resultou a debilidade permanente do olho esquerdo do autor foi causado por uma garrafa de cerveja [...]' (grifos meus)

Apesar dessa contundente base fática, o Tribunal *a quo* concluiu não estar comprovado nexo causal.

Merece, portanto, revisão a qualificação jurídica dada aos fatos supracitados pelo acórdão recorrido, em face da confusão estabelecida entre nexo causal e defeito do produto, que constitui elemento distinto na responsabilidade civil pelo fato do produto, regulada pelo art. 12 do CDC.

Efetivamente, a partir da leitura dos fatos relatados no aresto fustigado, para que se pudesse afastar o nexo causal entre o dano sofrido pelo recorrente e o defeito do produto, seria necessário imaginar que o recorrente teria cortado seu olho esquerdo propositalmente com uma garrafa, causando lhe debilidade permanente, o que, além de fugir da razoabilidade, sequer foi alegado pela parte contrária.

Conforme já me manifestei doutrinariamente, as lesões causadas no rosto do consumidor pelo estouro, em suas mãos, de uma garrafa de cerveja não exigem maior indagação sobre qual teria sido a causa (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p.257).

A relação de causa e efeito entre o dano e o produto (nexo de causalidade), portanto, no presente caso, mostra-se evidente, constituindo típica hipótese de acidente de consumo.

Nesse mesmo sentido, o Magistrado de primeiro grau, em contato mais estreito com a prova dos autos, assentou em sua sentença, *verbis*:

> 'No caso dos autos, é incontroverso o fato descrito na inicial, de que o autor perdeu a capacidade visual do olho esquerdo, por ter sido atingido por estilhaços decorrentes da explosão de uma garrafa de cerveja produzida pelo requerido conforme faz prova o laudo pericial acostado aos autos. [...]
>
> A hipótese versada nestes autos de ação de indenização é derivada de explosão de garrafa de cerveja, que causou lesão em um olho do autor. Vale dizer, o comerciante, que ao manipular garrafa de cerveja e acondicioná-la ao refrigerador, para gelá-la,

> experimentou ou presenciou explosão dela. O caco ou estilhaço do vidro feriu-lhe o olho, gravemente.
>
> Esses fatos denotam a inserção, dada a ocorrência de fatos em várias hipóteses, da necessidade de informação e orientação sobre o uso e manuseio das garrafas envasadas com líquidos a base de malte, inserindo o fato na segurança da saúde dos consumidores e, no âmbito da política de proteção das relações de consumo, prevista no artigo 4.º, CDC, onde elenca-se, inclusive, a imperiosidade da informação adequada, com condição de implemento de igualdade jurídica nos tratos do consumo. [...]
>
> De fato, determina o *caput* do artigo 8.º, do Código de Defesa do Consumidor que 'os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou Segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar 'as informações necessárias e adequadas a seu respeito'.
>
> Por sua vez, o parágrafo único do mesmo artigo estipula que, 'em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto'.
>
> Por isto, prevê o já transcrito artigo 12, que a responsabilidade objetiva decorre, também, de 'informações ou inadequadas' sobre a 'utilização e riscos' do produto.
>
> Desta forma, o dano restou comprovado, qual seja a perda total da visão do olho esquerdo, conforme resposta do perito às fls. 274/298, bem como dos atestados de fls. 20 e 277. [...]
>
> Assim, estando comprovado nos autos o dano sofrido pelo autor, e não tendo requerido comprovado em nenhum momento que o estouro da garrafa, foi ocasionado pela conduta exclusiva da vítima ou inexistência do defeito, cumpre ao requerido o dever de indenizar o requerente pelos danos advindo de sua conduta'

Portanto, estabelecida a relação de causalidade entre o dano e o produto, resta que se analise a excludente da inexistência de defeito do produto, que foi acolhida pela corte de origem, nos seguintes termos:

> Ainda que possível a presunção de que realmente foi uma das garrafas de cerveja produzidas pela ré que causou a lesão no olho do autor, não foi demonstrado defeito do produto, ou seja, que a garrafa de cerveja simplesmente estourou enquanto manuseada pela parte autora sem qualquer motivo aparente.

Na realidade, o acórdão recorrido atribuiu ao consumidor demandante o ônus da prova da ocorrência de defeito do produto, quando esse encargo de demonstrar a inexistência do defeito era do fabricante demandado, em face do disposto no art. 12, § 3º, II, do CDC, *verbis*:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, constru-

> ção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I – sua apresentação;
>
> II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi colocado em circulação.
>
> § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.
>
> § 3° O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
>
> I – que não colocou o produto no mercado;
>
> II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito
>
> inexiste;
>
> III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Uma das peculiaridades da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), como modalidades de acidentes de consumo, é a previsão expressa, no microssistema normativo do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da "inexistência de defeito".

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual, como se pode observar no presente caso.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, "só não será responsabilizado quando provar... que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste." Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado, ora recorrido.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuindo a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova "*ope legis*" (ato do legislador) e a inversão "*ope judicis*" (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355/357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto – art. 12 – ou fato do serviço – art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova "*ope judicis*", mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a "verossimilhança" e a "hipossuficiência" a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse ponto, no julgamento do REsp. n. 802.832-MG, na Segunda Seção, já manifestei minha posição no sentido de que a inversão ope judicis do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa. O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, no momento em que colocava garrafas de cerveja em um freezer, foi atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de vidro de uma delas, que estourou em suas mãos.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla a responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro, que ficou bem evidente no julgamento feito pelo tribunal de origem.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, sempre constituiu um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

No caso, deve-se, efetivamente, reconhecer a dificuldade probatória da empresa recorrente, pois, em face do estouro da garrafa, não foi possível uma perícia direta no produto no curso da instrução, tendo sido apenas produzida uma perícia indireta acerca da segurança de sua linha de montagem.

De todo modo, competia ao fabricante a comprovação da inexistência de defeito nesse produto específico, não bastando meras ilações acerca da possibilidade de o evento danoso ter decorrido de um choque térmico causado pela retirada do produto de um engradado para colocação em freezer com baixa temperatura, ou do manejo inadequado das garrafas, ou de um atrito entre as garrafas.

Havia necessidade de uma prova concreta da inexistência do defeito do produto, que não foi produzida pelo fabricante demandado, sendo seu esse ônus probatório.

Não era suficiente a prova indireta produzida no sentido da preocupação com a segurança em sua linha de produção.

Portanto, deve-se reconhecer a responsabilidade civil da empresa fabricante pelos danos sofridos pelo recorrente.

Consequentemente, merece provimento o presente recurso especial, restabelecendo-se, em seu inteiro teor, a bem lançada sentença de primeiro grau, inclusive no que concerne a indenização por danos materiais e morais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer, em seu inteiro teor, a douta sentença de primeiro grau.

É o voto.

Capítulo II

RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE HOSPITAL – ATO DE CIRURGIÃO A ELE NÃO VINCULADO

STJ, 2ª Seção, REsp 908.359/SC, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, ac. 27.08.2008, *DJe* 17.12.2008

RECURSO ESPECIAL N. 908.359-SC
(2006/0256989-8)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

R. para acórdão: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda.

Advogado: Norma Teresinha Franzoni e outro(s)

Recorrido: Maria de Lourdes Amândio Machado

Advogado: João David Folador

Interes.: Marcelino Grimm

Advogado: Marco Aurélio Zandoná

Interes.: Pedro Augusto Ramos da Silva

Advogado: Sem Representação nos Autos

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.

Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hos-

pital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sidnei Beneti, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, e dos votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha, o Sr. Ministro Ari Pargendler proferiu voto de desempate no mesmo sentido, e a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, vencida a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Massami Uyeda e Sidnei Beneti.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1.ª Região), art. 162, § 2.º, RISTJ.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 27 de agosto de 2008 (data do julgamento)

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. ("Hospital"), com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Ação: Maria de Lourdes Machado ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais contra o Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., Marcelo Grimm e Pedro Augusto Ramos da Silva (fls. 2/8), alegando, em síntese, que foi submetida a cirurgia de varizes na perna esquerda e que, em decorrência de imperícia, teve seus nervos lesionados. A autora alegou ter perdido o movimento normal de sua perna, o que a impossibilita de mover os dedos dos pés, lhe causa dores e perda de equilíbrio, além de inviabilizar caminhada por mais de uma hora.

Sentença: O juízo de primeiro grau, em sentença (fls. 266/279) afastou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Hospital por considerar que ele participou do faturamento e cedeu seus funcionários para o auxílio do cirurgião. Aceitou, entretanto, a preliminar de ilegitimidade passiva de Marcelo Grimm, considerando que este "*não teve nenhuma participação na cirurgia realizada na autora, nem mesmo como auxiliar, inexistindo qualquer conduta, dolosa ou culposa, por parte dele pessoa física*"(fls. 271). No mérito, considerou "*indubitável que do procedimento cirúrgico resultou o comprometimento dos movimentos da perna, bem como do pé esquerdo da autora*" (fls. 272), que *"o réu Pedro agiu de forma imprudente, negligente e imperita*" (fls. 273). Assim, o Hospital e Pedro Augusto Ramos da Silva foram condenados, solidariamente, a indenizar os danos materiais até então suportados pela autora, a compensar-lhe os danos morais com a quantia de R$ 52.000,00 e a lhe pagar pensão mensal vitalícia no valor de 1 (um) salário mínimo, incidindo correção monetária e juros desde a data da cirurgia.

Acórdão: Interposta apelação pelo Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. (fls. 283/289) e apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 295/302), o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso, para tão somente limitar o prazo da pensão mensal até a data em que Maria de Lurdes Machado completar 65 anos de idade, proferindo acórdão assim ementado (fls. 350/366):

> *"Apelação Cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Ilegitimidade passiva da entidade hospitalar. Questão que se confunde com o mérito. Erro médico. Cirurgia vascular. 'Retirada de varizes'. Seção e lesão dos nervos da perna e do pé esquerdo. Danos motores. Entidade Hospitalar. Cessão de equipamentos e dependências. Responsabilidade solidária. Dever de indenizar.* Quantum *indenizatório. Critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. julgamento* ultra petita. *Nulidade parcial. Pensão mensal vitalícia. Adequação da sentença aos limites do pedido. Pensionamento até os 65 anos de idade. Recurso parcialmente provido.*

Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos e pessoal para médicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente.

A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não podendo ser exorbitante, a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória, dando azo à reincidência.

A sentença ultra petita *é aquela que decide além dos limites do pedido do autor, não sendo nula, porquanto possível o ajuste pelo Tribunal* ad quem."

Recurso Especial: O Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. interpôs Recurso Especial (fls. 371/390), sustentando que não pode ser responsabilizado solidariamente porque o cirurgião não pertence ao quadro clínico do hospital, tendo apenas locado espaço para a realização da cirurgia. Alegou haver contrariedade aos seguintes dispositivos da lei federal: (i) ao art. 896, CC/1916, porque lhe foi imputada responsabilidade solidária de forma presumida; (ii) ao art. 159, CC/1916, porque lhe foi imputada responsabilidade sem culpa; e (iii) ao art. 14, CDC, que não lhe seria aplicável porque os danos decorreram do procedimento médico e não do serviço prestado pelo Hospital. Afirmou, por fim, haver dissídio pretoriano na interpretação dos mencionados artigos de lei.

Maria de Lourdes Machado apresentou contrarrazões ao Especial a fls. 433/438.

Juízo de Admissibilidade: o Tribunal de origem admitiu o Especial, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, remetendo os autos ao STJ (fls. 440/441).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. ("Hospital"), sustentando que não pode ser responsabilizado solidariamente porque o cirurgião não pertence ao quadro clínico do hospital, tendo apenas locado espaço físico para a realização da cirurgia.

A controvérsia cinge-se a três pontos: (i) ao art. 896, CC/1916, porque lhe foi imputada responsabilidade solidária de forma presumida; (ii) ao art. 159, CC/1916, porque lhe foi imputada responsabilidade sem culpa; e (iii) ao art. 14, CDC, que não lhe seria aplicável porque os danos decorreram do procedimento médico e não do serviço prestado pelo Hospital.

(i) Admissibilidade do Especial

A matéria encontra-se prequestionada uma vez que o Tribunal de origem fez expressa menção à aplicabilidade do art. 14, CDC, e, ainda que o mesmo fato não

tenha se repetido no que diz respeito aos arts. 159 e 896, CC/1916, é certo que a controvérsia neste ponto foi oportunamente ventilada pelas partes, tendo sido objeto de ponderação pela decisão recorrida.

Isso é quanto basta, conforme a inteligência das Súmulas 282 e 292 do STF e dos diversos precedentes deste STJ, para a admissibilidade do Recurso Especial (REsp. n. 819.238/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Castro Filho, **DJ** 26.02.2007; AgRg no Ag n. 769.722/RS, 4.ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, **DJ** 11.12.2006).

(ii) A solidariedade do estabelecimento hospitalar

São conhecidos os contornos da responsabilidade subjetiva em nosso ordenamento jurídico. A responsabilidade com fundamento na culpa não privilegia a reparação do dano. Sem culpa de quaisquer da partes, o prejuízo deve ser suportado exclusivamente por aquele que o sofreu.

As limitações da responsabilidade subjetiva restaram evidentes e isto fez com que o legislador, ao largo do século XX, mudasse o paradigma da responsabilidade civil. Passou-se a privilegiar a reparação do dano, e não a imposição de sanções à conduta culposa. Com isso, inúmeras leis fizeram com que paulatinamente fossem ampliadas as hipóteses de responsabilidade sem culpa.

O Código de Defesa do Consumidor é certamente um marco dentre as normas que se propõem a abraçar o paradigma do ressarcimento dos danos causados. O CDC, em uma só tacada, impôs ao fornecedor a responsabilidade sem culpa, com fundamento no risco, e, além disso, procurou derrubar outras barreiras que historicamente impediam o acesso da vítima à reparação.

Com efeito, antes do advento do CDC, a vítima nem sempre alcançava a reparação dos danos sofridos porque não conseguia individualizar, na complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços, quem especificamente o havia lesado e sua culpa. Não possuía, ademais, meios para ajuizar demandas nas capitais mais distantes, sede invariável de fabricantes de produtos, e não conseguia demonstrar qualquer tipo de relação jurídica direta com o lesante. Para superar essas dificuldades, o CDC indicou que o foro do domicílio do consumidor seria o competente para dirimir as questões oriundas das relações de consumo, adotou a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, superou o relativismo contratual, assim como a divisão tradicional existente entre responsabilidade contratual e extracontratual e impôs a responsabilidade solidária entre os fornecedores.

Este mesmo CDC optou, no entanto, por manter a responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais, conforme seu art. 14, § 4.º. A mensagem clara, passada pelo ordenamento jurídico, neste ponto, foi manter o privilégio da responsabilidade subjetiva para os profissionais liberais como forma de incentivo ao exercício de sua atividade.

Ocorre que, ao manter o regime geral da responsabilidade com culpa para profissionais liberais, o CDC não abandonou as demais regras que procuram viabilizar o acesso da vítima à justa reparação dos danos por si sofridos.

No que interessa para o deslinde do presente feito, havendo relação de consumo com profissional liberal, continuam a prevalecer as regras que impõem solidariedade entre os fornecedores, assim como, por exemplo, o foro competente continua sendo o do consumidor.

Assim como ocorre com o fornecimento de produtos, os fornecedores podem se organizar em uma verdadeira cadeia de fornecimento de serviços. São notórias as cadeias de distribuição de produtos, onde há fabricantes, distribuidores e varejistas, que, atuando de forma organizada, concebem, produzem e comercializam um determinado bem da vida. Nada exclui a possibilidade de o fornecimento de serviços se dê de maneira semelhante, ou seja, com a adoção de modernos meios de gestão empresarial, que permitam terceirização de tarefas e a adoção de diversos outros modos de associação, onde, através de esforços conjugados, fornecedores coloquem serviços à disposição de consumidores.

Nesta ordem das coisas, é certo que a relação jurídica de consumo se estabelece entre dois polos distintos. De um lado, estão os consumidores, ou pessoas a eles equiparadas; no outro polo, podem figurar um único fornecedor ou até mesmo uma multiplicidade de fornecedores que, por qualquer forma de organização empresarial, integrem determinada cadeia de prestação de serviços ou de produção.

Na hipótese concreta, se está diante de verdadeira cadeia de fornecimento de serviços médicos. Há clara colaboração entre hospital e médico, que fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada. Nesta espécie de mutualismo, os médicos realizam determinadas cirurgias em hospitais que lhes propiciem maiores vantagens, e os hospitais, por sua vez, têm interesse que o maior número de médicos se valham de seus serviços. O serviço hospitalar não existiria sem a prestação dos serviços pelo médico, e este último teria sua atuação extremamente limitada sem as facilidades oferecidas por um hospital. Não foi por outro motivo que, nas instâncias ordinárias, ficou estabelecido que o Hospital "*não só cedeu as dependências para a efetivação da cirurgia, como também forneceu medicamentos e equipe de enfermagem, participando diretamente do faturamento*" (fls. 361).

Ficou claro, ademais, que o Hospital, independentemente de manter relação contratual ou empregatícia com o médico, admitiu o exercício, em seu estabelecimento, da atividade que, de fato, se revelou lesiva. O Tribunal de origem foi claro a este respeito, afirmando que *"são atribuições do diretor clínico conforme a Resolução n. 011/1995 da CREMESC: 'a) dirigir, coordenar e orientar o Corpo Clínico da Instituição; b) supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição; c) zelar pela fiel observância do Código de Ética Médica; d) promover e exigir o exercício ético da medicina'. Assim, verifica-se que a aceitabilidade dos médicos para*

o exercício de sua profissão no interior de hospitais depende diretamente do corpo médico e dos diretores do estabelecimento, mesmo que inexista vínculo contratual ou relação de emprego" (fls. 359-360).

Por onde quer que se veja a questão, deve-se concluir que há estreita cooperação entre Hospital e corpo médico que é admitido a atuar em seu estabelecimento, pois só assim a prestação de serviço se torna viável. Frise-se que essa atuação estreita independe do *status* jurídico que rege a relação entre ambos, se trabalhista ou meramente civil. Soa, portanto, artificial traçar diferentes sistemas de responsabilidades, consoante o regime legal que as partes convenham adotar.

O art. 14, CDC, estabelece verdadeira regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços e por esta razão o Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. responde pelos danos decorrentes da conduta de médico autorizado a exercer a profissão dentro de seu estabelecimento. Confira-se a este respeito as lições de doutrina:

> *"A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores [...] O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural de sujeitos fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indiciada na expressão genérica 'fornecedor de serviços' do art. 14,* caput*, do CDC [...]"* (Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, pp. 334-335).

Ressalto que a exigência da comprovação de culpa para a responsabilidade do profissional liberal é fato que, por si só, não ilide a aplicação das normas que impõem solidariedade entre os fornecedores que se situam na mesma cadeia de fornecimento. Culpa e solidariedade são conceitos díspares e, ao afastar a culpa, não se afasta necessariamente a solidariedade.

Não se trata – é importante frisar – de atribuir responsabilidade objetiva ao Hospital, mas, sim, de reconhecer a sua solidariedade na culpa de médico que, mesmo não tendo sido por si indicado, clinicou dentro de seu estabelecimento, de forma coordenada e em clara relação de parceria.

E, ainda, que não se discuta aqui a culpa do correquerido responsável pela cirurgia, vale destacar que tal fato foi plenamente reconhecido pela sentença e pelo acórdão, havendo notícia nos autos que este médico registra vida pessoal e patrimonial prenhe de controvérsias, com elevada quantidade de processos pelos quais responde. Como se não bastasse, admitiu-se que tal médico realizasse de quarenta a cinquenta cirurgias por mês, durante, aproximadamente, noventa dias no estabelecimento do hospital recorrente, em condições que já faziam antever riscos.

Ora, havendo culpa do médico e uma clara cadeia de fornecimento na qual se inclui o Hospital, este só poderia ilidir sua responsabilidade se demonstrasse, nos termos do art. 14, § 3.º, CDC, a inexistência de defeito no serviço, a culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor, bem como eventual quebra do nexo causal. Nenhuma dessas circunstâncias excludentes de responsabilidade foi reconhecida pelas instâncias ordinárias.

A solução é, por outro lado, absolutamente consentânea com as premissas adotadas pelo CDC para a matéria. Privilegia-se o acesso da vítima à reparação do dano, com o reconhecimento da solidariedade entre os agentes que compõem a cadeia de fornecimento de serviços.

Basta mencionar, por fim, que não se vê qualquer violação aos arts. 159 e 896, CC/1916, pois, como dito, aplicam-se à hipótese as normas de proteção ao consumidor e porque a solidariedade entre fornecedores decorre do art. 14, CDC.

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.

VOTO ANTECIPADO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

Sr. Presidente, antecipando meu voto, com todo o respeito à Seção, acompanho o voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, não conhecendo do recurso especial.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Tratam os autos de ação indenizatória ajuizada por Maria de Lourdes Machado em desfavor do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. e dos médicos Marcelino Grimm e Pedro Augusto Ramos da Silva.

Reclama indenização dos réus sob o argumento de que foi submetida a cirurgia de varizes, realizada pelo réu Pedro Augusto Ramos da Silva, nas dependências no hospital reclamado, e, ante a negligência e imperícia do cirurgião, foram lesionados nervos de sua perna esquerda, de forma que perdeu movimentos, tanto da perna como do pé, de forma definitiva.

Na sentença, o Juiz acatou a preliminar de ilegitimidade passiva com relação ao réu Marcelino Grimm e, no mérito, sustentou o entendimento de que o cirurgião Pedro Augusto R. da Silva atuou com imperícia no ato cirúrgico do qual decorreu a lesão sofrida pela autora, e que o hospital também foi responsável, mas objetivamente, condenando-os ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, determinando, ainda, o pagamento de pensão vitalícia à autora.

Apenas o hospital interpôs apelação da sentença, e o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acolheu em parte o recurso para reduzir a pensão até que

a autora completasse 65 anos. O entendimento contido no acórdão recorrido pode ser sintetizado no seguinte trecho da ementa:

> "Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos e pessoa para médicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente."

Dessa forma, a responsabilidade do hospital foi alicerçada pelo Tribunal *a quo* como sendo objetiva.

Em razão disso, o hospital interpôs recurso especial, sustentando que não se trata de responsabilidade solidária com o médico-cirurgião, a qual não se presume, mas decorre de lei ou do contrato. Asseverou que foi-lhe imputada responsabilidade sem culpa e afirmou que as disposições do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor não se lhe aplicam porque o dano verificado não decorreu de nenhum serviço por ele prestado.

No julgamento do recurso especial, a Ministra-Relatora não conheceu do recurso, considerando que o hospital não demonstrou nenhuma circunstância excludente de responsabilidade, e que o fato de ter admitido em seu estabelecimento a atividade que se revelou lesiva é suficiente para demonstrar o liame do resultado danoso, advindo da cirurgia, com o hospital.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta no recurso especial.

Primeiramente, esclareço, na linha do entendimento da Ministra Relatora, que as disposições do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estão prequestionadas, autorizando a análise do recurso.

Sobre a responsabilidade civil, entendo que são três as vertentes que merecem ser mensuradas nos presentes autos. Passo a elas.

A doutrina tem se posicionado no sentido de que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o § 1.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma que assim o estabelece:

> "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1.º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I – o modo de seu fornecimento;
>
> II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi fornecido."

Com base em tal dispositivo, se há prestação de serviços defeituosos, responde por eles o fornecedor.

Em se tratando de responsabilidade atribuída a hospitais, cabe impor um divisor para aplicação dessa teoria, ou seja, deve-se avaliar se o serviço tido por defeituoso se inseria entre aqueles de atribuição da entidade hospitalar. Melhor elucido a seguir.

Um hospital é grande prestador de serviços, que conta com extenso corpo de profissionais, visando curar e salvar vidas ou torná-las mais qualitativas. Dessa forma, constatado algum defeito na prestação de serviços que resulte em danos, cabe a responsabilização do hospital, segundo a tese ora discutida.

SERGIO CAVALIERI FILHO, em sua obra **Programa de responsabilidade civil** (fls. 383/384), cita, a título de exemplo, algumas ocorrências que poderiam levar à responsabilização dos hospitais, detendo-se mais às hipóteses de infecção hospitalar, como contaminação ou infecção em serviços de hemodiálise. Em casos tais, é certo que houve falha na prestação de serviços hospitalares, tendo em vista a falta de cuidados especiais que evitariam tais ocorrências.

Podem ser citados outros exemplos, como a aplicação de remédios equivocados por parte do corpo de enfermagem, negligência na vigilância e observação da qual decorram danos aos pacientes internados, instrumentação cirúrgica inadequada ou danificada, realização de exames etc. Nesses casos, o defeito é decorrente da falha na prestação do serviço cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital.

Todavia, o mesmo não se pode dizer quando se está frente a uma consequência gerada por serviços de atribuição técnica restrita ao médico (mormente quando o profissional não tem nenhum tipo de vínculo com a entidade hospitalar), tal como na hipótese dos autos, em que a causa da lesão nos nervos da perna esquerda da autora decorreu de lesão sofrida em consequência da cirurgia de varizes realizada por um dos médicos requeridos.

Inexiste falha nos serviços de incumbência do hospital, tanto que a acusação imposta pela autora da ação residiu na imperícia médica. Confira-se:

> "2. No entanto, o Dr. Pedro Ramos da Silva, naquele dia, somente chegou ao hospital por volta das 22:00 h, iniciando desde logo seu trabalho, que realizou com toda velocidade, visto que das 22:00 h até as 3:00 h do outro dia, num período de apenas cinco horas, fez cirurgia em oito mulheres, inclusiva a Requerente.
>
> 3. Devido a esta precipitação ou pressa, a cirurgia efetuada na Autora não foi bem-sucedida. Isto porque, na extração das varizes, por imperícia ou negligência, lhe foram seccionados ou lesionados os nervos da perna, como relatam os especialistas...
>
> [...]
>
> 4. Devido às lesões provocadas nos nervos da pena, a Autora perdeu o movimento normal desse membro, é o que dizem em resumo os exames" (fls. 3/4).

Diante desses fatos, não se pode dizer que o acórdão recorrido tenha ofendido as disposições do § 1.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto inequívoco que a sequela apresentada pela autora não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar, razão por que não se lhe pode atribuir a condição de fornecedor a fim de imputar-lhe a responsabilidade pelo dano.

Há outra vertente acerca da questão da responsabilidade objetiva que merecer ser analisada.

II

Data venia de entendimentos contrários, não posso entender que a responsabilidade civil dos hospitais quanto às atividades desenvolvidas por médicos, independentemente do vínculo de subordinação destes, seja objetiva, pois estar-se-ia abraçando a tese de que o contrato estabelecido entre médico e paciente é de resultado, visto que, em última análise, o hospital estaria garantindo o resultado que o médico não pode assegurar.

Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre o médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência, entre as possibilidades de que dispõe o profissional no seu meio de atuação, em auxílio do paciente. Todavia, a cura em si mesma não constitui objeto deste ajuste em razão da imprevisibilidade do funcionamento do corpo humano. Não se sabe como ele irá reagir. As intervenções cirúrgicas, mesmo quando inevitáveis, podem envolver altos riscos.

Não se pode olvidar que, mesmo que os profissionais envolvidos empreguem toda sua diligência no ato cirúrgico, ainda assim o organismo do paciente pode reagir de forma inesperada. Muitas dessas reações não podem ser previstas antes da intervenção.

Dessa forma, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico (exceto quando se tratar de cirurgia estética), fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, outra não pode ser a teoria da responsabilidade que não a subjetiva, devendo-se averiguar se houve culpa do profissional.

Contudo, se, na ocorrência de dano, tal como a que sucedeu nos presentes autos, impõe-se ao hospital que responda objetivamente, em última análise, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois, como afirmado acima, se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

E nem se diga sobre a teoria do risco empresarial, pois qualquer intervenção médica, por menor que seja, inclui riscos não detectáveis.

É compreensível que a teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica venha em decorrência das efetivas mudanças que ocorreram na sociedade nas

últimas décadas, entre elas o avanço tecnológico na área médica e o aumento da população assistida, seja saúde pública ou privada.

Há não muito tempo, a medicina era praticamente uma arte, a arte de curar. Médicos de família acompanhavam os indivíduos por toda a vida e também seus descendentes. Conseguiam diagnosticar uma doença tocando o corpo do paciente, considerando o histórico da pessoa, suas tendências e propensões. Curava-se valorizando o indivíduo.

Todavia, essa realidade cedeu lugar à medicina empresarial, na qual o atendimento pessoal é substituído pelo atendimento de massa, impessoal.

Mas não se pode fugir à realidade ainda vivenciada no Brasil, em que, a par da existência de algumas empresas médicas, nos quais os serviços médicos são apenas um meio de atingir o fim de obter lucros (mais atinente ao segmento de diagnósticos), têm-se, em larga escala, os hospitais públicos, nos quais a intenção de lucro não existe e onde os médicos trabalham premidos entre a falta de tecnologia, tempo e a necessidade de atender a um número expressivo de pessoas. Também não se pode olvidar da existência de hospitais tradicionais, que, não obstante sejam organizados empresarialmente, não perdem de vista o objetivo de prestação de serviços médicos, o fim de melhorar a vida do paciente e, em última análise, o fim de curar.

Data venia, não é o fato de os hospitais terem um mínimo de organização que poderão ser inseridos "numa complexa cadeia de produção e circulação de bens e serviços" (voto da Relatora) que atraia as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que ocorre com o fornecedor de produtos para o consumo de massa. Não há comparação entre um hospital e um fabricante, por exemplo, de sucos industrializados. A atividade hospitalar não é econômica e não se volta para isso.

Trata-se de atividade organizada sim, mas não vislumbro nela nenhuma relação de consumo, não há interesses econômicos imediatos em jogo. Ou se poderia classificar o hospital como um **fornecedor** do **produto** saúde aos **consumidores** doentes?

Também o fato de receber remuneração pela locação de espaço físico não faz do hospital solidariamente responsável por danos causados por imperícia médica. O lucro é necessário, sob pena de inviabilizar a atividade (até mesmo em razão da nossa organização social), mas ele não é um fim em si mesmo.

Nessa perspectiva, vejo na teoria da responsabilidade objetiva empresarial médica, nas hipóteses de dano decorrente de erro médico, uma forma de assegurar ao paciente indenização sob qualquer circunstância, pois, se o dano decorre de evidente erro médico, condena-se o hospital solidariamente de forma a garantir ao paciente o recebimento de indenização. Se ocorre dano e não se evidencia erro médico, ou não se consegue comprová-lo, o paciente será indenizado, porque o hospital responderá objetivamente. De uma forma ou de outra, ele será sempre indenizado.

No voto da ilustre Relatora, restou esclarecido que, no caso em exame, a cirurgia foi realizada nas dependências do hospital recorrente e que este forneceu medicamentos e equipe de enfermagem. Ocorre, porém, que o dano à autora da ação decorreu da imperícia do cirurgião, unicamente. Não se falou em infecção hospitalar nem de imperícia dos serviços de enfermagem, nem mesmo instrumentação cirúrgica. Portanto, inexiste nexo causal entre o dano e a prestação de serviços do hospital, mas tão somente do médico, que não era empregado do referido hospital.

A doutrina, para justificar a responsabilidade objetiva do hospital, sustenta-se nas disposições do art. 932, IV, do Código Civil. *Verbis*:

> "Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> [...]
>
> IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos."

Atualmente tem-se remetido às disposições do Código de Defesa do Consumidor, § 1.º do art. 14, como sendo a norma sustentadora de tal responsabilidade. Ocorre que – e aqui também concluo o item I acima exposto –, na hipótese dos autos, não se está diante de falha de serviços de atribuição do hospital, tais como as que indiquei (instrumentação cirúrgica, higienização adequada, vigilância, ministração de remédios etc.), mas diante de consequências atinentes a ato cirúrgico de responsabilidade exclusiva médica, de profissional sem nenhum vínculo com o hospital recorrente.

Nesse sentido já decidiu a Quarta Turma quando do julgamento do Recurso Especial n. 351.178-SP, cujo acórdão ainda não foi publicado.

Portanto, não há por que falar em prestação de serviços defeituosos a ensejar a reparação de danos pelo hospital.

III

Quanto ao fato de inexistir vínculo de emprego entre o médico-cirurgião e o hospital, não resta dúvida nos autos. Não obstante, os fundamentos do acórdão recorrido para vincular a prestação de serviço do médico com o hospital estão embasados no seguinte (fls. 359/360):

> "Ademais, são atribuições do diretor clínico conforme a Resolução n. 011/1995 da CREMESC: 'a) dirigir, coordenar e orientar o Corpo Clínico da Instituição; b) supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição; c) zelar pela fiel observância do Código de Ética Medica; d) promover e exigir o exercício ético da medicina.'
>
> Assim, verifica-se que a aceitabilidade dos médicos para o exercício de sua profissão no interior dos hospitais depende diretamente do corpo médico e dos diretores de estabelecimentos, mesmo que inexista vínculo contratual ou relação de emprego."

Os hospitais normalmente mantêm cadastros dos médicos que de suas instalações se utilizam para realização de cirurgias. Tal procedimento é indispensável, pois não se pode pretender que o hospital forneça suas instalações a qualquer um que se apresente como médico especializado em cirurgia.

Todavia, isso não confere ao hospital a atribuição de fiscalizar os serviços prestados pelos médicos que lá operam, e a isso não se reporta a Resolução n. 11/1995, citada no acórdão recorrido. Inexiste, tanto por parte do hospital como de seu corpo clínico, ingerência no trabalho do cirurgião – o que seria um absurdo, pois não se pode pensar que o hospital obrigue o médico a seguir sua orientação e seus métodos operatórios.

Aliás, tais hipóteses, se ocorrentes, feririam a ética profissional, que não admite a intervenção técnica nos serviços do cirurgião, sob pena de, inclusive, colocar em risco a segurança do paciente, ante as divergências que fatalmente surgiriam.

Portanto, não houve intermediação do ente hospitalar. *In casu*, certo que o médico cirurgião, Pedro Augusto Ramos da Silva, não tinha nenhum tipo de vínculo com o hospital São Lourenço, apenas se serviu de suas instalações para a realização de cirurgias.

Assim, não tendo o médico em questão prestado quaisquer serviços no interesse ou sob as ordens do hospital, não há por que falar em responsabilidade do nosocômio quanto ao sucesso da cirurgia questionada nos autos.

IV

Ante o exposto, peço vênia para divergir da il. Relatora e conhecer do recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. e dar-lhe provimento, a fim de julgar a ação improcedente quanto a ele.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1 – O Recurso Especial é interposto pelo Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra Maria de Lurdes Machado, vencedora, em 1.º e 2.º Graus, de ação movida contra o hospital e o médico Pedro Augusto Ramos da Silva, condenados a indenizá-la por danos consequentes a cirurgia de varizes, na qual, em virtude de imperícia do médico aludido, teve nervos da perna esquerda seccionados, perdendo seus movimentos normais, o que lhe impossibilita mover os dedos dos pés e causa dores e perda de equilíbrio, tornando-lhe impossível caminhar por mais de uma hora. A sentença excluiu do feito outro médico, Marcelo Grimm, dirigente do hospital.

2 – A sentença enfrentou e decidiu a questão fática nos seguintes termos: "A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* aduzida pelo réu Hospital e Ma-

ternidade São Lourenço Ltda. não merece ser acolhida, eis que se verifica através dos depoimentos das suas próprias testemunhas, ouvidas às fls. 206 e 207, que o Hospital teve relação com a intervenção cirúrgica que a autora foi submetida" (fls. 269). E, ainda, a sentença analisou os depoimentos das testemunhas Evandro Caus, Vozeli R. Fabro Abati, Alvina da Conceição de Camargo, a respeito da atuação do médico que realizou a cirurgia, Pedro Augusto, concluindo: "Assim, indubitável que o réu hospital manteve relação com as cirurgias realizada pelo Dr. Pedro, caso contrário, não teria participação no faturamento, e muito menos cederia seus funcionários para o auxílio do réu Pedro" (fls. 270), "portanto, não há como afastar a responsabilidade solidária do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., referente aos danos causados à autora, quando a prova colhida informa que funcionários de seu corpo clínico, principalmente enfermeiras e auxiliares, participaram da intervenção cirúrgica realizada dentro de suas dependências" (fls. 271).

Analisou a sentença, também, os fatos atinentes à conduta do médico Pedro Augusto, admitindo, contudo, que era perito na área: "O réu Pedro agiu de forma imprudente, negligente e imperita quando realizou a cirurgia de retirada de varizes na autora, pois, mesmo sendo perito na área, deixou de observar medidas e precauções necessárias, vindo a prejudicar a paciente quando inadvertidamente lesionou nervos de sua perna" (fls. 273).

Apelação alegou inexistência de responsabilidade do hospital, falta de nexo causal de sua atuação na produção do resultado lesivo e atribuiu toda a responsabilidade ao médico que realizou a cirurgia (fls. 285).

3 – O Acórdão da 3.ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. FERNANDO CARIONI (fls. 344/366), por votação unânime, deu provimento em parte à apelação do hospital, mantendo-lhe a condenação, mas limitando a pensão a sessenta e cinco anos de idade.

Consta da ementa do Acórdão: "Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos e pessoal para médicos estranhos a seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente."

E do corpo do Acórdão constam motivos em duas linhas de motivação, nos seguintes termos:

> *1.ª motivação – Culpa fática: "O Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. deve ser responsabilizado pelos atos praticados por profissional da área médica que se utiliza de suas dependências para a realização de cirurgia, independentemente de haver ou não relação de emprego entre eles". Cita precedentes do mesmo Tribunal. E prossegue: "Não se pode excluir a responsabilidade do estabelecimento de saúde pelo fato de o médico somente utilizar as salas para a realização das cirurgias, sem vínculo empregatício, porquanto são poucos os profissionais que compõe o corpo clínico do hospital, além de que essa é uma situação comumente vista na maioria dos casos". Salientou-se que são atribuições do Diretor Clínico dos hospitais, segundo a Resolução n. 011/1995 do CRE-*

MESC: 'a) dirigir, coordenar e orientar o Corpo Clínico da Instituição; b) supervisionar a execução das atividades de assistência médica da instituição; c) zelar pela fiel observância do Código de Ética Médica; d) promover e exigir o exercício ético da medicina' [...] de modo que "assim, verifica-se que a aceitabilidade dos médicos para o exercício de sua profissão no interior dos hospitais depende diretamente do corpo médico e dos diretores do estabelecimento, mesmo que inexista vínculo contratual ou relação de emprego". E [...] "verifica-se que a aceitabilidade dos médicos para o exercício de sua profissão no interior do estabelecimento, mesmo que inexista vínculo contratual ou relação de emprego". [...] "Não obstante, restou incontroverso nos autos, por meio das provas testemunhais, que o hospital não só cedeu as dependências para efetivação da cirurgia como também forneceu medicamentos e equipe de enfermagem, participando diretamente do faturamento". O Acórdão transcreve os depoimentos de Evandro Caus, Rozelin R. Fabro Abati e Marli Darci Machado Coloneti. "Desse modo, irrefutável a responsabilidade do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., pela cirurgia praticada pelo médico Dr. Pedro Augusto Ramos da Silva, diante das evidências de ter emprestado funcionários para auxiliá-lo durante o procedimento e de ter participado nos lucros".

2.ª motivação – Responsabilidade objetiva segundo o CDC (Lei n. 8.078/1990, art. 14, caput*): "Não fosse isso, constata-se que os serviços prestados por entidades hospitalares enquadram-se naquelas abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja responsabilidade é de natureza objetiva, a teor do art. 14,* caput*, da Lei n. 8.078/1990". [...] "Assim, há de se concluir pelo dever solidário de indenizar do recorrente em vista das sequelas causadas pela cirurgia à recorrida, diante do reconhecimento da responsabilidade objetiva das entidades hospitalares."*

4 – O voto da em. Relatora, Min.ª NANCY ANDRIGHI, não conhece do Recurso Especial, arrimando-se nas duas motivações que o Acórdão recorrido contém, ou seja, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, decorrente do Código de Defesa do Consumidor, explicitando, nesta, ser ela decorrente da cadeia de fornecimento de serviços médicos, concluindo que o hospital tinha, nos termos do art. 14, *caput*, e do seu § 3.º, CDC, de demonstrar a inexistência de defeito no serviço, a culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor e a eventual quebra do nexo causal, ao passo que "nenhuma dessas circunstâncias excludentes de responsabilidade foi reconhecida pelas instâncias ordinárias".

O Voto do em. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, divergindo, dá provimento ao recurso, excluindo a responsabilidade do hospital e julgando improcedente a ação quanto a ele, sustentando, em síntese, que inexistente a responsabilidade objetiva do hospital, em se tratando de médicos sem vínculo com o hospital, mas, sim, a falha do médico, por imperícia, pela qual não responde o hospital ao qual não vinculado, sendo que o contrário implicaria atribuir caráter de obrigação de resultado ao contrato de prestação de serviços médicos, diferentemente do que ocorre em outras relações como a do fabricante – de maneira que a teoria da responsabilidade objetiva, se aplicada ao hospital, garantiria ao paciente indenização de qualquer forma pela qual se realizasse o serviço médico e não se podendo atri-

buir ao hospital a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço por parte de cada médico, embora geralmente os hospitais tenham cadastros de médicos.

5 – Meu voto nega provimento ao Recurso Especial, acompanhando a conclusão do voto da E. Relatora, mas apenas parte de seus fundamentos, ou seja, o da responsabilidade subjetiva do hospital, faticamente reconhecida pelo Acórdão recorrido, mas não reconhecendo a responsabilidade objetiva no caso, e afastando-se, meu voto, da conclusão do voto divergente, admitindo, embora, a congruência de seus fundamentos no tocante à não configuração de responsabilidade objetiva no caso.

Postas de lado as profundas digressões que o caso enseja, afigura-se que o enfoque trazido neste voto é adequado ao caso concreto, atendendo melhor à Justiça do caso e garantindo forças patrimoniais solidárias na reparação dos danos produzidos na autora em decorrência da cirurgia realizada com já inquestionada imperícia – garantia que não há indícios de que se preservasse, caso permanecesse exclusivamente a responsabilidade do médico, pessoa que registra vida pessoal e patrimonial prenhe de controvérsias, ostentada pela quantidade de processos de diversas naturezas pelas quais responde (segundo enumeração de processos que vai até a letra "p" no rol que acompanhou petição de renúncia de seu Advogado, fls. 317).

6 – A culpa do hospital resulta da análise fática realizada pela sentença e pelo Acórdão, tomando em consideração todos os elementos de prova trazidos para o processo – o que se torna matéria imutável, em termos de Recurso Especial (Súmula n. 7).

Relembre-se, nos termos do Relatório acima (n. 3, "Segunda motivação"), que foi reconhecida a culpa subjetiva do hospital pela atuação do médico-cirurgião do caso.

A autora, na petição inicial, referindo-se ao médico autor da cirurgia, que não integrante do corpo médico do hospital, alegou que "este médico foi contratado para a mencionada cirurgia pelo Hospital e Maternidade São Lourenço" (fls. 3).

O hospital, na contestação, alegou que "não praticou o contestante nenhum ato cirúrgico, por nenhum de seus prepostos. Apenas cedeu suas instalações para tanto" [...] e que "a autora noticia que se submeteu a operação de varizes na perna esquerda com o cirurgião Pedro Augusto Ramos da Silva, afirmando que tal profissional foi contratado pelo Hospital-contestante, contudo, labora em erro manifesto, pois nunca e em nenhum momento o referido profissional foi contratado pelo requerido. O referido profissional é credenciado pelo Sistema Único de Saúde, sendo que tais operações foram feitas a conta do SUS, que criou um programa para tanto, nominado de Campanha Nacional de Mutirões de Cirurgias Eletivas, instituído pela Portaria n. 279, de 07.04.1999" (fls. 73).

Mas a sentença e o Acórdão analisaram os fatos e concluiu pela responsabilidade do hospital. Analisou os depoimentos das testemunhas, mostrando que o médico realizou entre quarenta e cinquenta cirurgias por mês, durante aproxima-

damente noventa dias, no hospital, usando de equipamentos e pessoal pertencentes ao hospital, em condições, aliás, no dia da cirurgia a que submetida a autora, em condições que já faziam antever o risco – pois realizadas numerosas cirurgias por dia, usando duas salas de operação (depoimentos de Evandro Caus, Rozeli R. Fabro Abati e Alvina da Conceição de Camargo, fls. 206-207, referidos pela sentença e pelo Acórdão, fls. 269 e 361).

Ademais, como anotou o Acórdão, "irrefutável a responsabilidade do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda., pela cirurgia praticada pelo médico Dr. Pedro Augusto Ramos da Silva, diante das evidências de ter emprestado funcionários para auxiliá-lo durante o procedimento e de ter participado nos lucros" (fls. 361).

Não se sabe como é que a paciente chegou ao médico-cirurgião, mas é evidente que, à frequência de atendimentos, realizados no hospital em recorrente, usando de pessoal e materiais deste, tem-se situação como a de alguém que fosse realmente contratado pelo hospital, compreensão do relacionamento médico-hospital aludida pela autora na petição inicial, quando disse que o médico havia sido "contratado pelo hospital" (fls. 3).

7 – O fundamento da culpa subjetiva, firme na análise da prova realizada e constante da 1.ª motivação da sentença e do Acórdão, é suficiente para o julgamento consistente em negar provimento ao Recurso Especial, pelos dois fundamentos – seja porque não infringe os dispositivos da lei federal anotados, seja porque paradigmas citados não têm os mesmos contornos fáticos do caso.

Não se chega, pelo meu voto, à análise da responsabilidade objetiva, à luz do Código de Defesa do Consumidor, no caso – que, relembre-se, atém-se ao exame das teses jurídicas fiel à observação do caso concreto, quiçá o maior dos nortes guiar as mãos da Justiça, e que, por isso, deve prevalecer, ainda quando em debate as grandes e apaixonantes teses jurídicas.

8 – Pelo meu voto, pois, e nos termos estritos do que nele exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

Ministro SIDNEI BENETI:

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Sr. Presidente, lerei um trecho do meu voto no Recurso Especial n. 258.389/SP, que versa sobre questão semelhante. Aliás, esse trecho foi extraído do Tratado de Responsabilidade Civil do Professor Rui Stoco, e tem apoio de doutrinadores como Aguiar Dias, Caio Mário da Silva Pereira e Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Destaco o seguinte:

"A questão mais polêmica que surge é a que pertine à seguinte indagação: quando a responsabilidade deve ser carreada ao médico, pessoalmente, e quando se deve atribuí-la ao hospital? A nós parece que se impõe examinar primeiro se o

médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto.

Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (Código Civil, art. 932, III).

Aliás, Aguiar Dias demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividades que tais ao afirmar:

'O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nessa espécie de responsabilidade também o proprietário não médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado' (ob. cit., p. 292-293).

Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Mas se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado."

E o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires, enfaticamente disse:

> *"O hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois ter como presumida a culpa do hospital."*

E digo:

> *"Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se põe em exame é o trabalho do facultativo, com incidência, inclusive, da norma do § 4.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.*

Significa isso dizer que, no caso específico dos hospitais, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio, por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada."

E diz o acórdão do Tribunal de Santa Catarina:

"Não se pode excluir a responsabilidade do estabelecimento de saúde pelo fato de um médico somente utilizar as salas para a realização de cirurgia sem vínculos empregatícios; são poucos os profissionais que compõem o corpo clínico do hospital, além do que essa é uma situação comumente vista na maioria dos casos."

Com a devida vênia do Sr. Ministro Sidnei Beneti, da Sra. Ministra Relatora e do Sr. Ministro Massami Uyeda, acompanho o voto do Sr. Ministro João Otávio, conhecendo do recurso especial do hospital e dando-lhe provimento.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Sr. Presidente, tenho ponto de vista manifestado, já em precedentes, inclusive, em que fiz considerações a respeito das hipóteses em que identifico quando há responsabilidade do hospital.

Entendo que ela não é objetiva, tem que ser provada especificamente a responsabilidade do hospital em relação a algum ato vinculado ao nosocômio, na linha, aliás, do precedente que me parece que definiu bem essa questão no âmbito da Quarta Turma, do eminente Ministro Fernando Gonçalves, em que Sua Excelência, no Recurso Especial n. 258.389/SP, destacou no item 3 da ementa do acórdão, *verbis*:

"*3 – O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).*"

Parece-me que o eminente Ministro Sidnei Beneti faz essa ressalva também; S. Exa. não reconhece a responsabilidade objetiva do hospital, mas reconheceu, no caso, que haveria uma responsabilidade subjetiva, porque a parte autora se internou nesse hospital e o hospital teria fornecido medicamentos e enfermagem. Mas

não está me parecendo, com a máxima vênia, que exista uma indicação de que esses serviços prestados pelo hospital foram falhos.

Na verdade, parece-me que a parte autora procura atribuir a responsabilidade ao hospital, genericamente, por ter sido feita a cirurgia dentro do hospital. Então, nessa situação, não reconheço essa responsabilidade, nem subjetiva.

De modo que peço vênia para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo do recurso especial do Hospital e dando-lhe provimento.

VOTO-DESEMPATE

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (PRESIDENTE):

Srs. Ministros, proferirei o voto-desempate partindo do que consta da ementa do acórdão e que corresponde exatamente a um trecho do acórdão citado pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti, no seu voto-vista.

Diz a ementa do acórdão:

"*Responde solidariamente pelos erros médicos ocorridos em suas dependências a entidade hospitalar que fornece sala, equipamentos, pessoal e paramédicos estranhos aos seus quadros, diante da incontestável retribuição financeira existente.*"

Entendo que essa responsabilidade do hospital poderia ocorrer pelo erro de seus prepostos. Incontroverso que o médico era estranho aos quadros do hospital, estou me inclinando pela posição manifestada pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha e os que o acompanharam.

Por isso, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DE HOSPITAL – MÉDICOS A ELE VINCULADOS

STJ, 4a T., REsp. 258.389/SP, 4.ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, ac. 16.06.2005, *DJU* 22.08.2005, p. 275

RECURSO ESPECIAL N. 258.389-SP
(2000/0044523-1)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Hospital Maternidade Jundiaí S/A

Advogado: Tarcísio Germano de Lemos Filho

Recorrido: Clóvis Reis de Bastos e cônjuge

Advogado: Vladimir Manzato dos Santos e outros

EMENTA

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 – A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 – STF. *(É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.)*

2 – Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 – O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 – Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Divergiram apenas pela fundamentação os Ministros Jorge Scartezzini e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Ministro Fernando Gonçalves.

Brasília, 16 de junho de 2005 (data de julgamento)

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

CLÓVIS REIS DE BASTOS e sua mulher ajuizaram ação de indenização contra o HOSPITAL E MATERNIDADE JUNDIAÍ S/A, LUIS ROBERTO DE OLIVEIRA e RUBENS CRUZ NEVES visando ao recebimento de uma indenização

em virtude do falecimento da menor Juliana Fernanda da Silveira Bastos, filha do casal, ocorrido nas dependências daquele nosocômio e ocasionado por conduta negligente dos dois últimos, médicos credenciados do plano de saúde mantido e administrado pelo primeiro.

O pedido foi julgado procedente, com a condenação dos réus solidariamente ao pagamento de pensão mensal equivalente a 01 (um) salário mínimo, de 01 de dezembro de 1995 a 01 de junho de 2020, ou até a morte dos autores, caso ocorra antes, reconhecido o direito de acrescer. Foram condenados ainda a pagar o valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de dano moral, em razão da morte da filha (fls. 371/404).

Às apelações interpostas, pela Terceira Câmara de Férias de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Relator o Des. ALFREDO MIGLIORE – foi dado parcial provimento para excluir o pensionamento (condenação por danos materiais), com manutenção, entretanto, da verba relativa ao dano moral, entendendo – ainda – aquela Corte não demonstrada a culpa dos médicos, respondendo o estabelecimento hospitalar de forma objetiva.

Esta a ementa do acórdão:

> "*RESPONSABILIDADE CIVIL.*
>
> *Atendimentos hospitalares prestados por médicos ligados ao Hospital-réu – Impossibilidade de definição de culpa, pela prova dos autos de qualquer dos réus médicos – Relevância, contudo, dos indícios que fazem presumir, em face do benefício da dúvida (art. 47 do CDC), de que alguma falha existiu, ou por médicos, ou por serviços vinculados ao Hospital – Ação indenizatória improcedente contra os médicos e parcialmente procedente contra o Hospital em que a menor que faleceu foi atendida – Descabimento da verba de danos materiais, de vez que filha menor não é devedora alimentar dos pais – Exegese do art. 1.537, II, do CC – Recursos providos em parte* (fls. 460)."

Os embargos de declaração opostos pelo Hospital e Maternidade Jundiaí S/A foram rejeitados por guardar o recurso, segundo o acórdão (fls. 478/480), caráter infringente.

No especial, o Hospital, com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, assinala maltrato aos art. 159, 1.521, III, e 1.523, todos do Código Civil de 1916, e ao art. 14 da Lei n. 8.078/1990 (CDC), bem como dissenso jurisprudencial com julgados de outros tribunais e com a súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta o recorrente não ser cabível a sua responsabilização de modo objetivo, porquanto a relação que se instaura na espécie é de cunho subjetivo, ou seja, dependente da verificação de culpa que, no seu caso, na qualidade de preponente, aceita-se seja presumida, desde que caracterizada a dos prepostos. Aduz que o Tribunal de origem, ao assim decidir, incide em verdadeira contradição, pois, apesar

de afastar, de modo claro e expresso, a culpa dos médicos, impõe-lhe ao mesmo tempo, de modo ilógico, a condenação.

Conclui então que, ausente a culpa dos prepostos, afastado está, em consequência, o próprio nexo causal, sendo descabida a condenação.

Sem contrarrazões, o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 519-522), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (Relator):

O v. acórdão, ao excluir a responsabilidade dos médicos Luis Roberto de Oliveira e Rubens Cruz Neves, pondera não ter havido, pelo menos quanto a este, erro de diagnóstico ou falta de adequação em sua conduta. Ressalta – ainda – não ter esta situação sido afirmada pela perícia, mas considera que a "previsibilidade do resultado, embora não assumido, constituiu a essência de culpabilidade e que, em situações de normalidade, não parecia previsível ao cardiologista o que aconteceria depois, ou seja, a elevação da temperatura da menor já com anemia e com problemas neurológicos congênitos, a tal ponto que sofreu crise convulsiva, 'desmaiou' (fls. 333), e apesar da pressa com que foi levada de táxi ao nosocômio réu, acabou falecendo" (fls. 463/464).

Já em relação ao primeiro facultativo – Dr. Luis Roberto de Oliveira – foi destacada a sua recomendação no sentido da internação da criança, em 1.º de dezembro de 1995, hipótese, contudo, recusada pela genitora sob o argumento de que teria condições de tratar da filha em casa. E diz: "Era razoável, portanto, crer, como fez esse demandado" (Dr. Luis Roberto de Oliveira) "que a criança nesse momento não apresentasse risco de vida" (fls. 463). E, então, arremata o julgado:

> *"Impressiona ao leigo e, mesmo ao jurista, o que consta em 'manchetes' e editorial de jornais (fls. 21/24), mas a verdade é que, a teor da nossa legislação, não vejo como declarar qualquer dos dois médicos (ou sete, se considerarmos os outros que constam ter, de alguma forma, prestado diretamente serviços médicos, entre 27.11 e 01.12 à filha dos autores: drs. Pedro, Rubens, Laerte, Lígia e Euvaldo) como obrando com qualquer modalidade de culpa.*
>
> *Acrescente-se que a recusa da coautora Jane Maria à internação da filha horas antes de morrer afasta a arguição relevante feita na Sentença quanto à perda de chance de vida ou sobrevida da menor, imputável ao médico-pediatra. É que a recusa dos genitores à autópsia da filha impediu que se definisse, com maior grau de certeza, a* causa mortis *desta.*
>
> *Diante do exposto, não vejo como declarar a procedência da lide em referência aos médicos Luiz Roberto de Oliveira e Rubens Cruz Neves* (fls. 464/465)."

Assentadas estas premissas, o exame acerca da responsabilização objetiva do Hospital é destacada nas considerações que se seguem:

> *"Considero, contudo, quanto ao Hospital e Maternidade, ser objetiva sua responsabilidade, pois todos os médicos e serviços prestados à filha dos acionantes foram-no por e através de médicos desse nosocômio. Eventual erro de algum dos médicos não comprovado, e até de atendimentos, por indícios relevantes, podem adjetivar esta responsabilidade. A saber: a alta fornecida a 28.11; a leitura conflitante da radiologia; o entendimento contestado de obrigatoriedade de internação pelo médico dr. Luiz Roberto; a alegada 'certa demora' quanto ao último atendimento da infeliz menor; e, bem assim, atendimentos que podem até ser corretos clinicamente, mas sem maior respeito ao desespero e atenções à filha enferma; e, por último, a circunstância de que todos os médicos estariam ligados ou vinculados ao Hospital demandado e ao Convênio deste implicam responsabilidade objetiva do Hospital, porque era possível (não certeza), se outra fosse a forma de atendimento, no mínimo sobrevida da menor; e, até, evitar o falecimento* (fl. 465)."

Como se observa, o tema em debate é limitado à possibilidade de imposição de responsabilidade objetiva do hospital, quando não tenha o seu corpo clínico agido com culpa no atendimento de paciente.

A r. sentença informa que o atendimento médico da menor "foi feito com base no convênio GAME", sendo os médicos credenciados. Este convênio – ainda de acordo com a sentença – é administrado pelo hospital, "que é quem seleciona os profissionais e faz o pagamento dos honorários" (fls. 396).

Então, assevera o julgado de primeiro grau, demonstrada a conduta imperita do preposto (não se exige relação empregatícia), deflui a responsabilidade do nosocômio.

Sucede, porém, que o acórdão – expressamente – exclui a responsabilidade dos dois médicos, conforme já transcrito, não comportando a matéria na sede especial maiores comentários e indagações, dado que a sua completa e adequada elucidação reclama, a toda evidência, investigação probatória, vedada pela súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O importante é destacar que da exclusão da culpa dos médicos (prepostos) resulta consequente e necessariamente a exclusão da culpa do hospital (preponente), como, aliás, ***mutatis mutandis***, apenas para realçar a imprescindibilidade do atuar culposo do preposto, já foi decidido por este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. n. 259.816-RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *verbis*:

> *"DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. HOSPITAL. FALECIMENTO DE PACIENTE. ATENDIMENTO POR PLANTONISTA. EMPRESA PREPONENTE COMO RÉ. CULPA DOS PREPOSTOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. CONTROLE PELA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. VALOR. CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ABUSO OU EXAGERO. RECURSO DESACOLHIDO.*

I – Nos termos do Enunciado n. 341 da súmula/STF, 'é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto'.

II – Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar.

III – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV – No caso, diante de suas circunstâncias, o valor fixado a título de danos morais mostrou-se razoável (**DJ** 27.11.2000)."

Nos arraiais da doutrina, seja pelo ângulo do conceito clássico de responsabilidade, seja pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, o entendimento prevalente é de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

O insigne RUI STOCO, em seu **Tratado de responsabilidade civil**. 6. ed. Revista dos Tribunais – com extrema acuidade esclarece de modo definitivo a questão, com apoio de vários doutrinadores de peso, dentre eles AGUIAR DIAS, CAIO MÁRIO e RUY ROSADO DE AGUIAR JR., destacando o seguinte:

"A questão mais polêmica que surge é a que pertine à seguinte indagação: quando a responsabilidade deve ser carreada ao médico, pessoalmente, e quando se deve atribuí-la ao hospital?

A nós parece que se impõe examinar primeiro se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto.

Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviçais ou prepostos (Código Civil, art. 932, III).

Aliás, Aguiar Dias demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividades que tais ao afirmar:

'O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado' (op. cit., p. 292-293).

Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade

responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Mas se o médico não for preposto, mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomos, apenas este poderá ser responsabilizado.

Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então poderá responder apenas o hospital, se a ação ou omissão culposa deles dimana, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa" (fls. 725).

E mais adiante, colacionando trabalho apresentado pelo Min. RUY ROSADO no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires – Argentina – em 1995, expõe:

"... 'o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzidos por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital' (fls. 729)."

E arremata RUI STOCO:

"Cabe, finalmente, obtemperar a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Perceba-se, porque importante, que o caput *do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de 'defeitos relativos à prestação de serviços'.*

Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios, e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de 'defeito'.

Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador (fls. 729)."

Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se

põe em exame é o trabalho do facultativo, com incidência, inclusive, da norma do § 4.º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Significa isso dizer que, no caso específico dos hospitais, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc., e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio, por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada.

Em conclusão, pois, adotando-se a linha da responsabilidade subjetiva, se os médicos que cuidaram da filha dos autores não têm culpa pela morte da criança, constatação extraída do acórdão recorrido, com base nas provas dos autos e, por isso mesmo, como já declinado, imune ao crivo do especial, ***ut*** súmula 7-STJ, afigura-se, no mínimo, sem propósito, diante destes fundamentos, condenar o Hospital e Maternidade Jundiaí S/A.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente o pedido inicial, condenando os autores a pagarem as custas e honorários advocatícios, estes à razão de 10% sobre valor da causa.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, no caso, como os votos antecedentes são concordantes e divergem tão somente no ponto alusivo à fundamentação, acompanho, em princípio, o voto que V. Exa. está proferindo, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento. A meu ver, a responsabilidade do hospital é objetiva. Então, a discussão em torno desse assunto perde relevo já que, de todo modo, não há o necessário nexo de causalidade.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator pela fundamentação, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI:

Cuida-se de Recurso Especial interposto por ***Hospital Maternidade Jundiaí S/A***, sendo recorridos ***Clovis Reis de Bastos*** e ***cônjuge***, contra v. aresto (fls. 459/466) que, face à morte da filha dos mesmos, não obstante excluindo expressamente a atuação culposa dos médicos credenciados ao nosocômio e prestadores do atendi-

mento à vítima, responsabilizou de forma objetiva o hospital ora recorrente, condenando-lhe à reparação de danos morais.

Cumpre ressaltar que, *in casu*, o pleito indenizatório referente à morte da menor embasou-se totalmente na negligência do atendimento ministrado à mesma pelos facultativos, da qual decorreria a responsabilidade do hospital por ato de seus prepostos (deveras, vedada a realização de autópsia, restou inviabilizada a definição da *causa mortis* e, em consequência, a eventual imputação do evento diretamente ao nosocômio).

Nesta esteira, consoante se infere do voto prolatado pelo em. Ministro Relator ***FERNANDO GONÇALVES***, *"o acórdão – expressamente – exclui a responsabilidade dos dois médicos, conforme já transcrito, não comportando a matéria, em sede especial, maiores comentários e indagações, dado que a sua completa e adequada elucidação reclama, a toda evidência, investigação probatória, vedada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça"*.

Explanando, ainda, que *"da exclusão da culpa dos médicos (prepostos) resulta consequente e necessariamente a exclusão da culpa do hospital (preponente)"*, conclui o em. Ministro Relator que *"na responsabilização do hospital por ato praticado por médico, não tem aplicabilidade a teoria objetiva"*, admitindo-a *"apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)"*.

Pois bem, melhor examinando a questão, conquanto não entenda inaplicável, em tese, a responsabilização objetiva de estabelecimento hospitalar, ainda que decorrente de ato de médico seu empregado ou preposto, nos termos, indistintamente, dos arts. 933 c/c 932, III, do CC/2002, ou 14, *caput*, do CDC (cf., a respeito, CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004), tenho que, na hipótese *sub judice* perfaz-se inviável atribuí-la ao recorrente.

Com efeito, *embasando-se o evento danoso exclusivamente na atuação médica culposa dos prepostos do recorrente, e excluída expressamente a respectiva ocorrência, verifica-se, por conseguinte, a supressão do próprio nexo de causalidade entre a conduta do hospital e a morte da menor, requisito imprescindível tanto à aferição da responsabilidade com base na teoria subjetiva como objetiva*. Em outros termos, tenho que, *in casu*, da exclusão da culpa dos médicos resulta, consequente e necessariamente, a exclusão do nexo causal entre a conduta do hospital e o evento danoso, imprescindível à responsabilização subjetiva ou objetiva do mesmo.

Consignadas tais ressalvas, **acompanho, pela conclusão, o voto do em. Ministro Relator**.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE MÉDICO E HOSPITAL

STJ, 4a T., AgRg no AREsp. 209.711/MG, Rel. Min. Marco Buzzai, ac. 12.04.2016, *DJe* 22.04.2016

AGRG NO ARESP Nº 209.711 – MG
(2012/0156489-0)

Agravante: Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda.

Advogados: Bernardo Ribeiro Camara e Outro(S); João Ribeiro de Oliveira e Outro(s)

Agravado: Antônio Carlos Silva Rezende

Advogado: Cimon Hendrigo Burmann de Souza e Outro(S)

Agravado: Rildo Eustáquio da Costa

Advogado: Flávio Freire e Outro(S)

Agravado: Beatriz Chaves de Paula Coelho e Outros

Advogado: Marcos Campos de Pinho Resende e Outro(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) – AÇÃO CONDENATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – HOSPITAL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA CASA DE SAÚDE.

1. Nos termos do art. 14 do CDC, quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço, como é o caso dos autos. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental interposto por CASA DE SAÚDE IMACULADA CONCEIÇÃO LTDA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO MARCO MUZZI, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de agravo regimental, interposto por CASA DE SAÚDE IMACULADA CONCEIÇÃO LTDA, em face de decisão de fls. 3.306-3.310, e-STJ, da lavra deste signatário, em que se negou provimento ao agravo (art. 544 do CPC/73).

O apelo extremo, de sua vez manejado com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, desafiou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. RECÉM-NASCIDA. QUADRO DE RISCO. NÃO ENVIO DA INFANTE AO ESPECIALISTA COMPETENTE. CULPA DELINEADA. HOSPITAL. FORNECIMENTO DE SERVIÇOS. FATOS OCORRIDOS EM SUAS DEPENDÊNCIAS. SITUAÇÃO EM QUE SE DELINEOU SEU PERFIL DE FORNECEDOR DE SERVIÇOS. CULPA DECORRENTE DE ATO DE MÉDICOS SÓCIOS-QUOTISTAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MESMO HOSPITAL. INCIDÊNCIA. EXAMES IMPRESCINDÍVEIS. NÃO REALIZAÇÃO. DIAGNÓSTICO PRECOCE. INOCORRÊNCIA. AGRAVAMENTO DO QUADRO. TRATAMENTO AGRESSIVO E PROLONGADO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A DOENÇA INCIDIU MUITO POSTERIORMENTE AO PARTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. LUCROS CESSANTES. ACOMPANHAMENTO DO TRATAMENTO PELA MÃE. ÓBICE DO EXERCÍCIO DA SUA PROFISSÃO. CONFIRMAÇÃO DA PERÍCIA. CABIMENTO. – Delineada a hipótese em que a criança recém-nascida apresentava efetivamente fatores de risco para a displasia do desenvolvimento do quadril, impunha-se ao médico pediatra, que acompanhou o parto, além do dever de realizar exames de ultrassonografia, o imediato encaminhamento dela ao ortopedista pediatra, para que esse último, no exercício da competência de sua especialidade, pudesse efetivar os necessários exames impostos pela existência evidente dos ditos fatores de risco. – Em medicina, a obrigação é de meio, de utilização de todos os meios adequados e necessários em prol do paciente. No caso, o contexto, em seu aspecto concreto, de percepção imediata, em que os fatores de risco se fizeram evidentes, a prudente utilização do meio de verificação da existência, ou não, da moléstia, por via da ultrassonografia, se impunha. A hipótese de a ultrassonografia poder apresentar quadro de falso-positivo ou falso-negativo não erradicava tal dever, porque tal hipótese não eliminava a possibilidade de eventual sucesso na identificação da doença, ou seja: a ultrassonografia não implicava somente possibilidade de resultados falso positivos ou falso negativos, mas poderia implicar, também, resultado concretamente eficaz. – Mais, o não encaminhamento da criança ao especialista em ortopedia pediátrica implicou a retirada da possibilidade da neonata de ter sido atendida por quem de direito, técnica e cientificamente habilitado, e isso delineou, por parte do médico-pediatra, violação dos deveres de competência e de prudência, de molde a caracterizar a culpa. – Esse mesmo dever se estendeu ao médico que subsequentemente passou a cuidar da criança, como seu pediatra, porque lhe cumpria indagar do histórico do nascimento e, de ciência dele, impunha-se-lhe, igualmente, requestar a ultrassonogra-

> fia e, sobretudo, o envio da infante ao ortopedista pediatra. – Anotações superficiais, com uso de notações léxicas, evidenciando prática de natureza criptográfica, na "Folha de Berçário" da neonata, assinalando que as suas extremidades, tronco e coluna seriam bons, por si só não permitem a ilação de que os exames de Barlow, Ortolani e Pistonagem teriam sido realizados, porque a indicação de realização de um exame deve ser expressa de modo claro, analítico e com manifesta referência nominativa, senão, obviamente, estar-se-ia proporcionando um verdadeiro *bill* de indentidade ao médico a quem cumpre a sua realização, sendo de notar que, no caso, a enfermeira foi quem preencheu a Folha de Berçário, conforme por ela dito em seu depoimento, o que dá mais vulto à culpabilidade do médico. – O fato de se ter subtraído da infante o direito aos imediatos exames de ultrassonografia e manobras de Barlow, Ortolani e Pistonagem, logo após seu nascimento e nos meses imediatamente subsequentes, diante do visível contexto em que os fatores de risco da doença se avultavam, implicou uma situação culposa, cuja erradicação poder-se-ia dar com o diagnóstico precoce e subsequente terapêutica mais eficaz. – À mingua de provas cabais, de que o desenvolvimento da doença foi tardio, a conclusão irrecusável é a de que, diante da evidência dos fatores de risco, a não realização dos necessários exames, a tempo e modo, configurou a culpa dos médicos-réus. – Presente, pois, o nexo de causalidade entre o diagnóstico tardio da doença da menor e o considerável agravamento de seu quadro clínico, por não terem sido realizados os referidos exames logo após seu nascimento, impõe-se a condenação dos réus, incluída a Casa de Saúde, em indenização por danos morais, estéticos e materiais, na proporção da prova colhida. – Se na hipótese de culpa de médico-preposto sobrevém simultaneamente a responsabilidade objetiva do hospital, em cujas dependências o ato culposo tenha ocorrido, a fortiori, quando ocorre a hipótese de o ato culposo ter sido cometido pelos médicos nas dependências do nosocômio de que eles são sócios-quotistas, a responsabilidade objetiva do mesmo estabelecimento se perfaz, sobretudo quando, como no caso presente, a Casa de Saúde comprovadamente se inseriu na situação como elo da cadeia de fornecimento de serviços. – São cabíveis, ainda, os lucros cessante reclamados pela mãe da infante que, tal como confirmou a perícia, viu-se impedida de exercer sua profissão de psicóloga para acompanhar o tratamento da filha.

Opostos os embargos declaratórios, esses foram desacolhidos (fls. 2.900-2.912 e-STJ).

Nas razões do especial (fls. 3.083-3.106, e-STJ), a ora agravante apontou, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 535, II, do CPC/73; e 14, *caput* e § 3º, III, do CDC. Sustentou, em síntese, negativa de prestação jurisdicional e inexistir responsabilidade por parte do hospital, sendo esta exclusiva dos médicos.

Contrarrazões às fls. 3.016-3.3.026, 3.129-3.143 e 3.159-3.172.

Em juízo de admissibilidade, negou-se seguimento ao reclamo sob os seguintes fundamentos: a) inexistir ofensa ao art. 535 do CPC; b) a análise da pretensão demandaria o reexame do substrato fático dos autos, com incidência da Súmula 7 do STJ no tocante à irresignação amparada por ambas as alíneas do permissivo constitucional e, c) não comprovação do dissídio jurisprudencial. Irresignada, in-

terpôs agravo (fls. 3.238-3.254, e-STJ), no qual, buscando destrancar o processamento da insurgência, lançou argumentações no sentido de refutar os óbices acima apontados.

Contraminuta às fls. 3.262-3.272, e-STJ.

Julgando monocraticamente o reclamo (fls. 3.306-3.310, e-STJ), este relator negou provimento ao agravo entendendo pela incidência da Súmula 7 do STJ no tocante ao afastamento da responsabilidade do hospital.

Daí, a ora insurgente interpõe agravo regimental (fls. 3.313-3.319, e-STJ), sustentando, em síntese, a inaplicabilidade da Súmula 7/STJ, repisando os argumentos anteriormente expendidos no apelo extremo, afirmando inexistir responsabilidade por parte do hospital, porquanto configurada a responsabilidade exclusiva dos médicos.

Pugna, por fim, pela reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do regimental pelo Colegiado.

Impugnação (fls. 3.342-3.352, 3.361-3.371, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O agravo regimental não merece acolhida, porquanto os argumentos tecidos pela agravante são incapazes de infirmar a decisão impugnada, motivo pelo qual merece ser mantida na íntegra por seus próprios fundamentos.

1. Com efeito, o entendimento firmado na Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser subjetiva a responsabilidade dos hospitais pelos danos causados por profissionais que neles atuam sem qualquer vínculo de emprego ou subordinação, conforme o seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.
>
> 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.
>
> 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com

um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (REsp 908359/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, *DJe* de 17/12/2008)

Todavia, nos termos do art. 14 do CDC, quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço.

Nesse sentido:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.

2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo *caput* do art. 14 do CDC.

3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.

5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a

teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.

6. Admite-se a denunciação da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1216424/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* de 19/08/2011)

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE MÉDICO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA.

– Na hipótese, deve-se reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do recorrente, tendo em vista a possibilidade de responder solidariamente por defeito na prestação do serviço, caso seja comprovada a culpa dos médicos.

– Agravo no recurso especial não provido. (AgRg no REsp 1196319/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* de 20/11/2012)

No caso dos autos, o Tribunal de origem, após acurada análise do conjunto fático-probatório dos autos, adotou entendimento em consonância com a jurisprudência deste Sodalício, reconhecendo a responsabilidade solidária do hospital, ante a comprovação de culpa dos médicos e caracterização da cadeia de fornecimento, conforme se verifica dos seguintes trechos extraídos do aresto combatido (fls. 2.836-2.848, e-STJ):

[...]

Com tudo isso, força é convir pela inequívoca existência de culpa dos réus porque foram omissos em relação aos procedimentos que deveriam adotar no caso da autora, e nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (referidos no preâmbulo deste voto), deixaram de 'proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão'.

Assim, no sítio probatório destes autos, patente a negligência dos réus quando atenderam a menor e deixaram de adotar as condutas necessárias na ocasião, embora tenham reconhecido, aqui, a importância e imprescindibilidade delas, inclusive ressaltando que tais manobras são realizadas por todos os pediatras em todo serviço de pediatria do mundo (671) e sobretudo – ressalte-se: sobretudo – porque, como dito, ao não encaminhar a infante ao ortopedista pediatra, bem como ao não submetê-la à prévia e necessária ultrassonografia (cuja indicação se vê na própria perícia), diante da evidência dos fatores de risco, faltaram com o dever de competência e diligência, o que caracterizou a imperícia, imprudência e negligência.

[...]

A infante foi, então, privada da utilização de todos os meios disponíveis de diagnóstico.

Não bastasse tudo quanto já se disse, é de ressaltar que ocorreu ainda violação, por parte dos réus, do princípio da precaução.

[...]

No caso dos autos, em face dos fatores de risco objetivamente evidenciados, bem como da inconteste incerteza de diagnóstico, cumpria aos réus, defronte tal situação, que era mesmo incerta, a tomada de medidas de modo que o risco suposto e possível fosse antecipado, o que

quer dizer, identificado.

[...]

Ora, no caso houve, pelos réus, falta de precaução e prevenção e a violação do próprio Código de Ética Médica, então vigente, cujo ad. 57 determinava a utilização de todos os meios disponíveis de diagnósticos, em favor do paciente.

Diante dos objetivos fatores de risco, o não envio da neonata ao ortopedista-pediatra e a não utilização de ultrassonografia, implicou, a todas as luzes, ausência de utilização de todos os meios disponíveis de diagnósticos, o que implicou erro manifesto e grosseiro.

Assim, a própria referência da sentença recorrida desnuda a culpa dos réus, que no caso dos autos não é presuntiva, mas, sim, manifestamente concreta.

[...]

Óbvio, portanto, a discrepância entre o tratamento ao qual a criança se submeteria se o diagnóstico da doença se desse logo após o nascimento e o tratamento a que se vem submetendo em razão do diagnóstico tardio.

Daí o nexo de causalidade entre a negligência e imperícia dos réus e os danos sofridos pela menor, impondo-se, no caso, as sanções da responsabilidade civil.

Assim, não restam dúvidas acerca da responsabilidade dos médicos, segundo e terceiro réus, em relação aos danos sofridos pelos apelantes, haja vista o que se extraiu dos autos e acima exposto.

Adiante, quanto à responsabilidade da primeira ré, Casa de Saúde Imaculada Conceição Ltda, obviamente que ela advém da responsabilidade objetiva em relação aos apelantes, haja vista a relação de consumo entre eles e a responsabilidade *in eligendum* em relação aos médicos que prestam atendimento em suas dependências, conforme pacífica jurisprudência.

[...]

Mais, é de ver que, se na hipótese de culpa de médico-preposto, sobrevém, simultaneamente, a responsabilidade objetiva do hospital, em cujas dependências o ato de culpa tenha tido lugar, a fortiori, essa mesma responsabilidade, por consequência, incide igualmente, e com mais razão, quando o médico é sócio-quotista do hospital, tal como se deu no caso presente.

Logo, inquestionável é a responsabilidade objetiva da Casa de Saúde, primeira ré, porque os pediatras Rildo Eustáquio da Costa e Antônio Carlos Silva Rezende atenderam a criança nas suas dependências, não eximindo, essa responsabilidade, o fato de tais médicos também serem seus súcios quotistas (vide afirmação de f. 625).

[...]

O argumento do Hospital (rectius: Casa Saúde Nossa Senhora Conceição Ltda), no sentido de que em nada interferia na ação dos médicos e, portanto, não lhe sobreviria

responsabilidade, fica derruído nas palavras dos próprios médicos, aqui réus, na sua contestação, quando, a f. 669, ao dizer que o pediatra assistente do parto teria feito os exames necessários, na infante, escreveram isto:

"Como determina a praxe médica e do hospital, os recém-nascidos são examinados diariamente pelo mesmo pediatra que assistiu ao parto, até a sua alta."

Ora, ao confessar que havia uma determinação do hospital, os réus demonstraram o liame que a todos uniu no ato de culpa, traduzido na orientação que o hospital lhes determinava.

[...]

Isso porque a confissão de oferecimento de "todos os recursos adequados ao tratamento da paciente" implicou a configuração do hospital como fornecedor de serviços. Obvio que, entre tais serviços, impunha-se o dever de diligência de verificar se os médicos estavam realmente efetivando os procedimentos que o mesmo hospital determinava, determinação essa referida pelos próprios médicos em sua contestação, como acima referido. Ora, se está demonstrado que os médicos não efetivaram procedimentos adequados, óbvio que o hospital foi negligente na observância da real efetivação de suas próprias determinações.

Assim, inafastável a incidência da Súmula 83/STJ.

Saliente-se, por oportuno, que o alcance do mencionado óbice abrange os recursos fundamentados nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Ademais, para o acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial.

2. Agravo regimental desprovido.

É como voto.

CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – CASO FORTUITO

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 985.888/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. de 16.02.2012, *DJe* 13.03.2013)

RECURSO ESPECIAL N. 985.888-SP (2007/0088776-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Antônio Carlos Ferreira Castro

Advogado: Maria Cristina Zarif

Recorrido: Andréa Josefa da Silva

Advogado: Roberta Gaudêncio dos Santos

EMENTA

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico.

3. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da Súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de fundamentação do Ministro Raul Araújo. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Andréa Josefa da Silva ajuizou ação em face de Antonio Carlos Ferreira Castro, objetivando indenização em decorrência de erro médico, que resultou na necessidade de nova cirurgia plástica para reconstrução da mama, a ser paga em dobro, nos termos do art. 1.538, § 1.º, do CC de 1916, bem como indenização por dano moral (fls. 40-51).

Sobreveio sentença de improcedência do pedido (fls. 192-197).

O TJSP deu provimento parcial ao recurso de apelação interposto pela autora, nos seguintes termos (fls. 240-253):

> Indenização por dano moral. Cirurgia plástica estética. Responsabilidade pelo resultado, absolutamente irregular. Danos materiais esteticamente inaceitáveis, com defeito

permanente visualizável diariamente pela paciente. Dano moral manifesto representado pela dor moral da observação diária do absoluto comprometimento das mamas. Avaliação desses danos em valor equivalente a cento e cinquenta salários mínimos. Sentença de improcedência. Procedência parcial da apelação, com determinação.

Resumindo, o acórdão condenou o réu a arcar com nova cirurgia, valor a ser apurado em liquidação por arbitramento, e o equivalente a 100 salários mínimos pelo dano estético, abarcando este o dano moral, além dos ônus sucumbenciais.

Antônio Carlos Ferreira Castro interpôs recurso especial, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando violação aos arts. 393 do CC, 131 e 458 do CPC (fls. 255-285).

Sustentou, em suma: a) que agiu com toda a prudência e perícia necessárias, tendo solicitado os exames pré-operatórios de rotina, bem como tomou as medidas médicas adequadas com vistas a debelar o processo alérgico ocorrido posteriormente à cirurgia plástica, o qual consubstancia, em verdade, caso fortuito e, portanto, causa excludente de responsabilidade; b) ainda que sem culpa pela intercorrência da alergia, a cirurgia para reconstrução do mamilo e colocação de prótese de silicone só não foi realizada porque a recorrida não mais retornou à clínica; c) a ocorrência de julgamento *extra petita*, uma vez que o acórdão recorrido, ainda que não tenha sido feito pedido nesse sentido, determinou que os fatos fossem levados ao conhecimento do Conselho Regional de Medicina; d) existência de *bis in idem* na condenação ao pagamento de nova cirurgia e aos 100 salários mínimos pelo dano estético.

Requereu a correção de erro material contido na ementa do acórdão recorrido, no qual, em vez de constar como valor da condenação em danos estéticos e morais o equivalente a 100 salários mínimos, indevidamente constou o número 150.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 288-289), que foi inadmitido na instância de origem, tendo subido os autos a este Tribunal Superior por força do provimento do agravo de instrumento (fl. 296).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Preliminarmente, no que tange ao requerimento para correção de erro material na ementa do acórdão recorrido, impende esclarecer que os embargos declaratórios são o recurso próprio à retificação de eventuais vícios em que incorreu o órgão prolator da respectiva decisão (art. 535 do CPC), tratando-se, portanto, de pedido impertinente nesta via extraordinária.

3. Quanto à alegada violação aos arts. 131 e 458 do CPC, verifica-se que a análise dos dispositivos desborda dos contornos traçados pela instância ordinária,

ensejando a manifesta ausência de prequestionamento e, desse modo, impedindo o conhecimento do recurso quanto à questão. Inteligência das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. Como se sabe, a responsabilidade médica é fundada, via de regra, em obrigação de meio, ou seja, o médico assume a obrigação de prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, com os recursos de que dispõe, e com o desenvolvimento atual da ciência, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e conselhos tendentes à recuperação da sua saúde.

Nada obstante, a cirurgia plástica estética, consoante vasta doutrina e jurisprudência, é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido.

Doutrina abalizada comunga este entendimento:

> "O que importa considerar é que o profissional na área de cirurgia plástica, nos dias atuais, promete um determinado resultado (aliás, essa é a sua atividade-fim), prevendo, inclusive, com detalhes, esse novo resultado estético procurado. Alguns se utilizam mesmo de programas de computador que projetam a simulação da nova imagem (nariz, boca, olhos, seios, nádegas etc.), através de montagem, escolhida na tela do computador ou na impressora, para que o cliente decida. Estabelece-se, sem dúvida, entre médico e paciente relação contratual de resultado que deve ser honrada. Portanto, *pacta sunt servanda*" (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 2011. p. 645-646).

No mesmo sentido, o magistério de Sergio Cavalieri:

> "Não se pode negar o óbvio, que decorre das regras da experiência comum; ninguém se submete aos riscos de uma cirurgia, nem se dispõe a fazer elevados gastos, para ficar com a mesma aparência, ou ainda pior. O resultado que se quer é claro e preciso, de sorte que, se não for possível alcançá-lo, caberá ao médico provar que o insucesso – total ou parcial da cirurgia – deveu-se a fatores imponderáveis" (**Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 378).

À guisa de exemplo, citam-se os seguintes julgados desta Corte:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado – responsabilidade subjetiva, portanto.

2. Todavia, o acórdão recorrido entendeu que houve responsabilidade da União mediante ter ocorrido erro médico, por meio de seu agente, pericialmente comprovado, o que afasta qualquer dúvida sobre a sua responsabilidade em ressarcir os danos materiais e compensar o dano moral. O valor arbitrado pela sentença proferida pelo juízo singular em R$10.000,00 (dez mil reais) foi majorado – em razão da gravidade do dano sofrido, que acarretou a incapacidade parcial e permanente do autor, com a perda de parte dos movimentos da perna esquerda, conforme o Tribunal de origem – para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

3. Resta nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.

4. Segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível a modificação da indenização por danos morais, se o valor arbitrado for manifestamente irrisório ou exorbitante, de modo a causar enriquecimento sem causa e vulnerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorre no presente caso.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1269116/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 06.04.2010, *DJe* 14.04.2010)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. JULGAMENTO EM SINTONIA COM OS PRECEDENTES DESTA CORTE. CULPA DO PROFISSIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). RAZOABILIDADE.

I – A jurisprudência desta Corte orienta que a obrigação é de resultado em procedimentos cirúrgicos para fins estéticos.

II – Esta Corte só conhece de valores fixados a título de danos morais que destoam razoabilidade, o que não ocorreu no presente caso.

III – O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo improvido.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1132743/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, j. em 16.06.2009, *DJe* 25.06.2009)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE. FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

> I – A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;
>
> II – O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;
>
> III – A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;
>
> IV – *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da "teoria da perda da chance";
>
> V – Recurso especial provido.
>
> (REsp. n. 1104665/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, j. em 09.06.2009, *DJe* 04.08.2009)

4.1. Sob essa perspectiva, no procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra uma responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la, de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente em razão do ato cirúrgico.

Não é outro o teor do art. 14, § 4.º, do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 4.º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Nessa linha de intelecção, são passíveis de alegação e comprovação pelo médico as tradicionais causas excludentes da responsabilidade, quais sejam, o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

4.2. Com efeito, somente eventual intercorrência de fatores e reações estranhas à cirurgia, embora não infirme a tese da obrigação de resultado do cirurgião plástico, consubstancia causa eficiente e autônoma que, por si só, seria capaz de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta médica.

Assim leciona Rui Stoco:

> "Há, porém, casos em que o cirurgião, embora aplicando corretamente as técnicas que sempre utilizou em outros pacientes com absoluto sucesso, não obtém o resultado esperado. Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da cirurgia, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente da responsabilidade" (Ob. cit. p. 646).

É bem verdade que, conquanto o Código de Defesa do Consumidor não faça referência expressa ao caso fortuito como excludente da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, Ada Pelegrini Grinover destaca que:

> [...] é certo que "a eximente do caso fortuito ou da força maior coloca-se no mundo fenomênico e não será nenhuma disposição normativa que irá suprimi-la do universo jurídico.
>
> [...] Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos" (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 171).

Zelmo Denari corrobora esse posicionamento:

> "Por outro lado, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento a qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos" (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 207)

A Terceira Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp. n. 120.647/SP, de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, publicado no **DJ** de 15.05.2000, posicionou-se da mesma forma, assentando que "o fato de o art. 14, § 3.º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil".

Dessarte, a presunção de culpa do cirurgião por insucesso na cirurgia plástica pode ser afastada mediante prova contundente de ocorrência de fator imponderável, apto a eximi-lo do dever de indenizar.

A jurisprudência deste Tribunal Superior desse entendimento não se afasta:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. NATUREZA ESTÉTICA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.

1. A instância ordinária valeu-se da detida avaliação dos elementos fático-probatórios acostados aos autos para atingir a conclusão de que a cirurgia a que se submeteu a ora recorrente não encerrava natureza estética – cirurgia plástica destinada a melhorar a aparência física do paciente –, não sendo viável a alteração do entendimento estampado no acórdão combatido em obséquio à vedação insculpida na Súmula 07/STJ.

2. Mesmo que se admitisse, a título de argumentação, que o procedimento cirúrgico promovido pelo recorrido ostentou caráter estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional.

3. Demonstrado o caso fortuito, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretenso prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico. Precedente: REsp. n. 1.180.815/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 26.08.2010.

4. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 1269832/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, j. em 06.09.2011, *DJe* 13.09.2011).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.

2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.

3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertálo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (REsp. n. 1180815/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. em 19.08.2010, *DJe* 26.08.2010).

Em verdade, considera-se caso fortuito o acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação, ou seja, trata-se de evento imprevisível.

Quanto ao conceito de imprevisibilidade aplicado à responsabilidade civil, recorremos mais uma vez às lições de Sergio Cavalieri:

> "Não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser *previsível*. Este é o limite mínimo da culpa – a previsibilidade, entendendo-se como tal a possibilidade de previsão. Embora não previsto, não antevisto, não representado mentalmente, o resultado poderia ter sido previsto e, consequentemente, evitado. Só se pode evitar o que se pode prever. E *previsível* é aquilo que tem certo grau de probabilidade, de forma que, segundo as regras da experiência, é razoável prevê-lo. Só há o dever de evitar o dano que for razoável prever. Devemos ter em mente, todavia, que a *previsibilidade* necessária para a configuração da culpa não é a previsibilidade genérica, abstrata, sobre aquilo que um dia pode acontecer, mas sim a previsibilidade específica, presente, atual, relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta. [...] Não basta essa previsibilidade (abstrata), como já se disse, para configurar a culpa. Será necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, pudesse ter sido previsto pelo agente, e consequentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado. Se, embora genericamente previsível, não foi possível prever a efetiva ocorrência do fato danoso, não que se falar em previsibilidade.
>
> [...]
>
> Não havendo previsibilidade, estaremos fora dos limites da culpa, já no terreno do caso fortuito ou da força maior. [...] Ninguém pode responder por fato imprevisível porque, na realidade, não lhe deu causa" (Ob. cit. p. 55-56).

5. No caso em julgamento, o acórdão recorrido estabeleceu, com base nas provas produzidas, duas premissas: a) não houve consentimento informado; b) o médico não logrou comprovar o caso fortuito.

Confira-se:

> "Não se observa tenha o requerido, em momento algum, advertido a paciente sobre os riscos da cirurgia. A redução efetuada foi muito grande. Subentende-se que fosse essa a intenção da paciente. Assim, deveria ser advertida da complexidade e do risco de tamanha intervenção.
>
> Em que pese ter o réu sustentado a ocorrência de caso fortuito, ele não se desincumbiu de prová-lo. Embora a perícia afirme não ser comum a ocorrência de processo alérgico nesse tipo de procedimento, não há como se afirmar que esse fato fosse imprevisível. E ainda que não fosse evitável, poderia ser corrigido, atenuado.
>
> Não há como se aceitar o quadro exposto nas fotos de fls. 43-44" (e-STJ fls. 249-250).

Como visto, no particular, o Tribunal de origem firmou a sua conclusão, no sentido de que não houve advertência à paciente quanto aos riscos da cirurgia e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, amparado na análise dos elementos fático-probatórios contidos nos autos.

Rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente o reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal ante a incidência da Súmula 7/STJ.

6. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É o voto.

CIRURGIA ESTÉTICA *X* CIRURGIA REPARADORA

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 819.008/PR, Rel. Min. Raul Araújo, ac. de 04.10.2012)

RECURSO ESPECIAL Nº 819.008 – PR (2006/0029864-0)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Waldir Augusto de Carvalho Braga

Advogado: Hildegard Taggesell Giostri

Recorrido: Ilda Rodrigues de Andrade

Advogado: Ricardo de Lucca Macking

EMENTA

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E REPARADORA. NATUREZA OBRIGACIONAL MISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS (CDC, ART. 14, § 4º). IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REPARATÓRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Pela valoração do contexto fático extraído do v. aresto recorrido, constata-se que na cirurgia plástica a que se submeteu a autora havia finalidade não apenas estética, mas também reparadora, de natureza terapêutica, sobressaindo, assim, a natureza mista da intervenção.

2. A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética.

3. "Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora" (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, *DJe* de 3/10/2011).

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi dando provimento ao recurso, acompanhando o Relator, e os votos da Ministra Maria Isabel Gallotti e dos Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão, no mesmo sentido, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi (voto-vista) e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

ILDA RODRIGUES ANDRADE ajuizou ação de indenização por danos estético, material e moral contra CPO DAY HOSPITAL (Centro Paranaense de Oftalmologia Ltda) e WALDIR AUGUSTO DE CARVALHO BRAGA, decorrentes de suposto erro médico por ocasião de ato cirúrgico a que foi submetida, em 12/12/1998.

Narra a inicial que a promovente era portadora de mama volumosa, o que lhe causava desconforto tanto físico como psicológico. Dirigindo-se ao consultório do segundo requerido, foi marcada a cirurgia, efetuado o procedimento e, já no dia seguinte, a promovente sentiu dores no braço e na mama direita.

Encerrado o período de recuperação, as dores foram se agravando, impossibilitando a autora de exercer sua atividade profissional (empregada doméstica). Foi realizado, então, pelo mesmo médico, sete meses após, outro procedimento cirúrgico, porém, sem sucesso em relação à solução do problema da dor e inchaço na mama direita, que apareciam ao realizar a paciente atividade laboral.

Alega a autora que, além das dores, passou a ter que conviver com cicatrizes grandes e excesso de pele na mama direita, o que trouxe abalo emocional e problemas no relacionamento afetivo.

Contestada a ação, o médico promovido deu nova versão aos fatos, afirmando que as queixas da autora começaram somente um mês após a cirurgia, ressaltando ter encaminhado a paciente, gratuitamente, a um ortopedista, a um mastologista e a um neurologista, após o que se decidiu pela realização do segundo procedimento cirúrgico (em 17/7/1999) para averiguação da razão da dor, bem como de um retoque de sobra tecidual na cicatriz.

Informa a contestação que o médico mastologista constatou a existência de "patologia mamária benigna", não relacionada com o processo cirúrgico sofrido

pela autora, e informa, ainda, que sete meses depois do último procedimento cirúrgico, com retirada de glândula mamária displásica, houve mais uma consulta, intermediada, inclusive, por advogados, e que, após esta data, a paciente não mais retornou ao consultório do réu.

Ressalta que em abril de 2000 a autora foi encaminhada pelo réu, gratuitamente, a novo exame médico realizado pelo Dr. Arnaldo Miró, conceituado cirurgião plástico, que se dispôs a operá-la para retirada do nódulo doloroso, mas a autora se recusou a assinar o termo de consentimento, motivo pelo qual não ocorreu a intervenção cirúrgica.

Foi deferida a realização de prova pericial, bem como a oitiva de testemunhas.

Às fls. 284/285, o CENTRO PARANAENSE DE OFTALMOLOGIA LTDA noticia decisão, com trânsito em julgado, proferida pelo eg. Tribunal de Alçada do Paraná, que reconheceu sua ilegitimidade passiva e o excluiu da lide.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, fundamentalmente sob o entendimento de que "não restou comprovado nos presentes autos o nexo causal existente entre a atuação médica e o dano que ensejou o pedido indenizatório e, consequentemente, não ficou comprovado que o médico-réu Waldir foi o culpado pelos danos que a autora alegou na inicial" (fl. 392).

Interposta apelação pela autora, a eg. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, por maioria, deu provimento ao recurso, em aresto assim ementado:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CIRURGIA DE REDUÇÃO DAS MAMAS. RESULTADO INSATISFATÓRIO. DANOS ESTÉTICOS E PSICOLÓGICOS PRESENTES FACE AO RESULTADO ESTÉTICO NEGATIVO. PRECEDENTES DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.
>
> A cirurgia *sub examine*, por se tratar de uma intervenção estética, por meio da qual a paciente buscava obter um resultado que lhe fosse satisfatório, remediando uma situação que lhe era desagradável, torna o médico responsável pelo resultado frustrado da intervenção cirúrgica realizada, uma vez que a paciente espera que o cirurgião obtenha um resultado em si (obrigação de resultado), e não que ele se empenhe para atingir tal resultado (obrigação de meio)." (fl. 502)

Visando à prevalência do d. voto vencido, o réu opôs embargos infringentes que, entretanto, foram rejeitados, também por maioria de votos, guardando o acórdão a seguinte ementa:

> "EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO AFASTADA. INOCORRÊNCIA DO ABANDONO DO TRATAMENTO CONFIGURADO. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS." (fl. 559)

Os votos vencidos, que davam provimento aos embargos infringentes, foram assim resumidos:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – AUSÊNCIA DE PROVA DE IMPERÍCIA DO CIRURGIÃO – REAÇÃO ANÔMALA DO ORGANISMO – FATO QUE NÃO PODE SER IMPUTADO AO PROFISSIONAL – PACIENTE QUE DEIXA DE FAZER RETOQUE ÀS EXPENSAS DO MÉDICO REQUERIDO – ABANDONO DO TRATAMENTO CONFIGURADO – PERÍCIA QUE CONCLUI POR RESULTADO ESTÉTICO BOM – EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS." (fl. 565)

Opostos embargos de declaração pelo médico réu, foram rejeitados (fls. 598/599).

Inconformado, WALDIR AUGUSTO DE CARVALHO BRAGA interpôs recurso especial, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, defendendo, em suma, que a cirurgia a que se submeteu a autora era de cunho reparador, pois visava à correção de um defeito congênito, não podendo, por isso, ser considerada como obrigação de resultado. Por isso, entende que houve violação ao art. 14, § 4º, do CDC, em relação à presunção de culpa do médico.

Requer, portanto, seja julgado improcedente o pedido indenizatório ou, alternativamente, haja a redução do valor dos danos morais para dez salários mínimos.

Com contrarrazões (fls. 617/623), o recurso foi admitido (fls. 625/627) e encaminhado a esta Corte, tendo sido atribuído a esta relatoria.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Pela leitura da íntegra dos acórdãos proferidos pela eg. Corte de origem, tanto no julgamento da apelação quanto no dos embargos infringentes, constata-se que a divergência ocorreu, fundamentalmente, em relação à finalidade da cirurgia plástica a que foi submetida a autora, se reparadora ou puramente estética e, consequentemente, sua natureza obrigacional.

Como é cediço, o julgamento do recurso nesta instância especial deve ater-se ao panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias, sendo defeso reexaminá-lo, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ.

Porém, no caso, torna-se necessária uma valoração do conjunto fático-probatório dos autos que se extrai do v. acórdão recorrido, notadamente em relação à caracterização da natureza da cirurgia plástica em comento, na medida em que é indispensável ao correto desate da controvérsia.

Nesse sentido, a em. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, quando do julgamento do AgRg no REsp 1.110.839/PE, *DJe* de 10/4/2012, afirmou com maestria

que "o equívoco na valoração da prova passível de correção por esta Corte Superior é o de direito, quando se trata, portanto, de norma ou princípio atinente ao campo probatório", como ocorre na hipótese destes autos, em que o recorrente aponta violação ao art. 14, § 4º, do CDC, em relação à presunção de culpa do médico.

Da leitura atenta dos autos, extrai-se que a intervenção cirúrgica realizada na autora, além de ter-se destinado a resolver um problema físico (mamas gigantes), com finalidade terapêutica, agregava também objetivos estéticos, revelando a natureza mista do procedimento.

Com efeito, a inicial afirma que "a requerente era portadora de mama volumosa, fato este que lhe causava desconforto, tanto físico como psicológico" e que seu objetivo era "corrigir tal desconforto" (fl. 6).

Já no laudo pericial, à fl. 242, no quesito de número 18, observa-se o seguinte:

> "18. Sendo a paciente portadora de mamas de tamanho avantajado (razão da sua cirurgia) e sabendo-se ser este um fator causativo de problemas na coluna vertebral, devido ao peso excessivo daquelas, pergunta-se: o fato de ocorrer uma diminuição expressiva daquele peso poderia levar a uma mudança de postura da própria coluna?
>
> resposta: Sim, a retirada do peso excessivo através da mamoplastia redutora, poderia levar a uma nova postura da coluna vertebral, ao nível torácico e cervical."

No voto vencido da apelação, lê-se o seguinte:

> "A cirurgia a que se submeteu a apelante não pode ser caracterizada como meramente estética, pois objetivava correção de hipertrofia mamária, também denominada gigantismo mamário, causador de problema postural da apelante, corrigido com a redução das mamas." (fl. 514)

No julgamento dos embargos infringentes, no próprio voto vencedor é afirmada a natureza mista, estética e reparadora da cirurgia. Confiram-se as seguintes passagens:

> "Ao adotar os fundamentos do voto majoritário do acórdão original, esta relatoria reconheceu que trata-se de cirurgia plástica estética reparadora [...]
>
> [...]
>
> O caso sob exame é cirurgia de mamas volumosas, que além de causar desconforto físico causava desconforto psicológico.
>
> [...]
>
> A paciente pretendia também resolver o seu problema psíquico de estar bem consigo mesma e desfrutar sua vida normal [...]
>
> [...]
>
> Com natureza mista, estética reparadora, indiscutivelmente é obrigação de resultado." (fls. 562/564)

E, nos d. votos vencidos:

> "Voltando os olhos ao caso descrito nestes autos, é de se reconhecer razão ao julgador vencido, na medida em que não está sobejamente comprovado que a cirurgia contratada pela embargada fosse meramente estética, como afirmado no voto vencedor, havendo grande possibilidade de que a mamoplastia redutora tivesse finalidade de corrigir a postura ou evitar danos à coluna da paciente, como é de regra. Porém, ausentes elementos probatórios capazes de assegurar o motivo real da opção pela intervenção cirúrgica, inadmissível que levianamente se conclua tratar-se de procedimento meramente embelezador, consequentemente, obrigação de resultado, acarretando a responsabilidade objetiva do profissional e a inversão do ônus da prova." (fls. 570)
>
> [...]
>
> "No caso em exame, isso não ocorre. Além da desarmonia causada pelos seios volumosos, também sua saúde física e psicológica era afetada pelo grande volume de seus seios." (fl. 575)

Portanto, valorando-se o contexto fático que emana dos autos, não há dúvidas de que houve correção não apenas da beleza plástica, mas também reparação de natureza terapêutica, sobressaindo a natureza mista da cirurgia a que se submeteu a autora.

Passa-se, então, a se perquirir a responsabilidade do médico neste contexto, tendo como balizamento o disposto no mencionado art. 14, § 4º, do CDC, dispositivo tido por violado nas razões do recurso especial.

Esta Corte já se pronunciou no sentido de que "a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva" (cf. REsp 1.104.665/RS, Relator em. Min. MASSAMI UYEDA, *DJe* de 9/6/2009).

Por outro lado, a obrigação do médico na cirurgia plástica estética é de resultado, pois o contratado deve alcançar um resultado específico, que é a própria obrigação. Por tal razão, inverte-se o ônus da prova, ficando a cargo do médico a prova liberatória de que não laborou com imprudência, negligência ou imperícia, para não ser responsabilizado pelo dano ou prejuízo que causar.

Quanto à hipótese dos autos, de natureza mista da cirurgia, esta Corte teve oportunidade de recentemente apreciar situação análoga, quando do julgamento do REsp 1.097.955/MG, da relatoria da em. Ministra NANCY ANDRIGHI, *DJe* de 3/10/2011, acórdão que está assim ementado:

> "PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA – ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES.
>
> 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes.

> 2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.
>
> 3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes.
>
> 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da ação. Precedentes.
>
> 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes.
>
> 6. Recurso especial não provido." (REsp 1.097.955/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2011, *DJe* de 3/10/2011)

Nessa linha de raciocínio, é necessária, inicialmente, a averiguação acerca da parte estética da cirurgia, ressaltando-se, mais uma vez, que a inconformidade da autora e seu pedido indenizatório circunscrevem-se, basicamente, ao surgimento do nódulo e à cicatriz na mama direita.

A responsabilidade do médico é, sem dúvida, contratual, mas baseada, fundamentalmente, na culpa. É necessário ter coerência com o exame das provas dos autos, responsabilizando o profissional porque ele realmente errou grosseiramente ou foi omisso, e não simplesmente com a argumentação simplista de que sua obrigação seria de resultado, presumindo-se a culpa.

Para se eximir do dever de indenizar, o cirurgião deve demonstrar qualquer causa excludente de sua responsabilidade, como, por exemplo, o surgimento de fatores corporais imprevisíveis e inesperados, o que levaria ao rompimento do nexo causal.

No REsp 1.180.815/MG, *DJe* de 26/8/2010, da relatoria da em. Min. NANCY ANDRIGHI, a eg. Terceira Turma pronunciou-se sobre o tema, nestes termos:

> "RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.
>
> 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.
>
> 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
>
> 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.

> 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em 'termo de consentimento informado', de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (REsp 1.180.815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/8/2010, *DJe* de 26/8/2010)

Na doutrina:

> "Se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa absolutória ou causa excludente de responsabilidade." (STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 162)

Compulsando os autos, constata-se que foi exatamente isso o que aconteceu.

O laudo pericial (fl. 236) é categórico em afirmar que nas duas cirurgias realizadas pelo réu foram observadas todas as técnicas necessárias e adequadas e que a conduta em encaminhar a paciente aos três médicos especialistas foi de muito bom alvitre, demonstrando comprometimento com a elucidação do quadro clínico apresentado (fl. 237).

Não se constatou imprudência na conduta do cirurgião, que usou regras e técnicas atualizadas da ciência médica e, em particular, de sua especialidade, adotando todas as cautelas indicadas para o ato cirúrgico. Não houve, outrossim, diagnóstico errado.

Afirmou, ainda, que a causa da dor dentro da mama estava relacionada, muito provavelmente, com anterior patologia mamária benigna, não relacionada com o processo cirúrgico prévio, e que este diagnóstico só estaria definitivamente esclarecido através de estudo anatomopatológico do nódulo mamário, o que não ocorreu, não se podendo, por isso, creditar a dor à imperícia do cirurgião (fls. 237 a 239).

Ademais, afirmou o laudo que a exploração cirúrgica da mama, em julho de 1999, foi correta, pois tentava diagnosticar a causa da dor. É de se ressaltar que a autora não reclamou do resultado estético da primeira cirurgia, mas sim da cicatriz após o segundo procedimento. Porém, com a "infiltração de corticoide e anestésico no nervo intercostal" e "retirada de glândula mamária displásica" (fl. 238), era natural que a cicatriz tivesse ficado um pouco maior que a da outra mama, pois houve necessidade de busca sobre a origem da dor, com maior exploração cirúrgica.

O médico réu, inclusive, ofereceu à autora uma terceira intervenção para extirpação do nódulo e correção cicatricial (retoque), que seria efetuada por renomado cirurgião, mas que a autora recusou, negando-se a assinar o termo de consentimento (fl. 241) e abandonando o tratamento com mastologista.

Portanto, o aparecimento do nódulo não poderia ter sido previsto ou controlado pelo cirurgião, pois resultou de uma resposta do organismo da paciente, que, na cicatrização, produziu uma trama fibrosa mais intensa na mama direita.

Finaliza o laudo pericial afirmando que "nestes autos não há evidências de relação direta entre a dor na mama no pós-operatório de mamoplastia redutora com erro médico" e que "a real causa do nódulo só pode ser afirmada através de estudo anatomopatológico, não se podendo afirmar que o cirurgião é responsável pelo nódulo" (fl. 242). Acrescenta, ainda, que "não há fatos ou evidências que estabeleçam uma relação causal entre a dor mamária e imperícia do cirurgião nestes autos" (fl. 243).

É evidente, portanto, que o aparecimento do nódulo é causa excludente da responsabilidade do médico, pois é incontroverso ser fator imprevisível e inesperado, o que rompe o nexo causal entre a conduta do profissional e o suposto dano.

Ainda, quanto ao resultado estético da cirurgia, o laudo afirmou, à fl. 238, que, "embora o resultado estético da mamoplastia ter sido considerado como bom, a Sra. Ilda Rodrigues de Andrade não está satisfeita. Esta paciente está disposta a submeter-se à nova reparação cirúrgica (retoque), objetivando um resultado final muito bom ou excelente".

À fl. 240, consta do laudo pericial que "na opinião deste perito o resultado estético é bom. Todavia, segundo informações obtidas com a Sra. Ilda Rodrigues de Andrade, o resultado estético buscado por esta paciente não era o bom ou satisfatório, e sim, o muito bom ou excelente".

Percebe-se a tênue fronteira entre o erro médico e a mera insatisfação do lesado. Porém, se o resultado ficou aquém das expectativas da paciente, isso não quer dizer que houve falhas durante a intervenção.

Analisa-se, agora, a hipótese sob o ponto de vista reparador.

Na doutrina, em Responsabilidade civil dos médicos (Jerônimo Romanello Neto, ed. Jurídica Brasileira, 1998, pág. 134), o autor afirma que "na cirurgia plástica reparadora, ou seja, aquela que tem uma finalidade terapêutica, entendemos ser de meio e não de resultado, a obrigação do profissional, respondendo este, todavia, pelos danos morais e patrimoniais causados em razão de imprudência, negligência ou imperícia".

In casu, atingiu-se, sem dúvida, a solução do problema físico de gigantismo das mamas, tanto que as queixas da autora (cf. fl. 11) são relacionadas a dores e inchaço no braço direito e na mama direita, ao realizar atividade laboral; cicatriz e excesso de pele na mama direita; surgimento de nódulo; além de estar a autora, por essas razões, emocionalmente abalada. A inicial nada se refere à conduta médica quanto à redução das mamas.

Acrescente-se que o perito afirma, à fl. 240, que "o resultado da mastoplastia redutora foi atingido em relação à redução do volume da mama".

Portanto, quanto à obrigação de meio, igualmente não há nos autos comprovação alguma de falha técnica do médico ou de que este não cumpriu o seu mister.

Por todo o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de indenização posto na inicial, invertidos os ônus da sucumbência, com observância, porém, do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, uma vez que a autora é beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Cuida-se de recurso especial, interposto por Waldir Augusto de Carvalho Braga contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos da ação indenizatória que lhe é movida por Ilda Rodrigues de Andrade.

No caso concreto, a demandante afirma que se submeteu a uma primeira intervenção cirúrgica plástica realizada pelo ora recorrente, visando à redução de suas mamas, cujas dimensões causavam-lhe desconforto físico e psicológico.

Todavia, logo após à intervenção, surgiu em uma das mamas nódulo de aproximadamente 2,5 cm, o que determinou a realização de um segundo procedimento, o qual também se destinaria a retoques estéticos.

A segunda intervenção, entretanto, resultou cicatriz em uma das mamas, além de desproporção entre elas, levando à necessidade de uma terceira cirurgia.

Esta, seria em princípio realizada perante o próprio demandado, mas isso deixou de ocorrer pois a autora negou a se submeter ao novo procedimento, dada a exigência da assinatura de um termo previamente ao ato cirúrgico. A derradeira operação foi então consumada perante outro profissional, agora com resultados satisfatórios.

Busca, assim, perante o médico originalmente contratado, indenização por danos materiais e morais, face o resultado insatisfatório das duas cirurgias a que se submeteu.

O pedido em primeiro grau quedou rejeitado.

A Corte Paranaense, em sede de apelação cível, reformou a sentença e reconheceu a responsabilidade civil do réu, médico cirurgião, face aos danos materiais e estéticos postulados na petição inicial. Assim o fez, salientando que, na espécie, a obrigação assumida pelo demandado é daquelas de resultado, presumindo-se sua culpa pelos eventos lesivos. Houve embargos infringentes, aos quais o Tribunal negou provimento.

Daí o recurso especial, buscando o profissional eximir-se de qualquer responsabilidade, à alegação de inexistir prova de culpa quanto aos procedimentos por ele realizados.

O eminente relator, Ministro Raul Araújo, votou no sentido de prover o recurso especial e isentar o médico da condenação imposta perante a Corte local. Baseou seu posicionamento, asseverando entender equivocado o entendimento que fixou natureza jurídica de obrigação de resultado à assumida pelo cirurgião no caso concreto. Ponderou que a natureza dos procedimentos cirúrgicos, visando à redução das mamas, bem como a superveniência de um nódulo após a primeira intervenção impuseram ao médico uma obrigação mista, de meio e resultado, por englobar fins de reparação e estéticos. Nesse contexto, cuidando-se de responsabilidade civil subjetiva e à míngua de prova de culpa do profissional na realização de ambas as cirurgias, fez pesar em desfavor da demandante o ônus da prova, rechaçando a pretensão exordial.

Pedi vista dos autos para melhor exame do tema.

É a síntese.

Acompanho o relator.

De início, reputo prudente apenas deixar assentado meu posicionamento pessoal quanto à natureza da primeira cirurgia plástica a que se submeteu a demandante, pois em relação a este ponto entendo estar configurada obrigação exclusivamente de resultado. De qualquer sorte, adianto que essa pequena ressalva não levará este subscritor a julgamento diverso daquele proposto pelo Excelentíssimo Ministro Relator.

Com efeito. No caso, a primeira cirurgia plástica (mamoplastia) a que se submeteu a demandante, buscando a redução de suas mamas, atribuiu ao médico cirurgião obrigação nitidamente de resultado. Não há, ao menos neste ponto, falar em obrigação mista. Irrelevante o fato de a autora buscar com uma operação de cunho estético livrar-se, como consequência dela, de eventuais desconfortos psicológicos, dores nas costas ou outros problemas derivados do grande porte de suas mamas. É que a intervenção realizada pelo médico, sobre a qual se responsabilizou tecnicamente, estava concentrada preponderantemente na alteração plástica pretendida pela acionante, despontando um caráter exclusivamente estético, ficando em segundo plano os objetivos terapêuticos ou ortopédicos. Basta ver que ao médico não competia proceder qualquer intervenção ortopédica, na coluna vertebral da demandante, por exemplo.

A tarefa que foi designada ao médico visava fins plásticos decorrentes da redução, sendo meramente consequências desta operação a posterior atenuação dos demais problemas narrados pela demandante.

O profissional que consente em realizar procedimento deste caráter, plástico/estético, intervindo pela primeira vez no organismo da paciente, está assumindo, à ótica deste signatário, indubitável obrigação de atingir a um resultado determinado. Caso o médico cirurgião vislumbre a impossibilidade de alcança-lo, deve prevenir o paciente ou então recusar-se à realização do procedimento.

De todo modo, como já adiantado, este primeiro aspecto não exerce maior influência para o deslinde do caso, já que o pedido inicial não ataca apenas e propriamente eventual resultado insatisfatório do primeiro procedimento. Ao que se depreende, o dano estético de maior repercussão causado à demandante derivou da segunda intervenção cirúrgica, na qual, todavia, não eram almejados apenas fins de ordem plástica como se dera quando da primeira. Na segunda operação, existia finalidade também reparadora/terapêutica, dada a necessidade de solucionar patologia, com a retirada de nódulo que surgiu na mama direita da demandante somente após o primeiro ato cirúrgico.

Agregaram-se, pois, no segundo procedimento, finalidades estéticas e reparatórias, o que traduz uma obrigação mista, de meio e de resultado, com importante reflexo no que tange à definição da natureza da responsabilidade civil a reger a conduta do demandado.

Com efeito, a definição pertinente à finalidade da obrigação é relevantíssima e decisiva para a resolução do caso concreto. Em se cuidando de obrigação de resultado, o entendimento jurisprudencial dominante, ao qual adere o subscritor, é no sentido de reputar a responsabilidade civil do médico cirurgião ainda como sendo subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC, mas com inversão do ônus probatório. Por isso, desloca-se, em regra, o ônus *probandi*, incumbindo ao profissional demonstrar que não laborou com imperícia, para, assim, livrar-se do dever indenizatório, mormente quando verificada a hipossuficiência técnica do consumidor dos serviços médicos (art. 6º, VIII, do CDC).

Do contrário, antevendo-se um caráter reparatório, terapêutico na intervenção cirúrgica, o dever contratual assumido pelo profissional da medicina consiste em obrigação de meio, cabendo-lhe proceder da melhor e mais diligente forma possível, dentro do atual estado da técnica da medicina. Nesta segunda hipótese, o regime da responsabilidade civil subjetiva consagrado no art. 14, § 4º, do CDC, não permite a inversão do ônus probatório, cabendo, nessa medida, ao próprio autor fazer a prova da imperícia com que empreendeu o cirurgião.

No caso dos autos, como visto, a segunda cirurgia teve também como finalidade a extração de nódulo surgido no organismo da demandante após a realização da primeira intervenção. Poder-se-ia até cogitar em atribuir ao médico a responsabilidade com inversão do ônus probatório, caso ficasse demonstrado ter este nódulo surgido como resultado de eventual negligência quando da primeira operação. Haveria, assim, nexo de causalidade entre a necessidade da segunda intervenção, da qual resultaram os danos estéticos e o agir culposo do demandado.

Entretanto, as provas produzidas durante o trâmite do feito não lograram alcançar definição acerca do que causou a aparição do aludido nódulo, tornando-se impossível afirmar tenha sido uma decorrência da primeira cirurgia a que se submeteu a demandante. Nesse quadro, somente se pode presumir que se tratou de algo natural e espontâneo, uma patologia congênita ao organismo da acionante.

Nesse sentido, retira-se do acórdão proferido ao julgamento da apelação cível:

> "O laudo pericial acostado às fls. 214/224, indica que a paciente possuía um nódulo medindo aproximadamente 2,5 cm no maior diâmetro no quadrante inferior externo da mama direita (fl. 216), dizendo o expert que 'Há grande probabilidade de o nódulo da mama direita da Sra. Ilda Rodrigues de Andrade estar relacionada à Patologia Mamária Benigna, não relacionada com o processo cirúrgico prévio. Contudo o diagnóstico etiológico só estaria definitivamente esclarecido através de estudo anatômico patológico do nódulo mamário...'"

Ora, se houve a necessidade de extração de "patologia mamária benigna", por óbvio que a obrigação atribuída ao médico não pode ser de resultado, já que inexigível, em tal contexto, atingir perfeição estética após a retirada de nódulo de aproximadamente 2,5 cm de uma das mamas. A obrigação aqui é de meio, cabendo ao cirurgião agir mediante aposição de toda sua diligência para a cura da patologia e também obviamente para proporcionar o melhor resultado estético possível à demandante, mas não como um fim em si mesmo, e sim de modo a contornar eventual deformidade decorrente da extração de parte do organismo da paciente.

Nesse contexto, configurando-se a obrigação de meio, somente se poderia responsabilizar civilmente o profissional da medicina mediante prova de culpa, na modalidade de negligência ou imperícia quanto à intervenção cirúrgica. Entretanto, essa demonstração não ocorreu no caso dos autos. Como bem ponderou o eminente relator, a condenação fixada pela Corte de origem baseou-se exclusivamente na equivocada aplicação da presunção de culpa face ao não atingimento de perfeição na segunda operação realizada pelo demandado.

Tem-se por configurada, assim, violação ao art. 14, § 4º, do CDC, motivo pelo qual acompanho o relator, votando no sentido de dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

Capítulo III

RESPONSABILIDADE CIVIL NO RELACIONAMENTO JURÍDICO ELETRÔNICO

PROVEDOR DE PESQUISA – EXIBIÇÃO DE RESULTADO POTENCIALMENTE OFENSIVO – RESPONSABILIDADE

(STJ, 3ª T., REsp. 1.582.981/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, ac. de 10.05.2016, *DJe* 19.05.2016)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.981 – RJ
(2015/0223866-0_)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Advogado: Eduardo Luiz Brock, Eduardo Mendonça e Outro(s), Fábio Rivelli e outro(s), Mariana Cunha e Melo e Outro(s)

Recorrente: Marcio Alvim de Almeida (rec. Adesivo)

Advogado: Marcio Alvim de Almeida (em causa própria) e Outros

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. 1. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. EXIBIÇÃO DE RESULTADOS. POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. AFASTADO. 2. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS RESULTADOS E A PESQUISA. AUSÊNCIA. EXPECTATIVA RAZOÁVEL. FALHA DO SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. 3. OBRIGAÇÃO DE FAZER PERSONALÍSSIMA. DECISÃO JUDICIAL. INÉRCIA RENITENTE. MULTA COMINATÓRIA. FIXAÇÃO DE PATAMAR ESTÁTICO. INSUFICIÊNCIA RECONHECIDA. 4. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Recurso especial em que se debate a responsabilidade civil decorrente da discrepância entre o resultado de busca e a alteração do conteúdo danoso inserido em sítio eletrônico, bem como a obrigatoriedade de atualização dos resultados de busca conforme o novo conteúdo disponível no momento da consulta.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os provedores de pesquisa fornecem ferramentas para localização, dentro do universo virtual, de acesso público e irrestrito, de conteúdos relacionados aos termos informados para pesquisa.

3. Não contém aptidão para causar dano moral a exibição dos resultados na forma de índice, em que se relacionam links para páginas em que há conteúdos relacionados aos termos de busca, independente do potencial danoso do conteúdo em si ou dos termos da busca inseridos pelos internautas.

4. Os provedores de pesquisa podem ser excepcionalmente obrigados a eliminar de seu banco de dados resultados incorretos ou inadequados, especialmente quando inexistente relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado.

5. A ausência de congruência entre o resultado atual e os termos pesquisados, ainda que decorrentes da posterior alteração do conteúdo original publicado pela página, configuram falha na prestação do serviço de busca, que deve ser corrigida nos termos do art. 20 do CDC, por frustrarem as legítimas expectativas dos consumidores.

6. A multa cominatória tem por finalidade essencial o desincentivo à recalcitrância contumaz no cumprimento de decisões judiciais, de modo que seu valor deve ser dotado de força coercitiva real.

7. A limitação da multa cominatória em patamar estático pode resultar em elemento determinante no cálculo de custo-benefício, no sentido de configurar o desinteresse no cumprimento das decisões, engessando a atividade jurisdicional e tolhendo a eficácia das decisões.

8. A multa diária mostrou-se insuficiente, em face da concreta renitência quanto ao cumprimento voluntário da decisão judicial, impondo sua majoração excepcional por esta Corte Superior, com efeitos *ex nunc*, em observância ao princípio da não surpresa, dever lateral à boa-fé objetiva processual expressamente consagrado no novo CPC (art. 5º).

9. Recursos especiais parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente), Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de maio de 2016 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE,

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto por Google Brasil Internet Ltda. fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, bem como recurso adesivo interposto por Marcio Alvim de Almeida, com fundamento na alínea a do mesmo dispositivo constitucional.

Depreende-se dos autos que Marcio Alvim de Almeida propôs ação cominatória cumulada com reparação de danos morais. Asseverou em sua petição inicial que, conquanto tenha sido excluída matéria na qual comentário de terceiro foi indevidamente vinculado a seu nome e profissão, o Google continua exibindo, em seu resultado de busca, a referida matéria associada a seu nome.

Em sentença, o Juízo de primeiro grau condenou a empresa Google "para que proceda a revisão de seu índice de procura, de forma a excluir a associação do nome do autor ao link www.tudosuper.com.br e seus derivados, sob pena de multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais) no caso de descumprimento [...]" (e-STJ, fl. 330).

Contra essa decisão, insurgiram-se ambas as partes, por meio de apelação, obtendo apenas o ora recorrente adesivo o parcial provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 464):

> RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERNET. COMENTÁRIO DIFAMATÓRIO PUBLICADO EM WEBSITE COMO SE FOSSE DE AUTORIA DO AUTOR. NOTIFICAÇÃO DO PROVEDOR DO SITE E CONVERSÃO DO *STATUS* DO COMENTÁRIO PARA ANÔNIMO. NOME DO AUTOR, ENTRETANTO, QUE PERMANECEU INDICADO NOS RESULTADOS DO GOOGLE SEARCH. NOTIFICAÇÃO DA EMPRESA MANTENDEDORA DO SERVIÇO VIRTUAL. NÃO RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENA A RÉ NA OBRIGAÇÃO DE DESVINCULAR O NOME DO AUTOR À URL CONTESTADA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 300,00, LIMITADA A R$ 9.000,00, E DE PAGAR R$ 10.000,00 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELO DE AMBAS AS PARTES. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUE SE REJEITA COM BASE NA TEORIA DA ASSERÇÃO E EM RAZÃO DE SEU ENTROSAMENTO COM O MÉRITO. NO CERNE DA CONTROVÉRSIA, A RÉ RESPONDE PERANTE OS USUÁRIOS QUANDO NOTIFICADA A FILTRAR CONTEÚDO PUBLICADO POR TERCEIROS E PERMANECE INERTE. ÔNUS QUE DECORRE DO EMPREENDIMENTO. ART. 19 DA LEI Nº 12.965/14. FALSA AUTORIA DE COMENTÁRIOS ANTIÉTICOS QUE ABALARAM A REPUTAÇÃO PROFISSIONAL DO AUTOR, ADVOGADO, JUNTO AOS SEUS CLIENTES. OFENSA À HONRA OBJETIVA QUE RENDE REPARAÇÃO MORAL. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PARA R$ 40.000,00. MANUTENÇÃO DO VALOR DAS *ASTREINTES*. ELEVAÇÃO, POR OUTRO LADO, DO SEU LIMITE GLOBAL PARA R$ 50.000,00, COM VISTAS A DAR MAIOR PODER DE COERÇÃO À DECISÃO JUDICIAL. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DO AUTOR E DESPROVIMENTO DO APELO DO RÉU.

Embargos de declaração opostos por ambas as partes litigantes foram rejeitados (e-STJ, fls. 500-504).

Nas razões do especial, a empresa recorrente alega a existência de dissídio jurisprudencial, bem como a violação dos arts. 14, § 3º, I, do CDC; 248, 186, 827 e 944 do CC; e 461, § 6º, do CPC.

Sustenta, em síntese, que o entendimento albergado por esta Terceira Turma é no sentido de que não se pode obrigar os provedores de pesquisa a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão. Assevera que não há prestação de serviço defeituoso na medida em que os servidores de busca não se dedicam ao fornecimento de serviço de filtragem de conteúdo, de modo que o ilícito encontra-se tão somente na origem do conteúdo exibido como resultado de busca. Afirma a inexistência de responsabilidade civil diante da ausência de defeito, bem como da impossibilidade de se imputar a responsabilidade por dano causado exclusivamente por terceiro.

Conclui que a ordem de retirada do resultado de busca é juridicamente impossível, porquanto a recorrente Google não tem ingerência sobre o que consta nos sítios eletrônicos, limitando-se a exibir os resultados localizados. Em consequência, afirma que a fixação das *astreintes* para cumprimento de obrigação impossível resulta em manifesta abusividade e em enriquecimento sem causa do recorrente adesivo.

Subsidiariamente, pleiteia ainda, em atenção ao princípio da eventualidade, a redução da multa diária fixada, que teria se tornado exorbitante por ultrapassar o valor da indenização fixada, bem como a revisão do valor da própria indenização, sustentando "[a]o que se vê, não houve qualquer abalo moral relevante que justifique um valor indenizatório no importe de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais)!" (e-STJ, fl. 531).

Em seguida, o Sr. Marcio interpôs recurso adesivo, pretendendo a majoração das *astreintes* aplicadas, ao fundamento de que o limite imposto pelo Tribunal de origem já foi alcançado e por isso não há mais coercitividade na medida adotada, em especial, diante da manifesta recalcitrância da empresa recorrente em cumprir a decisão judicial.

Em juízo prévio de admissibilidade, o Tribunal de origem inadmitiu o recurso da empresa recorrente, dando azo à interposição de agravo (AREsp n. 776.732-RJ) provido para determinar sua reautuação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Cinge-se a controvérsia a verificar: i) a responsabilidade pela indenização a título de compensação por dano moral decorrente da exibição nos resultados de bus-

ca de associação indevida entre o sítio eletrônico – resultado de busca – e o nome do aqui recorrente adesivo – argumento de pesquisa; ii) a adequação das *astreintes* arbitradas (ponto este devolvido por ambos os recorrentes); e iii) a exorbitância do quantum indenizatório fixado a título de compensação por danos morais.

1. Delineamento fático

Os fatos são incontroversos.

Inicialmente, o nome do autor foi indevidamente vinculado a comentário ofensivo publicado em sítio eletrônico. Após instado pelo autor, o responsável pela publicação excluiu o seu nome, passando a atribuir a autoria do comentário ao *status* de "anonimous", não havendo a partir de então mais nenhuma vinculação entre o texto publicado e o nome do autor.

A despeito da pronta correção, o Sr. Marcio afirma que, ao pesquisar seu nome no buscador do Google, a página, na qual inicialmente se divulgou o referido comentário vexatório, permanece indicada entre os resultados, ainda que ao acessá-la não haja mais qualquer referência a seu nome.

Diante desses fatos, acolheu-se nas vias ordinárias a existência de responsabilidade da empresa recorrente, impondo-lhe a obrigação de excluir dos seus resultados a indicação da página www.tudosuper.com.br para pesquisas relacionadas ao nome do Sr. Marcio.

2. Dos limites da responsabilidade civil dos provedores de busca em razão de falha na prestação de serviço.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 12.965/14 – Marco Civil da Internet, esta Corte Superior tem sido chamada a enfrentar a questão da responsabilidade civil e seus limites, em razão de danos causados por meio da web. No enfrentamento da questão, diante do vácuo legislativo específico, se trouxe à baila questões jurídicas que envolviam, além da aplicação da legislação civil e consumerista, a essência dos serviços prestados, a fim de se aferir o grau de participação na causação do dano, como elemento para delimitação do liame subjetivo da responsabilidade.

Com efeito, tanto essa metodologia utilizada nos julgamentos do STJ quanto as próprias conclusões reiteradamente alcançadas, alinham-se ao consenso que vem sendo paulatinamente construído em âmbito global, no sentido de se limitar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações pelos danos eventualmente causados, consenso do qual se tem extraído o princípio de que "onde há controle haverá responsabilidade, mas na falta desse controle o fornecedor não é responsável" (ZENOVICH, V.Z. *Apud* MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 350). Noutros termos, identificando-se uma atividade de mero transporte de informações, não tendo o provedor qualquer decisão quanto ao con-

teúdo da informação ou à seleção dos destinatários do referido conteúdo, afastada estará sua eventual responsabilização.

Os provedores de pesquisa, como é o caso do Google Search, são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como espécies de provedores de conteúdo, os quais, por sua vez, inserem-se no conjunto mais amplo dos provedores de aplicações, conjunto este atualmente reconhecido pela novel Lei do Marco Civil da Internet. Nesse cenário, por silogismo, esses provedores não se sujeitariam à responsabilização, porquanto se evidencia a ausência absoluta de controle quanto ao conteúdo danoso divulgado.

Nesse sentido é o entendimento albergado reiteradamente por esta Corte Superior, no qual se sublinha a limitação do serviço oferecido à mera exibição de índices e links para acesso ao conteúdo publicado e disponível na rede mundial. Por todos, confira-se (sem grifo no original):

> CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO.
>
> 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
>
> 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
>
> 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.
>
> 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.
>
> 5. **Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados.** Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa.
>
> 6. **Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os**

> **resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido**.
>
> 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. **Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa**.
>
> 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.
>
> 9. Recurso especial provido. (REsp n. 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* 29/6/2012)

Da leitura do referido acórdão, denota-se que, para além do afastamento da responsabilidade civil pelos danos eventualmente sofridos, reconheceu-se ainda a impossibilidade de se obrigar a Google a excluir dos resultados de pesquisa determinados termos os quais conduziriam à exibição do conteúdo danoso. Essa conclusão foi extraída a partir da premissa de que, retirado o conteúdo nocivo da rede, automaticamente estaria excluído o resultado da busca. E isso foi expressamente considerado nas razões de decidir, como se verifica do seguinte trecho do voto (sem grifo no original):

> Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Ora, se a página possui conteúdo ilícito, cabe ao ofendido adotar medidas tendentes à sua própria supressão, com o que **estarão, automaticamente, excluídas dos resultados de busca virtual dos sites de pesquisa**.

Na prática, contudo, essa premissa tem se mostrado irreal, e a presente demanda é prova cabal disso. Note-se que, conquanto o conteúdo nocivo tenha sido prontamente corrigido – independentemente de ação judicial e ordem judicial – na página em que divulgado originariamente, o índice do Google Search permanece exibindo o link como se na página indicada ainda houvesse o conteúdo retirado. Diante desse novo contexto fático, até o momento não enfrentado por esta Corte Superior, convém se revisitar a essência do serviço prestado, a fim de aferir a existência de eventual falha, bem como sua correspondente aptidão para configurar, ou não, um acidente de consumo, a impor sua responsabilização direta.

Como assentado em julgados anteriores do STJ, os sítios de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que "o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada" (REsp n. 1.316.921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* 29/6/2012). Para tanto, forma-se uma espécie de índice do conteúdo disponível na internet, qualquer que seja esse conteúdo, facilitando o acesso às informações disponíveis, livre de qualquer filtragem ou censura prévia.

Isso é possível porque, conforme explicação simplificada, divulgada no próprio site da Google e que descreve como funciona a pesquisa "por dentro" (https://www.google.com/intl/pt-br/insidesearch/howsearchworks/), esse serviço tem por essência o rastreamento e a indexação de trilhões de páginas disponíveis na web, possibilitando a localização e organização, segundo critérios internos de classificação e relevância das páginas já indexadas e organizadas em sua base de dados (sistema PageRank). Essa indexação, a princípio, é passível de futuras atualizações. Contudo, de modo geral, o sistema trabalha apenas acrescentando à base de dados as páginas novas localizadas por seu sistema de varredura.

No intuito de agregar velocidade ao sistema de pesquisas e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha numa crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos. Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que os resultados um dia existentes serão necessariamente excluídos. Isso porque, de fato, algumas páginas serão varridas novamente – segundo uma periodicidade que variará de acordo com um sistema exclusivo de ranking das páginas, que toma em consideração a quantidade de vezes que ela é mencionada na rede por outros usuários e o volume de consultas e acessos –, porém, outras páginas, por sua ínfima relevância no meio virtual, serão ignoradas em novas varreduras, mantendo-se íntegro o resultado atrelado na base de dados do Google Search aos argumentos de pesquisa inseridos pelos internautas.

Essa ausência de atualização constante não pode ser compreendida como uma falha do sistema de busca ou como uma atividade, por si só, geradora de dano, suscetível de imputar ao provedor de pesquisa a responsabilidade civil.

Com efeito, o resultado apontado em decorrência da ausência de atualização automática não é o conteúdo ofensivo em si, mas a mera indicação do link de uma página. Ao acessar a página por meio do link, todavia, o conteúdo exibido é exatamente aquele existente na página já atualizada e, portanto, livre do conteúdo ofensivo e do potencial danoso.

Por essa linha de raciocínio, deve-se concluir, primeiramente, que não há dano moral imputável à Google, que apenas estampa um resultado já programado em seu banco de dados para determinados critérios de pesquisa, resultado este restrito ao link de uma página que, uma vez acessado, não dará acesso ao conteúdo ofensivo em si porque já retirado.

Outrossim, impõe-se concluir que, ao espelhar um resultado, que um dia esteve disponível mas não se encontra publicado na rede mundial na data da busca, a ferramenta de pesquisa apresenta-se falha em seu funcionamento, não correspondendo adequadamente ao fim a que se destina. Frisa-se que a falha não está relacionada estritamente à esfera individual do recorrente especial, mas, de forma objetiva, à exibição de resultado que já não corresponde, não guarda nenhuma pertinência, ao argumento objeto de busca.

Nesse diapasão, não se pode olvidar a cediça incidência do CDC aos serviços prestados por meio da internet, inclusive quanto ao específico sistema de pesquisa Google Search. Desse modo, ainda que se trate de fornecimento de serviços sem contraprestação financeira direta do consumidor, o fornecedor do serviço virtual não se exime da entrega da prestação em conformidade com a legítima expectativa consumerista, atraindo por analogia a incidência do art. 20 do CDC.

Nos termos do referido art. 20 e seu § 2º, estabelece o CDC o dever de os fornecedores em mercado de consumo entregarem serviços que se mostrem adequados aos fins que razoavelmente deles se esperam, cominando, no caso de descumprimento, a obrigação de: i) reexecutar o serviço; ii) restituir a quantia paga; ou iii) abater proporcionalmente o preço, conforme opção a ser exercida pelo consumidor.

Não se ignora que as regras do CDC, pensadas no início dos anos 1990, têm redação por vezes imperfeitas para a compreensão imediata de questões da dinâmica era digital, no entanto, sua interpretação teleológica fornece instrumentos suficientes para sua adequada aplicação. Desse modo, tratando-se de serviço gratuito não cabe mesmo as opções previstas nos incisos II e III do *caput* do art. 20 do CDC, mas mantêm-se hígidos tanto a obrigação de entregar serviço adequado à sua finalidade como o dever de reexecução para correção das falhas existentes.

Nessa trilha, a compreensão de que a Google deve corrigir sua base de dados e adequá-la aos resultados de busca atuais, fazendo cessar a vinculação do nome do autor à página por ele indicada, é medida que concretiza diretamente aquele seu dever, enquanto fornecedora do serviço de busca, de entregar respostas adequadas ao critério pesquisado. Claro que no ambiente intensamente dinâmico, falhas e incorreções podem porventura ser identificadas, entretanto, não há espaço para a inércia da empresa em corrigir uma clara falha de seu serviço, quando cientificada pelo consumidor, em especial, diante da fácil constatação de que o vínculo original não mais se sustenta e a mera reindexação é manifestamente suficiente para essa correção.

No cenário global, também é esse o entendimento que vem despontando como solução razoável em torno dos mecanismos de busca disponíveis na internet: os resultados de busca devem ser passíveis de correções e adequações, de forma a se preservar o direito individual daqueles atingidos pela disponibilização da informação.

Nesse sentido, houve decisão do Tribunal de Justiça europeu, em maio de 2014, reconhecendo a obrigação da Google de apagar dos resultados de pesquisa – enquanto materialização do direito ao esquecimento – os dados de um cidadão espanhol que, embora verdadeiros, foram considerados irrelevantes para o livre acesso público à informação (C-131/12), bem como a consequente responsabilização civil em caso de descumprimento da decisão judicial (sobre o tema: Factsheet on the "right to be forgotten" ruling (C-131/12). Disponível em <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_ en.pdf> Acesso em 2/5/2016).

Esse precedente impulsionou o debate internacional acerca da responsabilização dos bancos de dados virtuais, tanto na esfera legislativa como doutrinária (FRANTZIOU, Eleni. Further developments in the right to be forgotten: the european court of justice's judgment in case C-131/12. Human Rights Law Review, n. 14, Oxford University Press, 2014, p. 761-777). No fórum europeu, o debate culminou na recente revisão de sua legislação acerca da proteção de dados no ambiente virtual, cuja Diretiva e Regulamento, ainda não publicados, foram aprovados no último dia 14 de abril, estabelecendo-se como princípio da proteção de dados a pronta correção ou exclusão de dados incorretos ou inadequados.

Com efeito, desde o referido precedente da Corte europeia, tem-se admitido em solo europeu a obrigação de pronta correção ou exclusão de dados pessoais, sempre que, sob o crivo da Justiça, se verificar a incorreção, irrelevância, desnecessidade ou excesso na informação existente em meio virtual, inclusive quanto aos dados mantidos no banco do Google Search, tal qual aqui preconizado.

Ressalte-se, ademais, que esse entendimento também não conflita com o atual Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) que, em seu art. 19, igualmente admite a responsabilização do provedor de aplicações na hipótese de descumprimento de decisão judicial, nos seguintes termos:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Diante dessas considerações, a despeito da inexistência de dano moral, nem mesmo potencial, uma vez que mera indexação promovida pela empresa recorrente não tem nenhum potencial ofensivo, a inércia quanto à correção da falha do serviço entregue à comunidade consumidora da internet não tem respaldo legal, e merece repúdio e correção pelo Poder Judiciário. Em síntese, é legítima a imposição da obrigação de fazer consistente na quebra do vínculo virtual entre o nome do recorrente adesivo e a página, cuja URL <www.tudosuper.com.brinovo/macons-

perseguem-cidadao-por-questionar-administracao-suspeita-de-corrupcao/> é indicada desde a petição inicial (e-STJ, fl. 4) e reconhecida pela própria Google em suas razões recursais (e-STJ, fl. 513).

3. Da adequação das *astreintes* fixadas.

[...]

É como voto.

PROVEDOR DE PESQUISA – INTERMEDIAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL

STJ, 3ª T., REsp. 1.444.008/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 25.10.2016, *DJe* 09.11.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.008 – RS (2014/0064646-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: UNIVERSO ON LINE – UOL

Advogados: Rodrigo Dorneles – Rs046421

Charlene Miwa Nagae e Outro(s) – Sp257328

Recorrido: José Leandro Gourgues

Advogados: Rodrigo Da Silva e Outro(s) – RS055288

Adriano Davis Tidra – RS060153

Interes.: Paula Daniela de Souza Pereira – Microempresa

EMENTA

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA VOLTADA AO COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERMEDIAÇÃO. AUSÊNCIA. FORNECEDOR. NÃO CONFIGURADO.

1. Ação ajuizada em 17/09/2007. Recurso especial interposto em 28/10/2013 e distribuído a este Gabinete em 26/08/2016.

2. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

3. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo.

4. Existência de múltiplas formas de atuação no comércio eletrônico.

5. O provedor de buscas de produtos que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor não pode ser responsabilizado por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). TAIS BORJA GASPARIAN, pela parte RECORRENTE: UNIVERSO ON LINE – UOL.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por UNIVERSO ONLINE S/A, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão exarado pelo TJ/RS.

Ação: ajuizada em face de PAULA DANIELA DE SOUZA PEREIRA – ME e da recorrente, em que a recorrida pleiteia a rescisão contratual e a devolução de valores pagos decorrente de compra de um aparelho palm top, realizada no site www.vntshop.com, cujo produto adquirido não foi entregue, cumulada com a condenação em indenização por danos morais. Na inicial, a recorrida esclarece que o site foi a ela indicado no buscador chamado Shopping UOL, mantido pela recorrente.

Sentença: após afastar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela recorrente, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a recorrente e a corré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 522,57 (quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e sete reais), corrigidos monetariamente, e ônus sucumbenciais.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente, em julgamento assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA DE PRODUTO PELA INTERNET. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA APELANTE AFASTADA. RESPONSABILIDADE PELA NÃO ENTREGA DA MERCADORIA PELA EM-

PRESA VENDEDORA. A apelante possui legitimidade para responder à demanda, porquanto a mesma fornece serviço – ferramenta de busca – a qual propicia aos usuários de internet a localização de lojas virtuais e seus respectivos produtos, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviços. Pelo fato de a apelante realizar a aproximação dos consumidores para a compra e venda de mercadorias, por meio da internet, torna-se responsável, solidariamente, para responder pelos danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com vendedor, se vê vitimado por fraude, diante da não entrega de mercadoria adquirida, caso dos autos. APELAÇÃO DESPROVIDA

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, não foram acolhidos pelo TJ/RS.

Recurso especial: alega violação aos arts. 3º, 7º, parágrafo único, e 14 do CDC, e ao art. 267, VI, do CPC/73, pois, disponibilizar ferramenta de busca voltada ao comércio eletrônico, o recorrente não passa a integrar a cadeia de fornecimento e não responde, objetiva e solidariamente, com as lojas virtuais com quem os consumidores firmam negócio jurídico. Sustenta, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

Relatados os fatos, decide-se.

VOTO

Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a determinar se, no comércio eletrônico – isto é, nas compras realizadas na Internet –, há responsabilidade solidária, nos termos do art. 7º do CDC, entre o vendedor do produto e o provedor de serviços de buscas de mercadorias à venda on-line. Em outras palavras, busca-se decidir se o recorrente, em razão de disponibilizar serviço de busca, passa a integrar a cadeia de fornecimento e, assim, ser um fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC.

I – Da aplicabilidade do CDC

1. Conforme julgado por este Tribunal no REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, *DJe* 29/06/2012), é inegável que a exploração comercial da Internet sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Newton DE LUCCA aponta o surgimento de "uma nova espécie de consumidor [...] – a do consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional" (Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27).

2. Com efeito, as peculiaridades inerentes a essa relação virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.

3. Nesse sentido, Fernando Antônio de VASCONCELOS observa que "o serviço preconizado na Lei 8.078/90 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o prestador [provedor] de serviços da Internet do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor" (Internet. Responsabilidade do provedor pelos danos praticados. Curitiba: Juruá, 2004, p. 116).

4. Ressalte-se que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. Na lição de Cláudia Lima Marques, "a expressão 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço" (Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, 2003, p. 94).

5. No serviço ofertado pela recorrente, chamado SHOPPING UOL, da mesma forma que outros serviços de busca, há o chamado marketing cruzado – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outros. Apesar das pesquisas realizadas via SHOPPING UOL serem gratuitas, a empresa vende espaços publicitários no site bem como preferências na ordem de listagem dos resultados das buscas.

6. Ainda na lição de Cláudia Lima MARQUES, veja-se que "estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal", concluindo que "no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do 'enriquecimento' dos fornecedores pelos serviços ditos 'gratuitos' pode comprovar" (op. cit., p. 95). Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de Internet, ainda que prestados gratuitamente.

II – Do comércio e dos contratos eletrônicos

7. Considerando que o presente recurso versa sobre uma controvérsia relacionada a comércio eletrônico, algumas considerações devem ser feitas para a melhor compreensão do tema.

8. A título de definição, utiliza-se a expressão comércio eletrônico para se referir a "toda e qualquer forma de transação comercial em que as partes interagem eletronicamente, em vez de estabelecer um contato físico direto e simultâneo", sendo sua principal característica a realização de operações comerciais por meio de contratação eletrônica, entendida como "a celebração ou a conclusão de contratos por meio de ambientes ou instrumentos eletrônicos" (KLEE, Antonia Espindola Longoni. Comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2014, p. 71).

9. Sobre as peculiaridades dos contratos eletrônicos, Cláudia Lima MARQUES (Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. São Paulo:

RT, 2001) narra as dificuldades da formação dos contratos em ambiente virtual, com a consequente desmaterialização da relação e ausência de contato físico, bem como os desafios suscitados na defesa dos consumidores, *in verbis*:

> O Contrato eletrônico é concluído sem forma física, desmaterializado, são bits e códigos binários. A linguagem do contrato também é diferente, é virtual em um primeiro momento e semiescrita, num segundo. Como vimos, quando o consumidor aperta o botão, direciona o mouse ou seu lápis eletrônico para o click de aceitação, o écran está cheio de imagens, cores, sons, lembretes escritos, figuras etc. nesse primeiro momento, todas estas impressões criam a confiança do consumidor. Em um segundo momento (ou no momento zero, pois pode o consumidor mais atento ter olhado as condições gerais contratuais de forma prévia!), as condições gerais do contrato impostas pelo fornecedor aparecem em uma janela soba a forma escrita e – normalmente – poderão ser baixadas (downloaded). Este iter virtual de contratação traz dois problemas para o direito do consumidor: como assegurar a compreensão e a reflexão do consumidor sobre o negócio que está concluindo, cuja importância não podemos diminuir, pois hoje o comércio eletrônico não é só de "bagatela" e inclui já muitos serviços financeiros on-line!

10. A doutrina afirma existir três classes de contratos eletrônicos: (i) os contratos intersistêmicos, os quais se formam com o computador como ponto convergente de vontades preexistentes. Nesses contratos, "as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o computador, interligado em rede, interfira na formação dessas vontades"; (ii) os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles por meio da utilização de computadores. São caracterizados pela atuação humana nas duas pontas da relação comercial, servindo o computador como "meio de comunicação entre as partes, interagindo na formação da vontade destas e na instrumentalização do contrato"; e, por fim, (iii) os contratos eletrônicos interativos, que são celebrados via Internet, mediante acesso aos recursos disponíveis em sites dos fornecedores, em que "uma pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esta esteja, ao mesmo tempo, conectada e sem que tenha ciência imediata de que o contato foi efetuado". Conforme afirma KLEE (Op. cit., p. 142-143), nesses contratos, em que os meios eletrônicos influenciam a formação da vontade do consumidor, são contratos de adesão, automatizados, instantâneos, sem contato pessoal.

11. Não bastassem as dificuldades e desafios apresentados pelas novas formas de formação contratual que, conforme exposto acima, possuem características muito peculiares ao ambiente virtual, ainda há uma plêiade de formas de organização dos fornecedores no ambiente virtual do comércio eletrônico. Em outras palavras, a Internet não apresenta uma única forma de contratação eletrônica. Novos modelos de negócio surgem todos os dias e, por isso, o Direito não pode tratá-los de maneira igual.

12. A fim de corroborar o afirmado, novamente a acertada lição de Cláudia Lima MARQUES (Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2001, p. 80) descreve algumas das formas de organização comercial e as dificuldades com a desmaterialização dos contratos e a ausência de contato entre os contratantes:

> O *on-line-shop* ou *e-shop* poder único ou "em carrinho"; isto é, o consumidor recebe oferta e compra apenas uma coisa, ou tem acesso a todos os produtos e serviços daquele fornecedor e, como se tivesse um carrinho de supermercado, vai colocando neste "carrinho" suas "compras". Esse seria o modelo mais comum, como se o consumidor entrasse na loja virtual (*shop*) do fornecedor. O consumidor pode também ter acesso a um *cybermall*, quando os fornecedores reunidos oferecem todos seus produtos em uma espécie de *shopping center* eletrônico. Como vimos, o consumidor pode ter acesso direto ao fabricante, aos comerciantes intermediários (concessionárias, distribuidores, franqueados etc.), aos comerciantes tradicionais e por meio de leilões *on-line*, sejam eles organizados pelos próprios fornecedores de produtos seus ou "semivoluntários", realizados em plataformas de leiloeiros, nas quais quem pode estar vendendo é outro consumidor.

13. Em resumo, em ambiente virtual, o consumidor pode travar contato – mesmo que eletrônico – de várias formas com o fornecedor, seja diretamente ou por meio de distribuidores, em ambientes que se assemelham a *shopping centers* ou em leilões eletrônicos.

III – Dos serviços de busca na Internet

14. O serviço prestado pela recorrente é um mecanismo busca orientado ao comércio eletrônico, em que é possível encontrar os produtos e serviços vendidos em ambiente virtual, bem como realizar comparações de preços entre eles, sem realizar qualquer intermediação entre consumidor e vendedor. Dessa forma, é necessário fazer uma rápida delimitação da natureza e alcance desses serviços, baseando-se no que foi analisado no REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, *DJe* 29/06/2012).

15. Com a publicação da Lei 12.965/2014, que institui o Marco Civil da Internet, muitos dos elementos que compõem a rede mundial de computadores foram definidos normativamente. Assim, temos que a Internet foi definida como "o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes" (art. 5º, I).

16. Na Internet, há uma multiplicidade de atores oferecendo diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários, conforme se afirmou no REsp 1.316.921/RJ:

> Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de

gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

17. Na hipótese de provedores de aplicações de busca na Internet, há a disponibilização de ferramentas que, por meio de algoritmos e de indenização, auxiliam o usuário a encontrar websites ou outros recursos, de acordo com os argumentos de pesquisa inseridos no serviço de busca. Novamente, como julgou esta Corte:

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. [...]

Como bem descreve a recorrente na inicial do agravo de instrumento, o mecanismo de busca dos provedores de pesquisa trabalha em 03 etapas: (i) uma espécie de robô navega pela web identificando páginas; (ii) uma vez identificada, a página passa por uma indexação, que cataloga e mapeia cada palavra existente, compondo a base de dados para as pesquisas; e (iii) realizada uma busca pelo usuário, um processador compara os critérios da pesquisa com as informações indexadas e inseridas na base de dados do provedor, determinando quais páginas são relevantes e apresentando o resultado. Evidentemente, esse mecanismo funciona ininterruptamente, tendo em vista que, além de inúmeras páginas serem criadas a cada dia, a maioria das milhões de páginas existentes na web sofrem atualização regularmente, por vezes em intervalos inferiores a uma hora, sendo que em qualquer desses momentos pode haver a inserção de informação com conteúdo ilícito. (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, *DJe* 29/06/2012)

18. Além disso, os resultados apresentados pelos buscadores nada mais são que outros sites ou recursos da Internet, que ali se encontram de forma pública, isto é, independentemente do provedor de busca. Esses sites ou recursos sofrem atualizações de forma constante e ininterrupta. Mesmo com a existência de diversos mecanismos de filtragem do conteúdo da Internet, na maioria das vezes é inviável ao provedor da busca exercer alguma forma controle sobre os resultados da busca.

19. Nesse sentido, vale mencionar a lição de Newton DE LUCCA, segundo a qual "a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na Internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas" (op. cit., p. 400).

20. Em razão das características dos provedores de aplicações de busca na Internet, acima resumidas, este Superior Tribunal de Justiça entendeu que os provedores de pesquisa: (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário; e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, *DJe* 29/06/2012).

IV – Dos limites de responsabilidade do recorrente

21. Da mesma forma que os provedores de busca na Internet, apesar da evidente relação de consumo que se estabelece entre a recorrente e aqueles que utilizam seu serviço, a responsabilidade pelas compras de produtos e mercadorias expostos nos resultados deve ser limitada à natureza da atividade por ela desenvolvida.

22. Essa análise do modo como o serviço é prestado na Internet é de importância fundamental para se identificar as hipóteses de responsabilidade em cada situação, pois, como afirmado acima, são muitos os modelos de negócios que existem em ambiente virtual, o que é corroborado pela doutrina:

> Analisando as variadas formas de disponibilização de produtos na Internet, dentre os quais, os sites de leilão virtual, de compras coletivas etc., outras possibilidades são destacadas, como a loja virtual ser desenvolvida e mantida por um fornecedor, que possui o seu próprio provedor, sendo, portanto, o único responsável pelos danos que causar ao consumidor no comércio eletrônico. Em outra situação, o fornecedor desenvolve o software da loja virtual e todo o sistema de segurança e política de privacidade, mas terceiriza o serviço de hospedagem em um provedor. Por fim, o fornecedor pode, ainda, contratar com uma desenvolvedora de software especializada em comércio eletrônico, a qual desenvolve a loja virtual, oferece toda a infraestrutura e sistemas para a negociação eletrônica, podendo hospedar a loja virtual ou contratar esse serviço com um terceiro-provedor. (LIMBERGER, Têmis. A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. In: RDC 97/261)

23. Similarmente ao acórdão recorrido, Têmis LIMBERGER noticia que alguns Tribunais de Justiça entendem que "o serviço de apresentar o produto ao consumidor, intermediando a realização de negócio por meio de site e recebendo co-

missão quando perfectibilizado, enquadra-se nas normas do art. 3.º, § 2.º, do CDC" (A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. In: RDC 97/259).

24. Neste ponto, portanto, há de ser feita uma distinção fundamental para este julgamento. De um lado, existem provedores de serviço na Internet que, além de oferecerem a busca de mercadorias ao consumidor, fornecem toda a estrutura virtual para que a venda seja realizada. Nesses casos, e o acórdão recorrido traz alguns exemplos, a operação é realizada inteiramente no site desse prestador. Sendo um contrato interativo, conforme exposto acima, a interação do consumidor se perfaz somente com os recursos virtuais fornecidos pelo prestador de serviço e, dessa forma, também passa a fazer parte da cadeia de fornecimento, nos termos do art. 7º do CDC, junto com o vendedor do produto ou mercadoria. Nestas situações, é comum a cobrança de comissões sobre as operações realizadas.

25. Há, contudo, uma situação muito distinta quando o prestador de buscas de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com os argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico.

26. Nestas hipóteses, após a busca, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido por este, e não pelo prestador de busca de produtos. Também se diferencia da situação anterior, pela ausência da cobrança de comissões sobre as operações realizadas, pois nestas circunstâncias os rendimentos dos prestadores de busca se originam da venda de espaço publicitário.

V – Do conceito de fornecedor no CDC

27. Neste momento, cumpre ainda compreender o conceito de fornecedor, segundo a legislação em vigor, bem como a doutrina consumerista, a fim de analisar se os serviços prestados pela recorrente poderiam inseri-la na cadeia de fornecedores.

28. Segundo o art. 3º, *caput*, do CDC, fornecedor é: toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

29. Tem-se, assim, que o elemento caracterizador do fornecedor é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, de maneira habitual, tais como a comercialização, a produção, a transformação, a importação e a distribuição de produtos.

30. Com fundamento no mencionado dispositivo legal, o CDC considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, independentemente da forma como se relacionam com o consumi-

dor (direta ou indireta, contratual ou extracontratual). A esse respeito, a doutrina afirma que:

> [...] o CDC menciona fornecedores, pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação execução de serviços) da sociedade de consumo. O parágrafo único do art. 7º do CDC bem especifica que há mesmo solidariedade nesta cadeia [...] (BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 5ª ed., 2013, p. 114)

31. Não bastasse a amplitude da definição de fornecedor na legislação consumerista, a doutrina contemporânea alega a existência do chamado "fornecedor equiparado", que seria:

> [...] aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguros de vida de grupo etc.). (BENJAMIN, A. H.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Op. cit., p. 118-119)

32. Ainda segundo essa mesma doutrina, a figura do fornecedor equiparado, mesmo sem ser o fornecedor do contrato principal, detém uma posição de poder em relação ao consumidor.

VI – Considerações sobre a hipótese dos autos

33. Na hipótese dos autos, é possível verificar que não é feita distinção existente entre os buscadores de produtos voltados ao comércio eletrônico. Na sentença (e-STJ fl. 146), lê-se que:

> Está pacificado o entendimento de que as empresas que realizam a intermediação objetivando a compra e venda de mercadorias, através de ofertas publicadas na rede mundial de computadores. São responsáveis solidariamente, apresentando legitimidade para responde pelos danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com vendedor, que se vê vitimado por fraude.

34. No mesmo sentido, o acórdão recorrido (e-STJ fls. 229-230) afirma que a recorrente integra a cadeia de fornecedores e, assim, é responsável pelo inadimplemento contratual, bastando para isso o simples fato de ela realizar a aproximação entre consumidores e fornecedores, como é possível perceber no trecho abaixo:

> A apelante possui legitimidade para responder à demanda, porquanto a mesma fornece serviço – ferramenta de busca – a qual propicia aos usuários de internet a lo-

> calização de lojas virtuais e seus respectivos produtos, integrando assim a cadeia de fornecedores de serviços.
>
> Sendo assim, pelo fato de a apelante realizar a aproximação dos consumidores para a compra e venda de mercadorias, por meio da internet, é responsável, solidariamente, para responder pelos danos experimentados pelo consumidor que, em negociação com o vendedor, se vê vitimado por fraude, diante da não entrega de mercadoria adquirida, caso dos autos.
>
> Em que pese a recorrente não interfira na relação de consumo entre os que se utilizam da ferramenta de busca disponibilizada, ou mesmo possa ser caracterizada como hospedeira do site em que efetuada a compra, a empresa demanda aufere lucro com os serviços que presta, integrando a relação de consumo por viabilizar a aproximação entre o consumidor e o vendedor do produto.

35. Ao desconsiderar as diferentes formas de buscas voltadas ao comércio eletrônico e levando ao extremo o argumento contido na parte final do trecho acima transcrito, seria como responsabilizar um jornal ou uma revista pelo produto anunciado, considerando que também eles auferiram rendimentos pela venda de espaço publicitário. No entanto, tal tese não merece guarida em nosso direito.

36. Responsabilizar a recorrente por todas as vendas propiciadas pelas buscas por ela realizadas, seria como impor-lhe a obrigação de filtrar e verificar a ausência de fraude de cada uma das lojas virtuais existentes na Internet. Sobre essa obrigação, rememora-se o que decidiu esta Corte no precedente mencionado acima, sobre buscadores de conteúdo na Internet:

37. No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.

> Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de Internet age "como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros" (Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901). [...]
>
> As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores. (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, *DJe* 29/06/2012)

38. É inegável, assim, que a recorrente, na prestação de serviços de busca de produtos, deve garantir o sigilo e a segurança de seus usuários e de suas buscas, bem como o bom funcionamento do sistema. Também, por consequência, será responsável por fatos advindos dessas obrigações.

39. Contudo, ao se abster de participar da interação que levará à formação do contrato eletrônico entre consumidor e o vendedor do produto propriamente dito, não há como lhe imputar responsabilidade por qualquer vício da mercadoria ou inadimplemento contratual.

40. Diante de todo o exposto acima, conclui-se que o provedor do serviço de busca de produtos – que não realiza qualquer intermediação entre consumidor e vendedor – não pode ser responsabilizado pela existência de lojas virtuais que não cumprem os contratos eletrônicos ou que cometem fraudes contra os consumidores, da mesma forma que os buscadores de conteúdo na Internet não podem ser responsabilizados por todo e qualquer conteúdo ilegal disponível na rede.

41. Em consequência, pela natureza do serviço prestado pela recorrente, não incide na hipótese dos autos os art. 3º e 7º do CDC, devido à impossibilidade de considerá-la participante na cadeira do fornecimento do produto à recorrida, sequer como fornecedor equipado, por não deter qualquer posição de poder ou influência sobre o consumidor no momento do aperfeiçoamento do contrato eletrônico.

42. Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar a condenação imposta à recorrente.

43. Reconhecida a sucumbência da recorrida, fixo honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (mil reais). Considerando que a recorrida faz jus à gratuidade da justiça, na forma da lei, determino a suspensão da exigibilidade dos ônus sucumbenciais, nos termos do § 3º do art. 98 do CPC/15.

Capítulo IV

DANO MORAL

RESPONSABILIDADE CIVIL – TABAGISMO – INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL – DESCABIMENTO DA INDENIZAÇÃO

TJMG, 18ª Câm. Civ., Ap. Cív. 1.0596.04.019579-1/001, Rel. Des. Unias Silva, ac. 16.09.2008

Processo n. 1.0596.04.019579-1/001(1)

Relator: Unias Silva

Relator do Acórdão: Unias Silva

Data do Julgamento: 16.09.2008

Data da Publicação: 07.10.2008

Inteiro Teor:

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESCRIÇÃO DO ART. 27 DO CDC. NÃO INCIDÊNCIA. REJEIÇÃO. EMPRESA FUMAGEIRA. TABAGISMO. PROPAGANDA ENGANOSA. DOENÇA PULMONAR. ACEITAÇÃO DO RISCO PELO FUMANTE. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. PEDIDOS IMPROCEDENTES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, mas, sim, escudada no art. 186, do Código Civil, não há que se falar em prescrição quinquenal, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor. Para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil) é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros. Impossível se apresenta a pretensão do autor tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, quando não comprovado o nexo causal entre a doença diagnosticada e o tabagismo.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18.ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade

da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, Em rejeitar a preliminar, à unanimidade, e negar provimento ao recurso, vencido o Des. Revisor.

Belo Horizonte, 16 de setembro de 2008

Des. UNIAS SILVA, Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pela apelada, o Dr. Paulo Rogério Brandão Couto.

O SR. DES. UNIAS SILVA:

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO DO RECURSO.

Trata-se de Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada por WALTER LUIZ PADUAN PEREIRA em face de COMPANHIA DE CIGARROS SOUZA CRUZ S/A.

Pela sentença de fls. 2.091-2.098, as preliminares erigidas no curso do processo foram rejeitadas e, no mérito, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes, extinguindo-se o feito com fulcro no art. 269, I, do CPC, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, suspendendo-se o cumprimento desta obrigação enquanto perdurarem os benefícios da gratuidade judiciária, nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/1950.

Totalmente inconformado, recorre o autor através das razões recursais de fls. 2.109-2.134-TJ. Almeja o suplicante seja reformada a sentença, em sua integralidade, e para tanto alega que ela se encontra em dissonância com as provas produzidas nos autos e eivada de referências estranhas ao caso. Aduz que restou devidamente comprovado ser usuário de cigarros fabricados e vendidos pela ré ao longo de vários anos, comprovou ainda que uso destes produtos de causaram danos graves a sua saúde, sendo claro o nexo causal entre o uso do produto e suas lesões, devendo a ré lhe indenizar pelos danos causados.

Afirma também que a ré sequer produziu contraprova em relação ao fato de ser usuário/consumidor dos cigarros que fabrica e comercializa, que nada existe nos autos a respeito de ser fumante de cigarros de palha. Salienta o fato de ter começado a fumar cigarros nos idos de 1940, quando tinha apenas 12 anos de idade, por força das enganosas campanhas publicitárias da ré, que demonstravam um falso *glamour* e prazer, e não apenas em 1988, quando a ré foi obrigada a inserir nos maços de cigarros advertências sobre os males que o uso do produto poderiam causa à saúde.

Registra ainda que não consumia cigarros por própria vontade, mas porque o tabagismo é um vício, já que o cigarro vicia os que dele fazem uso, sendo que isso já é provado cientificamente. Destaca que o cigarro mata mais de 5 milhões de usuários por ano.

Anota que não é possível se cogitar em prescrição, já que nos autos existem atestados e documentos datados de 2004, demonstrando ser portador de enfisema pulmonar e que neste mesmo ano é que foi ajuizada a presente ação. Que também comprovou ter sofrido AVC.

Destaca que o que é arrecadado com os impostos cobrados sobre a fabricação e comercialização de cigarros é insuficiente para custear os gastos com o tratamento de usuários de tais produtos. Colaciona julgados que entende aplicáveis ao caso.

Requer, ao final, sejam julgados procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 2.136-2.166.

Remetidos os autos a d. Procuradoria-Geral de Justiça, o il. representante do Ministério Público manifestou no sentido de ser desnecessária sua intervenção no feito.

Este é o relatório necessário. PASSO A DECIDIR.

Registro de início, resolvidas as questões preliminares e prejudiciais no bojo da sentença e não havendo recurso a respeito, cabe a esta Instância Revisora apenas apreciar o mérito do litígio. Porém, aprecio novamente a questão da prescrição, desta vez, erigida nas contrarrazões recursais.

DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Em relação a alegada prescrição dos direitos do autor, não merece acolhida a assertiva de que ao caso incide a regra do art. 27 do CDC.

Ora, extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, art. 186 do Código Civil, não em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que não incide ao caso a regra do art. 27 do CDC.

Neste sentido:

> "EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. USO DE CIGARROS. TABAGISMO. ÓBITO. PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC). NÃO INCIDÊNCIA. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC" (TJMG, Apelação Cível n. 1.0459.05.0206919/001, Comarca de Ouro Branco).

Apelante(s): Edina de Moura Pereira Rocha e outro(a)(s)

Apelado(a)(s): Souza Cruz S/A, Philip Morris Brasil Ind. Com. Ltda.

Relator: Exmo. Sr. Des. Osmando Almeida

Pelo que, sem mais delongas, rejeito a preliminar de mérito, qual seja, prescrição.

DO MÉRITO

Após cuidadosa análise dos autos, entendo que não merece prosperar a pretensão recursal.

Como cediço, a ação de indenização fundada em responsabilidade civil de direito comum, de que ora se trata, encontra supedâneo no art. 186 do Código Civil:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Com efeito, para surgir o dever de indenizar o dano alheio (responsabilidade civil) é mister que concorram três elementos: o dano suportado pela vítima, a conduta culposa do agente e o nexo causal entre os dois primeiros.

A propósito, leciona Maria Helena Diniz:

> "No nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever ressarcitório pela prática de atos ilícitos decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante circunstâncias concretas do acaso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa. Não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade. O Código Civil, em seu art. 159, ao se referir ao ato ilícito prescreve que este ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito ou causa dano a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos. Estabelece esse diploma legal o ilícito como fonte da obrigação de indenizar danos causados à vítima. Logo, a lei impõe a quem o praticar o dever de reparar o prejuízo resultante" (**Curso de direito civil brasileiro.** Saraiva, 7.º v., p. 38).

Neste sentido a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira:

> "A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outro" (**Responsabilidade Civil**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1990. p. 93).

In casu, o autor alicerça sua pretensão indenizatória no fato de ter a Souza Cruz S/A veiculado propaganda enganosa de seu produto, omitindo dado relevante capaz de induzi-lo a erro, de modo a incentivá-lo a comportar-se de forma prejudicial à sua saúde.

Pois bem.

Ab initio, importa ponderar que a prejudicialidade do fumo à saúde é fato público e notório, inclusive tendo o Governo Federal reconhecido por meio da Portaria n. 695, de 01.06.1999, o poder viciante e maléfico da nicotina presente na química do cigarro.

Contudo, não obstante o cigarro seja, de fato, um produto naturalmente associado a riscos para a saúde – periculosidade inerente, sua fabricação e comercialização são lícitas em todo o território nacional, não se podendo, portanto, concluir que a fabricação e a comercialização do produto tenham consequências no mundo jurídico. O mesmo ocorre com as bebidas alcoólicas.

Vale dizer, observadas pelos fabricante e comerciante as regulamentações sobre a matéria, notadamente o disposto no art. 220, § 4.º, da CF/1988, bem como na Lei n. 9.294/1996, não há como reconhecer qualquer ilicitude da suplicada em suas atividades empresariais.

Isso visto, importa-nos, agora, a analisar a tese de propaganda enganosa.

Neste ponto, cumpre-me registrar inicialmente serem inaplicáveis ao presente caso as regras de propaganda enganosa inseridas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), visto que os fatos narrados na peça de ingresso ocorreram no período anterior à vigência de tal comando legal, ou seja, já que o autor supostamente começou a fumar em 1940 e não parou mais.

Ainda em relação à propaganda veiculada pela empresa ré, deve ser considerado ter ela cumprido seu dever de informação ao consumidor, a partir do momento em que foi a tanto compelida, o que se deu no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal e o advento da primeira portaria do Ministério de Saúde sobre o tema (n. 490), disposições que culminaram na confecção da Lei n. 9.294/1996, que regula "as restrições ao uso de propaganda de produtos fumeiros, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas".

Ressalte-se que, sem existência de lei anterior, não se pode falar em descumprimento de dever jurídico preexistente, visto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (Princípio da Legalidade – art. 5.º, II, da Constituição Federal).

Nesse sentido:

> "Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida" (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 1996. p. 20).

Destarte disso, verifica-se que, embora tenham sido trazidos aos autos documentos médicos comprobatórios das patologias suportadas pela parte autora, não há prova contundente de que estas teriam sido desenvolvidas em razão do uso contínuo e ininterrupto do produto fabricado pela ré.

Assentadas tais premissas, inalteráveis as conclusões do juízo *a quo*:

> "Analisando a prova colhida durante a regular instrução processual, notadamente pela perícia realizada, vislumbra-se a impossibilidade de obter-se uma segura conclusão no sentido de que a enfermidade contraída pelo autor estaria exclusiva e diretamente ligada ao consumo de cigarros" (fl. 2.095).

Ademais, a experiência ordinária, prevista no art. 335 do CPC, nos ensina que nem todos os fumantes transformam-se em seres absolutamente dominados pelo tabagismo. Isso porque a motivação e a disciplina pessoais são instrumentos relevantes para que o fumante deixe de ostentar essa condição, havendo notícia de que pessoas que fumaram por longos anos conseguiram afastar-se do vício.

Assim sendo, a constatação genérica de que a nicotina produz dependência de nada valeria como prova judicial, porque é sabido que uma infinidade de fumantes abandona o cigarro sem grande esforço, de modo que a proposição científica que concluísse positivamente, informando que a nicotina é capaz de criar dependência, não provaria que o autor, mesmo tendo fumado durante vários anos, ficou dependente dessa substância.

Mais uma vez é de se ressaltar que a atividade desenvolvida pela empresa ré é lícita, amplamente regulada pelo poder público, sendo certo que o simples fato de fabricar e comercializar o produto de periculosidade inerente não induz à ilegalidade de sua conduta. Se prevalecesse tal entendimento, como dito, a indústria de bebidas alcoólicas teria que indenizar a todos aqueles que desenvolvessem cirrose hepática.

Embora se verifique nos autos a existência de patologias suportadas pela parte autora, não há prova contundente de que elas tenham sido desenvolvidas em razão exclusiva ou precípua do uso contínuo do produto fabricado pela ré.

De mais a mais, o próprio perito, em seu laudo de fls.1.541-1.546, chegou à conclusão de que "Não é possível estabelecer nexo de causalidade estrito entre o fumo e a patologia que acometeu o Autor, pois é patologia multifatorial. No entanto, é possível afirmar que o fumo é um fato patogênico importante na DPOC – Enfisema, tendo nela um papel significativo. [...] Fatores ocupacionais, fatores ambientais, características genéticas, hiperatividade das vias aéreas, história de alergia, doenças respiratórias agudas recorrentes, deficiência nutricional e consumo de álcool estão incluídos entre os fatores associados à DPOC? Sim".

Lembre-se, inclusive, que no laudo ainda consta que o autor trabalhou em um depósito de materiais de construção, em uma empresa que lidava com galvanoplastia (operação essa que libera no ar partículas sólidas de vapores metálicos), portanto, exposto a vários dos fatores acima elencados como sendo possíveis causas da lesão que acometia o autor, não apenas ao cigarro.

Em resumo, não é possível estabelecer nexo causal entre a doença que acometeu o autor e o uso de cigarros de forma exclusiva. E mesmo que tal nexo cau-

sal – entre o alegado dano e o consumo de tabaco – restasse demonstrado, ainda seria necessária a comprovação de que o autor sempre e exclusivamente consumiu cigarros fabricados pela requerida, o que definitivamente não restou comprovado nos autos.

Conclui-se, pois, pela impossibilidade de responsabilização da apelada pelos danos reclamados pela autora, ante a inexistência de qualquer conduta ilícita passível de indenização, praticada pela ora recorrida, principalmente por não haver prova suficiente nos autos de que os males suportados pela autora advieram exclusivamente do uso do cigarro.

A propósito:

> "INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. AUSÊNCIA. NEXO CAUSAL. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre as doenças alegadas e o tabagismo, para a configuração do dever de indenizar" (TAMG, Apelação Cível n. 360.841-5, 5.ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Eulina do Carmo Almeida, j. em 25.05.2002).
>
> "EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MATERIAL E MORAL – USO DE CIGARROS – PRESCRIÇÃO (ART. 27 DO CDC) – NÃO INCIDÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – REQUISITOS. Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação no caso a prescrição quinquenal no art. 27 do CDC. Como é cediço, a inversão do ônus da prova, de que trata o art. 6.º, VIII, do CDC, não ocorre automaticamente; necessário se torna que o magistrado se convença da verossimilhança das alegações aduzidas, e da hipossuficiência da parte. Inviável se mostra pretensão tendente a condenar a empresa fabricante de cigarros em danos materiais e morais, sob a imputação de ato ilícito, por haver por parte da ré apenas o exercício regular do direito reconhecido, seja na produção e comercialização do cigarro, seja na publicidade de suas marcas, à luz do art. 160, I, do Código Civil. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar do truísmo de que o cigarro causa câncer" (TAMG, Apelação Cível n. 420.246-0, 6.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Valdez Leite Machado, j. 15.04.2004).

Por todo o aqui exposto, REJEITO A PRELIMINAR E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, mantendo incólume a decisão de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais pelo apelante, suspensa a exigibilidade por estar ligando sob o pálio da gratuidade de justiça.

O SR. DES. ELPÍDIO DONIZETTI:

VOTO

Acompanho o voto do relator com relação à prejudicial de prescrição, dele divergindo com relação ao mérito, pelas razões que passo a expor.

Trata-se de apelação interposta à sentença que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Walter Luiz Paduan Pereira em face de Souza Cruz S/A, julgou improcedente os pedidos iniciais.

O relator, Des. Unias Silva, está mantendo a sentença, ao fundamento de que não há nos autos prova do suposto ato ilícito cometido pela recorrida, tão pouco do nexo de causalidade entre a conduta que lhe é imputada e os danos narrados.

Em que pese o entendimento do relator, dele divirjo, pelas razões que passo a expor.

Em primeiro lugar, cumpre afastar de pronto a invocação ao princípio da legalidade como forma de exonerar a apelada da responsabilidade civil. Com efeito, conquanto o caso versado nos autos não se sujeite à regência dos diplomas legais limitadores da atividade publicitária – refiro-me especificamente à Constituição de 1988, Código de Defesa do Consumidor e Lei n. 9.249/1996 – a questão da subsunção legal é mais simples do que se supõe, residindo nos preceitos consagrados no Código Civil de 1916.

Para tanto, impende discorrer acerca da boa-fé objetiva, norma de cunho essencialmente principiológico, norteadora dos contratos em geral.

O princípio da boa-fé objetiva tem por escopo precípuo a constituição de deveres anexos implícitos em qualquer negócio jurídico, compreendidos aí o dever de lealdade, informação e confiança recíprocas. A boa-fé objetiva traduz uma regra de inegável conteúdo ético e de evidente exigibilidade jurídica.

Tal princípio, embora não estivesse devidamente positivado no Código Civil 1916 – aplicável à espécie –, deve ser reputado inerente ao ordenamento jurídico brasileiro desde tempos imemoriais.

Logo, não se pode afirmar que a apelada esteja exonerada do dever de informação e lealdade, haja vista que este não constitui inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor ou até mesmo pela Constituição de 1988.

Colocada tal premissa, cumpre asseverar que, na segunda metade do século XX, recrudesceram-se as pesquisas sobre os malefícios do tabaco, estudos estes muitas vezes fomentados pela própria indústria tabagista. É o que informa José Rosemberg em interessante obra sobre o tema:

> "Desde os idos de 1950, a indústria tabaqueira vem desenvolvendo pesquisas que lhe forneceram a certeza de que a nicotina é geradora de dependência físico-química, assim como estudos para sua maior liberação e absorção pelo organismo e inclusive estudos genéticos objetivando desenvolver planta de tabaco hipernicotinado. A indústria tabaqueira, ciente das propriedades psicoativas da nicotina geradora de dependência, sempre negou a existência dessas qualidades farmacológicas. É edificante o episódio ocorrido no início de 1980, quando a Phillip Morris obrigou seu cientista Vitor de Noble a retirar o artigo que havia entregado para publicação no Journal of Psychopharmacology, no qual relatava suas investigações comprovadoras de que ra-

> tos recebendo nicotina desenvolviam dependência físico-química. Isso tudo veio a lume com os documentos secretos que se tornaram públicos. Entretanto, a indústria tabaqueira continuamente pronunciou-se com ênfase, negando essas propriedades da nicotina" (ROSEMBERG, *apud* Lúcio Delfino. Consciência Pública, malefícios do cigarro e os documentos secretos da indústria do fumo).

Logo, a conclusão inafastável a que se chega é a de que as indústrias do cigarro omitiram dolosamente as informações de que dispunham, com o fito de garantir o sucesso das vendas do produto. Lamentavelmente, elas foram além. Não satisfeitas em esconder da sociedade os danos advindos do uso da nicotina, passaram a criar, por meio da publicidade, uma atmosfera socialmente positiva para o consumo da droga. Com propagandas insidiosas e sedutoras, associaram o consumo do cigarro a prestígio perante o grupo social, liberdade, modernidade e sofisticação.

Os apelos publicitários, como sabido, são capazes de desencadear processos fisiológicos que o indivíduo não é capaz de controlar. Traduzem, a toda evidência, comandos imperativos consubstanciados nas tradicionais palavras de ordem "beba", "faça", "use", "compre". Dessa forma, desinformados e instados a experimentarem o produto oferecido de forma tão atrativa, os usuários se tornam dependentes inveterados, vítimas da armadilha criada pela publicidade.

É por tal razão que não se pode admitir o argumento de que os fumantes agem com livrearbítrio. Se pudessem imaginar que o cigarro contém mais de 40 substâncias tóxicas e que causa doenças como câncer de pulmão, enfisema e impotência sexual, certamente não se habilitariam ao primeiro trago. Nesse contexto, configurado resta o ato ilícito praticado pela apelada, que transborda a noção romanística de *dolus bonus*, é dizer, aquele em que se empresta certa dose de exagero para ressaltar as qualidades do produto.

Por terem sido vítimas do engodo perpetrado pela indústria tabagista, os jovens fumantes das décadas de 60, 70 e 80 não podem ficar à margem da proteção jurídica sob o argumento simplista de que as leis restritivas à propaganda remontam à década de 90. Não há como prevalecer o entendimento de que somente a partir de então se despertou para os malefícios do cigarro. Como se viu, os fabricantes de cigarro há muito detém estudos conclusivos sobre as propriedades psicotrópicas e deletérias da nicotina.

O Poder Judiciário não pode ficar amarrado à questão do direito intertemporal e negar reprimenda a uma conduta gritantemente ilícita, porquanto a deslealdade e a omissão de hoje são as mesmas de outrora.

Em suma, a pretensão do recorrente tem respaldo no Código Civil de 1916, notadamente na disciplina da responsabilidade civil, eis que, como visto, a ausência de informação adequada constitui omissão dolosa apta a ensejar a obrigação de indenizar.

Quanto aos danos, estes dispensam maiores digressões, porquanto fartamente demonstrados nos autos por meio da perícia.

No que concerne ao nexo causal, conquanto o perito do juízo não tenha vislumbrado uma relação de causa e efeito exclusiva entre os danos e o consumo de cigarro, o fato é que o *expert* informou que "o fumo é um fato patogênico importante na DPOC – Enfisema, tendo nela um papel significativo" (fls. 1.541-1.546).

Vale destacar, por fim, que não há necessidade de se demonstrar que o *de cujus* fumou cigarros desta ou daquela marca. Ora, demonstrado o fato – notório, frise-se – de que a apelada estimulou o consumo do cigarro por meio de propaganda enganosa, configurada está a conduta ilícita, a ensejar o dever de indenizar.

Nesse contexto, pouco importa a marca do cigarro consumido pelo usuário, porquanto foi o estímulo da propaganda e a omissão dolosa da apelada – circunstância que prescinde de prova, porque notaria – que a levaram ao vício e, por consequência, ao dano.

Resta definir, portanto, o valor da indenização por danos morais e materiais.

A fixação do valor da indenização por danos morais pauta-se pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Com base em tais princípios, buscar-se-á a determinação de um valor adequado a, de um lado, compensar os danos impostos ao ofendido e, de outro, desestimular o ofensor a, no futuro, praticar atos semelhantes. Além disso, deve-se ter em mente que a indenização não pode ser tal a ponto de gerar enriquecimento ilícito da parte lesada.

Acrescente-se que a indenização por dano moral deve possuir caráter compensatório, para atenuar o abalo da vítima, mas, sobretudo, pedagógico, a fim de desestimular a conduta lesiva e não pode ser tal que enseje o enriquecimento sem causa da vítima.

Nessa linha de raciocínio, atento às peculiaridades do caso sob julgamento, entendo que a verba indenizatória, a título de danos morais, deve ser arbitrada em R$ 200.000,00, quantia que, a meu ver, se afigura consentânea com a condição econômica do ofensor e a reprovabilidade de sua conduta.

Quanto aos danos materiais, é sabido que estes dependem de comprovação objetiva, o que não ocorreu no caso em comento. A bem da verdade, na inicial, o recorrente sequer informa com precisão em que consistiriam os danos materiais cuja restituição é pleiteada, não indicando qual seria o valor dos prejuízos a serem ressarcidos, razão por que se deve julgar improcedente tal pedido.

Por todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação para reformar a decisão recorrida e, via de consequência, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), acrescidos de correção monetária pelo INPC, desde o julgamento da apelação, e juros moratórios de 0,5% ao mês desde o evento danoso (diagnóstico da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica) até

a entrada em vigor do CC/2002 (12.01.2003) e, a partir daí, 1% ao mês, até o efetivo pagamento.

Arcará a apelada, ainda, com as custas processuais, inclusive as recursais, além de honorários, os quais, com base no art. 20, § 3.º, do CPC, fixo em 10% sobre o valor da condenação.

O SR. DES. FABIO MAIA VIANI:

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por Espólio de Walter Luiz Paduan Pereira da sentença (fls. 2.091-2.098) que, nos autos da ação de indenização que move contra Souza Cruz S.A., julgou improcedente o pedido, condenando-o ao pagamento de custas e honorários de advogado.

O apelante, nas razões do recurso (fls. 2.109-2.134), alega, em síntese, que a ausência de informação adequada sobre os riscos do cigarro constitui omissão dolosa apta a ensejar a obrigação de indenizar.

A ré, nas contrarrazões (fls. 2.136-2.166), argui a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O desembargador Unias Silva rejeita a prejudicial e nega provimento ao recurso sob o fundamento de não existir qualquer conduta ilícita por parte do fabricante de cigarros.

Acompanho o voto proferido pelo eminente relator, que corretamente assevera que o prazo quinquenal suscitado pelo apelado diz respeito aos casos de responsabilidade por fato do produto ou do serviço, sendo inaplicável às pretensões decorrentes de falta de boa-fé objetiva na publicidade – conduta ilícita determinante da responsabilidade fundamentada no art. 159 do Código Civil de 1916.

Com efeito, como já decidiu este Tribunal:

> "Não sendo o defeito do produto referido na lei consumerista a causa principal da indenizatória, mas tratando-se de ação de responsabilidade civil regulada pelo Código Civil de 1916, não tem aplicação a prescrição quinquenal do art. 27 do CDC" (TAMG – AC 2.0000.00.420246-0/000 – Rel. Juiz Valdez Leite Machado – 6.ª Câmara Cível – j. 15.04.2004).

> "Não sendo a ação de indenização baseada em defeito ou erro na fabricação do produto, mas respaldada pelo art. 159 do Código Civil de 1916, não há que se falar em prescrição quinquenal, na forma estabelecida pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor" (TJMG – AC 2.0000.00.438606-1/000 – Rel.ª Des.ª Tereza Cristina da Cunha Peixoto – 11.ª Câmara Cível – j. 27.04.2005).

REJEITO, portanto, a prejudicial de prescrição.

Quanto ao mérito propriamente dito, ressalvo que a perícia médica não atesta a presença de nexo causal entre o fumo e a doença nela descrita. Aponta genericamente o tabagismo como um dos fatores de risco para a evolução da Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC), sem indicar a causa determinante do desenvolvimento da enfermidade que vitimou o autor. Confira-se:

> "Quanto maior a intensidade do tabagismo, maior a tendência ao comprometimento da função pulmonar, embora a relação não seja obrigatória. Aproximadamente 15% dos fumantes desenvolvem DPOC. A exposição à fumaça de combustão de lenha, a poeiras e à fumaça ocupacional deve ser encontrada no paciente com DPOC" (fl. 1.538) [...] "É princípio de epidemiologia que mesmo que um fato de risco em particular esteja associado à doença pulmonar obstrutiva crônica em um grupo de pessoas, isto não que dizer necessariamente que este fator de risco seja a 'causa' desta doença em determinada pessoa? Sim" (fl. 1.543).

Com efeito, a doença pulmonar está associada a uma resposta inflamatória anormal dos pulmões à inalação de partículas ou gases nocivos, provocada por fatores externos como poeira ocupacional, irritantes químicos, fumaça de lenha, infecções respiratórias graves na infância ou tabagismo (cf. fl. 1.538).

A simples existência do tabagismo como um dos fatores de risco não comprova a relação de causalidade entre o hábito e a moléstia, mesmo porque os outros fatores não foram considerados no histórico médico. Aliás, textualmente, segundo o próprio laudo, "não é possível estabelecer nexo de causalidade estrito entre o fumo e a patologia que acometeu o autor, pois é patologia multifatorial" (fl. 1.541).

De resto, os relatórios de acompanhamento médico do autor apresentam visíveis falhas, pois embora haja diagnóstico de enfisema pulmonar, em 1993, não foram prescritos remédios, nem ordenados exames básicos (Raio X) para a confirmação da doença e a identificação de sua origem (fl. 1.539).

Por outro lado, não consta nos autos a menor prova de que o vício tivesse como causa a propaganda do fabricante contra quem se escolheu demandar.

Ora, se houve o dano, mas sua causa não está comprovadamente associada ao comportamento do agente, inexiste relação de causalidade e a consequente obrigação de indenizar. Como já decidiu este Tribunal:

> "INDENIZAÇÃO – CONSUMO DE CIGARROS – RESPONSABILIDADE CIVIL – FABRICANTE – NEXO CAUSAL – CULPA. – O fabricante de cigarros, somente pode ser responsabilizado, pela enfermidade do usuário, se restar comprovada a existência de nexo de causalidade entre a doença diagnosticada e o tabagismo, sem o que não há como se recepcionar a pretensão indenizatória. – O ex-fumante, como tantas outras pessoas, fez uma opção consciente 'entre o risco e o prazer', no exercício do livre-arbítrio. – A fabricação e comercialização de cigarros é uma atividade lícita e existe amplo conhecimento público sobre os riscos associados ao consumo de cigarros" (TJMG, Ap. Cível n. 2.0000.00.505183-4/000, Rel. Des. Nilo Lacerda, *DJ* 02.07.2005).

"O fabricante de cigarros não pode ser responsabilizado pelo dano à saúde de pessoa fumante se inexiste a prova de que o mal padecido decorreu do hábito de fumar os cigarros por ele fabricados.

A ausência da prova do nexo causal, ainda que decorra de relação de consumo, afasta o dever de indenizar" (TJMG, Ap. Cível n. 2.0000.00.478640-5/000, Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino, **DJ** 26.11.2004).

Com estes acréscimos, NEGO PROVIMENTO à apelação.

SÚMULA: REJEITARAM A PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. REVISOR.

RESPONSABILIDADE CIVIL – TABAGISMO – INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL – CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO

TJRS, Ap 70000144626, 9.ª Câm. Cív., ac. 29.10.2003, rel. Min. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira

Apelação Cível: Nona Câmara Cível. Regime de Exceção n. 70000144626. Comarca de Santa Cruz do Sul. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Apelante: Noeli Francisca da Silva de Morais e outros

Apelado: Philip Morris Brasil S/A

Apelado: Souza Cruz S/A

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CORRÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CODEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A prova dos autos revela que a vítima falecida teria fumado durante 40 anos, cerca de 40 cigarros por dia, tendo adquirido enfisema e câncer pulmonar que lhe acarretaram a morte. Não havendo comprovação de que o *de cujus* consumisse os cigarros fabricados pela corré Souza Cruz, impõe-se, no caso concreto, reconhecer ilegitimidade passiva desta.

É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto a do fumante como a do não fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração, entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas – revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público – e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo.

E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não.

O nexo de causalidade restou comprovado nos autos, inclusive pelo julgamento dos embargos infringentes anteriormente manejados, em que se entendeu pela desnecessidade de outras provas, porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC).

O agir culposo da demandada evidencia-se na omissão e na negligência, caracterizando-se a *omissão na ação*. O art. 159 do CCB/1916 já previa o ressarcimento dos prejuízos causados a outrem, decorrentes de omissão e negligência, sendo que o criador de um risco tem o dever de evitar o resultado, exatamente porque, não o fazendo, comete a omissão caracterizadora da culpa, a *chamada omissão na ação* conceituada na doutrina do preclaro Cunha Gonçalves, a qual é convergente com as lições de Sergio Cavalieri Filho e Pontes de Miranda, sendo a conduta da demandada violadora dos deveres consubstanciados nos brocardos latinos do *neminem laeder, suum cuique tribuere* e no próprio princípio da boa-fé objetiva existente desde sempre no Direito Brasileiro.

A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se não evitado, caracteriza a culpa

por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito.

Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo.

A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre-opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais.

Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar. Desimporta a licitude da atividade perante as leis do Estado e é irrelevante a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo para afastar a responsabilidade. E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade.

A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem – seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro – acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as consequências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam, mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes.

Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as consequências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas consequências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem-estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro.

Ademais, aplica-se também ao caso dos autos o Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ocorrência do resultado danoso se deu em plena vigência do Regramento Consumerista, que é norma de ordem pública e de interesse social

(art. 1.º do CDC), e por isso de aplicação imediata. O cigarro é produto altamente perigoso, não só aos fumantes, como também aos não fumantes (fumantes passivos ou *bystanders*), caracterizando-se como defeituoso, uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1.º, do CDC), situação que importa na responsabilidade objetiva do fabricante, que apenas se exime provando que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o haja colocado, o defeito inexiste ou que o mal não foi causado, ou, por fim, que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que aqui não se caracteriza, porque o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

A indenização pelos danos materiais deverá ressarcir a venda de imóvel e de bovinos, despesas médicas e hospitalares comprovadas, hospedagem de acompanhantes durante a internação e gastos com o funeral. Também são indenizáveis os prejuízos decorrentes do fechamento do minimercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria 70 anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos, valor a ser apurado de acordo com a média de lucro dos últimos 12 meses de funcionamento anteriores à constatação da doença.

As demais pretensões indenizatórias impõem-se indeferidas, porquanto não comprovados os prejuízos (art. 333, I, do CPC).

A título de danos morais, tem-se como razoável, prudente e suficiente a fixação da quantia de 600 salários mínimos nacionais para a esposa, de 500 para cada um dos quatro filhos e de 300 para cada um dos genros, totalizando a indenização a esse título 3.200 salários mínimos nacionais, diante das peculiaridades do caso e da necessidade de atender ao caráter sancionatório-punitivo e à finalidade reparatório-compensatória da verba, sem implicar enriquecimento indevido dos demandantes.

Apelação parcialmente provida, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em regime de exceção, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, Presidente e Revisor.

Porto Alegre, 29 de outubro de 2003

Dr.ª Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Relatora

DANO MORAL COLETIVO

STJ, 3ª T., REsp. 1.221.756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 02.02.2012, *DJe* 10.02.2012

RECURSO ESPECIAL Nº 1.221.756 – RJ (2010/0197076-6)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A

Advogados: Carlos Martins de Oliveira e Outro(s)

Luciano Correa Gomes e Outro(s)

Advogada: Livia Borges Ferro Fortes Alvarenga

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – DANO MORAL COLETIVO – CABIMENTO – ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REQUISITOS – RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE – CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO – EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO – MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE – INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO PROPORCIONAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II – Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III – Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV – Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V – Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI – Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 02 de fevereiro de 2012(data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, em que se alega violação ao artigo 927 do Código Civil.

Os elementos existentes nos presentes autos noticiam que o ora recorrido, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ajuizou, em face do ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., ação civil pública visando compelir o ora recorrente a manter, no andar térreo de uma de suas agências, caixa convencional, para atendimento prioritário a idosos, gestantes, deficientes físicos e pessoas com dificuldade de locomoção, bem como o pagamento de indenização por danos morais coletivos (fls. 3/17).

Devidamente citado (fl. 58), o ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., apresentou defesa, na forma de contestação. Nela, em resumo, apontou ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público em razão da ausência de direitos indisponíveis. Disse, também, que "[...] o atendimento aos clientes e usuários é prestado nos dois pavimentos, existindo porta lateral para o acesso de pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida (temporária ou definitiva), sem prejuízo do sistema de segurança existente." (fl. 93). Outrossim, sustentou que não há dano moral coletivo indenizável. Pediu, ao final, a improcedência dos pedidos (fls. 81/111).

O r. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Cabo Frio/RJ, julgou procedente a demanda. Dentre seus judiciosos fundamentos, é possível destacar que:

> "[...] De fato, como se constata do auto de inspeção realizado no inquérito civil por dois Promotores de Justiça – fls. 33 – somente no segundo pavimento da agência havia uma única caixa com a indicação de 'atendimento prioritário' e ali é que se concentravam os idosos aguardando o atendimento, após serem obrigados a subir uma escada de 23 degraus. Daí não é difícil imaginar os sentimentos de frustração, humilhação e indignação de tais consumidores, solapados em seus direitos 'garantidos' por lei."

E, ao final, foi categórico, ao entender por bem:

> "[...] condenar a ré a manter, no andar térreo de sua agência nº 1209 – Cabo Frio, caixa convencional para o atendimento prioritário de idosos, gestantes e portadores de deficiência física, com os elementos de identificação adequados para a orientação da coletividade interessada no referido serviço." (fl. 327/328)

Condenou, ainda, a pagar a título de dano moral coletivo, o valor de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), importe que deverá ser revertido ao fundo estadual previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) (fls. 318/328).

Irresignado, o ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., interpôs recurso de apelação. Em síntese, insistiu na tese de ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público. Em seguida, sustentou que possibilita adequado atendimento às pessoas idosas, com deficiência ou mesmo com dificuldade de locomoção. Finalmente, pleiteou o afastamento da condenação em dano moral coletivo ou, pelo princípio da eventualidade, sua redução (fls. 338/370).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Sétima Câmara Cível, por unanimidade de votos, deu parcial ao recurso de apelação interposto pelo ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., para reduzir a indenização por danos morais coletivos, fixando-a em R$50.000,00 (cinquenta mil reais). A ementa, por oportuno, está assim redigida:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA BANCÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CAIXA CONVENCIONAL NO ANDAR TÉRREO, PARA ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DE PESSOAS IDOSAS, PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E GESTANTES. DESCUMPRIMENTO DA LEI 10.098/2000 E DA LEI ESTADUAL 4374/04. O MINISTÉRIO PÚBLICO, POR FORÇA DOS ARTIGOS 127 E 129, III, DA CF, 81 E 82, DA LEI 8.078/90 (CDC) E DO ARTIGO 1º, DA LEI 7.347/85, TEM LEGITIMIDADE PARA ATUAR NA DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS, QUE SE CARACTERIZAM COMO DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS, DE NATUREZA INDIVISÍVEL, ASSIM COMO DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DECORRENTES DE ORIGEM COMUM. PRESENTE O INTERESSE JURÍDICO, CONSUBSTANCIADO NO BINÔMIO NECESSIDADE – UTI-

LIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. A RELEVÂNCIA SOCIAL DO BEM JURÍDICO EM DISCUSSÃO, QUE INTERESSA A TODA COLETIVIDADE, E ESPECIALMENTE ÀQUELES GRUPOS DE PESSOAS, TORNA INDISPONÍVEIS OS INTERESSES INDIVIDUAIS. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO, INDEPENDENTEMENTE DA PROVA DA CULPA, BASTANDO A VIOLAÇÃO DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS. A SANÇÃO PECUNIÁRIA TEM CARÁTER PUNITIVO. O SEU VALOR DEVE SER ARBITRADO MODERADAMENTE, PROPORCIONALMENTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. INDENIZAÇÃO A SER REVERTIDA AO FUNDO ESTADUAL PREVISTO NO ARTIGO 13, DA LEI 7.347/85. DANO MORAL REDUZIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (fls. 424/433)

Os embargos de declaração opostos às fls. 435/438, foram rejeitados às fls. 441/446.

Nas razões do especial, o ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., sustenta, em resumo, que o dano moral, nos termos do artigo 927 do Código Civil, não tem caráter punitivo, mas exclusivamente reparatório. Em outras palavras, na sua compreensão, "[...] a indenização deve buscar a reparação do dano e não punir o agente causador da lesão." (fl. 452). Aduz, ainda, que é incabível a condenação em danos morais coletivos porque, segundo alega, é incompatível a transindividualidade das demandas coletivas com a noção de abalo moral, essencial para a caracterização da responsabilidade civil. Aponta, em seu favor, precedentes desta Corte Superior (fls. 452/459).

Devidamente intimado, o ora recorrido, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, apresentou contrarrazões. Em resumo, pugnou pela manutenção integral do v. acórdão recorrido. Aproveitou, na oportunidade, para suscitar a incidência da Súmula 7/STJ ao caso.

Às fls. 537/538, sobreveio juízo negativo de admissibilidade recursal, oportunidade em que, por meio do Agravo de Instrumento n. 1.269.778/RJ, esta Relatoria determinou a subida dos autos principais, para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

A irresignação não merece prosperar.

Com efeito. A controvérsia aqui agitada refere-se ao cabimento ou não, de indenização por danos morais coletivos, em Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público, que objetivou adequação na forma de atendimento prioritário em agência do ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A.

Resumidamente, o parquet fluminense ajuizou ação civil pública em face do ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A, com o desiderato de ver cum-

prida legislação concernente ao correto atendimento às pessoas idosas, com deficiência física, bem como aquelas com dificuldade de locomoção, tais como as gestantes. Apontou, em resumo, que, na Agência situada na cidade de Cabo Frio/RJ, o atendimento prioritário somente é possível após a locomoção por 23 (vinte e três) degraus, totalizando 3 (três) lances de escada, da referida Agência. Daí porque, na visão do Ministério Público, tal circunstância seria vexatória e degradante aos direitos de cidadãos com necessidades especiais.

Dessa forma, pleiteou indenização por danos morais coletivos. O r. Juízo *a quo*, julgou a demanda procedente e condenou o ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., a manter, no andar térreo da Agência Bancária, caixa prioritário de atendimento a idosos, deficientes físicos e gestantes, bem como indenização por danos morais coletivos no importe de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), em valor a ser depositado em fundo especial, nos termos da Lei de Ação Civil Pública. Irresignado, o ora recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., interpôs recurso de apelação, oportunidade em que, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, deu-lhe parcial provimento, apenas para reduzir a indenização por danos morais coletivos, fixando-a em R$50.000,00 (cinquenta mil reais). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Daí a interposição do presente recurso especial.

Inicialmente, registra-se que a dicção do artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. Por oportuno, consigna-se a redação do referido dispositivo:

> "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

Todavia, é importante deixar assente que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade.

Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

A propósito, "[...] Se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano extrapatrimonial individualmente considerado, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, a mesma prudência deve ser observada em relação aos danos extrapatrimoniais da coletividade. Logo, a agressão deve ser significativa; o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável." (ut BIERNFELD, Dionísio Renz. Dano moral ou extrapatrimonial ambiental. São Paulo. LTr, 2009, p. 120).

Na espécie, contudo, é indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização. *Data venia*, sob qualquer fundamento, não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir escadas, exatos 23 (vinte e três) degraus, em agência bancária que, diga-se, possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento que, curiosamente, é chamado de prioritário. E, nesse contexto, o próprio recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., admite que existe "porta lateral para o acesso de pessoas portadoras de deficiência física ou com mobilidade reduzida (temporária ou definitiva), sem prejuízo do sistema de segurança existente." (fl. 351).

De qualquer sorte, registra-se que a indenização por dano moral tem caráter propedêutico e possui como objetivos a reparação do dano e a pedagógica punição, adequada e proporcional ao dano que, no caso, restou fixada de forma parcimoniosa, no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesse sentido, registra-se:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA EM RAZÃO DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO CAUSADO POR 'BURACO' EM RODOVIA EM MAU ESTADO DE CONSERVAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO APURADA E RECONHECIDA, PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, A PARTIR DE FARTO E ROBUSTO MATERIAL PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSIONAMENTO VITALÍCIO E DANOS MORAIS. ALEGADA EXORBITÂNCIA DO VALOR INDENIZATÓRIO (DE R$ 30.000,00) E DE HONORÁRIOS (R$ 5.000,00). DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ÓBICE INSCRITO NA SÚMULA 7/STJ. MANIFESTA LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, ORA RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
>
> 1. [...]
>
> 4. Todavia, no que se refere à adequação da importância indenizatória indicada, de R$ 30.000,00, uma vez que não se caracteriza como ínfima ou exorbitante, refoge por completo à discussão no âmbito do recurso especial, ante o óbice inscrito na Súmula 7/STJ, que impede a simples revisão de prova já apreciada pela instância *a quo*, que assim dispôs: O valor fixado para o dano moral está dentro dos parâmetros legais, pois há equidade e razoabalidade no quantum fixado. A boa doutrina vem conferindo a esse valor um caráter dúplice, tanto punitivo do agente quanto compensatório em relação à vítima". (grifos nossos) (REsp 965.500/ES, Rel. Min. José Delgado, DJ de 25/02/2008). E ainda: REsp 785.777/MA, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado do TJ/BA), *DJe* de 06/08/2010; AgRg no Ag 904.447/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* de 07/05/2008.

Por fim, verifica-se que o recorrente, BANCO ITAÚ UNIBANCO S. A., ao deduzir suas razões, descumpriu os artigos 541 do Código de Processo Civil e 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que não demons-

trou, como deveria, o alegado dissídio jurisprudencial em relação ao caráter de transindividualidade das demandas coletivas e a possibilidade de condenação em danos morais, limitando-se em mencionar (fl. 452), como paradigma, a ementa de julgado, sem contudo, proceder ao necessário cotejo analítico entre os casos.

Impõe-se considerar, portanto, que o conhecimento do presente recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial não se revela possível (ut AgRg no REsp 843.115/TO, Relator Ministro Luiz Fux, *DJe* 02/10/2008; AgRg nos EREsp 721.854/SP, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, DJ 17/04/2006; AgRg no Ag 1.201.283 / RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 01/07/2011; AgRg no Ag 969.015/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 28/04/2011).

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

Capítulo V

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL E DANO MATERIAL – DEFEITO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PRESCRIÇÃO

STJ, 4a T., REsp 511.558/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. 13.04.2004, *DJU* 17.05.2004, p. 230)

RECURSO ESPECIAL N. 511.558-MS (2003/0020946-4)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Listel Listas Telefônicas S/A

Advogado: Michael Frank Gorski e outros

Recorrido: Gilberto Carvalho Lozano

Advogado: Ana Helena Bastos e Silva Candia e outros

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO INCORRETAMENTE NAS LISTAS TELEFÔNICAS, COM NÚMERO TROCADO. RESTAURANTE. DANO MORAL, EM FACE DE A CLIENTELA FICAR FRUSTRADA E SER DESTRATADA AO SER ATENDIDA AO TELEFONE. DISCUSSÃO NA VIA ESPECIAL SOBRE O PRAZO DECADENCIAL E A DATA INICIAL DE SUA FLUIÇÃO. SITUAÇÃO QUE RECAI, NA VERDADE, NA HIPÓTESE DO ART. 27 DO CDC E NÃO NA DO ART. 26, II E § 1.º. PRAZO QUINQUENAL.

I. A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço por defeito relativo à prestação do serviço prescreve em cinco anos, ao teor do art. 27 c/c o art. 14, *caput*, do CDC.

II. Em tal situação se insere o pedido de reparação de danos materiais e morais dirigido contra a empresa editora das Listas Telefônicas em face de haver sido publicado erroneamente o número de telefone do restaurante anunciante, o que direcionou pedidos de fornecimento de alimentos a terceira pessoa, que destratou a clientela da pizzaria, causando-lhe desgaste de imagem.

III. Acórdão estadual que ao confirmar sentença que deferira os danos morais, enquadrou a hipótese no prazo decadencial do art. 26, II, do CDC, que, todavia, não é aplicável à espécie, por se direcionar, em verdade, à ação que objetiva a rescisão ou alteração do negócio avençado, o que não é o caso dos autos.

IV. Ainda que se cuidasse de incidência, mesmo, do art. 26, II, estaria correta a interpretação dada pelo Tribunal *a quo*, de que a contagem teria início apenas com o fim do período de circulação das listas telefônicas, porquanto compreende-se, aí, que a prestação do serviço foi contínua durante todo esse tempo.

V. Destarte, seja pela aplicação do prazo quinquenal do art. 27, seja pela do art. 26, II, parágrafo único, na exegese dada à espécie, foi atempado o ajuizamento da ação indenizatória.

VI. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 13 de abril de 2004 (data do julgamento).

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Adoto o relatório de fl. 230, *verbis:*

"LISTEL – Listas Telefônicas S/A, inconformada com a sentença proferida pelo juízo da 6.ª vara cível de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de reparação por danos morais e materiais aforada por Gilberto Carvalho Lozano, recorre a este Tribunal, suscitando, preliminarmente, inexistência de relação de consumo, posto que o apelado não é o destinatário final dos serviços. Sustenta a decadência do direito do apelado em pleitear a reparação pelos danos causados, por ter passado mais de noventa dias contados a partir do término da execução dos serviços previsto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor. Quanto aos danos, aduz o apelante que estes não foram devidamente comprovados nos autos, e que no contrato firmado entre as partes, existe uma cláusula dispondo sobre o valor máximo a ser pago pelo apelante a título de indenização por eventual erro na prestação dos serviços. Por fim, requer a minoração do quantum *indenizatório, sustentando, ainda, a ocorrência da sucumbência recíproca disposta no art. 21 do CPC.*

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do presente recurso."

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, após a rejeição das preliminares, deu parcial provimento à apelação, em acórdão assim ementado (fl. 238):

> *"APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR POR INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO – REJEITADA – DECADÊNCIA – AFASTADA – ERRO QUANTO AO NÚMERO DO TELEFONE DE EMPRESA COMERCIAL. DANOS COMPROVADOS. QUANTIA INDENIZATÓRIA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DISPOSTA NO* CAPUT *DO ART. 21 DO CPC. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *A relação de consumo decorre da prestação de serviços oferecidos pelo fornecedor de determinado produto que atinja diretamente ao consumidor beneficiário daquela prestação, mediante remuneração.*
>
> *Não se verifica a decadência quando ainda não encerrou o prazo para reclamar o direito em juízo.*
>
> *O valor da indenização para fins de danos morais é apreciado conforme o livre-convencimento do magistrado que utiliza parâmetros específicos de acordo com cada situação em concreto.*
>
> *Ocorre a sucumbência recíproca prevista no* caput *do art. 21 do CPC quando o autor da ação sair vencedor em apenas parte do pedido formulado."*

Inconformada, LISTEL – Listas Telefônicas S/A interpõe, pelas letras "a" e "c" do autorizador constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão violou o art. 26, II, do CDC, porquanto deixou de aplicar o prazo decadencial nele previsto, em relação a fornecimento de serviços, bem assim o § 1.º do mesmo dispositivo, posto que o lapso é contado a partir do término da execução dos mesmos serviços, inexistindo causas que obstam tal transcurso.

Invoca precedentes paradigmáticos.

Sem contrarrazões (fl. 258).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 259/260.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator):

Gilberto Carvalho Lozano moveu à recorrente, LISTEL, e à Telecomunicações de Mato Grosso do Sul S/A – TELEMS, ação indenizatória por danos morais e materiais, porquanto ao publicar anúncio de pizzaria de propriedade do autor, para entrega a domicílio dos alimentos, o fez consignando número errado de telefone, cujo verdadeiro titular atende inúmeros chamados e destrata os clientes.

A sentença monocrática julgou procedente em parte a ação, excluindo da lide a TELEMS, afastando, à falta de prova, os danos materiais, e condenando a LISTEL ao pagamento de danos morais de 25 salários mínimos, no valor vigente ao tempo da liquidação.

Em apelação, somente interposta pela ré, o Tribunal de Justiça acolheu em parte o recurso para aplicar a sucumbência recíproca e determinar o rateio, por igual, das custas, e que a verba honorária fosse arcada **de per si** pelas partes, em relação aos próprios patronos (fl. 237).

Inconforma-se a LISTEL, pela via especial, fulcrada nas letras "a" e "c" do autorizador constitucional, discutindo o prazo decadencial do art. 26, II, do CDC, e a data inicial da sua fluição, satisfazendo o recurso aos requisitos de admissibilidade, pelo que passo ao seu exame de mérito.

O voto condutor do acórdão estadual, de relatoria do eminente Desembargador Rêmolo Letteriello, diz o seguinte especificamente sobre tal questão, *verbis* (fl. 236):

> *"Quanto ao inconformismo da recorrente referente à decadência do direito do apelado em pleitear a indenização, também não lhe assiste razão.*
>
> *Sustenta a apelante que ocorreu a decadência em face do que dispõe o art. 26, II e § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, prevendo que o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em noventa dias após o término da prestação dos serviços, quando se tratar de fornecimento de serviços e de produtos duráveis.*
>
> *Nesse caso, o início do prazo decadencial, tomando por base o término da execução dos serviços, seria quando encerrasse o período de circulação da lista, que, conforme alegado pela própria apelante em contestação de f. 76, teria vigência de 1.º de dezembro de 1999 até 30 de novembro de 2000.*
>
> *Dessa feita, tem-se que o término da execução do serviço seria em novembro de 2000, iniciando, daí, a contagem do prazo decadencial; como o apelado ingressou em juízo na data de 07 de abril daquele ano, encontra-se dentro do prazo legal para pleitear seu direito à indenização.*
>
> *Assim, afasto a decadência atacada pela apelante."*

Argumenta a recorrente, em oposição, que o dano é aparente e de fácil percepção, daí por que o lapso decadencial deve correr da data da publicação do anúncio contratado, portanto em 1.º.12.1999, não sendo admissível a contagem apenas a partir da data de encerramento do período de circulação da lista telefônica.

Sem razão, no entanto.

Em primeiro, porque entendo que o art. 26 nem seria incidente na espécie, eis que ele se aplica ao direito do consumidor de reclamar a reparação do próprio defeito do produto ou serviço, ou seja, para que ele possa tê-lo consertado ou refeito, satisfazendo, portanto, ao contratado entre as partes.

Na verdade, a inicial postula danos morais e materiais derivados da prestação do serviço com defeito, isto é, não busca o autor, mais, a rescisão ou modificação do contrato de publicação, porém ser reparado das lesões extrínsecas ao contrato, que ela causou, no âmbito do ilícito civil.

Em tais condições, penso, com a máxima vênia, que a hipótese é a do art. 27 da Lei n. 8.078/1990, c/c o art. 14, *caput* (Seção II), que dispõem:

> *"Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à* ***reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo****, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.*
>
> [...]
>
> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa,* ***pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços****, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*" (destaquei).

Nesse sentido é a lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, quando distingue:

> *"O prazo do art. 27 do CDC refere-se à prescrição da pretensão indenizatória, aproximando-se do prazo geral de vinte anos do art. 177 do Código Civil de 1916 (art. 205 do CC/2002 – 10 anos), para as ações pessoais. O legislador, ao elaborar o CDC, teve o cuidado de deixar expressa a natureza dos prazos dos arts. 26 e 27, para evitar as controvérsias ensejadas pelo art. 178 do Código Civil de 1916, que misturou prazos de prescrição e de decadência, exigindo da doutrina enorme esforço para identificar critérios distintivos entre os dois institutos."*
>
> (**Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 301).

Destarte, o prazo, que é de prescrição, e não de decadência, é de cinco anos, e não de noventa dias, pelo que fosse qual fosse, no caso, a data inicial de sua fluição – se do dia da publicação das listas telefônicas ou do término do período de publicação – a ação teria sido ajuizada tempestivamente.

Porém, ainda que assim não se entendesse, isto é, se a conclusão fosse pela incidência do prazo de decadência de 90 dias previsto no art. 26, II, do CDC, como compreendeu o aresto estadual, melhor sorte não abrigaria a recorrente.

É que em se tratando de fornecimento de serviço com prazo de duração de um ano, tempo em que o autor teria o direito de ter seu anúncio publicado – e corretamente – nas listas telefônicas, há que se considerar que a continuidade do serviço se prolonga até o final do contrato, nos termos do parágrafo 1.º do art. 26, inclusive porque poderia ainda a LISTEL haver, nesse período, minimizado o dano, se publicasse uma "errata" ou promovesse alguma espécie de divulgação reparando o equívoco.

Destarte, tenho que correta a interpretação dada pelo acórdão *a quo*, com relação à data inicial do curso do prazo, muito embora dele discorde, rogando, ainda, vênia, no tocante a se cuidar da situação do art. 26, pois, como já assinalado, estou em que a espécie é a do art. 27 – prazo quinquenal de prescrição.

Ante o exposto, conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

RESPONSABILIDADE CIVIL – FATO DO PRODUTO – PRESCRIÇÃO

TJMG, Ap. Cív. 1.0596.04.019580-9/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, ac. 26.06.2008

Processo n. 1.0596.04.019580-9/001(1)

Relator: Bitencourt Marcondes

Relator do Acórdão: Bitencourt Marcondes

Data do Julgamento: 26.06.2008

Data da Publicação: 15.07.2008

Inteiro Teor:

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO PELO FATO DO PRODUTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. I – O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos casos em que a relação jurídica travada entre as partes se caracteriza como típica relação de consumo. II – Tratando-se de demanda em que se discute a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, incide a norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece prazo de cinco anos para prescrição das pretensões relativas à reparação de danos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça. III – A norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, por ser especial em relação àquela que regula a prescrição das ações pessoais (art. 177, do Código Civil de 1916; atual art. 205, do Código Civil de 2002), afasta a incidência da regra geral de Direito Civil. IV – Verificada a existência de lapso temporal superior a cinco anos contados a partir do conhecimento do dano e da autoria até a propositura da ação de indenização, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão deduzida em juízo. V.v. O prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuirá as inúmeras benesses do CDC.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0596.04.019580-9/001 – COMARCA DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ

Apelante(s): Souza Cruz S/A

Apelado(a)(s): Celso Adami Medeiros

Relator: Exmo. Sr. Des. Bitencourt Marcondes

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15.ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2008

DES. BITENCOURT MARCONDES, Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Produziram sustentação oral: pela apelante, o Dr. Paulo Rogério Brandão e, pelo apelado, o Dr. Luiz Roberto Capistrano. Assistiu ao julgamento, pela apelante, o Dr. Tiago da Silveira Rabelo.

Sessão do dia 12.06.2008

O SR. DES. BITENCOURT MARCONDES:

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SOUZA CRUZ S/A em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Romário Silva Junqueira, da 1.ª Vara Cível da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária ajuizada por CELSO ADAMI MEDEIROS, para condenar a ré ao pagamento da quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a título de indenização por danos morais.

Pleiteia a reforma da sentença, aduzindo as seguintes alegações:

– prescrição da pretensão, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ação foi ajuizada mais de cinco anos após o conhecimento do dano e da autoria;

– o apelado não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, porquanto não há, nos autos, prova: (i) do consumo de produtos fabricados pela apelante; (ii) dos danos alegados; (iii) do nexo causal direto e imediato entre os danos supostamente sofridos e o consumo de cigarros; (iv) de que começou a fumar aos 12 anos e consumia 5 maços de cigarros por dia; (v) de que foi enganado pela publicidade; (vi) de que não sabia que o consumo de cigarros estava associado a riscos; (vii) de que é "viciado";

– inexiste fundamento legal para lhe imputar a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos alegados, porquanto o art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a responsabilidade do fabricante pela existência de defeito no produto, o que não se verifica no caso em tela, já que o cigarro não pode ser considerado um "produto defeituoso" apenas pelo fato de estar associado a conhecidos riscos para a saúde;

– o cigarro é um produto de periculosidade inerente, pois os riscos associados ao seu consumo são por todos razoavelmente esperados;

– a regulamentação referente às informações que os fabricantes de cigarro devem incluir nos maços e peças publicitárias somente foi editada em 25.08.1988; assim, em decorrência do princípio da legalidade, não pode ser responsabilizada pela omissão em informar antes dessa data;

– não há nexo de causalidade entre a veiculação de publicidade e o fato de as pessoas começarem a fumar, conforme restou amplamente demonstrado;

– o próprio apelado confessou sempre ter tido ciência dos riscos associados ao consumo de cigarros, o que denota a existência de excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima).

Requer, em decorrência do princípio da eventualidade, a redução do valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00, e da verba honorária para 10% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões às fls. 2.181/2.198.

I – DO RECURSO DE APELAÇÃO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A) DA PRESCRIÇÃO

Sustenta a ocorrência da prescrição, nos termos do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a ação foi ajuizada mais de cinco anos após o conhecimento do dano e da autoria.

Argumenta que o documento acostado às fls. 1.392 – laudo elaborado por três médicos do Município de Santa Rita do Sapucaí – demonstra que, desde 11 de maio de 1999, o apelado já estava impossibilitado de exercer suas atividades laborais em razão das doenças alegadas na inicial. Assim, como a ação foi ajuizada somente em 29.07.2004, ou seja, 5 anos, 2 meses e 18 dias após a constatação do dano e sua alegada autoria, é evidente a ocorrência da prescrição.

A primeira questão que se coloca diz respeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela.

Nesse contexto, inegável a incidência da legislação consumerista, por força do disposto nos arts. 2.º e 3.º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

> Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços."

Com efeito, a relação jurídica travada entre as partes litigantes caracteriza-se como típica relação de consumo, pois, se por um lado, o apelado se apresenta como consumidor final, por outro, a apelante se enquadra na definição de fornecedor dada pelo art. 3.º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, e considerando que a presente demanda diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto (indenização por danos causados em decorrência do consumo de cigarros fabricados pela apelante), não há dúvidas acerca da incidência da norma inserta no art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> "Art. 27. Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."

Ressalte-se que a norma acima mencionada, por ser especial em relação àquela que regula a prescrição das ações pessoais (art. 177, do Código Civil de 1916; atual art. 205, do Código Civil de 2002), afasta a incidência da regra geral de Direito Civil.

A propósito, vale transcrever excerto do voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, proferido em caso análogo (REsp. n. 304.724/RJ):

> "Neste feito, especificamente, sob todas as luzes, trata-se de indenização por fato do produto e, se é por fato do produto, evidentemente não se pode aplicar a prescrição do direito comum; aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor, no caso, a prescrição do art. 27."

Posto isso, cumpre analisar a ocorrência ou não da prescrição da pretensão deduzida em juízo.

Pela análise detida dos autos, notadamente do laudo médico acostado às fls. 1.392, observa-se que, em 11.05.1999, três peritos médicos do Município de Santa Rita do Sapucaí atestaram a incapacidade do apelado para exercer sua função pública, por ser portador de "doença crônica por enfisema pulmonar" e "prolapso de válvula mitral sintomático".

Ademais, o próprio apelado, em seu depoimento pessoal, afirma ter sofrido enfisema pulmonar há, aproximadamente, quinze anos, conforme se depreende do excerto abaixo transcrito (fls. 1.569):

> "[...] faço uso de cigarros desde os doze anos de idade, a minha ideia já não ajuda, por isso, lembro-me que ultimamente eu fumava cigarros da marca Hollywood (sic)

> e acabei por sofrer um enfisema pulmonar há mais ou menos quinze anos passados e, aconselhado por populares, acabei por conversar com meu advogado e este me orientou a entrar com esta ação [...]."

Desse modo, é de se convir, o apelado já tinha ciência acerca dos danos que alega terem sido causados pelo consumo de cigarros há mais de dez anos, sendo certo que o conhecimento inequívoco se deu quando da constatação de sua incapacidade para o exercício da função pública junto ao Município de Santa Rita do Sapucaí, o que, conforme já observado, se deu em 11.05.1999.

Quanto ao conhecimento da autoria do dano, o apelado afirmou que sempre foi alertado por médicos "de que eu deveria deixar de fumar por causa das crises de falta de ar que eu passava e também como dentista, tenho conhecimento dos males que o fumo causa" (fls.1.569).

Dessa forma, conclui-se que o apelado, quando foi acometido pelo enfisema pulmonar – o que, de acordo com seu depoimento pessoal ocorreu há mais ou menos quinze anos –, já conhecia os males causados pelo consumo de cigarros, tanto pelo fato de ter sido alertado por médicos quanto por ter conhecimentos específicos da área de saúde, já que é cirurgião-dentista.

Nessa seara, o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional deve ser o conhecimento inequívoco dos danos e da autoria, o que, no caso em tela, ocorreu em 11.05.1999.

Assim, e considerando que a presente ação foi ajuizada em 29.07.2004, não há dúvidas acerca da ocorrência da prescrição, porquanto o prazo prescricional de 5 (cinco) anos findou-se em 11.05.2004.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "EMENTA: CONSUMIDOR. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. DANO MORAL E ESTÉTICO. TABAGISMO PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INÍCIO DA CONTAGEM. CONHECIMENTO DO DANO E DA AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI SUPOSTAMENTE VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.
>
> – A ação de reparação por fato do produto prescreve em cinco anos (CDC, art. 27).
>
> – O prazo prescricional da ação não está sujeito ao arbítrio das partes. A cada ação corresponde uma prescrição, fixada em lei.
>
> – A prescrição definida no art. 27 do CDC é especial em relação àquela geral das ações pessoais do art. 177 do CC/16. Não houve revogação; simplesmente, a norma especial afasta a incidência da regra geral (LICC, art. 2.º, § 2.º).
>
> – A prescrição da ação de reparação por fato do produto é contada do conhecimento do dano e da autoria, nada importa a renovação da lesão no tempo, pois, ainda que a lesão seja contínua, a fluência da prescrição já se iniciou com o conhecimento do dano e da autoria.

– 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

– É inadmissível o recurso especial, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir exata compreensão da controvérsia. Inteligência da Súmula n. 284/STF.

– Divergência jurisprudencial não demonstrada, nos moldes exigidos pelo parágrafo único, do art. 541, do CPC."[1]

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação para reconhecer a prescrição da pretensão do apelado e, de consequência, julgar extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Condeno o apelado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4.º, do Código de Processo Civil, esclarecendo que a execução das verbas fica condicionada à mudança em sua situação econômica, uma vez que litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.

O SR. DES. JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTES:

VOTO

De acordo com o eminente Relator.

O SR. DES. MOTA E SILVA:

Peço vista.

Sessão do dia 26.06.2008

O SR. DES. MOTA E SILVA:

VOTO

Narra a inicial que o autor começou a fumar aos 12 anos de idade, ainda criança, passando a fumar cinco maços de cigarro por dia, tornando-se dependente físico do cigarro por não poder parar de fumar e, com isso, adquiriu todas as doenças que provocam o cigarro, mas que jamais fora alertado pela seguradora, sendo ao final aposentado em 11.05.1999 e, atualmente, se encontra em cadeira de rodas. O pedido de indenização pela responsabilidade civil da ré tem como base os artigos 186, 927 e 931 do atual Código Civil, sendo que o art. 186 corresponde ao artigo 159 do CC/16 (fls. 13), ao argumento de não ter a ré, à época em que começou a fumar e por muitos anos, a não ser recentemente, advertido dos males que são provocados pelo cigarro, isto é, fora negligente em razão da omissão, e, ainda com considerações sobre propaganda enganosa, cita artigos do CDC que tratam da matéria.

---

[1] STJ, REsp. n. 304.724/RJ, 3.ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 22.08.2005.

Citada a ré, esta na sua defesa arguiu a prescrição do art. 27 do CDC e o mérito do pedido impugna-o onde procura se isentar de sua responsabilidade sob a alegação de que a pessoa, se quiser, pode parar de fumar.

A preliminar de prescrição foi afastada na sentença pelo douto juiz, ao se reportar ao acórdão da 9.ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, na apelação Cível n. 1.0459.05.020.691-9/001, julgado em 06.02.2007, julgando parcialmente procedente o pedido.

O relator Des. Bitencourt Marcondes em seu voto reconhece a prescrição da ação, o que foi acompanhado pelo douto revisor Des. José Afonso da Costa Côrtes. Diante disso, pedi vista dos autos para análise da existência da prescrição ou não.

É o relatório.

Antes de proferir decisão, cumpre-me inserir as disposições legais seguintes:

"Art. 7.º, do CDC:

Art. 7.º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

"Art. 159, do CC/1916:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

"Art. 186, do CC/2002:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Com o devido respeito aos doutos relator e revisor, não comungo com a posição dos que entendem que ocorreu a prescrição do direito à ação, em razão do art. 27 do CDC, isto porque o art. 7.º do mesmo Diploma Legal ressalva que não são excluídos outros direitos enunciados em leis anteriores, desde quando a parte embase seu pedido na culpa do fabricante. Isto é, desde quando o pedido foi feito de forma expressa com citação do art. 159 do CC/16, ou do atual art. 186 do CC/2002.

A doutrina é unânime em aceitar a existência do direito de a parte interessada, uma vez vencido o prazo do art. 27 do CDC considerado como de decadência, com base no art. 7.º do CDC, ajuizar a ação com base no art. 159 do CC/16, ou o atual art. 186 do CC/2002, desde quando não vencido o prazo prescricional. É a melhor doutrina. Senão vejamos.

O jurista LÚCIO DELFINO, ao comentar o assunto no seu livro **Responsabilidade civil e tabagismo**, ensina:

> "O art. 7.º do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao prescrever que os direitos nele previstos não excluem outros enunciados em leis anteriores. Diante disso, entende-se que o consumidor pode valer-se do prazo prescricional de vinte anos, esculpido no art. 177 do Código Civil, desde que se funde na culpa do fabricante (art. 159 do Código Civil), sempre que decorrido o prazo prescricional previsto na Lei n. 8.078/1990" (p. 165).
>
> "Por fim, o veto proferido pelo Presidente da República ao parágrafo único do art. 27 da Lei n. 8.078/1990 foi certeiro, uma vez que patente o equívoco em sua formulação responsável por sua incompreensão. No entanto, mesmo inexistindo, na legislação de consumo, determinação quanto à suspensão da prescrição, deve-se observar a lição de SÉRGIO CAVALIEI FILHO, no sentido de que as causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional, uma vez vetado o parágrafo único do art. 27, são aquelas previstas no Código Civil" (p. 166).

O autor cita, na nota de n. 60 em seu Livro, o brilhante artigo do jurista WILLIAM SANTOS FERREIRA, como se segue:

> "'a) Como vimos a prescrição tem incidência nos casos nos quais há uma pretensão condenatória, nos quais verifica-se o direito a uma prestação positiva ou negativa decorrente de um direito lesado ou violado. O caso tratado é exatamente este. As hipóteses sujeitas ao disposto no art. 27 são direitos subjetivos, como ressalta ZELMO DENARI, todavia, não em vias de constituição, mas sim já constituído, faltarlhes-iam apenas a efetivação, isto é, a indenização estabelecida em uma sentença, não haverá alteração ou constituição ou extinção da relação jurídica, essa apenas é reconhecida em sentença. Cuida o dispositivo dos prazos prescricionais incidentes sobre direitos decorrentes de um acidente de consumo, em outras palavras, decorrentes de um direito lesado ou violado, e este direito que é preexistente ao dano é o da incolumidade físico-psíquica do consumidor, que foi violada, daí decorrendo o direito a uma prestação positiva, isto é, indenização exigível através de uma ação condenatória. Como se demonstra, o caso adéqua-se perfeitamente.
>
> b) A segunda razão leva em conta o que a prescrição atinge. Sem dúvida é a pretensão que é atingida (no caso, condenatória), conclusão que se deflui da literalidade do art. 27 que está de acordo com a visão moderna do que a prescrição atinge, demonstrando a influência do Direito germânico que da mesma forma trata a matéria, conforme anteriormente salientado. Sobrevive, pois, o direito, desde que o ordenamento jurídico estabeleça outra forma de exigir-se. Podemos citar o exemplo de uma pretensão executória prescrita, poderá o titular do direito ajuizar ação pessoal contra o devedor, todavia não o fará através de ação executiva, mas como condenatória, como aceito pela Jurisprudência como leciona LIMONGI FRANÇA (51. In: **Jurisprudência da Prescrição e da Decadência**).
>
> Como se vê, o caso é de prescrição, que ao cabo do prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra

> ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuirá as inúmeras benesses do CDC. Como leciona NELSON NERY JR.: do mesmo modo, a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver à prescrição (FERREIRA, William Santos. Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 10, São Paulo: RT, 1994. p. 91-92)'" (**Responsabilidade e tabagismo**. Del Rey, 2002. p. 165/166).

Pois bem, o jurista WILLIAM SANTOS FERREIRA, em artigo denominado Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor, ensina:

> "Como se vê o caso é de prescrição, que ao cabo do prazo de cinco anos atingirá a pretensão do consumidor com base no CDC, mas não o impedirá de ajuizar outra ação, desde que não prescrita a prevista no art. 159 do CC, todavia não possuíra as inúmeras benesses do CDC. Como leciona NELSON NERY Jr.: 'do mesmo modo, a prescrição nada tem a ver com o direito, pois o direito pode sobreviver a prescrição...'" (*apud* Antônio Benjamim. Ob. cit. p. 137).
>
> "Na prática demonstra-se a viabilidade da exposição. A hipótese é semelhante à da ação contra o construtor e o incorporador por defeito prejudicial à solidez e a segurança do edifício, em que, conforme anotam J. NASCIMENTO FRANCO E NISSKE GONDO, o prazo de 5 anos referido no art. 1.245 do CC, vem sendo reconhecido, segundo orientação jurisprudencial (**RT** 542/106, 568/71, 569/90, 572/181, 577/143) como simples garantia, prescrevendo a ação indenizatória em 20 anos, nos termos do art. 177 do estatuto referido. Não destoa deste entendimento ALBERTO DO AMARAL JR." (54. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda.** p. 284).

O Código Civil do Peru expressamente dispõe que a prescrição não atinge o direito (art. 1.989).

> "Entendimento contrário ao exposto, conduziria a absurda conclusão de que em termos prescricionais o CDC trouxe disposição prejudicial ao consumidor, frente aos prazos previstos no Código Civil" (In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 10, p. 92, abril/maio 1994).

O jurista SERGIO CAVALIERI FILHO, em seu conceituado **Programa de responsabilidade civil**, ensina:

> "As causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional, uma vez vetado o parágrafo único do art. 27, são aquelas previstas no Código Civil" (p. 445, Malheiros Editores, 3.ª ed.).
>
> "Mas, como o art. 7.º do CDC ressalvou expressamente outros direitos do consumidor previstos em leis anteriores, poderá a vítima, desde que se funde em culpa do transportador (art. 159 do CC), valer-se do prazo de vinte anos previsto no art. 177 do Código Civil" (p. 466).

ZELMO DENARI, sobre a questão da prescrição e decadência, ensina:

"Resta saber se as hipóteses normadas correspondem efetivamente à decadência e à prescrição dos direitos reparatórios previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O tempo exerce uma eficácia extintiva sobre os direitos. Não sobre o direito positivo, ou seja, sobre o direito objetivamente considerado, pois, este, por seu caráter imanente, somente se extingue com o advento de normas de superposição (revogatórias das anteriores ou incompatíveis com as respectivas provisões), mas sobre o direito subjetivo, enquanto poder de realizar o interesse juridicamente protegido.

O direito se subjetiva quando um acontecimento qualquer – designado hipótese material de incidência – deflagra uma relação de poder que permite ao seu titular realizar a tutela prevista no ordenamento jurídico. Por outra, o direito se subjetiva quando seu titular pode imediatizar a proteção dos interesses lesados pela violação da norma" (p. 115).

O citado jurista, ao comentar o art. 27 do CDC, no subtítulo Responsabilidade por danos e prescrição, ensina:

"– Nesta passagem o Código disciplina a prescrição nos casos de responsabilidade por danos, vale dizer, nos acidentes causados por defeitos (*rectius*, vícios de qualidade) dos produtos ou serviços.

A hipótese, da mesma sorte, é de decadência, pois trata do perecimento de direitos subjetivos em via de constituição. De todo modo, o dispositivo não merece, sob este aspecto, nenhuma censura. O vocábulo prescrição, segundo a tradição de nosso direito, deve ser utilizado sempre que se fizer referência à extinção de direitos subjetivos, de qualquer natureza."

O referido jurista, ao comentar o art. 26 do CDC, no subtítulo Alcance terminológico, ensina:

"O art. 26 disciplina a extinção do direito de reclamar por vícios aparentes ou ocultos que tornam os bens ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo (responsabilidade por vício).

Por todo o exposto nos parágrafos anteriores, os prazos previstos são decadenciais, pois está em causa a extinção de direitos subjetivos em via de constituição.

Por sua vez, a art. 27 disciplina a extinção de direito de exigir a reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço (responsabilidade por danos). Trata-se de, mais uma vez, prazo decadencial, visto que continua em causa a extinção dos direitos subjetivos em via de constituição.

Pelas razões aduzidas, não importa que o art. 27 faça expressa menção à prescrição, pois *nomina nom mutant substantiam rei*, p. 119, n. 1" (**Código brasileiro de defesa do consumidor** – Comentado pelos autores do anteprojeto. 2. ed. Forense Universitária).

Diante disso, considerando o entendimento unânime da doutrina especializada na matéria de que a parte prejudicada pode perfeitamente utilizar do art. 186 do CC/2002 ou do art. 159 do CC/16, se for o caso, à evidência que, como o autor deixou bem claro na inicial que a ré foi omissa em suas publicidades em não alertar aos possíveis fumantes que eles iriam adquirir todas aquelas doenças a que fazem menção a documentação acostada aos autos, à evidência, o caso é de pura responsabilidade civil e, assim sendo, inaplicável o art. 27 do CDC, pois o art. 7.º do CDC ressalvou o direito da parte em usar de outros direitos, até porque, se assim não se entender, estar-se-á a afirmar que o CDC veio para prejudicar o consumidor, o que é de todo em todo inadmissível.

Ademais, não se pode deixar de observar que "DAS DISPOSIÇÕES GERAIS", em nenhum dos arts. 63 até 67, do CDC, o legislador revogou o prazo prescricional estabelecido no art. 177 do CC/16, até porque a única norma revogada foi o Decreto n. 861, de 09.07.1993. É dizer, se fosse intenção do legislador revogar o art. 117 do CC/16, à evidência, teria feito como expressamente o fez com o decreto referido e também quando, ao editar o atual Código Civil, expressamente o fez ao revogar o Código Civil, então em vigor, e a Primeira Parte do Código Comercial, como o fez no art. 2.045.

Finalmente, é de se atentar para o fato de que, aposentado o autor em 11.05.1999, à época do ajuizamento da ação não havia decorrido o prazo estabelecido no art. 205 do atual Código Civil, uma vez que a ação foi ajuizada em 29.07.2004. POR OUTRO LADO, como o prazo era de 20 anos, nos termos do art. 177 do CC/16, e já tendo transcorrido 05 anos, 02 meses e 18 dias a contar da aposentadoria até o ajuizamento da ação, à evidência que o prazo é o do art. 177, de 20 anos, nos termos do art. 2.028 do CC/2002, isto porque o prazo que era de 20 anos no Código anterior foi reduzido para 10 anos.

PELO EXPOSTO, hei por bem em REJEITAR A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DE AÇÃO, isto é, da pretensão como acertadamente o fez o douto juiz, com o devido respeito aos votos que me antecederam, tudo com base nos fundamentos acima, parte integrante desta decisão.

SÚMULA: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O VOGAL.

Capítulo VI

PUBLICIDADE ENGANOSA E PRAXES ABUSIVAS

PROPAGANDA ENGANOSA – PRINCÍPIO DA VERACIDADE

STJ, 2.ª T., REsp. n. 1.317.338/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, ac. de 19.03.2013, *DJe* 01.04.2013

RECURSO ESPECIAL N. 1.317.338-MG (2011/0275068-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Estado de Minas Gerais

Procurador: Cássio Roberto dos Santos Andrade e outro(s)

Recorrido: Intelig Telecomunicações S/A

Advogado: Alessandro Elisio Chalita de Souza e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, § 1.º, DO CDC. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE.

1. Não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação dos artigos 56 e 57 do CDC, uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula 282 do STF. Nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar, entre outros dados, informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem. Já o art. 37 proíbe de forma expressa a publicidade enganosa, capaz de induzir o consumidor a erro.

2. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à Intelig Telecomunicações em razão de publicidade enganosa por ter veiculado desconto especial com o slogan "Fale até 5 minutos por 0,99". Consta nos autos que "durante a ence-

nação aparecem atores levantando placas com as descrições '5 minutos', 'R$ 0,99' e, posteriormente, ouvem-se sons enfatizando os seguintes dizeres: '5 (cinco) minutos, noventa e nove centavos'. Durante a apresentação do comercial, constata-se ainda a rápida exibição de uma legenda com a descrição: 'chamadas até 5 minutos custam R$ 0,99 sem tributos (preço final RJ R$ 1,49/min)'. Após, a cobrança passa a ser conforme o plano básico" (fls. 270/271).

3. Quanto ao fato de o valor cobrado referir-se apenas aos primeiros 5 minutos de ligação, não há qualquer dúvida, até porque, conforme relatado pelo acórdão, a prestadora de serviços fez constar em legenda os seguintes dizeres, em tempo hábil para leitura: *"Chamadas até 5 min custam R$ 0,99 sem tributos. (Preço final RJ, R$ 1,49/min)",* concluindo-se que, após esse lapso temporal, a cobrança passa a ser conforme o plano básico contratado pelo consumidor. Nesse ponto, o informe veiculado não é enganoso, uma vez que houve explicação clara acerca da sistemática de cobrança adotada, não gerando dúvida de que o valor exposto é inaplicável em ligações de duração maior que 5 minutos.

4. A dúvida surge quanto ao próprio valor a ser pago nas ligações de duração menor ou igual ao período de 5 minutos. Pela análise do quadro fático desenhado pelo Tribunal *a quo*, conclui-se pela publicidade que o custo de uma ligação de até 5 minutos será de R$ 0,99 (noventa e nove centavos), ao passo que pela leitura da legenda exposta consta informação de que tal valor refere-se à unidade do minuto falado durante os primeiros 5 minutos – *"Chamadas até 5 min custam R$ 0,99 sem tributos. (Preço final RJ,* ***R$ 1,49/min****)"* –, ou seja, o valor da ligação de 5 minutos seria, sem cálculo dos tributos, R$4,95 (R$ 0,99 x 5 minutos), e não R$ 0,99, como expresso no *slogan*.

5. A publicidade enganosa, à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão.

6. Em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a), sem destaque".

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 19 de março de 2013.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Minas Gerais, com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça assim ementado:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO PROCON. DECISÃO ADMINISTRATIVA. PROPAGANDA ENGANOSA NÃO CARACTERIZADA. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. INFORMAÇÃO PRESTADA DE FORMA CLARA E PRECISA. OBSERVÂNCIA DOS PRECEITOS DO CDC. ILEGALIDADE DA PENALIDADE APLICADA. I – O Código de Defesa do Consumidor estabelece a necessidade de se fornecer aos consumidores informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito dos produtos e/ou serviços oferecidos, de modo a lhes assegurar uma real percepção acerca daquilo que estão adquirindo, vedando-se, com efeito, qualquer tipo de propaganda capaz de levar o consumidor a erro. II – Verificado que o informe veiculado explicitou a sistemática de cobrança adotada, de forma clara, precisa e ostensiva, não sendo capaz de induzir a erro o consumidor mais desatento, não há que se falar em propaganda enganosa. III – Não demonstrada a alegada ilegalidade, deve ser anulado o ato administrativo de aplicação de penalidade pelo Procon.
>
> V.V.
>
> PROCON – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – PUBLICIDADE ENGANOSA – MULTA – LEGALIDADE – DIREITO TUTELAR DO CONSUMIDOR. Verificada em regular procedimento administrativo a veiculação de publicidade enganosa, a imposição de multa é medida que se impõe, de modo a desestimular as práticas de condutas lesivas aos direitos do consumidor, cuja tutela cabe mesmo aos órgãos de proteção do consumidor.

Nas razões recusais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos artigos 37, § 1.º, 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Alega: (i) que "a publicidade gerou dúvida não somente quanto ao valor a ser pago em ligações de duração maior que 5 minutos, mas também quanto ao próprio valor a ser pago nas ligações de duração menor ou igual àquele período, tendo em vista que pela

audição da fala dos atores entende-se que o custo de uma ligação de até 5 minutos será de R$ 0,99 (noventa e nove centavos), ao passo que da legenda exposta consta informação de que tal valor refere-se ao minuto falado durante os primeiros 5 minutos, ou seja, o valor da ligação de 5 minutos seria, sem cálculo dos tributos, R$ 4,95 (quatro reais e noventa e cinco centavos)" (fls. 284/285); (ii) o cabimento da sanção administrativa.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 290/298).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Em primeiro lugar, não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação dos artigos 56 e 57 do CDC, uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a Súmula 282 do STF.

Quanto ao art. 37, § 1.º, do CDC, o recurso merece acolhida.

Nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar, entre outros dados, informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem.

Já o art. 37 proíbe de forma expressa a publicidade enganosa, capaz de induzir o consumidor a erro.

No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à Intelig Telecomunicações em razão de publicidade enganosa por ter veiculado desconto especial com o *slogan* "Fale até 5 minutos por 0,99".

Consta nos autos que "durante a encenação aparecem atores levantando placas com as descrições '5 minutos', 'R$ 0,99' e, posteriormente, ouvem-se sons enfatizando os seguintes dizeres: '5 (cinco) minutos, noventa e nove centavos'. Durante a apresentação do comercial, constata-se ainda a rápida exibição de uma legenda com a descrição: 'chamadas até 5 minutos custam R$ 0,99 sem tributos (preço final RJ R$ 1,49/min) Após, a cobrança passa a ser conforme o plano básico'" (fls. 270/271).

A publicidade enganosa, à luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção

do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão.

Ora, quanto ao fato de o valor cobrado referir-se apenas aos primeiros 5 minutos de ligação, não há qualquer dúvida, até porque, conforme relatado pelo acórdão, a prestadora de serviços fez constar em legenda os seguintes dizeres, em tempo hábil para leitura: *"Chamadas até 5 min custam R$ 0,99 sem tributos. (Preço final RJ, R$ 1,49/min)"*, concluindo-se que, após esse lapso temporal, a cobrança passa a ser conforme o plano básico contratado pelo consumidor. Nesse ponto, o informe veiculado não é enganoso, uma vez que houve explicação clara acerca da sistemática de cobrança adotada, não gerando dúvida que o valor exposto é inaplicável em ligações de duração maior que 5 minutos.

A dúvida surge quanto ao próprio valor a ser pago nas ligações de duração menor ou igual ao período de 5 minutos. Vejamos.

Pela análise do quadro fático desenhado pelo Tribunal *a quo*, conclui-se pela publicidade que o custo de uma ligação de até 5 minutos será de R$ 0,99 (noventa e nove centavos), ao passo que pela leitura da legenda exposta consta informação de que tal valor refere-se à unidade do minuto falado durante os primeiros 5 minutos – *"Chamadas até 5 min custam R$ 0,99 sem tributos. (Preço final RJ,* ***R$ 1,49/min)"*** –, ou seja, o valor da ligação de 5 minutos seria, sem cálculo dos tributos, R$ 4,95 (R$ 0,99 x 5 minutos) e, não R$ 0,99, como expresso no *slogan*.

Desta forma, em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa.

Com essas considerações, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa parte, DOU PROVIMENTO ao recurso especial. Inversão dos ônus sucumbenciais.

TV – PROPAGANDA ENGANOSA – RESPONSABILIDADE DO ANUNCIANTE

STJ, 4.ª T., REsp. n. 1.157.228/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. de 03.02.2011, *DJe* 27.04.2011

RECURSO ESPECIAL N. 1.157.228-RS
(2009/0188460-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.

Advogado: Francisco Martins Codorniz Neto e outro(s)

Recorrido: Paulo Roberto Merg Jardim

Advogado: Daniel Fernando Nardão e outro(s)

Interes.: Megainvest Empreendimentos e Participações Ltda.

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARÁ PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3.º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3.º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco".

II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva **ad causam**, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

III. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ).

IV. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 3 de fevereiro de 2011 (data do Julgamento).

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a decisão singular, em acórdão assim ementado (fl. 271):

> *"Apelação cível. Ação indenizatória. Processo civil. Propaganda enganosa. Relação de consumo.* ***LEGITIMIDADE PASSIVA. Emissora de televisão****. A causa de pedir está embasada na publicidade enganosa veiculada no programa da emissora de televisão, tendo por objeto o produto ofertado pela anunciante. Aplica-se,* in casu, *a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas* in status assertionis*, ou seja, em abstrato, a partir do alegado pelo autor na petição inicial, sem ingressar na análise do caso, sob pena de apreciação meritória. Ilegitimidade passiva rejeitada. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO. PROPAGANDA DIVULGADA EM PROGRAMA TELEVISIVO. Hipótese dos autos em que a emissora de televisão utilizou-se do seu prestígio e credibilidade para garantir a lisura do produto ofertado pela anunciante. Aplicável ao caso o CDC, sendo cabível a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC, pois o telespectador encontra-se efetivamente em posição de inferioridade processual ou de hipossuficiência, na medida em que não dispõe dos mesmos recursos e conhecimentos que a emissora de televisão, empresa de grande porte, a qual está habituada a lides como a presente, tendo maiores condições de produzir prova do que o consumidor.* ***In casu****, o telespectador/consumidor contratou o empréstimo anunciado, influenciado pela credibilidade do apresentador da emissora de televisão, que referendou o produto veiculado pela anunciante. É evidente a responsabilidade de mídia televisiva, pois estimulou o consumo do produto anunciado, criando no espírito do consumidor uma falsa noção de que poderia contratar o mútuo fraudulento objeto da publicidade. Dever de indenizar caracterizado, nos termos dos art. 7.º, parágrafo único, combinado com os arts. 14, 31 e 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, pois a emissora de televisão descuidou do devido senso de responsabilidade social. REJEITARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO."*

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados com aplicação de multa (e-STJ fl. 296).

Paulo Roberto Merg Jardim ajuizou ação visando à reparação de danos em razão de publicidade que reputou enganosa promovida pela recorrente, o que lhe teria causado danos morais e materiais, porquanto veiculava notícia de empréstimo mediante depósito prévio de certa quantia, tendo-o efetuado sem, contudo, receber o valor solicitado e tampouco o que havia depositado.

A sentença (e-STJ fls. 183/187) acolheu os pedidos para determinar a restituição do valor depositado para assegurar o empréstimo, R$ 400,00 (quatrocentos reais), e condenar a ré no pagamento de danos morais, estes no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformada, Rádio de Televisão Bandeirantes Ltda. interpõe recurso especial sustentando ofensa aos artigos 330, I, 538, parágrafo único, do Código de

Processo Civil, 3.º, 36, parágrafo único, 37 do Código de Defesa do Consumidor, e 45, "a", do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, além de dissídio jurisprudencial.

Em contrarrazões, o recorrido sustenta o acerto das instâncias ordinárias tanto quanto à legitimidade passiva como no que concerne ao dever de indenizar.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras "a" e "c" do autorizador constitucional, em que se discute a corresponsabilidade da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. pelo fato de haver veiculado, em programa de TV, por intermédio de seu apresentador, propaganda enganosa de empréstimo oferecido por empresa financeira anunciante, que teria descumprido os compromissos assumidos no anúncio realizado.

A ação foi julgada procedente em ambos os graus da jurisdição ordinária, condenadas as rés ao pagamento de danos materiais no importe de R$ 400,00 (quatrocentos reais) e danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescidos de correção monetária e juros moratórios, além de custas e verba honorária.

O recurso especial da 2.ª ré aponta violação aos arts. 3.º e 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, 45, letra "a", do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, e dissídio jurisprudencial.

Quanto à legislação infralegal, não tem ela como ser examinada em sede especial, por refugir à competência do Superior Tribunal de Justiça.

Sigo no exame da questão por atender o recurso aos demais pressupostos de admissibilidade.

A propaganda televisiva, presentemente, não se faz apenas pela via convencional dos anúncios nos intervalos comerciais, mas também por outros meios, ditados pelo desenvolvimento dos recursos técnicos e pela necessidade de aprimoramento da interação com o telespectador, ante em concorrência constante com as mais diversas formas de comunicação e informação.

Com isso quer-se dizer que, hoje, dispondo o público-alvo de inúmeros canais na programação, seja convencional, a cabo ou ambas, pelos quais pode navegar a um simples toque no teclado do comando eletrônico do aparelho, prender a sua atenção tornou-se um desafio.

Daí por que, dentre as novas espécies de propaganda veiculadas em televisão surgiu a chamada "publicidade de palco", espécie de comercial ao vivo, na qual a mensagem do anunciante, em lugar de ser gravada, é promovida pelo próprio apresentador do programa ou outra pessoa. Essa propaganda, usualmente, tem um tempo estipulado pela emissora e limite de texto, de acordo com a grade do programa, e é realizada na linguagem característica do apresentador e do respectivo "show".

Há outra variação, ainda dentro da "publicidade de palco", que é o "comercial chamado", pelo qual o apresentador, utilizando-se de um texto menor, às vezes jocoso, chama a atenção do telespectador para um comercial que é exibido a seguir, porém sempre dentro do bloco do programa, que também pode ser seguido de um comentário de finalização pelo mesmo apresentador.

Igualmente é considerada como "publicidade de palco" o "merchandising", que tem lugar dentro do programa para fins de memorização de marca, "slogans" etc., usualmente empregando estímulos visuais e textuais, ações conceituais, eventos especiais, sem rigorosa limitação de tempo e texto. Exemplo disso é uma distribuição de brindes de determinado produto à plateia, com um prêmio de viagem inserido em um deles.

Existe, mais, na mesma categoria de "publicidade de palco", o formato comercial de patrocínio de quadros específicos do programa, que é divulgado no bloco, antes e depois da apresentação do quadro.

Verifica-se, portanto, que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações "ao vivo", é, presentemente, praxe comum, ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante.

Isso, todavia, não tem absolutamente o condão de modificar a natureza da coisa. Ela é o que é: uma propaganda. E, como tal, há de se distinguir o anunciante do veículo de mídia que divulga o anúncio.

A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e a confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante.

A tese sufragada pelo acórdão *a quo* está em atribuir à emissora de televisão uma parceria, um coempreendedorismo que não existe nem em contrato, nem na lei. Os jornais, revistas, rádio e televisão têm despesas elevadas e auferem sua receita da propaganda que veiculam. Não são instituições bancárias e financeiras, operadoras de cartões de crédito, de telefonia, fábricas de automóveis, de produtos de beleza e vestuário, empresas de aviação, planos de saúde etc. Esses anunciam, e as empresas de comunicação, por seus veículos, publicam ou transmitem os anúncios.

Destarte, a denominada "publicidade de palco" não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado. E o apresentador está, ali, como se dizia no passado, atuando como "garoto-propaganda", e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa de comunicação, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier no futuro a adquiri-los.

No caso dos autos, a inicial refere que o autor buscou um empréstimo – e aí a petição é dúbia pois assere que a finalidade seria a compra de automóvel e depois fala em casa própria (cf. e-stj fl. 4) – e, apesar de depositar R$ 400,00 na conta da 1.ª

ré, Megainvest Emp. e Part. Ltda, e enviar a documentação correspondente, o valor do mútuo não foi creditado em sua conta corrente, inobstante a promessa contida no anúncio veiculado em programa do apresentador Gilberto Barros, de que o prazo para tanto era de quinze dias.

Verifica-se, portanto, que a alegada falha diz respeito ao produto caracterizado pelo empréstimo e à prestação do serviço de concessão do mútuo, de responsabilidade da 2.ª ré, Megainvest, que é a instituição financeira contratada, e só ela, para a operação creditícia, atividade, inclusive, inteiramente alheia ao objeto social da 1.ª ré. A 1.ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., atuou, via "publicidade de palco", exclusivamente como veiculadora da propaganda, nada além.

E esse é o sentido do Código de Defesa do Consumidor, quando qualifica o fornecedor no art. 3.º. Em seu art. 12, ao dispor sobre a "*responsabilidade pelo fato do produto e do serviço*" (Seção II), aponta "*o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador*", "*por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*". Da mesma forma, em relação ao "fornecedor de serviços", atribui-lhe a responsabilidade, no art. 14, quanto a "*informações insuficientes ou inadequadas*". E, mais adiante, na Seção III, ao tratar da "*responsabilidade por vício do produto e do serviço*", a mesma Lei n. 8.078/1990, no art. 18, também indica, textualmente, que "*Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem*" por disparidades ocorrentes entre os bens e a "*mensagem publicitária*", por igual o fazendo o art. 20, referente ao "*fornecedor de serviços*" e discrepância destes com a "*mensagem publicitária*".

Em suma, em nenhuma dessas normas é responsabilizado aquele que veicula a propaganda. Ele não é fornecedor, nem tem relação de consumo com o telespectador adquirente do produto ou serviço. Esta é a situação da 1.ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.

Por fim, em harmonia com o que se disse, rezam os arts. 36, parágrafo único, e 38 da Lei n. 8.078/1990 que:

> *"Art. 36. Omissis. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem".*
>
> [...]
>
> *Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária* ***cabe a quem as patrocina****" (destaquei).*

A interpretação dada, pois, pelo Tribunal de Justiça *a quo* não encontra respaldo na legislação pertinente e, com a máxima vênia, não se mostra razoável, ainda acarretando como consequência o próprio desaparecimento da chamada "propaganda de palco", posto que é fácil imaginar o alto risco na posição de uma empresa de comunicações que passaria a arcar com a corresponsabilidade por to-

dos os produtos e serviços anunciados, sem que pudesse intervir em seu controle de qualidade e auferir lucros pela venda respectiva.

Apreciando hipótese assemelhada, concernente a ação civil pública movida pelo Ministério Público paulista contra o jornal "O Estado de São Paulo", com o fim de impor-lhe proibição de veicular, sob pena de multa, anúncios de terceiros que oferecessem crédito com taxa de juros superior a 12% ao ano, a Egrégia 3.ª Turma assim se pronunciou:

> *"RECURSO ESPECIAL – PREQUESTIONAMENTO – INOCORRÊNCIA – SÚMULA 282/STF – FALTA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 182 – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSUMIDOR – VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO – EVENTUAL PROPAGANDA OU ANÚNCIO ENGANOSO OU ABUSIVO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE – CDC, ART. 38 – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.*
>
> *I – Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.*
>
> *II – É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182.*
>
> *III – As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, arts. 3.º e 38).*
>
> *IV – O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante – não às empresas de comunicação (art. 3.º, CDC).*
>
> *V – Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial."*
>
> (3.ª Turma, REsp. n. 604.172/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, unânime, **DJ** 21.05.2007)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para excluir da lide a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., por ilegitimidade de parte, nos termos do art. 267, VI, do CPC, condenando o autor ao pagamento da metade das custas e a honorários advocatícios, que fixo em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa, verba suspensa em face da assistência judiciária de que frui. Afasto, também, a multa imposta à recorrente, nos termos da Súmula n. 98 do STJ.

É como voto.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, eu também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, entendendo que a emissora de televisão com quem foi contratada a publicidade não está na cadeia de responsabilização objetiva

ditada pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há relação de consumo entre a empresa de comunicação que divulga a publicidade e o mutuário que contratou um empréstimo com o banco, atraído pela publicidade. E, em tese, o que não é o caso que está em discussão nesses autos, se houver manifesto abuso na atividade da emissora de comunicação que dolosa ou culposamente prejudique o público-alvo dos anúncios televisivos, o que poderia haver seria uma ação baseada na responsabilidade civil comum, e não em responsabilidade objetiva do CDC.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Acompanho o voto do e. Ministro Relator, mas com ressalva, diante da peculiaridade do caso concreto.

2. De fato, é possível vislumbrar hipóteses de manifesto abuso, caso a solução utilizada seja generalizada.

É de se aventar uma situação em que haja propaganda grosseira, como por exemplo de uma empresa de saúde que promete a cura do câncer, e, ainda assim, o veículo de comunicação transmite a publicidade, oferecendo os produtos.

Em um outro exemplo mais bizarro, determinada empresa busca vender uma parte do território de país estrangeiro, ou de outro planeta, e um consumidor, de boa-fé, acreditando na publicidade veiculada, realiza a compra.

Sem mencionar a eventual publicidade de palco de produtos ilícitos, *verbi gratia*, drogas de uso proibido.

Com efeito, são situações engendradas de modo grosseiro, mas que dão bem a medida de como pode haver abuso.

Evidentemente, a análise será subjetiva, mas devem ser respeitados os limites da lei.

3. Por conseguinte, acompanho o voto do e. Relator diante das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, não afasto, genericamente, a responsabilidade do veículo de comunicação em todas as hipóteses, por entendê-lo parte legítima para a demanda, dependendo da situação apresentada.

Na verdade, somente o caso concreto permitirá uma análise da pertinência subjetiva para a causa, quando houver manifesto abuso na publicidade, e isso ficar demonstrado nos autos, comprovando-se a responsabilidade dentro da extensão da cadeia de consumo, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, alargando-se o conceito de fornecedor.

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Relator sem qualquer ressalva, porque, nos julgamentos que temos

aqui, se se for usar sempre uma lógica tangida por exceções, por algo que possa excepcionalmente ocorrer, nunca produziremos ementas que sirvam de parâmetro para diversos casos. O que temos aqui é um caso absolutamente normal do que pode acontecer em termos de propaganda de um produto ou de um serviço por parte de um veículo de comunicação.

Não houve qualquer defeito nessa propaganda no que diz respeito a ela própria. O defeito veio a ocorrer lá na prestação do serviço ou lá no fornecimento do produto. E isso, a meu ver – a não ser em um caso excepcional, que nem consigo imaginar aqui, e também não vi nos exemplos que se tentou trazer –, não tem nenhuma relação com o caso que estamos julgando aqui, pois é um caso absolutamente dentro da normalidade, dentro de uma regra, dentro de uma lógica absolutamente perfeita. De modo que, com base nessa lógica, com base nessa normalidade, podemos, sim, dizer que a responsabilidade pela qualidade do produto ou do serviço não alcança a pessoa do veículo de comunicação em situações que realmente não apresentem qualquer excepcionalidade, como é o caso aqui.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, sem qualquer ressalva.

PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO

STJ, 2ª T., AgRg no AgRg no REsp. 1.261.824/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 14.02.2012, *DJe* 09.05.2013

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL
Nº 1.261.824 – SP
(2011/0079132-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Agravante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo

Procurador: Alberto Cuenca Sabin Casal e Outro(S)

Agravado: Peugeot Citröen Do Brasil Automóveis Ltda

Advogado: Luiz Coelho Pamplona e Outro(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. OFERTA. ANÚNCIO DE VEÍCULO. VALOR DO FRETE. IMPUTAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO. ARTS. 6º, 31 E 37 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA, BOA-FÉ OBJETIVA, SOLIDARIEDADE, VULNERABILIDADE E CONCORRÊNCIA LEAL. DEVER DE OSTENSIVIDA-

DE. CAVEAT EMPTOR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA.

1. É autoaplicável o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, não dependendo, consequentemente, de regulamentação. Nada impede, no entanto, que, por decreto, a União estabeleça critérios uniformes, de âmbito nacional, para sua utilização harmônica em todos os Estados da federação, procedimento que disciplina e limita o poder de polícia, de modo a fortalecer a garantia do due process a que faz jus o autuado.

2. Não se pode, *prima facie*, impugnar de ilegalidade portaria do Procon estadual que, na linha dos parâmetros gerais fixados no CDC e no decreto federal, classifica as condutas censuráveis administrativamente e explicita fatores para imposição de sanções, visando a ampliar a previsibilidade da conduta estatal. Tais normas reforçam a segurança jurídica ao estatuírem padrões claros para o exercício do poder de polícia, exigência dos princípios da impessoalidade e da publicidade. Ao fazê-lo, encurtam, na medida do possível e do razoável, a discricionariedade administrativa e o componente subjetivo, errático com frequência, da atividade punitiva da autoridade.

3. Um dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, é 'a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço' (art. 6º, III, do CDC). Nele se encontra, sem exagero, um dos baluartes do microssistema e da própria sociedade pós-moderna, ambiente no qual também se insere a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (CDC, arts. 6º, IV, e 37).

4. Derivação próxima ou direta dos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, o dever de informação adequada incide nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, e vincula tanto o fornecedor privado como o fornecedor público.

5. Por expressa disposição legal, só respeitam o princípio da transparência e da boa-fé objetiva, em sua plenitude, as informações que sejam 'corretas, claras, precisas, ostensivas' e que indiquem, nessas mesmas condições, as 'características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados' do produto ou serviço, objeto da relação jurídica de consumo (art. 31 do CDC, grifo acrescentado).

6. Exigidas literalmente pelo art. 31 do CDC, informações sobre preço, condições de pagamento e crédito são das mais relevantes e decisivas na opção de compra do consumidor e, por óbvio, afetam diretamente a integridade e a retidão da relação jurídica de consumo. Logo, em tese, o tipo de fonte e localização de restrições, condicionantes e exceções a esses dados devem observar o mesmo tamanho e padrão de letra, inserção espacial e destaque, sob pena de violação do dever de ostensividade.

7. Rodapé ou lateral de página não são locais adequados para alertar o consumidor, e, tais quais letras diminutas, são incompatíveis com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, tanto mais se a advertência disser respeito à informação central na peça publicitária e a que se deu realce no corpo principal do anúncio, expediente astucioso que caracterizará publicidade enganosa por omissão, nos termos do art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC, por subtração sagaz, mas nem por isso menos danosa e condenável, de dado essencial do produto ou serviço.

8. Pretender que o consumidor se transforme em leitor malabarista (apto a ler, como se fosse natural e usual, a margem ou borda vertical de página) e ouvinte ou telespectador superdotado (capaz de apreender e entender, nas transmissões de rádio ou televisão, em fração de segundos, advertências ininteligíveis e em passo desembestado, ou, ainda, amontoado de letrinhas ao pé de página de publicação ou quadro televisivo) afronta não só o texto inequívoco e o espírito do CDC, como agride o próprio senso comum, sem falar que converte o dever de informar em dever de informar-se, ressuscitando, ilegitimamente e *contra legem*, a arcaica e renegada máxima do *caveat emptor* (= o consumidor que se cuide).

9. A configuração da publicidade enganosa, para fins civis, não exige a intenção (dolo) de iludir, disfarçar ou tapear, nem mesmo culpa, pois se está em terreno no qual imperam juízos alicerçados no princípio da boa-fé objetiva.

10. Na hipótese particular dos autos, contudo, a jurisprudência do STJ, considerando as peculiaridades do caso concreto sob análise, é no sentido de que o anúncio publicitário consignou, minimamente, que o valor do frete não estava incluído no preço ofertado, daí por que inexiste o ilícito administrativo de publicidade enganosa ou abusiva. Desnecessário prevenir que tal conclusão soluciona o litígio apenas e tão somente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, isto é, de punição administrativa imposta na raiz do poder de polícia, sem que se possa, por conseguinte, fazer repercuti-la ou aproveitá-la em eventuais processos reparatórios civis, nos quais a análise da matéria ocorre à luz de outros regimes e princípios.

11. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que deu provimento ao recurso (fls. 531-535).

A agravante alega, em síntese, que, "se o egrégio Tribunal de origem entendeu que foram utilizadas 'letras diminutas' na divulgação do produto, como entender que as informações foram, claras, precisas, ostensivas ?" (fl. 540, grifos no original).

Pleiteia a reconsideração do decisum agravado ou a submissão do feito à Turma.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O recurso não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

O Tribunal *a quo* consignou:

> Praticou a embargante propaganda enganosa ao oferecer ao público consumidor veículos automotores, dando-se destaque às suas características e modalidades de parcelamento em vezes e, em letras diminutas, constar percentual dos valores da entrada preço sem frete incluso e taxa de juros, induzindo a erro quanto aos valores finais dos produtos ofertados.
>
> Ao realizar campanha promocional, é dever do anunciante informar as ressalvas e restrições à concessão do benefício, como também é de rigor a abstenção de utilização de qualquer expediente que possa induzir o consumidor a erro.
>
> No presente caso, é devida a multa em razão da afronta ao art. 37, § 1º do Código do Consumidor e, pouco importa se houve ou não a intenção de ludibriar o consumidor já que, de acordo com art. 38 do mesmo diploma legal "a correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina".
>
> Quanto à aplicação da multa com base nos parâmetros expressos na Portaria Procon n° 06/00, a mesma mostra-se correta, pois não alterou os valores previstos no CDC, estabelecidas no seu art. 57. [...]
>
> A Portaria Procon 06/00 apenas classificou as diversas infrações segundo o seu grau de ofensividade, sem alterar o máximo e o mínimo previstos na lei.
>
> A fixação da multa a ser imposta é ato discricionário da Administração Pública, no exercício de seu poder de polícia, dotados da presunção de legitimidade e legalidade. Portanto, correta a aplicação da mesma, segundo parâmetros pré-estabelecidos (fls. 397-398, grifos no original).

I. Autoaplicabilidade do art. 57 do CDC e legitimidade de atuação normativa dos Procons estaduais com o desiderato de fortalecer o *due process* e ampliar a segurança jurídica na imposição de sanções administrativas

Diga-se, primeiramente, que é autoaplicável o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, não dependendo, consequentemente, de qualquer regulamentação. Nada impede, no entanto, que, por Decreto, a União estabeleça critérios uniformes, de âmbito nacional, para sua utilização harmônica em todos os Estados da federação, procedimento que disciplina e limita o poder de polícia, de modo a fortalecer a garantia do *due process* a que faz jus o autuado.

Também não se pode, *prima facie*, impugnar de ilegalidade portaria do Procon estadual que, na linha dos parâmetros gerais fixados no CDC e no decreto federal, classifica as condutas censuráveis administrativamente e explicita fatores para imposição de sanções, visando a ampliar a previsibilidade da conduta estatal. Tais normas reforçam a segurança jurídica ao estatuírem padrões claros para o exercício do poder de polícia, exigência dos princípios da impessoalidade e da publicidade. Ao fazê-lo, encurtam, na medida do possível e do razoável, a discricionariedade administrativa e o componente subjetivo, errático com frequência, da atividade punitiva da autoridade.

I I. Direito à informação do consumidor

Um dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, é 'a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço' (art. 6º, III, do CDC). Nele se encontra, sem exagero, um dos baluartes do microssistema e da própria sociedade pós-moderna, ambiente no qual também se insere a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (CDC, arts. 6º, IV, e 37).

Não é à toa que Alexandre David Malfatti, estudioso da matéria, destaca que, se entre as nações mais ricas, que ostentam elevadíssimo grau de escolaridade e conscientização dos consumidores, a informação molda a coluna vertebral do microssistema legal que ampara os vulneráveis, 'com maior razão deve ser feito o mesmo para os consumidores brasileiros' (Direito – Informação no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Alfabeto Jurídico, 2003, p. 247). Não seria exagero, portanto, pretender que, em País complexo, megadiverso e desigual como o Brasil, a informação oferecida aos consumidores seja a mais completa e clara possível.

Exatamente pela sua centralidade no Estado de Direito Social e Democrático, acha-se, de maneira expressa, prevista no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, como garantia fundamental da pessoa humana (grifei):

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

> direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> [...]

Derivação próxima ou direta dos princípios da transparência e da boa-fé objetiva, e, remota dos princípios da solidariedade e da vulnerabilidade do consumidor, bem como do princípio da concorrência leal, o dever de informação adequada incide, como muito bem lembra Cláudia Lima Marques, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2006, p. 178, grifei) e vincula tanto o fornecedor privado como o fornecedor público.

Por expressa disposição legal, só respeitam o princípio da transparência e da boa-fé objetiva, em sua plenitude, as informações que sejam 'corretas, claras, precisas, ostensivas' e que indiquem, nessas mesmas condições, as 'características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados' do produto ou serviço, objeto da relação jurídica de consumo (art. 31 do CDC, grifo acrescentado).

No regime do CDC, além de cumprirem, materialmente e em si mesmos, a expectativa legítima do consumidor quanto à segurança e à adequação aos fins a que se destinam, os bens de consumo devem agregar todas as informações necessárias à sua correta utilização e à fiscalização, tanto pelo Estado e consumidores, como pelos concorrentes, do seu conteúdo, características e preço. Por essa razão, afirma, acertadamente, o judicioso acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Carlos Eduardo Pachi, que, 'ao realizar campanha promocional, é dever do anunciante informar as ressalvas e restrições à concessão do benefício, como também é de rigor a abstenção de utilização de qualquer expediente que possa induzir o consumidor a erro'.

Como já tive oportunidade de acentuar em outra ocasião, a proteção efetiva do consumidor demanda mais que o simples controle da enganosidade e abusividade, patologias da informação eventualmente prestada. O legislador, diante da complexidade do mercado, impõe ao fornecedor, em acréscimo a injunções de *non facere*, um dever positivo de informação. E assim ocorre porque, no mundo inteiro, atrás referimos, entende-se como o mais básico dos direitos do consumidor o de receber informação completa, exata e ostensiva sobre os produtos e serviços que pretende adquirir ou que adquire.

No passado, sob o regime do *laissez-faire*, cabia ao consumidor informar-se: era a regra do *caveat emptor* (= o consumidor que se cuide). Hoje, ao contrário, o legislador a ele conferiu o direito – dito 'básico', pelo CDC – de ser adequadamente

cientificado pelo fornecedor, sobretudo naquilo que diga respeito aos riscos à sua saúde e segurança, ou, igualmente relevante, à qualidade, características, preço ou condições de pagamento do produto ou serviço.

Sem informação plena, veraz e ostensiva inexiste transparência (art. 4º, *caput*, do CDC), transformando-se aquilo que, na essência, opera na forma de inafastável dever do fornecedor em grave atentado ao microssistema de proteção do consumidor, já que para este se inviabiliza ou se dificulta a oportunidade de conhecer os produtos e serviços, para bem e conscientemente decidir sobre a sua aquisição ou não. É a lição do magistrado e professor emérito Sérgio Cavalieri Filho (O Direito do Consumidor no limiar do Século XXI, *in* Revista de Direito do Consumidor, nº 35, São Paulo, RT, 2000, p.102):

> "Transparência, em última instância, é o dever que tem o fornecedor de dar informações claras, corretas e precisas sobre o produto a ser vendido, o serviço a ser prestado, ou sobre o contrato a ser firmado – direitos, obrigações, restrições etc. Vamos encontrar esse princípio repetido em vários dispositivos do CDC – arts. 6º, III, 31, 54, § 3º. Isso está a evidenciar que nos contratos de consumo não cabe subterfúgios, o antigo *dolus bonus*. O sim deve ser sim e o não, não. Neste ponto Código do Consumidor inverteu os papéis. Antes era o consumidor que tinha que correr em busca da informação [...] Hoje, como já assinalado, os papéis se inverteram e é o fornecedor que tem o dever de informar, dever esse que persiste não só na fase pré-contratual, quando as informações são fundamentais para a decisão do consumidor, mas até na fase pós contratual, como se vê do art. 10, § 1º, do CDC. A violação desse dever de informar importa em ineficácia do contrato ou cláusula contratual – e não em nulidade que poderia ser prejudicial ao consumidor."

Por qualquer ângulo que se observe, não se deve fraquejar na interpretação e concretização dos princípios da *boa-fé objetiva* e da *transparência*, genuínos pilares do Direito do Consumidor. Verifique-se que, mais recentemente, o princípio da boa-fé foi incorporado, pelo art. 422, ao novo Código Civil (2002): 'os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, *os princípios da probidade e boa-fé*' (grifo acrescentado), previsão esta que já se encontrava no art. 4º do CDC (grifei):

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
>
> [...]
>
> III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento eco-

nômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Como é do conhecimento de todos, além de prescritas expressamente pelo art. 31 do CDC, informações sobre *preço, condições de pagamento e crédito* são das mais relevantes e decisivas na opção de compra do consumidor e, por óbvio, afetam diretamente a integridade e a retidão da relação jurídica de consumo. Logo, em tese, o tipo de fonte e localização de restrições, condicionantes e exceções a esses dados devem respeitar o mesmo tamanho e padrão de letra, inserção espacial e destaque, sob pena de violação do *dever de ostensividade*.

Frise-se, em acréscimo, que, como regra geral, rodapé ou lateral de página não são locais adequados para alertar o consumidor, e, tais quais letras diminutas, são incompatíveis com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, tanto mais se a advertência disser respeito a informação central na peça publicitária e a que se deu realce no corpo principal do anúncio, expediente astucioso que caracterizará publicidade enganosa por omissão, nos termos do art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC, por subtração sagaz, mas nem por isso menos danosa e condenável, de *dado essencial* do produto ou serviço.

Pretender que o consumidor se transforme em leitor malabarista (apto a ler, como se fosse natural e usual, a margem ou borda vertical de página) e ouvinte ou telespectador superdotado (capaz de apreender e entender, nas transmissões de rádio ou televisão, em fração de segundos, advertências ininteligíveis e em passo desembestado, ou, ainda, amontoado de letrinhas ao pé de página de publicação ou quadro televisivo) afronta não só o texto inequívoco e o espírito do CDC, como agride o próprio senso comum, sem falar que converte o *dever de informar* em *dever de informar-se*, ressuscitando, ilegitimamente e *contra legem*, a arcaica e renegada máxima do *caveat emptor* (= o consumidor que se cuide).

Por último, ao contrário do que se pretende, implicitamente, no Recurso Especial, a configuração da publicidade enganosa, para fins civis, não exige a intenção (dolo) de iludir, disfarçar ou tapear, nem mesmo culpa, pois se está em terreno no qual imperam juízos alicerçados no princípio da boa-fé objetiva, como muito bem anotou o culto e diligente Magistrado de primeiro grau, Lucas Tambor Bueno.

Sobre o direito à informação do consumidor, o STJ já teve oportunidade de se manifestar:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITOÀ INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE

RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo Procon-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca. [...]

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. [...]

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.

[...]

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (Resp. 586.316, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 19.3.2009).

I I I. Hipótese concreta dos autos

No caso específico dos autos, contudo, a jurisprudência do STJ, considerando as peculiaridades do conflito sob análise, é no sentido de que o anúncio publicitário consignou, minimamente, que o valor do frete não estava incluído no preço ofertado, daí por que inexiste publicidade enganosa. A diferença a ser, aqui, feita é entre a) deixar de informar sobre a não inclusão do frete no preço final do bem de consumo e b) omitir o preço do frete. Na linha de precedente abaixo citado, é razoável entender que, amiúde, a inclusão, em anúncio nacional, do valor exato do frete, variável conforme a distância da entrega, pode se mostrar inviável em país de dimensão continental.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIO CONSTATADO. ANÚNCIO DE VEÍCULO. VALOR DO FRETE. PROPAGANDA ENGANOSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ANÚNCIO DE VEÍCULO. VALOR DO FRETE. PROPAGANDA ENGANOSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. A Segunda Turma, em recente julgado, analisou o mérito dos autos – verificação se o anúncio de vendas de automóveis, em que consta a não inclusão do frete no rodapé, sem indicação de valor, é capaz de induzir a erro o consumidor, ensejando violação do art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor – afastando a incidência da Súmula 7/STJ.

2. Nesta oportunidade, este Superior Tribunal de Justiça esclareceu que, nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar, entre outros dados, informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem.

3. Sendo assim, se o anúncio publicitário consignar que o valor do frete não está incluído no preço ofertado, dentro de um juízo de razoabilidade, não haverá, em princípio, publicidade enganosa ou abusiva, mesmo que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal ou outro meio de comunicação impresso.

4. No caso, depreende-se dos autos que o anúncio não é absolutamente omisso quanto à parcela do preço do produto (frete).

5. Não fosse apenas isso, entender pela necessidade de fazer constar o valor do frete do produto em todos os anúncios, inviabilizaria as campanhas publicitárias de âmbito nacional, especialmente em nosso país de proporções continentais, em que essa parcela necessariamente sofreria grandes variações.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar provimento do recurso especial (EDcl no REsp 1.159.799/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* 18.10.2011).

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR – ANÚNCIO DE VEÍCULO – VALOR DO FRETE – INFORMAÇÃO NO RODAPÉ – LETRAS MIÚDAS – REEXAME DE PROVA – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – PROPAGANDA ENGANOSA – NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. Inviável a verificação do tamanho dos caracteres utilizados no anúncio publicitário, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

2. Anúncio publicitário que informa a não inclusão do valor do frete no preço ofertado e, ao mesmo tempo, não especifica o seu valor correspondente, por si só, não configura publicidade enganosa ou abusiva, ainda que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal.

3. Recurso especial não provido (REsp 1.057.828/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, *DJe* 27.9.2010).

Desnecessário prevenir que tal conclusão soluciona o litígio apenas e tão somente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, isto é, de punição administrativa imposta na raiz do poder de polícia, sem que se possa, por conseguinte, fazer repercuti-la ou aproveitá-la em eventuais processos reparatórios civis, nos quais a análise da matéria ocorre à luz de outros regimes e princípios.

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

PARTE III

Capítulo II

CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

COMPRA E VENDA RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE – CÓDIGO DO CONSUMIDOR – INVIABILIDADE

STJ, 3.ª T., REsp. n. 59.870/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 16.11.1999, *RSTJ* 129/246

RECURSO ESPECIAL N. 59.870 – SÃO PAULO (1995/0004290-8)

Relator: Min. Ari Pargendler

Recorrente: Clenilda Daniel

Advogado: Jose Luiz Bayeux Filho e Outros

Recorrido: Delltta S/A Participações e Desenvolvimento

Advogado: Sergio Sacramento de Castro e Outros

EMENTA

CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 54, *caput*), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, *v.g.*, comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. 2. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. A devolução das prestações pagas, por efeito da desistência da compra, não é garantida pelo Código do Consumidor; o § 1.º do artigo 53, que originariamente assegurava ao adquirente esse direito, foi *vetado*, de modo que uma exegese que o restabelecesse implicaria *eliminar o veto* por meio de interpretação. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Menezes Direito, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 16 de novembro de 1999 (data do julgamento).

MINISTRO Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente

MINISTRO Ari Pargendler, Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler:

Clenilda Daniel propôs ação ordinária contra Delltta S/A Participações e Desenvolvimento para *rescindir*, *resolver* ou *resilir* compromisso de compra e venda de imóvel ajustado entre as partes, esclarecendo na petição inicial:

> "*a) A rescisão é o desfazimento do contrato devido a algum vício nele existente, seja genético, seja funcional.*
>
> *b) A resolução é o desfazimento do contrato devido ao seu descumprimento por alguma das partes.*
>
> *c) A resilição é o desfazimento do contrato, ou pela vontade unilateral de alguma das partes, ou pelo consenso de ambas*" (fl. 16).

O MM. Juiz de Direito Dr. Carlos Eduardo Cauduro Padin julgou procedente o pedido para rescindir o contrato (fl. 189/205), mas a sentença foi reformada pela Egrégia Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Ruiter Oliva (fl. 330/337).

No que aqui interessa, vale transcrever os seguintes trechos do acórdão:

> "*E a norma do artigo 54, § 2.º, da Lei n. 8.078, de 11.09.90, não tem qualquer aplicabilidade ao caso, porque o contrato em tela não é de adesão. Sobre o tema, este mesmo Relator, reportando-se a acórdão prolatado pelo eminente Des. Salles Penteado, afirmou: 'o contrato de adesão, como ensina Henri de Page (*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. II/472, Bruxelles, Paris, 1933), é obra de uma parte, que goza de um monopólio econômico, de fato ou de direito, relativamente a um serviço de primeira necessidade, de modo que, 'dans ces conditions, l'adhésion est forcée parce qu'on n'est pas libre de ne pas contracter, ou au moins de s'addresser à un autre ofrant'(destaque do autor). Não se vê dos autos que o autor estivesse naquele 'état de contrainte', no qual a liberdade jurídica se torna um logro ('un leurre'), como diz o autor por último citado (*ibidem*): A ré não exerce, nem de direito, nem de fato, monopólio do mercado imobiliário. Poderia o autor,*

*sem dúvida, se não lhe convinha o contrato que subscreveu, dirigir-se a outro ofertante' (*RJTJESP *145/155). No caso o contrato foi livremente celebrado, incidindo o princípio* pacta sunt servanda*, como ocorre na maioria das legislações dos países modernos, de tal sorte que o Código Italiano é expresso em afirmar: 'o contrato tem força de lei entre as partes' (art. 1.372). Caio Mário da Silva Pereira, versando sobre a matéria, destaca: 'O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir com o propósito de mudar o curso de seus efeitos' (*Instituições de Direito Civil, *v. II, p. 16). Tudo isso só pode conduzir à improcedência da ação, invertidos os ônus da sucumbência*" (fl. 336/337).

Daí o presente recurso especial, interposto por Clenilda Daniel, com base no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, por violação do artigo 54 e seu § 2.º do Código do Consumidor (fl. 351/381).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

As razões do recurso especial limitaram a controvérsia ao *direito de resilição* do contrato por ato unilateral, sustentando que, no caso, se trata de um contrato de adesão.

O contrato de adesão, na dicção do artigo 54, *caput*, do Código do Consumidor, "é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo".

Salvo melhor juízo, o núcleo da norma legal está na sua parte final, a saber, "sem que o consumidor possa... modificar substancialmente seu conteúdo".

O que seja substancial no conteúdo de um contrato de promessa da compra e venda de imóvel depende das circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, uma modificação substancial seria aquela que modificasse a planta padrão, por exemplo, transformando um quarto no prolongamento da sala, ou dividindo um quarto em dois, ou, ainda, uma redução do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. Essas informações estão sempre em poder do promitente vendedor, que pode repassá-las aos autos do processo, sempre que lhe favoreçam.

Aqui nada foi provado a esse respeito, sendo certo que a unidade prometida à venda faz parte de um conjunto residencial formado por oito blocos de apartamentos com "*características tipicamente populares: todos iguais, com a ínfima área útil de 38,70m², sem elevadores, e sem qualquer equipamento de lazer*" (fl. 04). Nesse contexto, e à míngua de prova em sentido contrário, parece difícil que, nas tratati-

vas do negócio, a autora pudesse ter modificado substancialmente o conteúdo do contrato. As regras das experiências (CPC, art. 335) não autorizam essa conclusão.

Nada disso, todavia, aproveita à autora, porque o artigo 53 do Código do Consumidor, específico para os contratos de compra e venda de imóveis, a seguir transcrito, supõe que a *resolução do contrato* tenha resultado de *iniciativa do credor*:

"Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante o pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do *credor* que, em razão do inadimplemento, *pleitear a resolução do contrato* e a retomada do produto alienado".

O § 1.º deste artigo, **que foi vetado**, assinava ao *devedor inadimplente* a restituição das parcelas quitadas. Uma exegese que atribuísse ao artigo 54 do Código do Consumidor, que as razões do recurso especial dizem contrariado, o mesmo efeito, implicaria em *eliminar o veto* por meio de interpretação.

A propósito, Eduardo Alvim escreveu:

"*Foi vetado o parágrafo primeiro deste artigo, cujo teor era o seguinte: 'Na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito à compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição'.*

Os fundamentos do veto foram os seguintes: 'Torna-se necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador. A venda dos bens mediante pagamento em prestações acarreta diversos custos para o vendedor, que não foram contemplados na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta esses aspectos, implica tratamento iníquo, de consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia'" (ob. cit. p. 261).

"*No caso, todavia, de venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento de prestações, parecenos que, em face do veto presidencial no § 1.º deste artigo, deve prevalecer a solução que mais se coaduna com os princípios que informam nosso Direito. A nosso ver, seria a seguinte: impõe-se, de qualquer forma, ao fornecedor o dever de devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente, pena de enriquecimento ilícito daquele primeiro. Todavia, dessa restituição, poderão ser descontados as perdas e danos a que o consumidor tiver dado causa (nessas perdas e danos, podem ser incluídos, não apenas a vantagem econômica auferida com a fruição, de que tratava o vetado § 1.º, o que corresponderia à cobrança de aluguel pelo período que o consumidor usufruiu o imóvel, cuja compra e venda não veio a ser realmente implementada, mas também lucros cessantes, despesas gerais decorrentes do inadimplemento etc.*)" – *ibidem*, p. 261/262.

Isso pode, quem sabe, resultar do Código Civil; não, do artigo 54 do Código do Consumidor.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer do recurso especial.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

A recorrente ajuizou ação ordinária de rescisão contratual, com pedidos alternativos de resolução e resilição, tudo relativo a uma operação de compra e venda de apartamento, em conjunto residencial formado por oito blocos, dos quais cinco foram entregues e três estão em construção, apontando vício no contrato, de que é exemplo a cláusula de prazo, pedindo a restituição das parcelas pagas, corrigidas desde o desembolso mais os juros compensatórios de 12% ao mês e multa de 10%. A sentença julgou procedente a ação "*para rescindir o contrato, restituídas as partes a situação anterior, devolvido o já pago com correção, juros da citação, custas e despesas com correção do desembolso*" (fls. 205). O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu o recurso da empresa para julgar improcedente a ação. Afirma o Acórdão que a autora pagou a entrada e as doze primeiras parcelas, não suportando o posterior reajuste e que o prazo ajustado foi de dezoito meses, tendo como início a data da assinatura do contrato, 18.06.91, com término a 18.12.92, admitido o prazo de tolerância, usual em tais casos, e desconsiderando tanto a data incerta e indefinida constante do contrato como a contagem apenas dos dias úteis. Com isso, o ajuizamento foi com data anterior ao término do prazo, em 21.10.92, faltando, assim, interesse processual. Afastou, ainda, o Tribunal a alegação de multiplicidade de índices, o que punha o valor do contrato sob o controle de uma das partes. Mas, tal não ocorreu, tendo sido utilizado apenas um índice, o SINDUSCON, autorizado pela Lei n. 4.591/1964. Finalmente, considerou o Tribunal que o contrato foi livremente celebrado.

O Senhor Ministro Ari Pargendler, Relator, afirmou tratar-se de contrato de adesão, na dicção do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, o que, de todos os modos, não aproveitaria ao recurso porque o artigo 53 do mesmo Código, continha um parágrafo que foi vetado, assinando ao devedor inadimplente a restituição das parcelas pagas, com o que não se pode oferecer o mesmo efeito ao artigo 54.

O primeiro ponto que merece anotado para que se possa desafiar o especial é o alcance do Acórdão recorrido. Desde logo, o Tribunal de origem, mesmo afastando as cláusulas que tornavam incerto o prazo, considerou que na data do ajuizamento da ação o prazo de entrega, contado da data da assinatura do contrato, não estava encerrado. Com isso, não tinha a autora interesse nenhum a proteger. Depois, considerou que a vendedora não se valeu da multiplicidade de índices, utilizando o SINDUSCON, autorizado por lei. Terceiro, considerou que a infração relativa ao Decreto Municipal n. 17.810/1982, não tinha relevância no pacto, não repercutindo o fato de não ser a obra financiada com recurso do SFH. Finalmente, considerou inaplicável a regra do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, à medida que, no caso, não se trata de contrato de adesão.

Como bem assinalou o eminente Relator, o recurso especial está concentrado na interpretação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, pretendendo discutir a cláusula de decaimento, com apoio no artigo 53 do mesmo Código; não atacou, portanto, a fundamentação do Acórdão. Ao final, menciona a infração ao Decreto Municipal, com amparo no artigo 145 do Código Civil.

Com esse limitado ataque, o especial admite que não tinha a autora interesse processual na data do ajuizamento da ação para a questão da impugnação da cláusula sobre o prazo, e, também, que não há ilegalidade alguma na cláusula de reajustamento. Isso quer dizer, enfatizando, que o contrato não contém os vícios apontados na inicial nesses dois pontos principais.

A questão da infração ao Decreto Municipal, como bem indicado no Acórdão recorrido, não acarreta a nulidade do contrato. Se vício existe, a matéria é estranha ao pacto entre as partes.

Resta, portanto, a questão do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Em primeiro lugar, vale advertir que a cláusula de decaimento, especificamente, não foi tratada no Acórdão recorrido. O que o Acórdão recorrido asseverou foi que não se tratava de contrato de adesão, repelindo a incidência do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 54 está assim redigido:

> "*Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*
>
> .....
>
> *§ 2.º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.º do artigo anterior.*"

O contrato assinado entre as partes não estava subordinado ao Sistema Financeiro da Habitação. Trata-se, no caso, de contrato de compra e venda subordinado à vontade das partes. Para o conceito do contrato de adesão, tal como destacou o eminente Relator, torna-se necessário examinar as circunstâncias concretas para saber se poderia, ou não, o consumidor discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. Certamente, que se fosse o contrato celebrado sob o regime do Sistema Financeiro da Habitação, com regras aprovadas pela autoridade pública competente, sem dúvida, de adesão seria o contrato, abrangido pela primeira parte do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor. Mas, não sendo, estando, assim, a operação de compra e venda no campo do mercado, em tese, não se poderia afirmar tratar-se de contrato de adesão. Todavia, há uma circunstância que deve pesar para a sua configuração como tal. O contrato é de habitação popular, apartamento em conjunto habitacional, com área útil ínfima de cerca de 39 m^2, sem elevadores e sem qualquer equipamento de lazer. Ora, o adquirente

de tal unidade fica inteiramente subordinado ao contrato apresentado pelo vendedor, não tendo capacidade para "discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". Em tal situação, parece-me que o contrato mereça a configuração de adesão, por definição legal.

Mas, mesmo sendo o contrato de adesão, o direito reclamado no especial deveria ser acolhido?

O cuidadoso Senhor Ministro Ari Pargendler entendeu que não porque o artigo 54 não poderia ser interpretado na mesma linha do § 1.º do artigo 53, quer foi vetado, e que autorizava o devedor inadimplente a pedir a restituição das parcelas quitadas.

Esse tema deve merecer a cuidadosa atenção da Corte, considerando as suas repercussões gerais no mercado de compra e venda de imóveis, em uma sociedade com compiladores econômicos severos, que impõem sistemas variados de atualização monetária e crescimento indiscriminado dos débitos, diante da política de juros prevalecente até o momento.

É certo que a regra do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que nos contratos de compra e venda de imóveis são nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, "*em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado*". Em princípio, com o veto ao § 1.º do mesmo artigo, a vedação está vinculada ao pedido de desfazimento do contrato pelo credor em razão do inadimplemento do devedor. Neste feito, como já visto, o Acórdão afirma que o comprador não pode suportar o peso dos reajustes. Isso quer dizer que a autora da ação veio pedir o desfazimento do contrato alegando várias regras que seriam nulas no pacto, assim a do prazo, assim a do reajuste, assim a violação a Decreto Municipal, mas com o pano de fundo da impossibilidade de suportar o pagamento. E o Acórdão recorrido, pura e simplesmente, descartou as duas substanciais alegações da inicial, a do termo inicial para a contagem do prazo e a do índice de atualização monetária, no que foi aceito pela mesma autora que não recorreu desses pontos, limitando-se a discutir a cláusula de decaimento sob o ângulo da natureza jurídica do contrato de adesão.

Em primeiro lugar, não me parece razoável admitir-se a incidência indiscriminada da cláusula de decaimento em pedidos ajuizados pela inadimplência do comprador do bem imóvel. Na minha compreensão, não se pode transformar o contrato de compra e venda em um contrato de poupança. E a tanto equivale um contrato que autorizasse o comprador de um imóvel, financiado por cerca de 10 anos, a pedir a devolução do que pagou porque no quinto ano não tinha condições de honrar as obrigações que assumiu. Não haveria mais segurança jurídica em contrato de compra e venda de imóveis, gerando graves consequências no sistema econômico.

De fato, o veto ao § 1.º do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor deve ter levado em conta esse cenário. O que permaneceu na lei especial foi a regra que autoriza a devolução do que foi pago se o credor, em razão do inadimplemento do devedor, pleitear "a resolução do contrato e a retomada do produto alienado". O devedor não pode, por falta de cobertura legal, a meu sentir, pleitear a devolução do que pagou porque não pode mais continuar cumprindo com a sua obrigação contratual. Essa possibilidade o veto presidencial, mantido pelo Congresso, sepultou.

No caso, se todas as imputações feitas pela autora para alcançar o desfazimento do contrato estão sem substância, repelidas nas instâncias ordinárias, ficando sem combate no especial, salvo aquela do Decreto Municipal, também já aqui rechaçada, não pode autorizar, só pelo fato de tratar-se de contrato de adesão, o desfazimento do contrato e a devolução das importâncias pagas. A tanto não chega a regra jurídica do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o artigo 53 do mesmo Código não foi apreciado pelo Acórdão recorrido.

Mas, restaria, ainda, ver o § 2.º do artigo 54, aquele que admite "*cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor*". Ocorre que o Acórdão recorrido não cuidou da cláusula resolutória. É certo que o Acórdão recorrido não considerou o contrato como de adesão, prejudicando, assim, o exame da questão específica. De todos os modos, o que se observa com a leitura do dispositivo, é que a cláusula não é compulsória, mas, apenas, admitida, "*desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor*". No caso, vale relembrar que a ação pediu o desfazimento do contrato porque nulo, responsável a vendedora, tanto que incluiu na condenação a multa de 10% prevista no parágrafo único da cláusula 8), não tratando da regra do *caput*, que impõe a perda das parcelas pagas se a ruptura for causada pelo comprador. A devolução foi requerida na inicial em decorrência da nulidade do contrato, não se cuidando do inadimplemento da autora. Se a vendedora cumpriu o contrato, que não estava manchado, improcedente o pedido, não há como enfrentar as consequências da impossibilidade de pagamento por parte da autora, gerando a ruptura do pacto, com pedido de devolução das importâncias pagas por esse filão. Seria criar na demanda causa que não está no seu berço.

Com essas razões, eu acompanho o eminente Ministro Ari Pargendler e não conheço do especial.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Alega-se que o acórdão local ofendeu o art. 54 e seu § 2.º do Código de Defesa do Consumidor, bem assim os arts. 115 e 145 do Código Civil. Pede-se se restabeleça a sentença, que julgou procedente "a ação para rescindir o contrato, restituídas

as partes a situação anterior, devolvido o já pago com correção, juros da citação, custas e despesas com correção do desembolso e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa com correção da inicial".

Segundo a recorrente, (I) "O contrato foi celebrado em 18 de junho de 1991 (fls. 33), já, portanto, na plena vigência do CDC", (II) "no presente caso, o v. acórdão afirma que o contrato de compromisso de venda e compra, mesmo com cláusulas predispostas, não se caracteriza como 'contrato de adesão', não se enquadrando, pois no 'tipus' do 'caput' do art. 54 do CDC. Sem nenhuma razão, contudo", (III) "Bem assentado que o contrato 'sub judice' – compromisso de venda e compra da unidade autônoma futura – é do tipo 'de adesão', e que a assertiva em contrário do v. acórdão recorrido vulnerou o 'caput' do art. 54 do CDC, cabe-nos, agora, a demonstração da tese nuclear do presente Recurso Especial que é a do direito à resilição privativo do consumidor (não extensivo ao fornecedor), criado pelo § 2.º do art. 54 do CDC", (IV) "Mas, por que, então, no compromisso de venda e compra, o adquirente não perdeu o que deu? A resposta é simples: por causa da lei e do princípio que a inspirou. A lei é o art. 53, que diz que é nula a cláusula de decaimento das quantias pagas. E o princípio, norteador da lei, é o da vedação do enriquecimento sem causa: resilido o contrato, o fornecedor (incorporador, loteador etc.) recobra a plena titularidade do imóvel e vai revendê-lo, dentro do normal, até por valor maior do que vendera ao consumidor inadimplente ou denunciante. Assim, não seria justo que ele ganhasse duas vezes:...", (V) "Essa faculdade legal está no art. 54, § 2.º, conforme demonstrado, e, além disso, é um desdobramento inevitável do art. 53. Sim, pois se a cláusula de perdimento é nula, por inferência lógica imediata, está implícita a cláusula de restituição: se eu não posso perder tudo, então eu tenho direito a que me restituam algo" e (VI) "Deixar de admitir o direito de resilição por parte do consumidor, além de contrariar a letra da lei (art. 54, § 2.º), seria aceitar um impasse intransponível, no caso de inadimplência do consumidor e inércia do fornecedor. Além disso, o consumidor inadimplente, que quer resilir, que quer denunciar o contrato, teria tratamento mais desfavorável do que o inadimplente, ou teria que se tornar inadimplente para exigir a restituição. Enfim, se negarmos o direito de resilição ao consumidor, vamos nos deparar com uma série de situações jurídicas esdrúxulas e absurdas".

No caso em exame, pretendeu-se a rescisão do contrato, ou a sua resolução, ou a sua resilição, e a sentença, cujo restabelecimento se pleiteia, "decretou a rescisão do contrato", porquanto, conforme o acórdão, "A r. sentença hostilizada, em síntese, assentou que 'a cláusula de entrega é nula porque faz com que se torne indeterminado o prazo [...] E a falta de prazo permite a rescisão'; 'Não há necessidade de notificação e prévia constituição em mora', e, '... a multiplicidade de índices torna mesmo o valor monetário do contrato sob controle de uma das partes; fato manifestamente inconveniente.'" Nas razões do especial, pelo visto, o que se pretende é a resilição do contrato por ato unilateral.

Consoante o Ministro Ari Pargendler, aqui não há de vir a pelo o art. 54 e seu § 2.º do Código Civil, "Isso pode", disse S. Exa., "quem sabe, resultar do Código Civil". Aliás, em caso da cláusula de decaimento, a jurisprudência deste Tribunal se firmou no seguinte sentido: "Compromisso de compra e venda. Cláusula penal compensatória. Revisão judicial. A cláusula contratual que prevê a perda das importâncias pagas, no caso de inadimplemento dos promitentes compradores, tem caráter de cláusula penal compensatória, podendo o juiz, rescindindo o contrato, reduzi-la proporcionalmente. Art. 924 do Código Civil. Recurso especial conhecido em parte pelo dissídio e assim provido" (REsp. n. 8.354, *DJ* 07.10.91, Ministro Nilson Naves). Mas aqui não se discutiu a propósito de tal cláusula, tanto na sentença quanto no acórdão.

Em suma, também não creio ofendidos pelo acórdão os dispositivos indicados pela recorrente; portanto, em assim limitado o recurso especial, dele igualmente não conheço.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER:

De acordo com o voto do Sr. Ministro Relator.

CONTRATO – RESCISÃO – PEDIDO FORMULADO PELA PARTE INADIMPLENTE – INVIABILIDADE – CONTRATO ANTERIOR AO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

TJSP, 11.ª C., Ap. n. 229.513-2/9, j. em 10.08.95, Rel. desig. Des. Laerte Nordi

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Rescisão – Ação proposta por comprador inadimplente – Reconvenção, julgada procedente, pleiteando perda das quantias pagas e reintegração na posse do imóvel – Admissibilidade – Ordenamento jurídico que não alberga pedido de rescisão contratual no próprio inadimplemento – Inexistência de interesse processual – Inaplicabilidade, ademais, do Código de Defesa do Consumidor, a contrato que lhe é anterior – Mantida a sentença – Voto vencido.

A sentença recorrida não comporta alteração anotando, desde logo, que nosso ordenamento jurídico, nem mesmo após o advento da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), alberga pedido de rescisão contratual baseado no próprio inadimplemento, faltando, ao autor o interesse processual.

Mantida, assim, a sentença recorrida que julgou procedente a reconvenção com a perda das quantias pagas.

CONTRATO – ART. 53 DO CDC – INEXISTÊNCIA DE DIREITO DO DEVEDOR INADIMPLENTE A RESCINDIR O NEGÓCIO QUE ELE MESMO DESCUMPRIU

TJSP, 14ª Câm. Cível, Embargos infringentes n. 250.449-2, Rel. Des. Rel. Des. Franklin Neiva, ac. de 05.09.1995, JTJSP 176/21

EMBARGOS INFRINGENTES

CONTRATO – Compromisso de compra e venda – Cláusula – Perdas das quantias pagas – Validade – Cessação da relação contratual pleiteada pelo compromissário comprador inadimplente – Interpretação do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor – Embargos rejeitados – Voto vencido.

ACÓRDÃO

Está assim redigida a ementa oficial:

> Negócio Jurídico (Compra e Venda) – Pretensão do inadimplente de devolução, do que até então pagou, por sua própria inexecução contratual voluntária – Impossibilidade jurídica.

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.

Ao relatório (fls. 224-225), adotado, acresce-se que, por votação unânime, rejeitou-se a preliminar, e majoritariamente deu-se provimento à apelação da ré, consoante noticia o venerando acórdão (fls. 224/228), embargado.

Posteriormente os autores deduziram os presentes embargos infringentes (fls. 271/291), objetivando modificar o julgado, devendo para tanto prevalecer o respeitável voto vencido "a fim de ser declarada nula a cláusula contratual que prevê a não devolução da quantia paga pelos embargantes, a resilição contratual, bem assim a restituição do preço pago, arcando, ainda, a embargada, com os ônus de sucumbência..." (*sic*, fls. 278).

Processado o recurso (fls. 292 v.) houve impugnação (fls. 297/302).

É o relatório.

Sob a rubrica de "resilição do contrato" (cf. fls. 7) o que se almeja, em verdade, é a proclamação da cessação da relação contratual; a extinção do contrato.

Todavia tal cessação não pode ser proclamada, sob o color jurídico invocado, posto desprovido de força jurídica indutora a tanto. E assim é porque a cessação da relação contratual tem variegada causação; a causa próxima daquela poderá ser: "convenção entre partes, implemento de condição, falta de prestação devida, onerosidade excessiva", segundo escólio de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (**Instituições de Direito Civil**, v. III/126).

Nenhuma dessas causas próximas quadra na espécie; quanto a isto hialina a evidência jurídica. Daí o Juízo de início assentado.

Anota-se, por cautela, e por argumento que injurídico seria, consoante se julga, buscar-se, eventualmente, igualar a causa da onerosidade excessiva com a alvitrada causa de pedir. Aquela é consequente de um evento extraordinário e imprevisível ensejador da onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; tudo a afetar assim a economia contratual, desequilibrando as prestações recíprocas. Fator interno, pois, do contrato, por assim dizer. Aquele fundamento invocado, em verdade é fator externo ao contrato; mesmo que assim não fosse não se exibia com feição de extraordinário e imprevisível.

Mesmo admitida como jurídica a alvitrada resolução do contrato, que é de execução sucessiva, a devolução do que se pagou é injurídica, vez que "a resolução pressupõe um negócio jurídico válido e tem como consequência liberar os contratantes, sem apagar de todo os efeitos produzidos pela declaração de vontade. Se é certo que opera retroativamente, não faz abstração do negócio jurídico desfeito. Assim é que, nos contratos de execução sucessiva, não se restituem as prestações efetuadas..." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, v. III/134). Nos contratos de trato sucessivo, pois, "a resolução não tem efeito em relação ao passado; as prestações cumpridas não se restituem..." (ORLANDO GOMES, **Contratos**, p. 195). Bem por isto é que se vem julgando, – que nas hipóteses de pacto estabelecendo perda do que se pagou, por inexecução contratual voluntária, – pela licitude do assim contratado. "É lícita a cláusula penal que estipula a perda das prestações pagas na hipótese de rescisão do contrato por culpa do comprador..." (Recurso Especial n. 38.492-3-SP, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, j. em 11.04.1994).

Mal invocado, no pertinente, o artigo 53 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990, vez que o previsto na declinada normas, não quadra, posto lá se cuidar de resolução do contrato e a retomada do produto alienado, por iniciativa do credor, ante o inadimplemento do devedor; aqui o credor não se propôs a tal. O autor desta ação é o devedor inadimplente. Ademais, declinada norma não contempla direito ao devedor à restituição do que então pagou.

Impende anotar-se, neste passo, em sobejo ao insucesso da pretensão dos embargantes, que se a pretensão, de cessação contratual, respalda-se, por hipótese, em cláusula resolutiva, quanto a esta o ilustre Jurista, primeiro citado, observa que "é óbvio que somente o contratante prejudicado pode invocá-la; o inadimplente não pode, pois não se compadece com os princípios jurídicos que o faltoso vá beneficiar-se da própria infidelidade..." (*idem, ibidem*). Neste mesmo diapasão o entendimento de ORLANDO GOMES: "nesse caso a faculdade de resolução cabe apenas ao contratante prejudicado com o inadimplemento, jamais ao que deixou de cumprir as obrigações..." (**Contratos**, p. 194).

Não há como prosperar a pretensão recursal dos embargantes.

Nega-se provimento aos embargos infringentes.

O julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Fraga Teixeira (Presidente sem voto), Ruiter Oliva (com declaração de voto) e Ricardo Feitosa, com votos vencidos, Franciulli Netto e Brenno Marcondes, com votos vencedores.

São Paulo, 5 de setembro de 1995.

FRANKLIN NEIVA, Relator

CONTRATO – RESCISÃO – TEORIA DA IMPREVISÃO – DESEMPREGO DO DEVEDOR – MORA DO CREDOR QUE NÃO PROVIDENCIOU A RESCISÃO CONTRATUAL

TJSP, 12ª Câm. Cível, Apelação Cível n. 256.637-2, Rel. Des. Carlos Ortiz, ac. 30.05.1995

CONTRATO – Compromisso de compra e venda – Rescisão – Teoria de imprevisão – Desemprego do devedor que não a caracteriza.

CONTRATO – Compromisso de compra e venda – Rescisão – Cumulação com devolução das quantias pagas – Ajuizamento pelo compromissário comprador – Desemprego que constitui motivo justificado – Ação procedente – Recurso não provido – Voto vencido.

CONTRATO – Compromisso de compra e venda – Rescisão – Cumulação com devolução das quantias pagas – Ajuizamento pelo compromissário comprador – Mora do promitente vendedor que, notificado, não atendeu ao pedido – Afastamento da inadimplência do autor e da arguição da exceção de contrato não cumprido – Recurso não provido – Voto vencido.

ACÓRDÃO

ACORDAM, em Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, em negar provimento à apelação.

A sentença apelada é confirmada, ainda que não se adote um dos seus fundamentos, o calçado na teoria da imprevisão.

Não vingam as arguições de carência postas na apelação.

Perde-se a longa exposição referente à irretratividade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, baixado pela Lei n. 8.078, de 11.10.90, publicado em 12.10.90 e, pois, em face do que dispõe o seu artigo 118, em vigor desde 11.03.91, após cento e oitenta dias de sua publicação. É que o contrato de fls. 44/53, que se intenta rescindir, assim o pedido de reserva e proposta de compra de fls. 43, datam de 08.07.91, assim induvidosamente incidentes as disposições daquela lei, inclusive

o artigo 53, a reputar "nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Outrossim, impertinente a arguição de impossibilidade jurídica, posto que os autores pediram, principalmente, a rescisão do contrato, em consequência do que, só então, postularam a restituição dos valores pagos ou do crédito de fls. 72.

Quanto à alegada exceção de contrato não cumprido, pois que os autores seriam inadimplentes, a matéria é típica de mérito, por isso que examinada adiante.

No mérito, como acima dito, não se acolhe a teoria da imprevisão, quer porque previsíveis certas situações pessoais, inclusive ao desemprego do devedor, assim efeitos de planos governamentais ou da inflação galopante e quer porque não se produziu prova de que as majorações das prestações, aplicados índices previstos de correção monetária, suplantaram a função simplesmente atualizadora, vindo a se constituir em indevido enriquecimento da promitente vendedora.

O Juiz MÁRIO MACHADO VIEIRA NETTO, em judiciosa monografia sob a epígrafe "A Teoria da Imprevisão e a Rescisão da Promessa de Compra e Venda de Imóveis. A Nulidade da Cláusula de Perdas das Prestações Pagas", publicada na "Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios", vols. 40/35-47, bem explica a matéria, assim sintetizando: "sem dúvida, o congelamento salarial não se harmoniza com o reajuste das prestações contratadas. Cria, efetivamente, uma onerosidade para o devedor. Mas isso é previsível. E, o mais importante, não melhora a situação do credor, que somente recebe a prestação com o reajuste contratado. O achatamento do salário do devedor nada traz a mais para o credor. A prestação é a mesma, corrigida de acordo com o contrato. Ao empobrecimento do devedor não corresponde o enriquecimento do credor... A mera dificuldade ou mesmo impossibilidade de uma das partes cumprir o contratado, por força de prejuízo salarial e/ou da inflação, não tem o condão de, por si, justificar a aplicação da teoria da imprevisão" (p. 40).

Nesse sentido e em casos similares, tem-se orientado a jurisprudência vencedora nesta Corte (**JTJ**, Ed. LEX, vols. 143/35; 151/39; 154/39 e 157/38), assim a do Colendo Superior Tribunal de Justiça (**RSTJ**, vols. 23/329).

Ainda, assim, entretanto, impunha-se a decretação da rescisão do compromisso de compra e venda de fls. 44/53 ante a patente ilicitude praticada pela ré do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A cláusula n. 41 do contrato (fl. 80) é visceralmente nula de pleno direito em face do disposto no artigo 53 do Código de Proteção e Defesa do consumidor.

Ainda que camuflasse, ostensivamente, a vedação legal, tentando tangenciá-la ao assegurar ao compromissário comprador da unidade, em caso de rescisão por seu inadimplemento, 10% das importâncias pagas, ficando os outros 90% para a promitente vendedora a título de pena convencional e para ressarcimento de cus-

tos com corretagem, processamento de contrato, notificações, cobrança e outros, é patente que a cláusula contratual em exame, só pela extravagante desproporção dos percentuais, com a perda de 90% das quantias pagas em favor da promitente alienante, não escapa da nulidade.

A tentativa de se dissimular a nulidade, assegurando-se a restituição de insignificantes 10% do que havia pago, ao compromissário comprador, restando os mais 90% para cobertas de despesas e pena convencional, prova contra a ré. Só a má-fé é que busca disfarces para seus artifícios.

O fato de ser contrato-padrão ou de venda, ou de promessa de venda de unidades de edifício em construção, em regime de incorporação como no caso **sub judice**, não lhe retira as características de contrato de adesão. A propósito, ORLANDO GOMES, incluindo, genericamente, as promessas de venda dentre os contratos de adesão (**Contratos de Adesão**. Editora Revista dos Tribunais, 1972, n. 105, p. 150) e, em especial, os de aquisição de unidades de incorporações imobiliárias, atividades que "exige da empresa incorporadora a elaboração de condições gerais e uniformes, preestabelecidas para todos que queiram se comprometer a adquirir apartamentos, a se construírem para existência sob regime condominial" (ob. cit., n. 111, p. 157), pondera que tais contratos, como os demais de adesão que enumera, "são redigidos, prévia e unilateralmente, por uma só das partes, como um todo unitário, a respeito do qual sequer se pensa em admitir a possibilidade de modificação pelo cliente, a quem se recusa todo direito de discussão" (ob. cit., n. 106, p. 151).

Assim, pois, não há como invocar-se princípios como os da obrigatoriedade ou o da integração contratual, posto que não houve a apregoada liberdade dos compromissários compradores na definição e compreensão das disposições clausuladas.

Ora, se, em dado momento, por perdas econômicas pessoais e em face dos reajustes das parcelas do preço da promessa de compra e venda da unidade, não tiveram mais os autores condições de honrar o contrato e, desde que, se aguardassem a rescisão automática pelo inadimplemento, perderiam ilegalmente 90% das prestações pagas, poderiam eles, validamente, buscar a resolução da avença, inclusive em Juízo, frustradas as tentativas de composição amigável.

Na espécie, já expostos a ameaças como a de fls. 115 – inclusão dos nomes nos cadastros do Serviço de Proteção ao Crédito – coação censurável, os autores notificaram a ré da rescisão, ante a impossibilidade de renegociação ou recompra ante sua situação de desemprego e dificuldades econômicas e dos reajustes das parcelas do preço, a impor a devolução das quantias pagas e creditadas (fls. 85-86).

A ré, notificada em 12.04.93 (fls. 86 v.), ao invés de procurar atender o pedido e resolver o contrato, como lhe competia, mandou notificações aos autores, datadas de 20.04.93 (fls. 87-88 e 89-90), só efetivadas em 30.04.93 e 05.05.93 (fls. 163 v.-164 v.) para pagamento de prestação vencida em 14.04.93 (após ter sido notificada). A mora, assim, já então, era da ré.

Observe-se de passagem, que a ré não deu notícia sobre o destino do crédito de fls. 72, apropriado em favor dos autores.

Ora, se se torna impossível ao compromissário comprador cumprir a sua obrigação, existente cláusula nula que o impede de receber de volta o que pagou do preço e havendo obstáculo do promitente vendedor, que não se propõe rescisão amigável com a devolução de recebido, não se vê outra saída para aquele que a utilização da via judicial para obter a resolução da avença a impor ao renitente a restituição das quantias pagas.

Vale aqui, mais uma vez, invocar a lição de MÁRIO MACHADO VIEIRA NETTO, posta na monografia supracitada.

Nesse sentido tem-se orientado, ultimamente, esta Corte.

Em julgado da Colenda Décima Terceira Câmara Civil, Relator o Desembargador Marrey Neto, assenta-se que "a leitura conjunta dos artigos 51, inciso II, 53 e 54, do Código do Consumidor, os dois primeiros proibindo a perda das prestações e o último exigindo **alternativamente** na cláusula resolutória, 'cabendo a escolha ao consumidor', com referência expressa do seu direito de **desistir do contrato**, evidencia a possibilidade jurídica de os promitentes compradores, por motivo justificado, pleitear a rescisão do contrato, sem a perda das importâncias pagas. Não se trata de direito absoluto, a ser exercido **ad libitum** do promitente comprador, não sendo compatível tal liberdade com uma mínima segurança das relações jurídicas, **sem que haja motivo justificado para tanto** o que claramente ocorre na situação em que o adquirente fica desempregado, inadmissível tire dos recursos indispensáveis para seu sustento e de sua família, a importância das prestações de negócio imobiliário que não mais pode suportar e que não está sendo desfeito por sua vontade" (**JTJ**, Ed. LEX, vols. 159/34).

Veja-se, ainda, nesse diapasão, venerando acórdão do Colenda Décima Primeira Câmara Civil, Relator o Desembargador Gildo dos Santos (*ibidem*, v. 151/40) e o da Décima Quinta Câmara Civil, Relator o Desembargador Quaglia Barbosa (*ibidem*, v. 160/36).

A mora da ré, não atendendo a notificação para rescindir o contrato e devolver os valores recebidos, que eram validamente postulados pelos autores, exclui a indigitada inadimplência destes e, pois, descaracteriza a arguição da exceção de contrato não cumprido.

De resto, certo que os autores haviam pago a comissão do corretor (fls. 55), não se fez prova de despesas que aos autores competisse ressarcir, dedutíveis das prestações pagas.

Quanto à exclusão dos nomes dos autores das listas do Serviço de Proteção ao Consumidor – SPC, posto que manifestamente descabida a sua inclusão ante o que acima foi exposto e não se demonstrou que já se tenha procedido tal cancelamento.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Scarance Fernandes (Presidente), vencedor e Luiz Tâmbara (Revisor), vencido, com declaração de voto.

São Paulo, 30 de maio de 1995

CARLOS ORTIZ, Relator

RESCISÃO CONTRATUAL – PEDIDO FORMULADO POR COMPROMISSÁRIO COMPRADOR INADIMPLENTE – INADMISSIBILIDADE – ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

TJ-SP, 14.ª Câm. Cív., Ap. n. 236.120-2/1, Rel. Des. Franciulli Netto, ac. de 21.06.1994, *RT* 710/76

O comando legal contido no art. 53, do Código do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), é concernente exclusivamente aos casos em que o credor (e apenas o credor), "em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Nem se diga que, por simetria, é possível conferir o mesmo direito ao devedor. Ora, ninguém que se acusa inadimplente, pode valer-se dessa situação para dela tirar proveito em detrimento da parte contratante contrária, raciocínio que vale não só para equacionar o problema da devolução das importâncias pagas e da multa contratual, mas também o da responsabilidade pela sucumbência, além dos aspectos decorrentes da inexecução das obrigações e suas consequências. Não existem moras simultâneas do credor e do devedor. O compromitente comprador do imóvel, diz-se em mora e daí não pode tirar proveitos não amparados pela ordem legal instituída e repudiados por toda a teoria contratual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 236.120-2/1, da comarca de São Paulo, em que é apelante CATEB – Empreendimentos S/C Ltda. e apelada Dinair Mota Santana: 1. Cuida-se de ação de rescisão contratual, cumulada com pedido de devolução das prestações pagas, promovida por promitente compradora de imóvel. No mais, adotam o relatório já lançado nos autos, a seguir transcrito:

"Dinair Mota Santana moveu a presente ação de rescisão contratual, cumulada com devolução de prestações, alegando que mediante instrumento particular de contrato de compromisso de compra e venda firmado em 1.º.04.91, comprometeu-se a adquirir o lote 7 da quadra 8 do loteamento Parque Lygia. Do preço combinado, pagou o sinal e as prestações vencidas até o mês de março de 1993, a partir de quando ficou sem condições de continuar efetuando os pagamentos, em virtude da

crise econômica que assola o país. Inovando a chamada teoria da imprevisão, postula a rescisão do negócio celebrado, com a restituição de todas as parcelas que já pagou, descontado o percentual de seis por cento sobre o valor do contrato a título de comissão de corretagem.

A r. sentença de fls. julgou procedente em parte a ação.

Apela a ré, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, pois com o julgamento antecipado da lide a autora não pode comprovar o fato constitutivo de seu direito, enquanto a vendedora ficou impedida de fazer prova da existência de outros gastos sofridos, além da comissão. No mérito, sustenta em suma que a ação deve ser julgada improcedente, por faltar-lhe fundamento legal, ou pelo menos reduzido o valor a ser restituído, considerando-se, além da corretagem, as demais despesas que realizou, e ainda a multa de dez por cento prevista para o caso de inadimplemento da adquirente do lote.

Recurso regularmente processado" (fls.).

2. A preliminar deve ser afastada, porque o contrato não previu reajuste pela equivalência salarial. A nada levaria a instrução para prova das perdas salariais da autora. O reajuste pactuado foi pelos índices da caderneta de poupança.

2.1. O comando legal contido no art. 53 do CDC (Lei n. 8.078/1990) é concernente exclusivamente aos casos em que o credor (e apenas o credor), "em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Nem se diga que, por simetria, é possível conferir o mesmo direito ao devedor. Ora, ninguém que se acusa inadimplente, como se dá na espécie, pode valer-se dessa situação para dela tirar proveito em detrimento da parte contratante contrária, raciocínio que vale não só para equacionar o problema da devolução das importâncias pagas e da multa contratual, mas também o da responsabilidade pela sucumbência, além dos aspectos decorrentes da inexecução das obrigações e suas consequências. Não existem moras simultâneas do credor e do devedor. A autora, como promitente compradora do imóvel, diz-se em mora e daí não pode tirar proveitos não amparados pela ordem legal instituída e repudiados por toda a teoria contratual.

Há de ser afastada a teoria da imprevisão. Nem poderia ser diferente, uma vez que, infelizmente, o fenômeno inflacionário que assola o País, já data de várias dezenas de anos. Pois bem, arredada essa excludente da responsabilidade, nenhuma outra razão juridicamente relevante encontra-se deduzida nos autos. As partes contrataram livremente e foi expressamente prevista a cláusula de readaptação do valor da moeda corroído pelos nefastos efeitos da inflação. As assertivas sobre a defasagem entre o valor da prestação e a renda da autora, conquanto possam sensibilizar, sob o aspecto social, também se ressentem de fomento jurídico, uma vez

que no contrato não houve eleição da equivalência salarial como fator de atualização do preço.

Não está obrigado o promitente vendedor a manter disponibilidade em dinheiro para devolvêlo ao promitente comprador, ao talante deste. Se for empresa do ramo, é natural que destine as importâncias recebidas ao giro normal de seus negócios, com os custos empresariais e financeiros daí decorrentes; se for particular, igualmente, não lhes toca o dever de guardar as prestações recebidas para eventual devolução a qualquer momento, assim que o promitente comprador o desejar.

Em suma, o art. 53, *caput*, do CDC, serve como espeque para as hipóteses de resolução contratual por iniciativa do credor, o que se não se ajusta ao caso agora examinado, como, aliás, tem sido decidido (cf. **JTJ** 143/35, Ed. Lex).

2.2. Para concluir, julgam a autora carecedora da ação, a quem ficam carreadas as custas e despesas processuais, atualizadas desde a data de cada desembolso e mais verba honorária advocatícia de 10% do valor da causa, corrigido desta data.

3. Posto isso, Acordam, em 14.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar a preliminar, e, por maioria de votos, dar provimento à apelação, nos termos acima deduzidos.

O julgamento teve a participação dos Des. Ruiter Oliva (pres., sem voto), Brenno Marcondes com voto vencedor e Ricardo Feitosa, com voto vencido.

São Paulo, 21 de junho de 1994 – FRANCIULLI NETTO, relator designado – RICARDO FEITOSA, vencido no mérito, com a seguinte declaração de voto: Com todo o respeito à posição sempre acatada dos eminentes Desembargadores Franciulli Netto e Brenno Marcondes, fiquei vencido na questão preliminar surgida por ocasião do julgamento, entendendo a douta maioria que a autora é carecedora da ação de rescisão contratual, cumulada com pedido de devolução das prestações pagas, devidamente atualizadas.

Em sentido contrário, estou convencido de que a promissora compradora, alegando modificação profunda nas condições objetivas contemporâneas da execução do contrato, em relação às envolventes da celebração, suscetível de ensejar a aplicação da chamada teoria da imprevisão, tem o direito de ação assegurado pela ordem jurídica, visando a anulação do contrato com a consequente devolução do que pagou. Ademais, entendo presentes todas as condições para o exercício de tal direito, com a obtenção de provimento judicial de mérito, a possibilidade jurídica do pedido, interesse e legitimidade.

Agora, saber se no caso concreto a demanda devida deve ou não ser acolhida, é questão ligada ao mérito da demanda, ao qual não adentro por vencido na preliminar.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – TEORIA DA IMPREVISÃO – PERDA DE EMPREGO E INFLAÇÃO QUE NÃO SÃO EVENTOS IMPREVISÍVEIS – RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS – AJUIZAMENTO PELO CONTRATANTE ADIMPLENTE – INADMISSIBILIDADE

(TJ-SP, 12.ª Câm. Cív., Ap. n. 225.001-2, Rel. Des. Scarance Fernandes, ac. de 31.05.1994, *JTJ-SP* 161/171)

O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a inadimplência e a rescisão do contrato, com a consequente retomada do imóvel, para sua aplicabilidade.

Aplicação Cível n. 225.001-2 – São Paulo – Apelantes: Roberto Monteiro Jorge e outra – Apelada: Encol S.A. – Engenharia, Comércio e Indústria.

ACÓRDÃO

ACORDAM, em Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

1. Trata-se de ação de rescisão contratual de compromisso de compra e venda, cumulada com pedido de restituição de pagamentos, e reconvenção, julgadas improcedentes pela sentença de fls. 141/144.

Recorrem os autores (fls. 146/155).

Preliminarmente alegam nulidade da decisão por ser a mesma *citra petita*.

No mérito aduzem que por fatores sociais imprevisíveis e que fugiam de suas responsabilidades, perderam o emprego e a possibilidade financeira de cumprir o compromisso em causa, não restando outra saída a não ser o pleito de rescisão do contrato.

Sustentam, com fundamento no artigo 53 do Código de Consumidor, e artigo 1.092 do Código Civil o direito do contratante adimplente pleitear a rescisão de seu contrato.

Dizem ocorrer potestatividade na cláusula que ajustou a correção das prestações mensais.

O recurso foi recebido (fls. 156), respondido (fls. 157) e preparado (fls. 160).

2. Rejeita-se a preliminar, pois a decisão apreciou a lide nos exatos termos em que postas a inicial e a reconvenção. É certo que ambas as partes pleiteiam a rescisão, mas a ação principal não foi acolhida, sob o fundamento de que não há direito à rescisão por parte do contratante adimplente, e a reconvenção porque não configurada a mora.

Acrescente-se que a reconvinte conformou-se com a decisão, não se podendo argumentar que pretenda a rescisão. Para ela ocorreu preclusão formal.

3. Inaplicável ao caso em tela a teoria imprevisão. Perda do emprego e inflação são eventos perfeitamente previsíveis. Aliás, no caso a aplicação dos índices contratuais é decorrência da própria lei e um imperativo da continuidade dos negócios. A aplicação dos índices do SINDUSCON nada mais é do que o reflexo do aumento dos materiais de construção e mão de obra.

Aceitar-se a perda do emprego numa economia instável e doentia como a nossa, como fato ensejador da teoria da imprevisão será fazer esboroar-se a construção dessa teoria.

Por outro lado, o artigo 53 do Código do Consumidor não permite que o devedor adimplente peça a rescisão de seu contrato. Apenas estipula ser nula a cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a rescisão do contrato e a retomada do produto alienado.

Portanto, pressupõe o artigo a inadimplência e a rescisão do contrato, com a consequente retomada do imóvel para sua aplicabilidade.

O argumento de que mesmo com o inadimplemento a devolução se impõe, melhor razão há para a devolução na hipótese de adimplência, não tem a singeleza que lhe emprestam os apelantes. O objetivo da lei não é estimular a inadimplência e facilitar a rescisão dos contratos, mas apenas salvaguardar os interesses dos compradores inadimplentes.

O argumento de que é potestativa a cláusula que ajustou a correção das prestações não merece análise, dada a sua ampla utilização e à própria necessidade da atualização do débito para continuidade dos negócios.

Isto posto e o mais que dos autos consta, negam provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Carlos de Carvalho (Presidente) e Silva Filho, com votos vencedores.

São Paulo, 31 de maio de 1994

SCARANCE FERNANDES, Relator

PROMESSA DE COMPRA E VENDA – MODIFICAÇÃO SUPERVENIENTE DAS CONDIÇÕES DO NEGÓCIO – DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS JÁ PAGAS

STJ, 4ª T., REsp. n. 57.789-6/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 25.04.1995, *RSTJ* 82/240

RECURSO ESPECIAL N. 57.789-6 – SP (Registro n. 94.0037682-0)

Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Ernani José Maciel

Recorrida: Encol S/A Engenharia Comércio e Indústria

Advogados: Ana Lúcia Oliveira Garcia de Figueiredo e outros, e Cláudio Manoel Alves e outros

1. O direito de arrependimento previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor se esgota decorridos sete dias da celebração do negócio, ainda que a entrega do bem dependa da conclusão do prédio. Extensão indevida a regra destinada a proteger o consumidor de uma prática comercial na qual ele não desfruta das melhores condições para decidir sobre a conveniência do negócio, circunstâncias essas que não persistem depois da prolongada execução do contrato.

2. Não reconhecida, na instância ordinária, a existência de circunstância que justifique a extinção do contrato por fato superveniente, e se manifestando a promitente vendedora, categoricamente, pela manutenção do contrato, não cabe ao juiz dar o contrato por extinto.

3. Improcedente a ação de extinção do contrato, inatendível a pretensão do promissário comprador de obter a devolução das quantias pagas.

4. Inexistência de violação à lei. Divergência que não se reconhece, por versar o paradigma hipótese em que houve a rescisão do contrato por iniciativa da vendedora.

Falta de prequestionamento sobre a questão da verba honorária. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 25 de abril de 1995 (data do julgamento)

Ministros FONTES DE ALENCAR, Presidente

Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Ernani José Maciel propôs ação de rescisão contratual cumulada com pedido de devolução das quantias pagas contra Encol S/A – Engenharia, Comércio e Indústria, julgada procedente em parte para rescindir o contrato e condenar a ré a restituir 90% dos valores recebidos a título de prestação de aquisição de unidade residencial.

A eg. Décima Segunda Câmara Civil do TJ-SP, por unanimidade de votos, deu provimento ao apelo da ré e julgou prejudicado o do autor, nos termos seguintes:

"Realmente, não assistia ao compromissário comprador o direito de desistir do contrato com fulcro no que dispõe o art. 49 daquela Lei. De fato, reza esse dispositivo que "o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação do fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio". Mas, evidentemente, como bem decidiu a respeitável sentença apelada, tal regra não se aplica às transações imobiliárias, não só porque é impróprio referir-se a "imóveis" como "produtos", como é irrelevante, em relação a elas, que o negócio seja ou não entabulado fora de algum "estabelecimento comercial".

Por outro lado, tratando-se de compromisso irretratável e irrevogável, conforme cláusula expressa do instrumento contratual (v. fls. 75), não era lícito a qualquer das partes desistir unilateralmente do contrato e sua rescisão somente se justificaria diante do inadimplemento da parte contrária, com fundamento no parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil. Mas, esse não é o caso dos autos.

Sob outro aspecto, tampouco justificava deferir ao compromissário comprador a rescisão da vença apenas porque alega, que, em razão dos reajustes das prestações na forma pactuada (IGP-M da Fundação Getúlio Vargas), passou a não mais dispor de recursos econômicos suficientes para arcar com o seu pagamento.

E, realmente, não se pode negar que a inflação, ora mais contida, ora acelerada, infelizmente tem se constituído em fenômeno corriqueiro, incorporado aos costumes de nosso povo, a tal ponto de se instituir, como norma, a correção monetária de toda e qualquer prestação futura, como um recurso defensivo do credor frente à já prevista depreciação monetária.

E nada há de abusivo no índice eleito pela vendedora e aceito livremente pelo autor, que tem sido admitido como válido em reiteradas decisões de nossos Tribunais" (fls. 177/179).

Para combater o aresto recorrido, interpôs o autor apelo a esta Corte (alíneas *a* e *c* da Carta Constitucional).

Assevera que, sendo funcionário público, não lhe era mais possível cumprir o avençado, estando em mora há meses, motivo por que pleiteou a rescisão do contrato de compra e venda de unidade residencial baseando-se: a) no direito de arrependimento previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 49), já que o imóvel está em construção, portanto, ainda não o recebeu ou através dele obteve vantagem, tendo sido arguido o direito no prazo legal; b) para ser restituído nos valores que despendeu, sustenta que a cláusula contratual que determina a perda de 90% das prestações pagas é abusiva, e o contrato é de adesão, nos termos do art. 54 do CDC, estando superada, neste ponto, a doutrina de **Orlando Gomes** referida no acórdão recorrido; inclusive, o art. 6.º prevê expressamente a revisão de cláusulas, em virtude de fatos supervenientes que as tornem exces-

sivamente onerosas, sob pena de enriquecimento ilícito; c) o art. 51 do CDC comina nulidade absoluta para as cláusulas abusivas; d) ao decidir que o contrato é irretratável o acórdão desconsiderou acordo anterior entre as partes onde firmaram distrato para, logo em seguida, contratarem novamente, com valores e prazos diferenciados; e) não são aplicáveis à hipótese dos autos as disposições do Código Civil, suplantadas pelas normas específicas do Código de Defesa do Consumidor; f) o art. 53 do CDC igualmente proíbe as cláusulas contratuais que estabeleçam a perda total das prestações pagas em contratos de compra e venda de imóveis a prestações; g) para justificar o abuso da cláusula penal a recorrida alegou gastos com publicidade e outros, o que em momento algum comprovou, conquanto tal ônus fosse a sua responsabilidade (art. 51, VI, do CDC); h) outrossim, equivocou-se o acórdão ao elevar os honorários advocatícios de 10% para 15% sobre o valor da condenação sem que tal tivesse sido pleiteado, com ofensa aos arts. 2.º e 128 do CPC; i) não ficou clara a intenção da recorrida em se opor à rescisão contratual.

Por fim, compara o acórdão recorrido com julgado do eg. TARS que, em caso assemelhado e envolvendo a mesma empresa, decidiu pelo afastamento de cláusula penal abusiva.

Contra-arrazoado e admitido o apelo apenas pela alínea *c*, vieram os autos a este eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator):

O pedido de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda do apartamento, fundado no direito de arrependimento consagrado no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, não podia realmente ser aceito porquanto a disposição codificada não se aplica ao caso dos autos. O prazo de reflexão ali previsto tem sua razão de ser na prática comercial exercida fora do estabelecimento comercial, quando a iniciativa do negócio é comumente do vendedor, posto o comprador em condições desfavoráveis para refletir sobre as propostas que lhe são apresentadas, sofrendo a insistência da oferta. Admitindo que o promissário comprador, autor da ação, tivesse sido procurado por corretores para a celebração do contrato, teria ele o prazo de sete dias para arrepender-se. Pretender que tal período somente começaria a fluir depois da conclusão da obra e entrega do bem é dar ao dispositivo legal invocado extensão e propósito que lhe são estranhos.

De outra parte, é preciso reconhecer que o contrato de promessa poderia ser rescindido por superveniente alteração das condições objetivas que serviram de base para a celebração da avença, a qual poderia ter suas cláusulas excluídas ou mo-

dificadas, por ofensa à lei ou ao princípio da boa-fé objetiva. Nesse ponto, a posição radical assumida e defendida nos autos, negando qualquer uma dessas hipóteses, não tem qualquer procedência, pois contraria o sistema e muitas disposições legais, algumas delas incluídas no Código do Consumidor, que prevê diversas oportunidades para o ajuizamento de medidas tendentes a alcançar esses fins.

Contudo, para a aceitação do pedido de extinção do contrato formulado pelo autor, alegando inexistência de condições para continuar no seu cumprimento, por modificação das condições econômicas, que tornam insuportável o pagamento das prestações, seria preciso demonstrar suficientemente a existência desses fatos e as suas consequências Surpreendentemente, porém, o autor, certamente fiado no artigo 49 do CDC, pediu o julgamento antecipado e não fez prova desse fato, que impendia demonstrar. Daí o acerto do v. acórdão em repelir a pretensão de extinção do contrato, também por esse fundamento, proferindo decisão calcada em matéria de fato, cujo reexame não se admite nesta via especial.

Afastados os motivos que permitiriam o desfazimento do negócio por decisão judicial (arrependimento do art. 49, e superveniência de fatos que tornaram o contrato excessivamente oneroso), a sua extinção dependeria de manifestação da outra parte. Mas esta, categoricamente, afirmou sua plena disposição de manter o negócio e cumpri-lo integralmente: "a ré não pretende a rescisão do contrato" (fl. 68).

Sendo assim, o contrato se mantém e não cabe deferir o segundo pedido formulado pelo autor, para a devolução das quantias já pagas, consequência da extinção. Não tenho dúvida quanto à abusividade da cláusula que permite a retenção de 90% das parcelas pagas durante a vigência do contrato, tendo esta eg. 4.ª Turma, em mais de uma oportunidade, mesmo não aplicando a cláusula de decaimento prevista no artigo 53 do CDC para as relações estabelecidas antes da sua vigência, tem reduzido o direito de retenção a 10% dos valores pagos, aplicando a regra do artigo 924 do CC (REsp. n. 45.409-3-SP, 4.ª Turma, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, **DJU** 10.10.94; REsp. n. 45.511-1-SP, 4.ª Turma, rel. o signatário, **DJU** 06.02.95). Na espécie, porém, a decisão judicial não pode ter tal extensão porque o contrato persiste.

A alegada violação aos artigos 2.º e 128 do CPC, pode ter sido deferida verba honorária em quantitativo superior ao pleiteado pela ré recorrente, não pode ser examinada por falta de prequestionamento, pois a seu respeito o v. acórdão recorrido não se manifestou, nem houve interposição dos necessários embargos declaratórios.

A divergência igualmente não ficou demonstrada, porquanto o v. acórdão paradigma examinou pedido de devolução de parcelas pagas no cumprimento de contrato rescindido pela empresa promitente vendedora.

Isto posto, não conheço do recurso.

RESCISÃO DE COMPRA E VENDA – PARCELAS PAGAS – DEVOLUÇÃO – APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 53, *CAPUT*, E 6.º, INCISO V, DA LEI N. 8.078/1990

TA-MG, 2.ª Câm. Cível, Emb. Infr. na Ap. n. 252.602-1/01, Rel. Juiz Manuel Saramago, ac. de 16.03.99

Ementa. Apelação. Rescisão de compra e venda. Parcelas pagas. Devolução. Interesse de agir. Aplicação dos artigos 53, *caput*, e 6.º, inciso V, da Lei n. 8.078/1990.

1 – Há interesse de agir a partir da necessidade de recorrer ao Judiciário para satisfação de uma pretensão resistida.

2 – O "caput" do artigo 53 da Lei n. 8.078/1990 – Código do Consumidor – não confere direito ao comprador inadimplente à rescisão do contrato com a devolução do que pagou.

3 – O referido artigo 53 contempla apenas a hipótese de nulidade das cláusulas inseridas em contrato de compra e venda que estabeleçam a perda total das prestações pelo comprador inadimplente, no caso da resolução do contrato, e a retomada do produto alienado pelo alienante.

4 – Em se tratando de relação de consumo, o adquirente do bem poderá, com base no inciso V do artigo 6.º da Lei n. 8.078/1990, pleitear a revisão do valor das prestações.

Embargos acolhidos.

Votos vencidos: A condição de ação consiste na tutela de interesse específico que só pela via do Judiciário poderá ser atendida, tendo em vista a resistência de a pretensão ser atendida pela parte "ex adversa" (Juízes Delmival Almeida Campos e Edivaldo George).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 252.602-1/01 da Comarca de UBERLÂNDIA, sendo Embargante(s): BRASIL EMPREENDIMENTOS LTDA. e Embargado(a) os(as): ALESSANDRA FRANÇA PAES.

ACORDA, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, EM ACOLHER OS EMBARGOS, VENCIDOS OS JUÍZES PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS.

Presidiu o julgamento o Juiz EDIVALDO GEORGE (2.º Vogal vencido) e dele participaram os Juízes MANUEL SARAMAGO (Relator), NILSON REIS (Revisor), DELMIVAL ALMEIDA CAMPOS (1.º Vogal vencido), CAETANO LEVI LOPES (3.º Vogal).

Assistiu ao julgamento, pela embargante, a Dra. Adriana Mandim Theodoro de Mello.

Belo Horizonte, 16 de março de 1999

VOTOS

O SR. JUIZ MANUEL SARAMAGO:

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A embargada ajuizou em face da embargante ação que nominou de "rescisão de compromisso de compra e venda c/c restituição de parcelas pagas", sob a alegação de que os sucessivos aumentos no valor da prestação impossibilitaram-na de prosseguir arcando com as respectivas contraprestações.

Na primeira instância, o pedido foi julgado procedente.

Em sede de apelação, os eminentes juízes Almeida Melo e Edivaldo George confirmaram a decisão recorrida, enquanto o eminente juiz Caetano Levi votou pela extinção do processo, sem julgamento de mérito, acolhendo preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, votou com os demais componentes da turma julgadora.

Segundo o voto vencido, "*somente a parte lesada pode optar entre a execução ou a rescisão do contrato, devendo o contratante inadimplente tão somente sujeitar-se às consequências de seu procedimento contrário ao pacto*".

Reformulando o meu entendimento sobre a matéria, coloco-me acorde com o entendimento esposado pelo douto Juiz que votou vencido, com vênia aos eminentes juízes prolatores dos votos vencedores.

Ressalto, todavia, que há equívoco no voto divergente no seu aspecto processual, porquanto entendo que, nele, feriu-se o mérito da causa posta para julgamento.

Com efeito, o interesse de agir consiste na necessidade de se buscar em juízo a tutela de um determinado interesse. No caso específico dos autos, somente via jurisdição é que a embargada veria satisfeita sua pretensão resistida pela embargante.

Não bastasse a lição do emérito processualista Humberto Theodoro Júnior, colacionada pela embargante, tem pertinência citar o entendimento esposado por José Rubens Costa, em seu *Manual de Processo Civil*, Editora Saraiva, v. I, p. 94, *verbis*;

> "O interesse de agir é, por conseguinte, a necessidade de se valer do Poder Judiciário para a solução de um conflito de interesse entre partes. Entende-se, ainda, como integrante do conceito de interesse a utilidade do acesso ao Judiciário. A parte necessitará do Judiciário para uma finalidade útil."

Não há nos autos indícios de que a embargante, extrajudicialmente, rescindiria o contrato e restituiria à embargada as parcelas pagas. Logo, decorre o seu interesse de agir da necessidade de ajuizamento da presente ação para que a embargada pudesse ter atendida a sua pretensão.

Excetuando o equívoco apontado *supra,* o voto do eminente Juiz Caetano Levi apreciou com acerto a demanda.

É fato incontroverso nos autos que a autora foi quem não cumpriu o pactuado, deixando de pagar as prestações devidas, conforme se depreende da inicial, *verbis*:

> "Ocorre que, a partir de maio de 1995, devido ao aumento legal do salário mínimo, as prestações saltaram de R$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) para R$ 400,00 (quatrocentos reais) e o salário da autora, que não é vinculado ao salário mínimo, não acompanhou o aumento das mesmas. Fato que tornou impossível à autora continuar cumprindo com o assumido no contrato."

A ação foi proposta com base no "caput" do artigo 53 da Lei n. 8.078/1990, que estabelece o seguinte, *verbis*:

> "Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado."

A dicção do dispositivo é clara, não deixando qualquer dúvida, ou seja, não confere direito algum à rescisão do contrato e a consequente devolução da quantia paga ao comprador inadimplente. Quem tem, *in casu*, o direito à rescisão, se lhe aprouver, é o promitente vendedor em caráter irretratável e irrevogável, consoante se extrai do disposto no artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil. O que emerge do dispositivo transcrito é a nulidade de cláusula inserida em contrato de compra e venda referente à relação de consumo, que estabelece a perda total das prestações pelo comprador inadimplente, no caso de resolução do contrato e a retomada do produto alienado pelo alienante. Nada mais.

No caso dos autos, a promitente vendedora, ora embargante, não pleiteou a resolução do contrato e nem restou comprovado que teria negociado com terceira pessoa a unidade prometida para vender, em caráter irretratável e irrevogável, à ora embargada.

Por outro lado, não se há de falar em direito de arrependimento, uma vez que a promessa de compra e venda, como dito alhures, foi contratada em caráter irrevogável e irretratável, conforme extraordinariamente explicitado no voto divergente.

A ora embargada poderia, para ser coerente com o que expendera na inicial, postular, com base no disposto no artigo 6.º, inciso V, da Lei n. 8.078/1990, a redução do valor da prestação.

Posto isto, hei por bem acolher os embargos para resgatar o voto minoritário do eminente Juiz Caetano Levi, com a vênia do entendimento dos eminentes Juízes prolatores dos votos vencedores.

Custa, *ex lege*.

O SR. JUIZ NILSON REIS:

De acordo com o Relator.

O SR. JUIZ EDIVALDO GEORGE:

Rejeito os embargos, nos termos do voto do ilustre Juiz Almeida Melo, hoje Desembargador, produzido na Apelação ocasião em que não acolhíamos a preliminar.

O SR. JUIZ CAETANO LEVI LOPES:

Reiterando o voto que proferi na apelação também acolho os embargos, ressaltando que a preliminar deduzida confunde-se com o mérito, motivo pelo qual, revendo minha posição, neste particular de ordem meramente processual acompanho o Relator na sua conclusão.

O SR. JUIZ DEMIVAL ALMEIDA CAMPOS:

Entendo que a condição de ação neste processo consistiu na busca, em juízo, da tutela de interesse específico que só pela via do Judiciário poderia ser atendido, porque, a pretensão fora resistida, e na lição de José Rubens Costa, em seu **Manual de Processo Civil.** Saraiva, v. I, p. 94, *verbis*:

"O interesse de agir é, por conseguinte, a necessidade de se valer do Poder Judiciário para a solução de um conflito de interesse entre as partes. Entende-se, ainda, como integrante do conceito de interesse a utilidade do acesso ao Judiciário. A parte necessitará do Judiciário para uma finalidade útil."

Não há nos autos indícios, sequer, de que a embargante, extrajudicialmente, restituiria à embargada as parcelas pagas. Logo, da necessidade do ajuizamento da presente ação decorre o interesse de agir da parte que se sentiu lesada.

A meu juízo, a matéria abordada pelo eminente Juiz Caetano Levi seria melhor colocada como se de mérito fosse.

Pelo exposto, com vênia do eminente Juiz Caetano Levi, entendo presente o interesse de agir e, em consequência, presentes todas as condições da ação, razão pela qual rejeito os embargos.

Custas recursais, pela embargante.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA – CLÁUSULA PENAL ESTABELECENDO A PERDA DAS QUANTIAS PAGAS PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR – ART. 53 DA LEI N. 8.078/1990

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 45.666-5/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 17.05.1994, *Revista de Direito do Consumidor* 17/177)

Inaplicabilidade do art. 53 da Lei n. 8.078/1990 aos contratos celebrados antes da vigência do mencionado diploma legal. Precedentes do STJ.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas.

Prosseguindo no julgamento, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, vencido o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 17 de maio de 1994 (data do julgamento)

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente

Ministro BARROS MONTEIRO, Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, "Sobloco Construtora S.A." e "Estância Santa Isabel Comercial Ltda." ajuizaram ação ordinária de rescisão de compromisso de venda e compra, cumulada com pedido de reintegração de posse, contra Nelson de Rocco e sua mulher. Pleitearam, ainda a perda de todas as quantias adiantadas pelos réus por conta do preço consoante o disposto na cláusula 9.º da avença celebrada entre as partes.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente, em parte, a ação, para declarar rescindido o contrato, reintegrando as autoras na posse do imóvel. Em contrapartida, determinou que restituíssem elas aos réus o valor das prestações que foram pagas, corrigidas monetariamente a partir dos respectivos desembolsos.

Irresignadas com a parte final da sentença, as demandantes interpuseram o recurso de apelação, a que a Décima Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento. Eis os fundamentos do acórdão, *in verbis*:

"A cláusula nona é expressa na previsão da perda das quantias pagas por conta do preço (fl. 35).

Inaplicável o art. 53 da Lei n. 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor), pois o contrato foi firmado anteriormente, em 20 de maio de 1987.

De outra parte, os apelados não alegaram e nem fizeram prova de que tivessem pago mais de um terço (1/3) do preço ajustado, conforme o art. 35 da Lei n. 6.766/1990, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Portanto, é válida a cláusula que prevê a perda total das prestações pagas.

Observa-se que, no caso, os réus deixaram de pagar um número expressivo de parcelas, conforme se vê da notificação de fls. 43.

"É perfeitamente válida pena convencional compensatória estipulando a perda das parcelas pagas em caso de resolução contratual, constituindo a regra do art. 924 do Código Civil mera faculdade do juiz, a não ensejar interposição de recurso especial" (**RSTJ** n. 6/360 – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – STJ).

Por via de consequência, os réus, vencidos integralmente, pagarão despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros reais), atualizados a partir desta data (fls. 174/175).

Inconformados, os réus manifestaram o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissor constitucional, alegando negativa de vigência do art. 53 da Lei n. 8.078/1990, além de dissenso pretoriano com julgado do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Sustentaram, em síntese, que a Lei n. 8.078/1990, por ser de ordem pública, atinge os atos pretéritos.

Contra-arrazoado, o apelo extremo foi admitido pela alínea *a* do inciso III do art. 105 da CF, subindo em seguida os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator):

Já se pronunciou esta Corte em inúmeras oportunidades sobre o tema ora em apreciação: aplicação ou não do art. 53 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.90) aos contratos firmados antes de sua vigência.

Quando do julgamento do REsp. n. 31.954-0/RS, o Sr. Relator designado, Ministro Waldemar Zveiter, assim se manifestou a respeito:

"Afasto a incidência dos dispositivos do Código do Consumidor ao caso concreto. O só fato de se constituir em lei de ordem pública, na espécie, não trás em si o condão de desconstituir os atos jurídicos formalizados sob a égide de norma anterior, eis que sem conteúdo de aplicação imediata e intervencionista, força da suspensividade nela mesmo contida para vigência cento e oitenta dias após sua edição (art. 118, Lei n. 8.078/1990)."

Convocado para compor o *quorum* no aludido precedente da C. Terceira Turma, acompanhei o voto do douto Relator, nestes termos:

"Por primeiro, considero que, formalizado o compromisso de venda e compra anteriormente à vigência da Lei n. 8.078, de 11.09.90 (Código de Proteção e Defesa

do Consumidor, não incide na hipótese *sub judice* o preceituado no art. 53 do mencionado diploma legal. Conforme ainda há pouco teve oportunidade de decidir o Sumo Pretório, 'o disposto no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva' (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-0/DF, relator Ministro Moreira Alves). Aliás – no sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contrato celebrado sob a égide do ordenamento jurídico anterior por igual se orientou a C. Terceira Turma deste Tribunal, em precedente da relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro (REsp. n. 36.455-8/SP)."

Mais recentemente, esta Quarta Turma teve ocasião de reiterar tal diretriz. Eis o voto proferido pelo eminente Relator do REsp. n. 38.492-3/SP, Ministro Antônio Torreão Braz:

"O contrato rescindido foi assinado em 23 de setembro de 1986 e a Lei n. 8.078, de 11.09.90 (Código do Consumidor) teve sua vigência iniciada cento e oitenta (180) dias após a sua publicação, que ocorreu em 12.09.90.

Em tema de irretroatividade, disciplina a matéria, no sistema positivo brasileiro, duas regras jurídicas distintas: a do art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, dirigido ao juiz e a do art. 5.º, inciso XXXVI, da Constituição da República, dirigida ao legislador sobretudo.

A propósito, escreve Caio Mário da Silva Pereira (**Instituições de Direito Civil**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I/113):

'Sob a inspiração do preceito, a ideia da não retroatividade decorre de que a lei não pode alcançar o tempo pretérito sem retroatividade, e como a irretroatividade é imposta ao juiz como norma orientadora da aplicação do direito, far-se-á esta sempre orientada pela ideia de excluir qualquer efeito retro-operante'.

Outras vezes, o princípio da não retroatividade é assentado com caráter mais rijo do que uma simples medida de política legislativa, pois assume o sentido de uma norma de natureza constitucional. Com uma tal violência, reflete muito maior extensão e, especialmente, mais profunda intensidade. Não é apenas uma regra imposta ao juiz, a quem é vedado atribuir à lei efeito retro-operante. Mais longe que isto, é uma norma cogente para o legislador, à sua vez proibido de ditar leis retroativas'.

Não pode haver vacilações a respeito. É princípio incontrastável, em nossa organização jurídica, que *tempus regit actum*, do qual se infere que as obrigações, seja qual for o seu conteúdo, 'são sempre regidas pela lei vigente ao tempo do seu nascimento' (SERPA LOPES. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil.** Freitas Bastos, 1959. v. I/360)."

Em igual sentido: REsp. n. 41.475-0/RS, também relator Ministro Torreão Braz.

Não há falar, nesses termos, em negativa de vigência do indigitado art. 53 da Lei n. 8.078, de 1990. Nem tampouco é passível de configuração o conflito de julgados, desde que os recorrentes se cingiram à transcrição da ementa oficial do aresto trazido como paradigma, sem observância, pois, do estatuído no art. 255, § 2.º, do RISTJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso, pediu "VISTA" o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Aguardam os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 3 de maio de 1994

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Senhor Presidente. O eminente Ministro Barros Monteiro fez o apanhado da jurisprudência deste Tribunal, que conta com inúmeros precedentes, inclusive desta Eg. 4.ª Turma, sobre a inaplicabilidade do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, uma vez que a lei, ainda que de ordem pública, não pode se sobrepor à regra do art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República.

Este entendimento tem, por certo, respaldo na melhor doutrina e apoio na jurisprudência, inclusive do Egrégio Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não me move o propósito de querer modificá-lo. De qualquer forma, devo expender, ainda que resumidamente, as razões que me levam a pensar de forma diversa, para o que peço vênia ao eminente Relator e aos que o acompanham.

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos (Ghestin, *Traité de Droit Civil*, LGDJ, 1988, 2/181). Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato com uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com sua vontade, mas essa manifestação de vontade não

pode só por isso prevalecer, se dela resultar iniquidade ou injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença.

No contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel, a cláusula contratual que determina a perda, em favor do promitente vendedor, das prestações pagas, caracteriza nítida perda de justiça por parte do promissário comprador, que não apenas vê desaparecer a oportunidade de aquisição do bem, já certamente mais valorizado do que qualquer moeda, nestes tempos de inflação, como ainda deixa de receber a devolução do que desembolsou. Além da injustiça, ainda há a ofensa aos princípios jurídicos que regulam a resolução, cuja característica está na reposição das partes à situação anterior. Reavendo o bem e embolsando os pagamentos recebidos, o promitente vendedor não só recompõe o seu patrimônio como o enriquece ilicitamente com as prestações, em troca das quais nada despendeu.

Com isso quero dizer que a cláusula de decaimento não podia ter reconhecida sua validade no sistema jurídico nacional, ainda antes da vigência do Código do Consumidor, porque a violadora de diversos princípios do direito comum e do ordenamento constitucional, como o demonstrou o Prof. Alcides Tomasetti Jr. (**Revista Direito do Consumidor**, 2/52).

O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor veio apenas expressar um enunciado que já estava presente no ordenamento e era aplicado sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio entre as partes, afastar a vigência de cláusulas resultantes do arbítrio de uma, em prejuízo da outra, impor o respeito ao princípio da boa-fé e fazer cumprir o de solidariedade social (art. 3.º, I, da CF).

Define-se legalmente (art. 1.º) como uma regra de ordem pública de proteção, não tão forte quanto as de direção, através das quais o Estado mais agudamente intervém na economia, mas igualmente indispensável para a obtenção de fins que não seriam atingidos se pudesse ser derrogada pela vontade dos contratantes.

Diz-se que a sua aplicação a contrato assinado antes de sua vigência significaria violação ao princípio da irretroatividade da lei, assim como expresso na Constituição da República. Ocorre que, tanto agora como antes, não há como admitir um direito subjetivo fundado em cláusula iníqua, nem a validade de ato negocial onde se manifesta o arbítrio de uma das partes, com exercício abusivo de direito.

Pergunta a ilustre Prof.ª Cláudia Lima Marques: "Deverá o legislador respeitar o exercício atual abusivo de direito próprio? Em outras palavras, pode a outra parte alegar contra a incidência de norma imperativa e de ordem pública, direito adquirido a uma vantagem excessiva, ferindo a nova ordem imposta?" E a sua resposta é negativa, não apenas porque se trata de uma lei de ordem pública, "uma lei de função social", mas porque o próprio legislador deve compartilhar o princípio constitucional do direito adquirido, com o outro princípio, também constitucional, de defesa do consumidor (art. 170, V). E continua: "Em verdade, o entendimen-

to de que uma lei nada poderia acrescentar, ou suprimir, a um contrato vigente é expressão do respeito absoluto à autonomia da vontade, como se esta realmente pudesse ter posição superior à própria lei estatal, lei 'interpartes', imutável, direito subjetivo absoluto. Trata-se de uma falsa visão, pois como ensina Orlando Gomes: 'não se separavam no contrato sua formação sob o império da lei antiga dos efeitos que se produziram na vigência da lei nova. Não se distinguia um fato pretérito de um fato futuro', concluindo o mesmo autor que 'em matéria contratual, os efeitos produzidos são intocáveis pela lei nova, mas os efeitos pendentes e futuros por ela se regem'" (Palestra proferida em São Paulo, no Simpósio "Contratos de Incorporação Imobiliária e a Lei n. 8.078", organizado pela Escola Nacional de Magistratura e o 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, em 27.08.1993, no prelo).

Isto posto, considerando que o art. 53 da Lei n. 8.078 apenas expressou princípio já presente no ordenamento jurídico nacional; considerando que o legislador ordinário, na contingência de respeitar dois princípios constitucionais eventualmente colidentes (irretroatividade da lei X proteção do consumidor), preferiu dar preferência a este, nas relações de consumo, ao definir o código como norma de ordem pública e de interesse social; considerando que o aparente antagonismo entre os dois princípios deve ser superado com a prevalência do que expresse maior valor e, no caso, indubitavelmente o maior valor está com o que reprime o abuso e o enriquecimento sem causa, chego à conclusão da aplicabilidade do art. 53 da Lei n. 8.078/1990 à situação dos autos, pelo que, com renovada vênia, conheço e dou provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ:

Sr. Presidente, a Lei n. 8.078, de 11.09.90, não deu efeito retroativo às suas disposições. Pelo contrário, estabeleceu que a sua entrada em vigor se daria cento e oitenta dias depois da sua publicação (art. 118). E, ainda que houvesse atribuído efeito retroativo, teria incidido na vedação do art. 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que consagra a obediência ao ato jurídico perfeito. A lei em foco não padece desse vício.

Deste modo, se decidirmos aplicar retroativamente o citado diploma legal aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, estaríamos, a toda evidência, contrariando o art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que contém idêntico preceito e tem como destinatário o julgador.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, *data venia*.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO:

Considerando que já foi alcançado o *quorum* regimental, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, não obstante a excelente fundamentação do voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em tema da maior atualidade, que diz respeito ao "Código do Consumidor", recente em nosso meio.

Ainda não me convenci, contudo, da tese esposada por S. Ex.ª

Entendo como o Sr. Ministro-Relator, e os que o acompanharam, que, em se tratando da norma esculpida na "Lei de Introdução", deve a mesma, sobretudo, pela sua afinidade com o texto constitucional, ter prioridade sobre a do "Código do Consumidor", sem embargo da relevância que o legislador deu a tal diploma.

Com vênia, acompanho o Ministro-Relator.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente):

Srs. Ministros, acompanho o voto do Eminente Ministro Relator, *data venia* do voto do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Ruy Rosado.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de maio de 1994

RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE

TJ-SP, 8.ª Câm. Dir. Privado, Emb. Infr. n. 67.145/418-01, Rel. Des. Leite Cintra, ac. de 13.09.2000, *Cadernos de Jurisprudência Dominante*, 2000, p. 85-88

Embargos Infringentes n. 67.145-4/8-01/São Paulo

Embargante: Construtora e Empreendimentos

Imobiliários Tropical Ltda.

Embargados: Irajá Dolácio Carezzato e outra

Compromisso de compra e venda – Inadimplemento reconhecido – Prejuízo dos compromissários vendedores evidente, pela ocupação indevida do imóvel, pelos compromissários compradores, desde que deixaram de pagar as prestações previstas no contrato – Indenização a título de fruição devida – Perda de 50% das parcelas pagas, mais 0,2% do valor atualizado do contrato, por mês de ocupação do imóvel – Embargos infringentes recebidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 067.145-4/8-01, da Comarca de São Paulo, em que é embargante CONSTRUTORA E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS TROPICAL LTDA., sendo embargados IRAJÁ DOLÁCIO CAREZZATO e OUTRA.

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, em receber os embargos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores MATTOS FARIA (Presidente, sem voto), OSWALDO BREVIGLIERI, RIBEIRO DOS SANTOS e SILVIO MARQUES, com votos vencedores e EGAS GALBIATTI, com voto vencido.

São Paulo, 13 de setembro de 2000

Contra o v. Acórdão de fls. 279 que, nos autos de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos, fundada em compromisso de compra e venda de imóvel, julgada procedente pela r. Sentença de fls. 161, pelos votos dos eminentes Desembargadores Egas Galbiatti e Ricardo Brancatto, negou provimento ao recurso da empresa autora e deu provimento em parte ao recurso dos réus, são interpostos embargos infringentes visando a prevalência do douto voto vencido da lavra do não menos eminente Desembargador Yussef Cahali, que dava provimento em parte ao recurso da empresa autora e negava ao dos réus; Sua Excelência, acorde com a maioria, mantinha a rescisão do compromisso e a reintegração na posse pela autora na forma da r. sentença e: a) condenava os réus a perder 50% das parcelas pagas a título de perdas e danos causados pelo inadimplemento do contrato e b) condenava-os mais a pagar 0,2% do valor atualizado do compromisso por mês de ocupação do imóvel até sua devolução à autora, mantida a sentença no tocante às verbas sucumbenciais.

Alega, em resumo, a embargante, que a posição assumida pelo voto vencido o faz em consonância com votos anteriores do também eminente Desembargador Aldo Magalhães, que entende não infringido o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, com a solução aventada; delimita mais a embargante os limites da divergência como sendo: "a) a maioria determinou a restituição integral, com a dedução de apenas 10% a título de multa, enquanto o prolator do voto vencido admite perda de parte dos valores pagos pelo comprador (50%), e ainda a multa compensatória de 0,2% por mês de ocupação indevida do imóvel".

Com a impugnação de fls. 309, onde prestigia a douta maioria a se pedir a rejeição dos embargos, o feito se encontra em termos para o julgamento.

É o relatório.

Recebem-se os embargos, dando-se, assim, provimento em parte ao recurso da empresa autora, e negando-se provimento ao recurso dos réus, condenados estes na perda de 50% das parcelas pagas, a título de perdas e danos, como bem assim no

pagamento de 0,2% do valor atualizado do compromisso por mês de ocupação do imóvel até a sua devolução, mantida no mais, a r. Sentença.

Este Relator, ainda no dia 10 do mês de abril próximo passado, participou do julgamento dos Embargos Infringentes n. 66.403-4, relatados pela eminente Desembargadora Zélia Maria Antunes Alves, e o fez na qualidade de Revisor.

Naquela oportunidade acompanhou integralmente o voto da Desembargadora em questão, precisamente para acolher manifestação ali maioritária dos Desembargadores Yussef Cahali, e Aldo Magalhães, em prejuízo do voto minoritário do Desembargador Egas Galbiatti.

Aqui a questão se repete, só que em posição inversa, a empresa Construtora é que é a embargante, pois o Desembargador Yussef Cahali restou vencido; por essas razões, entende este Relator de endossar também aqui o voto da eminente Desembargadora, mesmo porque de todo coincidente com a posição que tem tomado a Sétima Câmara a que pertence, pela unanimidade de seus componentes.

Como já posto no relatório, os embargos infringentes se atêm unicamente aos pontos em que houve divergência (artigo 530 do CPC), ou seja, o voto minoritário, cuja prevalência se busca, condenava os réus a perderem 50% das parcelas pagas, a título de indenização, e a pagar 0,2% do compromisso por mês de ocupação do imóvel, até sua devolução à autora, ficando esta obrigada a restituir aos réus 50% das parcelas devidamente atualizadas, compensando-se esta obrigação com aquela da parte contrária decorrente da obrigação de pagar 0,2% do compromisso.

Em assim sendo, atentando-se para os limites de infringência, apenas e tão somente esta matéria será objeto de reexame.

Os litigantes celebraram, aos 30 de janeiro de 1993, instrumento particular de compromisso de venda e compra, tendo como objeto a unidade autônoma n. 42 e 3 (três) vagas de garagem, do Edifício Terrazza Albernaz, situado na Rua Vigário Albernaz n. 637, Vila Gumercindo, Capital, tendo os compromissários compradores assumido a obrigação de pagar aos compromissários vendedores o preço na forma ajustada no contrato de fls. 26/36.

Os compromissários compradores deixaram de cumprir o avençado, mas continuaram ocupando, como já vinham fazendo, o imóvel, embora em mora.

A inadimplência, admitida e confessada pelos compromissários compradores, ensejou a decretação da rescisão do compromisso de compra e venda, por culpa exclusiva dos réus, que foram condenados a pagar multa de 10% do valor atualizado da causa e os ônus da sucumbência; a autora teve a reintegração na posse do imóvel condicionada ao depósito prévio de todos os valores pagos pelos réus, devidamente corrigidos.

Como está patente nos autos, os compromissários compradores estão a ocupar irregularmente o imóvel, desde dezembro de 1993, quando suspenderam, em definitivo, o pagamento das parcelas anuais e mensais do preço, ou seja, 6 anos, motivo pelo qual devem pagar pela fruição da coisa, como postula a compromissária-vendedora.

A circunstância de os compromissários compradores terem usufruído do imóvel durante este longo período de tempo, sem honrar o pagamento das prestações avençadas, como muito bem decidido pelo Prolator do voto vencido, gera responsabilidade de indenizar, pois a ninguém é lícito usar, gratuitamente, a coisa alheia, em detrimento de proprietário.

Não sendo, como, equivocadamente, entendido e ofendido pelos embargados, anula a cláusula IX.3 do compromisso de venda e compra, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Relevando notar que proteger o consumidor não significa, em absoluto, permitir ao compromissário comprador inadimplente que ocupe e usufrua do bem que não lhe pertence, sem qualquer remuneração.

À evidência, da mesma forma que, como reiterado na impugnação pelos embargados, o julgador não pode propiciar, com a determinação da retenção da totalidade do que foi pago, o enriquecimento sem causa da compromissária-vendedora, também não pode propiciar, com a devolução da totalidade do que foi pago, o enriquecimento sem causa do compromissário comprador.

Dessa forma, o inadimplemento contratual, além da rescisão (art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil) e da reintegração de posse, acarreta obrigação de ressarcimento, o mais amplo possível, das perdas e danos, com base nos arts. 503, 1.056 e 1.059, do Código Civil.

Ante o exposto, recebem-se os embargos, para, nos termos do voto vencido, rejeitada a preliminar de nulidade, dar-se provimento em parte ao recurso da empresa autora, e negar-se provimento ao recurso dos réus, condenados estes na perda de 50% das parcelas pagas, a título de perdas e danos, como bem assim no pagamento de 0,2% do valor atualizado do compromisso por mês de ocupação do imóvel até a sua devolução, mantida no mais, a r. Sentença.

LEITE CINTRA, Relator

CONTRATO – ABUSIVIDADE – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – LEI ESPECIAL EM VIGOR

STJ, 3.ª T., REsp. n. 239.504/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, ac. de 03.10.2000, *RSTJ* 137/357

RECURSO ESPECIAL N. 239.504 – SP (Registro n. 99.0106451-1)

Relator: Ministro Waldemar Zveiter

Recorrente: Solange Bujosa

Advogado: Júlio Flávio Pipolo

Recorrido: Banco Pecúnia S/A

Advogados: Jorson Carlos de Oliveira e outros

EMENTA

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS Nos 282 E 356-STF – CONTRATOS – ABUSIVIDADE – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

I – Esta Corte tem exigido o prequestionamento mesmo quando eventual ofensa surgir no próprio acórdão recorrido, mister a oposição dos competentes declaratórios para que o Tribunal tenha a oportunidade de se manifestar sobre as alegações da parte.

II – O fato de o Código de Defesa do Consumidor proteger a parte frágil da relação contratual não significa que todos os contratos assinados por consumidor com instituição financeira ou outra qualquer de maior porte seja nulo de pleno direito. É preciso que se demonstrem as nulidades e as práticas abusivas cometidas, mormente no caso de alienação fiduciária quando as determinações estão contidas em comando *legal* que não foi revogado.

III – Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Antônio de Pádua Ribeiro. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília-DF, 3 de outubro de 2000 (data do julgamento)

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Presidente

Ministro Waldemar Zveiter, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Waldemar Zveiter:

Cuidam os autos de ação de busca e apreensão ajuizada por Banco Pecúnia S/A em face de Solange Bujosa.

Do despacho que converteu-a em *ação de depósito* agravou a Ré e a colenda Terceira Câmara Cível do 2.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao apelo.

O aresto restou assim ementado (fl. 34):

"Se a devedora desconhece a localização do veículo ou se este, objeto da ação de busca e apreensão, não se encontra em sua posse, é cabível a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito."

Inconformada, ainda, interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando violação aos arts. 3.º, § 2.º; 6.º, V; 39; 51, IV, e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta, em síntese, que as disposições do Decreto-lei n. 911/1969 chocam-se frontalmente com o CDC e como lei posterior revoga a anterior quando com ela for incompatível, aquele estaria revogado pela Lei n. 8.078/1990.

Diz que é prática abusiva a não devolução das parcelas pagas, de acordo com os arts. 39 e 53 do CDC, sendo nulas as cláusulas nesse sentido (art. 51 e incisos da supracitada lei).

Por fim, alegam má-fé e dolo do Banco-recorrido ao pretender ficar com o bem alienado sem devolver as parcelas já pagas.

Sem contrarrazões (fl. 62), o nobre Presidente daquela Corte o admitiu.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):

Registre-se, inicialmente, que embora aviado sob o pálio da alínea *c*, não foi indicado qualquer julgado para confronto.

No mais, sem razão a Recorrente.

A questão foi assim dirimida pelo v. Aresto recorrido (fls. 35/36):

"Materializado o inadimplemento da devedora em contrato de alienação fiduciária, viabilizada está a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, consoante regra contida no art. 4.º do Decreto-lei n. 911, de 1969, com a redação dada pela Lei n. 6.071, de 1974.

Dispõe o art. 4.º do Decreto-lei n. 911/1969 que: 'se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito...'.

Assim, como no caso a Requerida informou pessoalmente ao Oficial de Justiça que não está mais na sua posse o veículo, bem como não sabe o seu paradeiro, a conversão para a ação de depósito é a medida que se impõe, quando, então, a Agravante, após regular citação, poderá oferecer ampla defesa, como lhe assegura o art. 5.º, LV, da CF/1988.

Não tem razão a Agravante ao invocar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, eis que trata-se de uma forma de execução, mediante venda, judicial ou extrajudicial, do bem que expressamente garante o crédito, com a possibilidade de entrega do saldo, se houver, ao devedor fiduciante.

O Decreto-lei n. 911/1969 não ofende os princípios constitucionais da igualdade, da ampla defesa e do contraditório, ao conceder ao proprietário-fiduciário a faculdade de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (art. 3.º, *caput*) e ao restringir a matéria de defesa alegável em contestação (art. 3.º, § 2.º) (RE n. 141.320-RS, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 22.10.1996, *apud Inf. STF* 51, de 28.10.1996, p. 1).

Quanto à utilização do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se no caso o v. Acórdão deste colendo Tribunal:

'Alienação fiduciária. Código de Defesa do Consumidor.

Em se tratando de contrato de empréstimo com garantia de alienação fiduciária, onde inexistem as figuras do produtor e do consumidor, impossível aplicar à espécie as normas do Código de Defesa do Consumidor' (Ap. c/ ver. 513.406, Décima Primeira Câmara, Rel. Juiz Mendes Gomes, j. em 23.3.1998).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo."

Da leitura acima, verifica-se que os artigos ditos violados carecem do necessário prequestionamento e sequer opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão. Incide, portanto, à espécie, as Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Esta Corte tem exigido o prequestionamento mesmo quando eventual ofensa surgir no próprio acórdão recorrido, mister a oposição dos competentes declaratórios para que o Tribunal tenha a oportunidade de se manifestar sobre as alegações da parte.

Existindo omissão, ainda, ou contradição, em seu especial a Recorrente deve veicular vulneração ao artigo 535 do CPC e não insistir no mérito.

Embora o acórdão tenha afastado a incidência do Código de Defesa do Consumidor, não cuidou das questões postas no especial – devolução de prestações pagas, existência de cláusulas ou práticas abusivas ou dolo e má-fé por parte do Recorrido.

A alusão feita a essa legislação foi de forma genérica, sem particularização de qualquer dispositivo legal.

Toda a argumentação posta no especial evidencia, tão somente, o inconformismo da Recorrente no sentido de que o Banco permanecerá com o bem e não devolverá o valor das prestações pagas, matéria não abordada no acórdão atacado.

Apenas para deixar registrado, estou em que, ainda que se diga que tal contrato subordina-se às regras do Código de Defesa do Consumidor, isso não significa que o Decreto-lei n. 911/1969 esteja revogado ou que todas as cláusulas ali inseridas sejam nulas ou abusivas apenas porque feitas de acordo e nos termos da lei específica.

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em precedente que, embora não seja idêntico ao caso dos autos, serve para exemplificar os termos em

que deve ser entendida a aplicação da Lei n. 8.078/1990 aos contratos de alienação fiduciária, assim consignou:

"Alienação fiduciária. Decreto-lei n. 911/1969. Código de Defesa do Consumidor. 1. Não tem apoio a interpretação que dá por revogado o § 1.º do art. 3.º do Decreto-lei n. 911/1969, diante da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, artigos 6.º, VI; e 53. O art. 6.º, VI, dispõe que o consumidor tem o direito básico de 'efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos'. Ora, essa regra legal não tem nenhuma relação com a purgação da mora em processo sob o regime do Decreto-lei n. 911/1969. O comando do art. 53, por outro lado, que faz alcançar as alienações fiduciárias, refere-se a cláusulas contratuais sobre a perda das prestações, que são nulas de pleno direito. Mas, aqui não se cuida de cláusula contratual, e, sim, de regra jurídica impondo que, nos casos abrangidos pela lei, lei, portanto, especial, a purgação só será admitida se quitado o percentual indicado. Isso não viola direito algum do consumidor, não sendo razoável concluir pela revogação de uma lei por violar a *mens legis* de lei posterior, o que, claramente, não existe no direito positivo brasileiro, por conta da Lei de Introdução ao Código Civil. 2. Recurso Especial conhecido, mas improvido" (REsp. n. 129.732-RJ, **DJ** 03.05.1999).

O fato de o Código de Defesa do Consumidor proteger a parte frágil da relação contratual não significa que todos os contratos assinados por consumidor com instituição financeira, ou outra qualquer, de maior porte seja nulo de pleno direito. É preciso que se demonstrem as nulidades e as práticas abusivas cometidas, mormente no caso de alienação fiduciária quando as determinações estão contidas em comando *legal* que não foi revogado.

Forte em tais lineamentos, não conheço do recurso.

COMPROMISSO INTEGRALMENTE CUMPRIDO PELO VENDEDOR – DESCABIMENTO DA RESILIÇÃO UNILATERAL PELO ADQUIRENTE

STJ, 2.ª Seção, REsp. n. 476.780/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, ac. de 11.06.2008, *DJe* 12.08.2008

RECURSO ESPECIAL N. 476.780-MG (2002/0150735-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda.

Advogado: Antonio Augusto Mesquita Fonte Boa e outro(s)

Recorrido: Alcides Alves Neto

Advogado: Robson Martins Pinheiro Melo

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INICIATIVA DO ADQUIRENTE INADIMPLENTE. IMPROCEDÊNCIA. SITUAÇÃO PECULIAR. OCUPAÇÃO DA UNIDADE POR LARGO PERÍODO. USO. DESGASTE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

I. A resilição do contrato de compromisso de compra e venda é direito do comprador, a gerar a restituição parcial das parcelas pagas (2.ª Seção, EREsp. n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, **DJU** 09.12.2002; 4.ª T., REsp. n. 196.311/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, unânime, **DJU** 19.08.2002; 4.ª T., REsp. n. 723.034/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, **DJU** 12.06.2006, entre outros).

II. Caso, todavia, excepcional, em que ocorreu a desistência, porém já após a entrega da unidade ao comprador e o uso do imóvel, o que torna inviável o exercício do direito de restituição do bem e devolução de valores, em tal situação, porque definitivamente constituído o negócio, impossibilitado o seu desfazimento unilateral, em razão da norma do art. 1.092 do Código Civil anterior.

III. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 11 de junho de 2008 (Data do Julgamento)

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Elo Engenharia e Empreendimentos Ltda. interpõe, pelas letras "a" e "c" do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 221):

> "COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS – DEVOLUÇÃO DE PARCELAS – INICIATIVA DO COMPRADOR – CLÁUSULA LEONINA – LESÃO EVIDENTE À LEI N. 8.078/1990. Os princípios da autonomia de vontade e da obrigatoriedade do contratado são por excelência a base da doutrina dos contratos. A força vinculativa do contrato, desejada por ambos os contratantes e assegurada pela ordem jurídica, é o seu elemento primordial. Se o promissário comprador

desinteressa-se em continuar com o vínculo jurídico com a promitente vendedora de unidade imobiliária, admissível se torna a devolução das parcelas por ele pagas, corrigidas monetariamente, mormente em havendo expressa previsão contratual, sendo de autorizar apenas a retenção pela vendedora da multa compensatória pelo rompimento do contrato, não no patamar estipulado, por evidente abusividade, mas naquele determinado pelo Juízo. Havendo vinculação da posse do imóvel e responsabilidade pelas taxas condominiais com a entrega provisória das chaves, é de responsabilizar o adquirente do imóvel pelas taxas de IPTU e condomínio".

Alega a recorrente que a decisão violou os arts. 458, II, e 535 do CPC, porque não enfrentou suficientemente as questões suscitadas, incidindo em nulidade.

Aduz que, no caso, também restou ofendido o art. 1.092 do Código Civil revogado, eis que manifesta nos autos a inadimplência dos autores.

Salienta, mais, que foi desconsiderado o art. 49 da Lei n. 8.078/1990, pois a multa não era excessiva, na medida em que o autor ocupava há mais de dois anos o apartamento.

Invoca precedentes paradigmáticos.

O recurso especial não foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 324/327, subindo ao STJ por força de provimento do Ag n. 402.123/MG (fl. 329).

À fl. 333, despacho não conhecendo, por preclusão, a alegada intempestividade do agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (RELATOR): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, em que é apontada ofensa aos arts. 458, II, 535, do CPC, 1.092 do Código Civil anterior e 49 do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

O autor, alegando impossibilidade de prosseguir honrando as prestações relativas à compra que fez de imóvel construído pela ora recorrente, propôs ação buscando a restituição das parcelas pagas, destacando que o negócio já fora rescindido antes mesmo da sua conclusão, em 06.10.1996, por ter deixando de pagar as parcelas desde então.

A sentença julgou a ação parcialmente procedente, determinando a restituição, apenas com a retenção de 10% correspondente às arras (fl. 117).

Apelaram ambas as partes, e o TAMG manteve a decisão da qual ora se recorre.

Tenho que a decisão merece reforma.

De efeito, não obstante o entendimento desta Corte, no sentido de que é possível ao adquirente desistir, por impossibilidade de pagamento, da compra que

efetuou, também constitui firme orientação a retenção, salvo alguma excepcionalidade, de 25% (vinte e cinco por cento) da importância já paga, a título de compensação pelas despesas operacionais da vendedora, com administração, corretagem, propaganda etc.

Nesse sentido foi a decisão da 2.ª Seção no EREsp. n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, **DJU** 09.12.2002:

> "PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.
>
> – O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte".

Podem-se citar ainda, dentre muitos outros, o REsp. n. 196.311/MG, 4.ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, **DJU** 19.08.2002, e o REsp. n. 59.626/SP, 4.ª T., de minha relatoria, **DJU** 02.12.2002.

No caso dos autos, todavia, há, ainda, outras particularidades a serem consideradas, o que o leva a merecer tratamento diferenciado ao que vem sendo dado presentemente.

De efeito, conquanto tenha a jurisprudência da 2.ª Seção admitido a resilição do contrato de compra e venda por impossibilidade de o adquirente suportar os encargos financeiros a que se obrigou, deve haver, evidentemente, um limite fático-temporal para o exercício deste direito reconhecido na situação em que, diversamente do comum dos casos, ele é investido na posse do imóvel e passa a ocupá-lo ou alugá-lo a terceiros, transformando o apartamento, que era novo, em usado, iniciando o desgaste que ocorre com a ocupação, alterando o valor comercial do bem, que naturalmente, quando vendido na denominada "1.ª locação", tem maior valia.

Não se me afigura, realmente, razoável, que a empresa construtora fique por muitos anos ainda vinculada à unilateral vontade do comprador desistente, que até por motivo de mera conveniência, após residir no imóvel, vem a "desistir" da aquisição, descartando o apartamento após, convenientemente, dele se servir, por vezes por alguns ou muitos anos.

Imagine-se o que representa uma pendência negocial dessa ordem. A construção civil – aliás responsável pela relevante absorção de mão de obra não especializada, inserindo pessoas de origem simples e pouca instrução na economia formal do País – caracteriza-se pela atuação dinâmica. Os empreendimentos são sequenciais para evitar a desmobilização de maquinário e pessoal, de sorte que o aporte de recursos é essencial para a atividade. Ora, se a desistência unilateral pelo comprador puder ser postergada para além da ocupação do imóvel, isso ameaça a

integridade de obras futuras, posto que um capital disponibilizado para um empreendimento seguinte, já em andamento, sofrerá corte pela restituição que se imporá ante a desconstituição de uma venda implementada em todos os sentidos, notadamente pela entrega e ocupação do imóvel, que passa de novo a usado.

Daí por que, em meu entender, a orientação que se vem sufragando, de mera retenção de parte dos valores pagos ou, mesmo, a indenização pelo tempo de ocupação, não me parece, ante tais circunstâncias particulares, a melhor, isso é claro, ressalte-se, quando a defesa da empresa ré for no sentido específico da improcedência da ação, e não a mera retenção ou indenização. A alienação, com a posterior ocupação do imóvel pelo comprador, torna-se, penso, irreversível, não mais possibilitando a desistência unilateral nessas circunstâncias, dada a desconfiguração da própria essência do negócio, que objetivava a venda de imóvel novo, que representa, inclusive, o objeto social das empresas construtoras.

No caso dos autos, verifica-se que se cuida de uma promessa de compra e venda celebrada em 04.05.1995 (fl. 2), de loja comercial, entregue ao autor em 14.08.1996 (fl. 286). A ação foi proposta em maio de 1998, de sorte que o adquirente já a ocupava, então, há um ano e nove meses, o que, tenho eu, torna inviável o exercício do direito de restituição do bem, em tal situação, porque definitivamente constituído o negócio, impossibilitando o seu desfazimento unilateral, pelo que ofendido o art. 1.092 do Código Civil anterior.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento da custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

CLÁUSULAS ABUSIVAS – IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ

A

STJ, 4ª T., AgEg no AG 967.408/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 19.11.2009, *DJe* 30.11.2009

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 967.408 – DF (2007/0237204-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Agravante: Valdo César Duarte Rodrigues

Advogado: Sebastião Moraes da Cunha e Outro(s)

Agravado: Banco Citibank S/A

Advogada: Ana Carolina Albuquerque Leite E Outro(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. APRECIAÇÃO DE OFÍCIO. VEDAÇÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DO ABUSO. APURAÇÃO QUE DEVE SER FEITA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, À VISTA DAS PROVAS PRODUZIDAS. APLICAÇÃO DA TAXA PREVISTA NO CONTRATO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Impossibilidade de apreciação da alegada violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Resta firmada no STJ a vedação a declaração, de ofício, de nulidade de cláusulas abusivas pelo Tribunal de origem, implicando julgamento além do que foi pedido. Impossibilidade, tratando-se de questões exclusivamente patrimoniais. Ressalva quanto ao meu entendimento pessoal.

3. A limitação dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da comprovação do abuso.

4. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), a teor do disposto na Súmula 596/STF, de forma que a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período.

5. A não realização do necessário cotejo analítico, bem como a não apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, como é o caso dos autos.

6. A interposição de agravo manifestamente infundado enseja aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º do Código de Processo Civil.

7. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernan-

do Gonçalves (Presidente), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Valdo César Duarte Rodrigues, em face da decisão singular de fls. 146-147, assim ementada:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. AFASTAMENTO DA LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% AO ANO. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA LEI DE USURA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 4.595/64 E DA SÚMULA 596/STF. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE DO PERCENTUAL AVENÇADO ENTRE AS PARTES EM RELAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE E REVISÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, EM CADA CASO, DE EVENTUAL ABUSIVIDADE, ONEROSIDADE EXCESSIVA OU OUTRAS DISTORÇÕES NA COMPOSIÇÃO CONTRATUAL DA TAXA DE JUROS, NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL. APURAÇÃO QUE DEVE SER FEITA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, À VISTA DAS PROVAS PRODUZIDAS. APLICAÇÃO DA TAXA PREVISTA NO CONTRATO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SUA PRÁTICA ASSEVERADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO".

Sustenta o agravante, em síntese, que aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor por se tratar de matéria de ordem pública. Reivindica a anulação, de ofício, das cláusulas abusivas. Alega, ainda, que os juros remuneratórios devem ser limitados em 12% ao ano, em virtude da aplicação da Lei da Usura aos contratos bancários (fls. 150-164).

Fundamenta sua argumentação nos arts. 5º, LlV e LV, e 170 e 173 da Constituição Federal.

É o sucinto relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O recurso não merece prosperar. Primeiramente, ressalto que descabe a esta Corte apreciar a alegada violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Quanto à apreciação de ofício, apesar de a relação jurídica existente entre o contratante e a instituição financeira ser disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entende que o julgamento realizado de ofício pelo Tribunal de origem ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, previsto no artigo 515 do CPC, conforme manifestado pelo Min. Cesar Asfor Rocha no julgamento do Resp 541.153/RS:

> "não se tratando de questões relacionadas às condições da ação, as matérias que não foram objeto da apelação não podem ser examinadas pelo tribunal". Precedentes: Eresp 702.524/RS, Rel. para acórdão Min. Humberto Gomes de Barros; AgRg no REsp 976.237/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06.03.2008, *DJe* 17.03.2008; REsp 1042903/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 03.06.2008, *DJe* 20.06.2008; AgRg no REsp 1028361/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.05.2008, *DJe* 16.06.2008.

Esse entendimento foi recentemente confirmado no julgamento do Resp n. 1.061.530 de 22.10.2008, afetado à Segunda Seção de acordo com o procedimento da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com ressalva de meu voto vencido, motivo pelo qual, inviável o conhecimento de ofício de eventuais abusividades do contrato entabulado entre as partes.

3. A limitação dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da comprovação do abuso, verificado caso a caso, o que não se caracteriza pelo simples fato de os juros serem pactuados em percentual superior a 12% ao ano. Nesse sentido: REsp 407.097, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, REsp 788.045, Relator Ministro Castro Filho e REsp 420.111, Relator Ministro Ari Pargendler.

4. Ademais, já é questão pacificada nesta Corte Superior de Justiça a não limitação dos juros remuneratórios imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), a teor do disposto na Súmula 596/STF, de forma que a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período, o que não ocorreu no caso dos autos.

No mesmo sentido, vale destacar os seguintes julgados desta Corte: AgRg no REsp 782.895/SC, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.06.2008, DJ de 01.07.2008; AgRg no Ag 951.090/DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 12.02.2008, DJ de 25.02.2008; AgRg no REsp 878.911/RS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 20.09.2007, DJ de 08.10.2007. Ademais, esse posicionamento foi confirmado no julgamento do Resp n. 1.061.530 de 22.10.2008, afetado à Segunda Seção de acordo com o procedimento da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08), sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

5. Por fim, observo que nem mesmo pela alínea "c" do permissivo constitucional merece reparos a decisão, porquanto para a análise da admissibilidade do recurso especial fundado na requerida alínea, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). Nesse sentido, confira-se o AgRg no Ag 1053014/RN, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07.08.2008, *DJe* 15.09.2008.

A não realização do necessário cotejo analítico, bem como a não apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, como é o caso dos autos. Desse modo, ausentes fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada, sua manutenção é de rigor.

6. O recurso mostra-se manifestamente infundado, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC.

7. Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental, aplicando multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia.

É como voto.

B

STJ, 2ª Seção, EREsp. 702.524/RS, Rel. p/acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, ac. 08.03.2006, *DJU* 09.10.2006, p. 256

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 702.524 – RS (2005/0068854-4)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

R.p/acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros

Embargante: Banco Santander Meridional S/A

Advogado: Isabela Braga Pompílio e outros

Embargado: José Heraldo Hass

Advogado: Maria Beatriz de Lemos Pinto Paiva e outro

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO DE OFÍCIO DO CONTRATO, PARA ANULAR AS CLÁUSULAS ABUSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA 2ª SEÇÃO.

– Não é lícito ao STJ rever de ofício o contrato, para anular cláusulas consideradas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, que conhecia dos embargos de divergência e lhes negava provimento, e o voto do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros que conhecia dos embargos de divergência e lhes dava provimento, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e, por maioria, lhes dar provimento. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Votaram vencidos a Sra. Ministra Relatora e o Sr. Ministro Castro Filho. Votaram com o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 08 de março de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

Relator

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Trata-se de Embargos de Divergência interpostos por Banco Santander Meridional S/A, visando a reforma de acórdão proferido em agravo regimental, contra decisão monocrática que deu parcial provimento a Recurso Especial. A questão discutida diz respeito, exclusivamente, à possibilidade de o Tribunal reformar, de ofício, sem a interposição de apelação por parte do consumidor, sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível de Porto Alegre, reconhecendo a nulidade de cláusulas consideradas abusivas inseridas em contrato que regula relação de consumo.

A decisão recorrida orientou-se no sentido da possibilidade da revisão de ofício, em virtude de referida nulidade ser expressamente reputada absoluta pelo art. 51, inciso IV, do CDC. A recorrente, por sua vez, alega que a nulidade absoluta somente pode ser reconhecida de ofício em questões de natureza processual, não em questões de natureza material.

Ação: de revisão contratual, pelo rito ordinário e com pedido de antecipação de tutela, liminar e repetição de indébito.

Sentença: julgou parcialmente procedente a demanda, para o fim de limitar os juros cobrados pela instituição financeira em 12% ao ano e para determinar a exclusão do nome do consumidor dos cadastros de proteção ao crédito.

Acórdão: Reformou a sentença em favor do consumidor independentemente de apelação interposta por este, sob o fundamento de que a controvérsia envolvia matéria de ordem pública. A limitação aos juros foi mantida em 12% ao ano. Além disso, foi vedada a capitalização; adotado o IGP-M como indexador; decretada mora *solvendi* pela cobrança de parcelas abusivas; eliminada a cobrança de qualquer encargo moratório, pela instituição financeira; determinada a restituição de valores eventualmente pagos a mais pelo consumidor; determinada a compensação entre os valores pagos a mais e eventual saldo devedor.

Recurso Especial: parcialmente provido por decisão monocrática do Ministro Fernando Gonçalves, para o fim de: (a) afastar a limitação de 12% ao ano para a incidência dos juros remuneratórios; (b) afastar a capitalização dos juros, porquanto não prequestionado o art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36; (c) autorizar a cobrança de comissão de permanência apenas após o inadimplemento, com base na taxa média de juros do mercado, apurada pelo Banco Central, tendo como limite a taxa do contrato; (d) confirmar o acórdão recorrido quanto à exclusão do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito e autorizar a repetição de indébito.

Agravo regimental: interposto visando a modificação do julgado no que diz respeito ao reconhecimento de ofício da abusividade das cláusulas, que representaria *reformatio in pejus* e enfatizando a existência de prequestionamento a respeito do art. 5º, da Medida Provisória nº 2.170-36.

Acórdão: negou provimento ao agravo regimental. Com relação à alegação de *reformatio in pejus*, sustentou-se que é entendimento pacífico desta Corte o de que as nulidades fixadas pelo art. 51, IV, do CDC, podem ser reconhecidas de ofício. Com relação à capitalização mensal dos juros, foi reconhecido o prequestionamento da matéria, mas a capitalização não foi autorizada porquanto não foi possível estabelecer a data de assinatura do contrato, já que o recorrente, por desídia, o havia extraviado.

Embargos de Divergência: interpostos unicamente para a pacificação da jurisprudência desta Corte acerca da possibilidade de reconhecimento de ofício das nulidades reguladas pelo art. 51, IV, do CDC, e da ocorrência de ofensa ao art. 515 do Código de Processo Civil.

É o relatório. Decido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator): Após alguma controvérsia inicial a respeito da possibilidade de um

Tribunal rever, de ofício, em recurso de apelação, cláusulas consideradas abusivas inseridas em contrato que regule relação de consumo, a 2ª Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial nº 541.153/SP, Relator Min. Cesar Asfor Rocha,

pacificou o entendimento das Turmas de Direito Privado acerca do tema, por acórdão assim ementado:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DESCARACTERIZAÇÃO. EXAME DE OFÍCIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL.
>
> – Descaracterização do contrato. Incidência do verbete nº 293 da Súmula/STJ.
>
> – Exame de ofício de cláusulas contratuais pelo Tribunal de origem. Impossibilidade, por ofensa ao art. 515 do CPC. Princípio do *tantum devolutum quantum appelatum*. Precedentes.
>
> – Não estando as instituições financeiras sujeitas à limitação da Lei de Usura, a abusividade da pactuação dos juros remuneratórios deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária do período (REsps nºs 271.214/RS, 407.097/RS e 420.111/RS)
>
> – Capitalização mensal. Inadmissibilidade na hipótese.
>
> – Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido."

Após o julgamento desse recurso, a 2ª Seção entendeu por bem não admitir que, sem a interposição de recurso por parte do consumidor, o Tribunal modifique em seu favor o comando contido na sentença. Essa conclusão se extrai do seguinte trecho do referido julgado:

> "Relativamente ao exame de ofício, conquanto existam decisões favoráveis a que o Julgador examine cláusulas contratuais em relação às quais não tenha havido insurgência, por aplicação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, tenho que o entendimento que deve prevalecer é o já assentado na egrégia Terceira Turma. Assim, não se tratando de questões relacionadas às condições da ação, as matérias que não foram objeto da apelação não podem ser examinadas pelo Tribunal. Nesse sentido foram julgados os REsps 258.426-RS (DJ 20.08.2001) e 726.517-RS (DJ 31.03.2005), ambos da relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o REsp 726.141-RS, relator o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 29.03.2005 e o REsp 248.155-SP, relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.08.2000. No caso, ao julgar de ofício os encargos do contrato, inclusive no que se refere à comissão de permanência, a egrégia Câmara violou o art. 515 do CPC."

No processo sub judice, o Juízo da 3ª Vara Cível de Porto Alegre/RS julgou parcialmente procedente a ação revisional proposta pelo consumidor, para o fim de:

> (a) limitar os juros cobrados em contrato bancário ao patamar de 12% (doze por cento) ao ano;
>
> (b) determinar à instituição financeira que se abstivesse de inscrever o nome do consumidor em qualquer cadastro restritivo de créditos. Satisfeito, o consumidor não

recorreu da sentença. A instituição financeira, por seu turno, interpôs apelação. No acórdão, o Tribunal manteve parcialmente a sentença favorável ao consumidor e reconheceu, de ofício, as seguintes nulidades no contrato *sub judice*:

(a) vedação da capitalização mensal dos juros, admitida a anual por tratar-se de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente;

(b) correção monetária pelo IGP-M;

(c) reconhecimento da inexistência de mora, afastando-se os encargos dela decorrentes;

(d) admissão da compensação de encargos pagos a maior, possibilitando-se a restituição simples dos valores ineficazmente prestados.

A decisão unipessoal proferida pelo Min. Fernando Gonçalves (fls. 350/351), posteriormente confirmada pelo acórdão de fls. 368/370 (ambos anteriores à supra mencionada pacificação do entendimento da 2ª Seção), considerou perfeitamente possível que o Tribunal modificasse, de ofício, contrato bancário em favor do consumidor, e reformou o aresto recorrido unicamente para que fosse afastada a limitação dos juros em 12% ao ano. De resto, o acórdão foi integralmente mantido, de forma que o consumidor continuou beneficiado com o decidido na sentença e, ainda, com a nulidade das seguintes disposições contratuais:

(a) afastamento da capitalização mensal dos juros;

(c) reconhecimento de que a comissão de permanência é devida exclusivamente para o período de inadimplência, ressaltando ser ela inacumulável com correção monetária ou com juros remuneratórios, tendo como limite máximo a taxa do contrato;

(d) reconhecimento da inexistência de mora;

(e) possibilidade de repetição de valores pagos a mais; (f) pretensão à exclusão do nome do autor dos cadastros de inadimplência.

Importante frisar que todos esses direitos reconhecidos ao consumidor recorrido são pacificamente adotados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O resultado final do julgamento nada mais fez do que conceder ao recorrido os benefícios que são reconhecidos a todos os consumidores em situação equivalente, que buscam tutela pelo Judiciário.

Ora, em face disto, uma reflexão se impõe. Se nós aplicássemos com rigor o entendimento pacificado que prevaleceu no acórdão que julgou o Recurso Especial nº 541.153/RS, todas as disposições de ofício feitas pelo Tribunal teriam de ser decotadas e, além disso, a significativa vitória que o consumidor obteve em primeira instância, relativa à limitação dos juros, também teria de ser revista.

O resultado final seria que, mesmo sendo titular de todos os direitos que lhe foram reconhecidos pelo Tribunal, o consumidor sairia desta demanda unicamente com a garantia de que seu nome não seria inscrito em cadastros de inadimplência. Em todas as demais pretensões o consumidor seria derrotado, não obstante seja pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que lhe assiste razão em todas elas.

Essa situação é paradoxal e não pode prevalecer. E o principal motivo é o de que o entendimento pacificado pela 2ª Seção por ocasião do julgamento no REsp nº 541.153/RS é conflitante com o entendimento, também pacificado, da mesma 2ª Seção, em uma outra questão de todo equivalente a esta. Trata-se da possibilidade de o juiz, diante de um contrato que regule relação jurídica de consumo, reconhecer de ofício sua incompetência relativa.

É de conhecimento geral que a cláusula de eleição de foro introduzida em contrato fixa competência relativa (territorial) do juízo eleito. Assim, a regras processuais dos arts. 112 e 113 do CPC, rigidamente interpretadas, apontam no sentido de que, nas hipóteses de propositura de demanda perante juízo diferente daquele estabelecido no contrato, este somente pode declinar de sua competência mediante a provocação da parte interessada. Essa matéria, inclusive, está pacificada em torno da Súmula nº 33 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Pois bem. Não obstante esse entendimento, ao analisar contratos que regulam relações de consumo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por se pacificar no sentido de mitigar essa regra. Com efeito, quando uma demanda de consumo é submetida ao juiz cuja competência foi estabelecida por contrato de adesão, se este entender abusiva a cláusula poderá, de ofício, reconhecer sua incompetência relativa. Esse entendimento está fundamentado justamente no fato de que as cláusulas abusivas são reputadas nulas de pleno direito pelo CDC.

Não são poucos os julgados do STJ que acolhem essa interpretação.

Somente no âmbito da 2ª Seção, podem-se citar os Conflitos de Competência nºs 21.540/MS e 19.301/MG (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 24/8/98 e 11/11/98, respectivamente); 22.252/MG (Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 5/10/98); 18.530/MG e 18.652/GO (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 15/3/99 e 13/5/98, respectivamente); 20.969/MF (Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 11/11/98); 21.331/MG (Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 3/5/99); 26.354/RJ (Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 25/8/99); e 48.097/RJ (Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 4/5/2003), este último ementado da seguinte forma:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO
>
> FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES.
>
> 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio de facilitação da defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. [...]

Pois bem. Se o Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, considerou possível o reconhecimento, de ofício, da nulidade da cláusula de eleição de foro com base em sua abusividade, uma pergunta se impõe: Por que assumir postura diversa com relação a todas as demais cláusulas abusivas que possam vir a ser inseridas nessa modalidade de contratos? Não há sentido em se adotar posicionamentos diametralmente opostos diante de questões de tal forma similares.

O entendimento que deve prevalecer é o de que não há limite para o reconhecimento, pelo juiz ou pelo Tribunal, de uma nulidade absoluta. O microssistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor não pode ser desvinculado dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente o Código Civil. Ao contrário, o que deve haver é a integração entre esses sistemas. Conforme bem observado por Cláudia Lima Marques, "o CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o art. 7º", de forma que o Código Civil de 2002 "servirá de base conceitual nova para o microssistema específico do CDC, naquilo que couber." Essa base conceitual representada pelo Código Civil deve ser integrada com o CDC de forma que complete os conceitos postos de maneira aberta nesse diploma legal. Assim, conforme sustenta, ainda, Cláudia Lima Marques, "o que é abuso de direito, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no microssistema terão sua definição atualizada pelo NCC/2002" ("Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas", in Revista de Direito do Consumidor, nº 45, págs. 71 a 99, esp. pág. 92).

Nessa linha de raciocínio, vê-se que as nulidades estabelecidas pelo CDC são aquelas mesmas tratadas pelo art. 166, VII, do CC/02, que reputa "nulo o negócio jurídico" quando "a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção". Trata-se de regra semelhante à do art. 145, V, do CC/16. Ora, estando as nulidades do CDC incluídas entre as fixadas no art. 166, VII, do CC/02, inevitavelmente a elas também será aplicável o que dispõe o art. 168 e respectivo parágrafo único do mesmo CC/02, que determinam que "as nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir", e que "devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes".

Vale dizer: ainda que essas hipóteses não estejam abrangidas pelo art. 267, § 3º, ou 301, § 1º, do CPC, elas podem e devem ser conhecidas de ofício pelo Tribunal por força do que dispõe o art. 168, parágrafo único, do CC/02. Aliás, é importante notar que mesmo o reconhecimento de ofício da decadência, que é pacificamente aceito, não decorre, diretamente, da norma processual, mas do art. 210 do CC/02, ou do art. 162 do CC/1916.

Com base nesses fundamentos, portanto, proponho a imediata revisão do entendimento acerca da possibilidade de o Tribunal dispor, de ofício, acerca de cláusulas reputadas nulas de pleno direito pelo Código de Defesa do Consumidor. Não proceder dessa forma levaria a uma situação completamente indesejada, tanto neste processo, como em muitos outros equivalentes a este. Estamos, nunca é demais lembrar, falando de direitos cujo reconhecimento é completamente pacífico no Superior Tribunal de Justiça.

Forte em tais razões, conheço dos embargos de divergência e nego-lhes provimento, de forma que fique mantida a decisão que julgou regular a revisão, de ofício, pelo Tribunal *a quo*, de cláusulas consideradas abusivas no contrato *sub judice*.

VOTO-VISTA VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: Ao que se extrai do relatório da ilustre Ministra Nancy Andrighi, trata-se de "Embargos de Divergência interpostos por Banco Santander Meridional S/A, visando a reforma de acórdão proferido em agravo regimental, contra decisão monocrática que deu parcial provimento a Recurso Especial. A questão discutida diz respeito, exclusivamente, à possibilidade de o Tribunal reformar, de ofício, sem a interposição de apelação por parte do consumidor, sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível de Porto Alegre, reconhecendo a nulidade de cláusulas consideradas abusivas inseridas em contrato que regula relação de consumo.

A decisão recorrida orientou-se no sentido da possibilidade da revisão de ofício, em virtude de referida nulidade ser expressamente reputada absoluta pelo art. 51, inciso IV, do CDC. A recorrente, por sua vez, alega que a nulidade absoluta somente pode ser reconhecida de ofício em questões de natureza processual, não em questões de natureza material."

Com os presentes embargos de divergência, pretende-se a uniformização do entendimento no âmbito das turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, no que tange à possibilidade de revisão, de ofício, de cláusulas consideradas abusivas, à luz do Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, IV).

A questão que ora se reaprecia no âmbito da Segunda Seção desta Corte, não obstante a decisão proferida no Recurso Especial nº 541.153/SP, Rel. Min. César Asfor Rocha, ocorrido no dia 08 de junho pretérito, como bem anota o voto condutor da eminente ministra relatora, realmente sugere, ao que parece, novo exame por parte deste Órgão fracionário, em vista de apresentar contornos especiais quando cotejada com o conjunto da jurisprudência construída pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Com razão a insigne relatora, ao alertar que, a prevalecer o entendimento esposado no aludido julgamento, firmado naquela oportunidade com base em jurisprudência até então minoritária, e com citações de decisões unipessoais, em que

pese o brilhantismo e a erudição de seus relatores, estar-se-ia estabelecendo uma situação de incoerência exegética com todo acervo jurisprudencial e doutrinário existente sobre a natureza jurídica do Código consumerista. Primeiro, porque o retro-referido entendimento estaria retirando do Código seu aspecto jurídico mais sublime: a essência principiológica, que o caracteriza como instrumento peculiar de índole pública. Depois, porque estabeleceria uma situação de instabilidade interpretativa no âmbito da jurisprudência desta Corte, posto que, em outras situações, como naquela citada no voto condutor, referente à cláusula de eleição de foro, o pensamento aqui desenvolvido ruma em sentido diametralmente oposto: o de permitir a alteração do foro eleito, de ofício, quando tal cláusula se apresentar abusiva, e nula de pleno direito, por dificultar a defesa do consumidor.

Nesse particular, não se diga que o direito de defesa processual se sobressai em relação aos demais direitos do consumidor, porque a Constituição consagrou a defesa do consumidor como direito fundamental, em todos os seus aspectos, e não apenas no que tange a questões procedimentais (artigos 5º, inciso XXXII, e 170, V).

Por essa razão, deve o consumidor receber dos poderes constituídos tratamento de resguardo, de proteção, fundado numa política interventiva do Estado. É o que se pode extrair da sensível mudança trazida pela nova ordem constitucional, a qual, superando a visão de proteção exacerbada ao indivíduo, homenageou a tutela dos direitos coletivos e sociais.

Não é outro o sentido do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor quando, ao descrever a "Política Nacional de Relações de Consumo", aponta, como objetivo, o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os princípios ali elencados:

> "I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
>
> II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direita; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança durabilidade e desempenho;
>
> III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170. da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
>
> IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
>
> V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

> VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
>
> VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;
>
> VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo." (Grifos nossos).

Além disso, o Código consagra, como direito básico do consumidor, o "acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos" [...], bem como "a facilitação da defesa dos seus direitos" [...], consoante dispõe o seu artigo 6º, nos incisos VII e VIII.

Diante desse prisma, em razão do interesse social consagrado constitucionalmente, o Código de Defesa do Consumidor foi dotado pelo legislador de princípios de índole peculiar e de natureza pública, tais como o da dimensão coletiva da relação de consumo, o da transparência, o da equidade, o da justiça real, o da repressão eficiente, além de realçar o poder da intervenção estatal. São princípios que mitigam ou até mesmo afastam certos preceitos do Processo Civil ou de outros ramos do direito, para, em consonância com os novos valores jurídicos introduzidos pelo constituinte, buscar o estabelecimento de um efetivo equilíbrio nas relações de consumo, munindo o consumidor, parte mais vulnerável nessas relações, de instrumentos apropriados à concretização da justiça individual e coletiva.

Com efeito, tais princípios não podem ser renegados por interesse e a critério das partes; ao contrário, devem ser preservados independentemente da atividade ou da inércia dos polos da relação de consumo. Por isso, ainda que as partes não tenham solicitado, deve o julgador intervir, de forma a equilibrar, a ajustar, a corrigir a contratação, posto que o fim último visado é a harmonização das relações de consumo em sua dimensão coletiva, social, não individual.

Verifica-se, nessa mesma diretriz, uma evolução paralela do Código Civil, o qual, também, por reconhecer um interesse social emergente, impõe limites às partes, enfatizando a função social do contrato, ao mesmo tempo em que prestigia os princípios da probidade e da boa-fé.

É de se concluir, portanto, que o espírito normativo que orienta o diploma consumerista ultrapassa os meros preceitos de proteção ao consumidor, cuja defesa foi elevada pelo legislador constituinte à condição de direito fundamental (insculpido no artigo 5º, inciso XXXII). Emerge daí, da própria Constituição, a característica principiológica do Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, a sua sina transformadora e conformadora de uma nova realidade social. E essa essência cogente que dele emana, mais até que simples homenagem à justiça social, exsurge como imperativo ao equilíbrio das relações de consumo em face do poder econômico, fazendo debilitar, em prol do interesse social, o princípio processual dispositivo.

Com essas considerações, acompanho o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi e nego provimento aos embargos de divergência.

Ministro CASTRO FILHO

VOTO VISTA – VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Este recurso trata de conhecida questão: em relação de consumo, é ou não possível reconhecer de ofício as cláusulas abusivas do contrato?

A 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 368/372, autorizou a revisão, de ofício, das "cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no art. 51, IV, do CDC".

O banco embargante demonstrou a divergência de tal entendimento com precedentes da 3ª Turma (REsp 537.699, REsp 248.789 e REsp 258.426, todos relatados pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito), nos quais se proclamou que 'a extensão do princípio devolutivo se mede através da impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino *tantum devolutum quantum apellatum*'.

No julgamento do REsp 541.153/ASFOR, ocorrido em 08.06.2005, a 2ª Seção decidiu que 'não se tratando de questões relacionadas às condições da ação, as matérias que não foram objeto da apelação não podem ser examinadas pelo Tribunal'.

Evidentemente, o acórdão embargado contraria o entendimento consagrado na 2ª Seção, ao qual me incorporo.

Pedindo vênia à Ministra Nancy Andrighi, Relatora, conheço dos embargos de divergência e lhes dou provimento, para afastar as disposições de ofício existentes no acórdão da apelação".

VOTO VISTA

EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento nos termos do voto proferido no Recurso Especial n. 541.153/RS.

Capítulo III

CONTRATOS BANCÁRIOS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS. REVISÃO JUDICIAL. JUROS COMPENSATÓRIOS E JUROS MORATÓRIOS

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INAPLICABILIDADE DO ART. 53 DO CDC

STJ, AgRg no Ag. n.º 932.750/SP, Decisão Monocrática do Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, ac. 10.12.2007, *DJe* 08.02.2008

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 932.750/SP

Agravante: Hernandez Construtora e Incorporadora Ltda

Advogado: Olivar Lorena Vitale Junior e Outro(S)

Agravado: Wagner Uchoa e Outro

Advogado: Carlos Alberto de Santana e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental em agravo de instrumento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Alegada violação do art. 53, do CDC. Restituição dos valores pagos. Prevalência das regras contidas no art. 27, §§ 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.514/97. Decisão reconsiderada. Agravo de instrumento improvido.

DECISÃO

Visto.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por WAGNER UCHOA E OUTRO, contra decisão monocrática proferida por esta relatoria, que deu parcial provimento a recurso especial, para que fosse restituído o valor das parcelas pagas, com possibilidade de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) do montante adimplido pelo agravado.

Restou o decisum assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 53, DO CDC. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. RETENÇÃO DE 25% DO VALOR PELA CONSTRUTORA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO".

Sustenta a agravante que "a alienação fiduciária de bem imóvel nada mais é que uma garantia por meio da propriedade resolúvel, que nos termos legais é executada extrajudicialmente no caso de inadimplemento"; alega, ainda, com espeque na norma de regência da matéria (art. 26 da Lei nº 9.514/97), 'que vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, e constituído em mora o fiduciante, consolida-se a propriedade do imóvel em nome do fiduciário'. Pugna, ao final, pela reconsideração da r. decisão ou, assim não seja, para que se submeta o presente regimental ao julgamento do respectivo Órgão Colegiado.

É o breve relatório. Decido.

2. Consignou-se na decisão ora combatida:

"1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto por WAGNER UCHOA E OUTRO contra decisão que não admitiu recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

'BEM IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PLEITO DE RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A leitura atenta do art. 27, §§ 4º e 5º, da Lei 9.514, de 20/11/1997, conduz à ilação de que é incabível pretensão à restituição das parcelas pagas, pois tal procedimento só ocorre após a venda do bem, ocasião em se aplica o preço no pagamento do crédito e das despesas, sendo devolvido apenas o saldo remanescente, se houver.' (fls. 77).

O agravante, nas razões do recurso especial, aduz violação do art. 53 da Lei nº 8.078/90, pleiteando a devolução da quantia paga em razão da celebração do contrato de compra e venda firmado entre as partes.

É o breve relatório.

Decido.

2. De início, merece prosperar o inconformismo do agravante com relação a violação do art. 53 do CDC no sentido de reaver parte das quantias pagas em quitação do negócio jurídico contratado. Neste sentido, dispõe o art. 53, do CDC *'nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em*

razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Objetiva a norma, ao declarar a nulidade da chamada cláusula de decaimento, evitar o enriquecimento ilícito da construtora ou incorporadora, que, caso contrário, se locupletaria em prejuízo do comprador-consumidor, visto que ocorreria a perda dos valores já pagos na compra do imóvel.

Nesse mesmo sentido, as precisas lições de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem: '[...] A análise de abusividade de tal tipo de cláusula é feita tanto frente ao direito tradicional e suas noções de abuso de direito e enriquecimento ilícito, quanto frente ao direito atual, posterior à entrada em vigor do CDC, tendo em vista a natureza especial dos contratos perante os consumidores e a imposição de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição da vantagem excessiva nos contratos de consumo (art. 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no art. 53 do CDC' (in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais. São Paulo: Ed. RT, 2003, página 702). 3. No tocante ao percentual a ser retido pelo promitente vendedor, esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a restituição das parcelas devidas por oportunidade da rescisão dos contratos de promessa de compra e venda não deve ser integral, cumprindo o abatimento dos gastos havidos pela incorporadora com o empreendimento. Em reiterados precedentes, considerando as despesas gerais do empreendimento, tem-se admitido a retenção de 25% dos valores pagos a fim de evitar o enriquecimento sem causa do promitente-comprador. Nesse sentido: EREsp nº 59.870/SP, Segunda Seção, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 9/12/02, REsp nº 276.011/RJ, Terceira Turma, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 8/8/02 e REsp nº 508.053/MG, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 15/3/04.

Ainda neste sentido, no EREsp nº 59.870/SP, foi definido como razoável, para o ressarcimento às despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos etc., recolocação no mercado etc., alusivas à unidade residencial em comento, um percentual de retenção, em favor da vendedora, da ordem de 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas pelo comprador (cf. voto do Min. Barros Monteiro).

Está claro que a disposição normativa acima referida deverá proporcionar às partes envolvidas no negócio entabulado o retorno ao *status quo ante*, abatidas, é claro, eventuais despesas ocorridas por força da própria avença. Outro, aliás, não tem sido o entendimento desta Corte Superior:

> "RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CESSÃO POSTERIOR DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES A TERCEIRO. DESISTÊNCIA. AÇÃO PRETENDENDO A RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO DE 25% EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. ARTS. 51, II, E 53 DO CDC. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Falta condição de admissibilidade ao recurso, quanto à alegada divergência jurisprudencial, porquanto ausente o necessário cotejo analítico entre os acór-

> dãos tidos como confrontantes, segundo exigência contida no parágrafo único do artigo 541 do CPC e no § 2º do artigo 255 do RISTJ. 2. 'I. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 09.12.2002, p. 281). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado para 25%. Precedentes do STJ." (REsp 332.947/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 11/12/2006). 2. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, parcialmente provido.' (REsp 397821/SP; Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA; DJ 08.10.2007);
>
> 'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. EFEITOS INFRINGENTES. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO JUDICIAL. RETENÇÃO DE 25% DAS PARCELAS PAGAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EREsp n. 59.870/SP, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU* de 09.12.2002). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção que se eleva a 25%, para compatibilizá-lo com a orientação jurisprudencial mais recente do STJ, a fim de melhor ressarcir as despesas administrativas e operacionais da empresa vendedora. III. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, improvido este.' (AgRg no Ag 650401/MG; Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR; DJ 01.07.2005).

3. Do exposto, com fulcro no artigo 34, VII, do RISTJ, conheço do agravo de instrumento e dou parcial provimento ao recurso especial, para que seja restituído o valor das parcelas pagas, com retenção de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das parcelas pagas pelo agravado".

3. Em verdade, a situação fática dos autos discrepa daquela em que firmado o entendimento desta Corte Superior, conforme julgados colacionados; trata-se, *in casu*, de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e não de simples promessa de compra e venda.

É certo que o regramento específico da matéria (Lei nº 9.514/1997) passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro sob intensa crítica doutrinária, capitaneada, em parte, por Cláuda Lima Marques, a partir de uma leitura comparativa da novel legislação com o Código de Defesa do Consumidor:

> "Incluídos no campo de aplicação do CDC estão também os contratos concluídos no novo sistema financeira imobiliário, criado pela Lei 9.514, de 20.11.1997, que institui

uma alienação fiduciária de bem imóvel. Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel), pois a possibilidade de alienação fiduciária da 'sonhada casa própria' beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (banco e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, banco e financiadores diretos do negócio com o consumidor), como o credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico da alienação fiduciária, que permite a retomada do bem imóvel, com despejo do consumidor e sua família, se o devedor estiver constituído em mora, e posterior venda em leilão" (in Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, página 445).

Nada obstante a postura combativa, reconhece, todavia, a autora a prevalência da normação especial posterior, sobre as regras da Lei Consumerista, quando incompatíveis entre si, resultando, pois, no afastamento dessas regras gerais e incidência da legislação de regência específica do negócio jurídico:

"[...]

Se os casos de incompatibilidade são poucos, há neles, porém, clara prevalência da lei especial nova pelos critérios da especialidade e cronologia. Somente o critério hierárquico pode 'proteger' o texto 'geral' anterior incompatível. Assim, o CDC, como lei geral de proteção dos consumidores, poderia ser afastado para a aplicação de uma lei nova especial para aquele contrato ou relação contratual, como se dá no caso da lei sobre seguro-saúde, se houver incompatibilidade de preceitos.

O exame da incompatibilidade deve ser, portanto, o ponto central da análise. Sendo assim, quanto mais específica for a norma do CDC e mais específica for a norma 'contrária' da lei nova, maior a probabilidade de incompatibilidade,e, então, é de ser afastada a aplicação do CDC para aplicar-se a lei nova" (idem, páginas 632/633).

4. Tratando, especificamente, da alienação fiduciária de bens imóveis, tal como regrada pela Lei nº 9.514/97, Melhim Namen Chalhub opina, igualmente, pela sua prevalência sobre o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor, naquilo que diz respeito às consequências do inadimplemento do devedor, sustentando, inclusive, a inexistência de compatibilidade material entre as normas em referência:

"[...]

Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por

empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 de adequa perfeitamente" (in Negócio Fiduciário. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, página 335).

Observa-se, por conseguinte, que a solução da controvérsia, seja ela buscada no âmbito do conflito de normas, seja pela ótica da inexistência de conflitos entre os dispositivos normativos em questão, leva à prevalência da norma específica de regência da alienação fiduciária de bens imóveis, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das prestações adimplidas, por força dos §§ 4º, 5º e 6º, do art. 27, da Lei nº 9.514/97, *verbis*:

"Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. [...]

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio".

5. Dessarte, forte nas lições acima reproduzidas, RECONSIDERO a anterior decisão, para, nos termos do artigo 34, VII, do RISTJ, NEGAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DÉBITO EM CONTA CORRENTE. INTERESSE DE AGIR DO CORRENTISTA

STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 423.647/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 24.06.2014, *DJe* 01.08.2014

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 423.647/PR

Agravante: Confecções Santo Augusto Ltda

Advogados: Jair Antônio Wiebelling e Outro(S) Júlio Cesar Dalmolin e Outro(S)

Agravado: Banco Santander Brasil S/A

Advogados: Alexandre Pontes Batista e Outro(S) Reinaldo Mirico Aronis

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. JUROS REMUNERATÓRIOS, CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS, COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato bancário, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta-corrente, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, "soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados."

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (juros remuneratórios, capitalização dos juros e comissão de permanência), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao

qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília/DF, 24 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Confecções Santo Augusto Ltda interpõe agravo regimental em face da decisão de fls. 261/265, que conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial da instituição financeira para declarar a carência de ação.

A agravante sustenta, em síntese, que "na primeira fase da ação de prestação de contas, não é necessária detalhada descrição dos fatos, apenas deverá conter algumas informações, como dados da conta e período a que necessita da referida prestação, fato que ocorreu no caso" (fl. 272).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): O recurso não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão agravada por seus jurídicos fundamentos, os quais são aqui adotados como razão de decidir (fls. 261/265):

> Trata-se de agravo manifestado pelo Banco Santander Brasil S/A contra decisão que negou seguimento a recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, em face de acórdão retratado na seguinte ementa (fl. 190):
>
> > APELAÇÃO CÍVEL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. SENTENÇA PROCEDENTE. APELO DO AUTOR. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. APELO DO RÉU. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. ENVIO MENSAL DE EXTRATOS QUE NÃO EXIME A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE PRESTAR CONTAS NA FORMA DA LEI. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Sustenta o agravante a violação dos arts. 26, II, do CDC e 267, IV, do CPC, além de dissídio jurisprudencial, sob o fundamento de que falta interesse de agir à parte recorrida para ajuizar a ação de prestação de contas.

Assim delimitada a controvérsia, passo a decidir.

Inicialmente, registro que é certo que a "ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária" (Súmula 259).

Há, pois, consenso de que o titular de conta-corrente bancária tem legitimidade ativa e interesse processual para exigir contas da instituição bancária. Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual limite de crédito aberto em favor do correntista), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta-corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

Também não é objeto de discussão que a entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente a respeito dos quais tem dúvida o consumidor.

No caso em exame, sugere a autora, na inicial, a eventual ilegalidade de encargos cobrados, tais como, juros remuneratórios, comissão de permanência e capitalização. Não delimita um período da relação contratual durante o qual teria havido lançamentos não esclarecidos, duvidosos, indevidos ou ilegais. Pede a prestação de contas desde a data de sua abertura até os dias atuais.

A genérica inicial poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente da mesma instituição financeira, bastando a mudança do nome do correntista e do número da conta-corrente.

A Súmula 259 pacificou a divergência de entendimento a propósito do cabimento, ou não, de ação de prestação de contas quando o banco já as apresenta extrajudicialmente, mediante o envio de extratos claros, suficientes à compreensão de todos os lançamentos efetuados. Não se cogitava, nos primeiros precedentes da Súmula 259, de iniciais vagas, genéricas, sem especificação dos lançamentos duvidosos ou sequer do período em que ocorreram os débitos acerca dos quais se busca esclarecimento.

É certo que a jurisprudência evoluiu a ponto de, atualmente, diversos precedentes admitirem a ação de prestação de contas genérica, sem necessidade de menção aos lançamentos duvidosos ou sequer de especificação de período em que ocorreram, bastando a menção do número da conta e a afirmação de que se busca prestação de contas desde a sua abertura até os dias atuais.

Este entendimento extensivo da Súmula 259, embora reiterado, não é unânime, como se verifica do seguinte julgado, ao qual adiro integralmente:

> "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA-CORRENTE.POSTULAÇÃO GENÉRICA NA INICIAL,

> SEM MAIOR EXPLICITAÇÃO DE MOTIVOS CONCRETOS AO EMBASAMENTO DA DEMANDA. EXORDIAL INDEFERIDA.
>
> I. Conquanto seja direito do cliente de entidade bancária obter a prestação de contas sobre os lançamentos efetuados em sua conta-corrente, independentemente do fornecimento de extratos pelo réu, imprescindível se faz concreta indicação e fundamentação, na inicial, das irregularidades detectadas, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito, na interpretação do Tribunal estadual sobre os fatos narrados, que não é possível rever em sede especial, ao teor da Súmula n. 7 do STJ.
>
> II. Recurso especial não conhecido."
>
> (4ª Turma, REsp 98.626/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, unânime, *DJU* de 23.8.2004)

A pretensão deduzida na inicial, voltada a aferir a legalidade de encargos cobrados (juros, capitalização, comissão de permanência e etc), deveria ter sido veiculada, portanto, por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual, se insuficientes os extratos, pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

A propósito, em razão da diversidade de ritos, a jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Segunda Seção reconhece a impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em sede de ação de prestação de contas. Nesse sentido, os seguintes julgados: 3ª Turma, AgRg no REsp 1.177.260/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, unânime, *DJe* de 7.5.2010: 4ª Turma, REsp 190.892/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, unânime, *DJU* de 21.8.2000; 4ª Turma, AgRg no REsp 739.700/RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, unânime, *DJU* de 22.10.2007; AgRg no Ag 1.094.287/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, unânime, *DJe* de 27.5.2010.

Nos termos específicos em que aqui discutida a matéria, a Quarta Turma firmou o seguinte entendimento:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, CAPITALIZAÇÃO, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.
>
> 2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que

podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato de conta-corrente do Banco do Brasil, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente, vinte anos antes do ajuizamento da ação. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, 'soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos já apresentados.'

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Recurso especial a que se nega provimento."

(Resp 1.150.089/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, unânime, *DJe* de 23.10.2012)

Em síntese, embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente (Súmula 259), independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

Em face do exposto, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial, para declarar a carência de ação. Condeno a recorrida nas custas e ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 700,00 (setecentos reais), ônus suspensos no caso de beneficiária da Justiça gratuita.

Publique-se. Intimem-se.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. ILEGALIDADE DO REPASSE AO CONSUMIDOR

STJ, 3ª T., REsp. 1.568.940/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 01.03.2016, *DJe* 07.03.2016

RECURSO ESPECIAL N.º 1.568.940
(2015/0264546-7-07/03/2016)

Recorrente: Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A
Advogados: Walter Jose Faiad de Moura João Joaquim Martinelli
Recorrido: Sindicato com Varejista Produtos Farmaceuticos Munir
Recorrido: Drogaria Cacula de Macae Ltda – Epp
Recorrido: Drogaria Economica de Macae Ltda – Epp
Recorrido: Drogaria La Fragrance Ltda – Epp
Recorrido: Drogaria Muridrogas do Icarai Ltda – Epp
Recorrido: Drogaria Real Campista Ltda. – Epp
Recorrido: Drogaria Real de Caxias Ltda – Epp
Recorrido: Farmacia Brasil Ltda
Recorrido: Drogaria Real de Macae Ltda
Advogados: Maud A. C. Vianna de Castro e Outro(S)
Paulo Roberto Ramos da Silva e Outro(S)
Interes.: Associacao Brasileira do Atacado Farmaceutico Abafarma
Advogado: Walter Jose Faiad de Moura e Outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AMICUS CURIAE. INGRESSO. DESCABIMENTO. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO (TEB). REPASSE. SACADO. VEDAÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 3.919/2010 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LIBERDADE DE CONTRATAR. LIMITES.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a participação do *amicus curiae* é prevista no ordenamento jurídico no processo e no julgamento de ações de natureza objetiva, admitindo-se excepcionalmente essa espécie de intervenção no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a generalização da decisão a ser proferida. Hipótese não configurada nos autos.

2. Ação de obrigação de não fazer objetivando a abstenção, por parte da fornecedora/atacadista, da cobrança ou do repasse ao varejista/comprador de despesa referente à taxa de emissão de boletos bancários ou similares.

3. O fato jurídico que enseja a cobrança de tarifa pela emissão de boleto bancário desencadeia uma série de relações jurídicas correlacionadas – entre o varejista/comprador e o fornecedor/distribuidor, quando da contratação de dado produto, e entre o fornecedor/distribuidor e o banco para fins de cobrança do valor pactuado na relação anterior – das quais são partícipes o comprador, o fornecedor e a instituição financeira.

4. Em regra, o meio de pagamento utilizado pelo comprador, ao adquirir junto ao fornecedor mercadorias do ramo farmacêutico, é o boleto bancário. Consequentemente, o fornecedor, que passa à condição de cedente do título, e a instituição financeira negociam o valor da tarifa pelo serviço de emissão do boleto, documento em que o comprador/varejista figura como sacado.

5. O art. 1º, § 2º, II, da Resolução nº 3.919/2010 do Conselho Monetário Nacional veda expressamente o repasse ao sacado do ônus pelo pagamento da despesa referente à tarifa de emissão de boleto bancário.

6. Tratando-se de matéria afeta ao sistema financeiro nacional, especialmente no que tange à atividade de intermediação financeira, a liberdade de contratar encontra limites que se operam em prol da higidez e da estabilidade de todo o sistema.

7. Recurso especial da PROFARMA não provido. Prejudicado o agravo regimental da ABAFARMA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial interposto por PROFARMA e julgar prejudicado o agravo regimental da ABAFARMA, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que os recorridos, SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JA-

NEIRO – SINCOFARMA/RJ E OUTROS, ajuizaram contra a ora recorrente ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela pugnando pela abstenção da cobrança ou pelo repasse de despesa referente à taxa de emissão de boletos bancários ou similares.

Os demandantes alegam, em síntese: i) que "durante anos vê-se a prática de cobrança de tarifa pela emissão desses boletos que é repassada às compradoras – drogarias e farmácias – que não possuem relação com o Banco que presta serviço para a distribuidora vendedora de medicamento" (fl. 510 e-STJ) e ii) "que a Resolução do BACEN de nº 3.693 de 26 de março de 2009 veda a cobrança de despesas de emissão de boletos, alterando assim, o art. 1º da Resolução nº 3.518 de 2007" (fl. 511 e-STJ).

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Asseverou que "não há qualquer óbice à cobrança da referida tarifa, eis que no momento da celebração do negócio jurídico a parte autora já tinha ciência dos custos e aceitou as condições de pagamento, não podendo se valer do Judiciário para tentar modificá-la unilateralmente, mesmo se tratando de relação de consumo" (fl. 513 e-STJ).

Irresignados, os demandantes interpuseram recurso de apelação, o qual foi provido para reconhecer que a tarifa de emissão de boleto deve ser arcada pela ré.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> "APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. REPASSE DA TARIFA QUESTIONADA ÀS DROGARIAS E FARMÁCIAS NA OCASIÃO EM QUE ELAS ADQUIREM MEDICAMENTOS FORNECIDOS PELA RÉ, ORA APELADA. RELAÇÃO DE DIREITO EMPRESARIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES, ORA APELANTES.
>
> 1. A demanda foi estabelecida entre fornecedora de medicamentos – ora Apelada – e sindicato que representa os interesses de farmácias e drogarias – ora Apelantes.
>
> 2. Discussão a respeito da legalidade da cobrança de tarifa de emissão de boleto incluída pela Ré, ora Apelada, nas faturas emitidas na compra de medicamentos.
>
> 3. Os medicamentos adquiridos pelos Autores, ora Apelantes, da Ré, ora Apelada, são insumos utilizados para revenda, sendo colocados à disposição do mercado para então serem, de fato, consumidos pelos clientes das diversas farmácias e drogarias do Município do Rio de Janeiro.
>
> 4. O E. STJ, em situações excepcionais, tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade (AgRg no REsp 1413889/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, *DJe* 02/05/2014), que pode ser técnica, jurídica ou econômica.
>
> 5. Vulnerabilidade não demonstrada pelos Autores, ora Apelantes.

6. Partes – de um lado entidade sindical representante de farmácias e drogarias do Município do Rio de Janeiro e do outro, fornecedora de medicamentos – que estão com paridade de armas.

7. Precedentes do E. STJ e desse E. TJERJ.

8. A questão deve ser analisada consoante as regras do direito empresarial.

9. Inteligência dos arts. 422, 489 e 490, todos do CC.

10. O repasse das tarifas de emissão de boletos interfere impositivamente no preço e atende aos interesses da ora Apelada e da instituição bancária, sem contrapartida comercial para os sacados – na hipótese, os associados da ora Apelante.

11. Não há contrato escrito entre as partes regulando a quem incumbe o pagamento do referido encargo, cabendo à Ré, ora Apelada, suportá-lo uma vez que ele é fruto de sua escolha.

12. Precedente desse E. TJERJ.

13. A Resolução nº 3.919/2010 do Banco Central – que revogou a Resolução nº 3.693/2009 – estabelece as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e proíbe o repasse da tarifa para os sacados – na hipótese presente os associados do Sindicato ora Apelante.

14. Sentença reformada.

RECURSO PROVIDO" (fls. 595-596 e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 635-637 e-STJ).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 273 e 535 do Código de Processo Civil (CPC) e 107, 187, 325, 330, 421 e 422 do Código Civil (CC).

Sustenta, inicialmente, que, "[...] diante da verossimilhança do direito alegado – representada pela alta probabilidade de êxito do Recurso Especial interposto, diante da teratologia do acórdão recorrido – bem como da existência de gravíssimo risco de dano irreparável ou de difícil reparação à Recorrente, necessário antecipar os efeitos da tutela recursal para que o Recurso Especial ora interposto seja processado no efeito suspensivo" (fl. 651 e-STJ).

Aduz também a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional, já que o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal.

No mérito, alega que:

(i) a escolha do boleto bancário para pagamento, feito pela recorrente, tem base na liberdade de contratar do direito empresarial;

(ii) independentemente da existência de contrato escrito, a manifestação de vontade dos recorridos no tocante às condições comerciais da recorrente é aceita no momento do pedido de compra, que se traduz na contratação entre as partes;

(iii) "não há violação ao princípio da boa-fé e de qualquer dever lateral dele decorrente em atribuir àquele que determina o aumento dos custos na distribuição dos medicamentos (ou seja, as próprias farmácias e drogarias que solicitam o boleto bancário) a responsabilidade por estes custos adicionais, inclusive porque assim entre eles contratado" (fls. 658-659 e-STJ);

(iv) "o Código Civil é claro ao defender que quando o próprio devedor solicita meio de pagamento que gera determinado custo, as despesas são obviamente incorridas por ele" (fl. 662 e-STJ);

(v) "[...] a conduta adotada pelos recorridos até a presente demanda foi responsável por legitimar a confiança depositada na relação mercantil, todavia, a absorção das tarifas dos boletos bancários pela Recorrente acarretaria incompatibilidade ao comportamento esperado, o que é vedado pelo princípio do '*venire contra factum proprium*', vez que a parte não pode exigir cumprimento de obrigação diferente da expectativa gerada pela sua conduta" (fl. 664 e-STJ), e

(vi) os recorridos não detêm legitimidade para defender os interesses dos consumidores de medicamentos.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 874-901 e-STJ), o recurso especial foi inadmitido na origem (fls. 915-920 e-STJ), mas por ter sido provido recurso de agravo, houve a conversão do feito e a devida reautuação.

Às fls. 1.157-1.189 (e-STJ), a Associação Brasileira do Atacado Farmacêutico – ABAFARMA – requereu o seu ingresso na lide na condição de amicus curiae, tendo o pedido sido indeferido conforme a decisão de fls. 1.191-1.192 (e-STJ).

Em 29/2/2016, a ABAFARMA interpôs agravo regimental (fls. 1.200-1.206 e-STJ) buscando a reconsideração da mencionada decisão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte estadual quando do julgamento dos embargos de declaração e b) se é abusivo o repasse realizado pelas fornecedoras/atacadistas aos compradores/varejistas das

despesas referentes à taxa de emissão de boleto bancário ou similares.

1. Do pedido de ingresso da ABAFARMA na condição de *amicus curiae*

Como consignado às fls. 1.191-1.192 (e-STJ), a participação do *amicus curiae* é prevista no ordenamento jurídico no processo e no julgamento de ações de natureza objetiva, admitindo-se excepcionalmente essa espécie de intervenção no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares demonstrar a

generalização da decisão a ser proferida. Nesse sentido: Leis nºs 9.868/99 (ADI e ADC), 9.882/99 (ADPF) e 10.259/2001 (RE contra decisão dos Juizados Especiais Federais) e o Código de Processo Civil em seus arts. 482 (incidente de inconstitucionalidade) e 543-C (recursos repetitivos).

No caso dos autos, o presente recurso não está submetido ao rito dos recursos repetitivos e não faz parte das hipóteses acima mencionadas: logo, na ausência de previsão legal, não se justifica incluir a Associação Brasileira do Atacado Farmacêutico – ABAFARMA – na condição de *amicus curiae*.

Sobre o tema:

> "AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DE *AMICUS CURIAE*. DESCABIMENTO.
>
> 1. Não estando o presente recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos e nem se incluindo na hipótese de multiplicidade de demandas similares a demonstrar a generalização da decisão, não há previsão legal para a inclusão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB na condição de *amicus curiae*, notadamente porquanto em discussão direito individual ao recebimento de verba advocatícia.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg na PET no AREsp 151.885/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 4/2/2013 – grifou-se).

> "PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE INGRESSO COMO ASSISTENTE SIMPLES E *AMICUS CURIAE*. OAB/PE E CFOAB. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO E PREVISÃO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. CONDENAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. ELEVADO VALOR DA CAUSA. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. CORRESPONDÊNCIA DA VERBA COM A RESPONSABILIDADE ASSUMIDA PELO PATRONO.
>
> 1. Por não serem a Ordem dos Advogados do Brasil Seccional de Pernambuco e o Conselho Federal da Ordem do Advogados do Brasil partes no presente processo, não demonstrado o interesse jurídico e diante da inexistência de previsão legal para o ingresso no feito como assistente simples e *amicus curiae*, respectivamente, indefiro os pedidos formulados, nos termos do art. 50 do Código de Processo Civil e art. 34, XVIII, do RI/STJ.
>
> 2. [...] (AgRg nos EDcl no REsp 1.307.229/PE, Relator o Ministro Humberto Martins, *DJe* de 7/3/2013).

Dessa forma, rejeitado o pedido, fica prejudicado o agravo regimental de fls. 1.200-1.206 (e-STJ)."

2. Do efeito suspensivo ao recurso especial

No que tange à concessão de efeito suspensivo, cumpre esclarecer que a via especial não é a adequada para analisar tal pedido, nos termos da jurisprudência desta Corte, sendo inviável o atendimento do pleito.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 333, I, DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL. APRESENTAÇÃO TARDIA DE ARGUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. RECURSO NÃO CONHECIDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática. Princípios da economia processual e da fungibilidade. **2. É inviável a apreciação de efeito suspensivo formulado nas próprias razões do recurso especial, pois a via adequada para tanto é a medida cautelar. Precedentes.** [...]" (AgRg no AREsp 522.920/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, *DJe* 27/03/2015 – grifou-se).

"PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADES NA CONTRATAÇÃO DE PARTICULARES PARA EXECUÇÃO DA LIMPEZA PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ. DETERMINAÇÃO DE QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL PARA APURAR A EXATA EXTENSÃO DO DANO AO ERÁRIO, BEM COMO PARA VERIFICAR A EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DOS RÉUS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 93 E 162, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 17, §§ 7º A 10º, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. [...] **2. Não cabe apreciação, pelo STJ, do pedido de efeito suspensivo a Recurso Especial feito nas próprias razões do recurso. A Ação Cautelar é o meio adequado para requerer efeito suspensivo da decisão impugnada.** [...]" (AgRg no AREsp 626.572/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2015, *DJe* 06/08/2015 – grifou-se).

3. Da negativa de prestação jurisdicional

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. É cediço que a escolha de uma tese refuta, ainda que implicitamente, outras que sejam incompatíveis.

Registre-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSFERÊNCIA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO PELA CORTE LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. JULGADO QUE TRAZ FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. 'Quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte' (AgRg no Ag 1.265.516/RS, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* de 30/06/2010).

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp nº 205.312/DF, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, *DJe* 11/2/2014).

4. Da falta de prequestionamento

No tocante à ventilada afronta aos arts. 325 e 330 do Código Civil (ônus pela despesa de pagamento e *venire contra factum proprium*) e 6º do CPC (inexistência de legitimação extraordinária dos recorridos), verifica-se que os temas não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e nos embargos declaratórios opostos não se provocou o pronunciamento acerca da questão. Por esse motivo, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

5. Do repasse da cobrança de tarifas por emissão de boleto

Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cobrança ou o repasse de despesa referente à tarifa de emissão de boleto bancário (TEB) ou similares.

Para tanto, faz-se necessária a descrição da cadeia de relações jurídicas que culminam com a cobrança e o posterior repasse do pagamento da tarifa por emissão de boleto.

No caso concreto, a atividade desenvolvida pelas empresas de comércio varejista de produtos farmacêuticos, recorridos, é realizada mediante aquisição de medicamentos e produtos afins junto às distribuidoras/fornecedoras, que, por sua vez, distribuem esses medicamentos anteriormente adquiridos da indústria farmacêutica.

Nessa relação entre as drogarias/farmácias e as distribuidoras de medicamentos, via de regra, o pagamento decorrente da venda de mercadorias é feito por meio

de boleto bancário ou similar, emitido por instituição financeira em favor das distribuidoras. A emissão do boleto gera uma tarifa cujo encargo vem sendo repassado ao varejista.

Como visto, e no que importa para a solução da demanda, o fato jurídico que enseja a cobrança de tarifa pela emissão de boleto bancário desencadeia uma série de relações jurídicas correlacionadas – entre o varejista/comprador e o fornecedor/distribuidor, quando da contratação de dado produto, e entre o fornecedor/distribuidor e o banco para fins de cobrança do valor pactuado na relação anterior – das quais são partícipes o comprador, o fornecedor e a instituição financeira.

Na prática comercial ora em evidência, o meio de pagamento utilizado pelo comprador, ao adquirir junto ao fornecedor mercadorias do ramo farmacêutico, é o boleto bancário. Consequentemente, o fornecedor, que passa à condição de cedente do título, e a instituição financeira negociam o valor da tarifa pelo serviço de emissão do boleto, documento em que o comprador/varejista figura como sacado.

Em relação ao boleto bancário, de forma geral, a operação ocorre da seguinte maneira: o cedente (fornecedor) emite o boleto e o envia para o sacado (varejista), no endereço apontado em seu cadastro, em período hábil para que se execute o pagamento. A emissão pode ser feita pela própria pessoa física ou jurídica credora na relação, por meio de softwares especiais ou da terceirização das operações para uma instituição financeira. Ao receber o pagamento, o banco credita o dinheiro na conta da empresa ou pessoa física – cedente –, dentro do período de compensação estabelecido em contrato, debitando a taxa ou o percentual que lhe é devido pelo serviço.

Oportuno destacar que referida tarifa é um item avençado exclusivamente entre a instituição financeira e o cedente do título, no caso, o fornecedor, com a finalidade de remunerar o serviço de cobrança utilizado, que faz uso da rede bancária como mecanismo de arrecadação.

Delineado o cenário acima, destaca-se que, a despeito de a relação jurídica ser basicamente a de um contrato de compra e venda entre atacadistas e varejistas, é imprescindível a análise da atuação da instituição financeira como um todo, para o fim de definir o responsável pelo pagamento da TEB.

Logo, considerando-se que referida taxa é fruto de negociação entre o cedente (fornecedor/atacadista) e o banco, não se pode perder de vista que a discussão aqui travada encontra-se no âmbito específico da atividade bancária, matéria que, nos termos da Lei nº 4.595/1964, rege-se pelas disposições do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BC).

O artigo 4º da Lei nº 4.595/1964 confere ao CMN a competência para "limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operação e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil" (grifou-se).

De fato, o CMN tem exercido essa competência de forma plena nos últimos anos, editando diversas resoluções que regulamentam a cobrança de tarifas bancárias. No que tange ao caso dos autos, foi editada a Resolução nº 3.919/2010, que revogou a Resolução nº 3.963/2009 e alterou e consolidou as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras, estabelecendo o seguinte:

> "[...]
>
> **Art. 1º A cobrança de remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, conceituada como tarifa para fins desta resolução, deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.**
>
> § 1º Para efeito desta resolução:
>
> **I – considera-se cliente a pessoa que possui vínculo negocial não esporádico com a instituição, decorrente de contrato de depósitos, de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, de prestação de serviços ou de aplicação financeira;**
>
> II – os serviços prestados a pessoas naturais são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados; e
>
> III – não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros aos clientes ou usuários, pagas diretamente aos fornecedores ou prestadores do serviço pelas instituições de que trata o *caput*, podendo ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.
>
> § 2º É vedada a realização de cobranças na forma de tarifas ou **de ressarcimento de despesas:**
>
> I – em contas à ordem do Poder Judiciário e para a manutenção de depósitos em consignação de pagamento de que trata a Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994; e
>
> **II – do sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês e assemelhados**." (grifou-se)

Logo, à luz da legislação que disciplina a matéria, é inegável que a conduta do fornecedor (cliente) ao repassar ao varejista (sacado) o ônus pelo pagamento da despesa referente à tarifa de emissão de boleto bancário é abusiva.

Além disso, apesar de não ser objeto do presente recurso o questionamento acerca da legalidade da cobrança da TEB em si, convém consignar que, nos termos da jurisprudência desta Corte, desde de 30/4/2008, por força da Resolução CMV nº 3.518/2007, é vedada a cobrança de referida tarifa.

A propósito:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE

PERMANÊNCIA. COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. RECURSOS REPETITIVOS. TARIFAS BANCÁRIAS. TAC E TEC. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COBRANÇA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. FINANCIAMENTO DO IOF. POSSIBILIDADE.

[...]

3. Nos termos dos arts. 4º e 9º da Lei 4.595/1964, recebida pela Constituição como lei complementar, compete ao Conselho Monetário Nacional dispor sobre taxa de juros e sobre a remuneração dos serviços bancários, e ao Banco Central do Brasil fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN.

[...]

6. A Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e a Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) não foram previstas na Tabela anexa à Circular BACEN 3.371/2007 e atos normativos que a sucederam, de forma que não mais é válida sua pactuação em contratos posteriores a 30.4.2008.

7. A cobrança de tais tarifas (TAC e TEC) é permitida, portanto, se baseada em contratos celebrados até 30.4.2008, ressalvado abuso devidamente comprovado caso a caso, por meio da invocação de parâmetros objetivos de mercado e circunstâncias do caso concreto, não bastando a mera remissão a conceitos jurídicos abstratos ou à convicção subjetiva do magistrado.

[...]

10. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC: – 1ª Tese: Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto.

– 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. **Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador**. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira.

– 3ª Tese: Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais. 11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (REsp 1.255.573/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/8/2013, *DJe* 24/10/2013 – grifou-se).

Nesse contexto, não se afigura razoável o repasse da cobrança de tarifa que, por força de Resoluções do CMN, é considerada ilegal desde 30/4/2008 e cuja pactuação, como já mencionado, não foi negociada com o sacado.

Sob a perspectiva da eficácia e do aproveitamento, o boleto bancário, instrumento amplamente utilizado no Brasil, autorizada a sua emissão por normas exaradas pelo Banco Central (Carta Circular nº 002414, editada em 7/10/93, complementada pela Circular nº 003255, de 31/8/04), é reputado como meio facilitador de pagamento a ser feito do devedor para o credor, visto proporcionar, nas relações mercantis, celeridade muito superior em comparação às duplicatas, além de ser um meio de pagamento que beneficia tanto o cedente quanto o sacado.

Por fim, o argumento de que o reconhecimento da abusividade do repasse do pagamento das tarifas de emissão dos boletos aos varejistas fere os princípios da liberdade de contratar, da probidade e da boa-fé não resiste à análise sistemática do tema.

Isso porque a matéria ora enfrentada está inserida também no âmbito do sistema financeiro, especialmente no que tange à atividade de intermediação financeira, de modo que a liberdade de contratar encontra limites que se operam em prol da higidez e da estabilidade de todo o sistema.

Sobre o tema, esta relatoria teve a oportunidade de se manifestar, em voto-vista, quando do julgamento do REsp nº 1.270.174/RS, Relatora a Ministra Isabel Gallotti:

> "[...]
>
> O mercado de serviços financeiros é, no mundo inteiro, fortemente regulado. O Brasil não é exceção. Tal nível de regulação financeira é justificado pelas particularidades do segmento, sobretudo o fato de que ele se funda na confiança, de que dele dependem os demais setores da economia e de que sua instabilidade tem repercussões macroeconômicas de grande magnitude. **Por isso mesmo, o princípio da autonomia da vontade sofre restrição bastante significativa, não sendo correto afirmar que, em matéria bancária, vale o que as partes quiserem livremente contratar. Os contratantes devem, necessariamente, observar as normas regulamentares como balizas para suas transações. Assim é que disposições regulamentares incidem sobre a maior parte das contratações financeiras"** (grifou-se).

6. Do dispositivo

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental da ABAFARMA e nego provimento ao recurso especial da PROFARMA.

É o voto.

Capítulo IV

O SEGURO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. POSSIBILIDADE DE NÃO RENOVAÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO SEGURADO

STJ, 2ª Seção, REsp. 880.605/RN, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, ac. 13.06.2012, *DJe* 17.09.2012

RECURSO ESPECIAL N.º 880.605/RN
(2006/0188222-0)

Recorrente: Adelino Araújo de Medeiros e Outros

Advogado: Maria Lúcia Cavalcanti Jales Soares e Outro

Recorrido: Caixa Seguradora S/A

Advogado: Sérgio Bermudes e Outro(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – RESCISÃO UNILATERAL – LEGALIDADE – POSSIBILIDADE DECORRENTE DA PRÓPRIA ATUREZA DO CONTRATO *SUB JUDICE* – MUTUALISMO (DILUIÇÃO DO RISCO INDIVIDUAL NO RISCO COLETIVO) E TEMPORARIEDADE – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE – ABUSIVIDADE – INEXISTÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – De plano, assinala-se que a tese jurídica encampada por esta colenda Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 29/04/2011, não se aplica ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas. Na hipótese dos autos, diversamente, a cláusula que permite a não renovação contratual de ambas as partes contratantes encontra-se inserida em contrato de seguro de vida em grupo, que possui concepção distinta dos seguros individuais. *In casu,* não se pode descurar, também, que o vínculo contratual estabelecido entre as partes (de dez anos) perdurou interregno substancialmente inferior àquele tratado anteriormente pela Segunda Seção, de trinta anos;

II – Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura. Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo – evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual. Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações (diluição do risco individual no risco coletivo) e o da temporariedade contratual;

III – A temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuarias, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, no período subsequente, os interesses da coletividade segurada. Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisada (adequação atuarial), porquanto os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos.

IV – Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora;

V – Não se descura, por óbvio, da possibilidade de, eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vier a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio. Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício;

VI – Não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de

dez anos. Não se pode simplesmente, com esteio na Lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência. Diz-se, *supostamente,* porque, em se tratando de um contrato de viés coletivo, ao se conferir uma interpretação que torne viável a consecução do seguro pela Seguradora, beneficia-se, ao final, não apenas o segurado, mas a coletividade de segurados;

VII – No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repisa-se, decorre da própria lei de regência. Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação. Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual perdurou por apenas dez anos, tempo que se revela demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados. Aliás, a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação, mais cedo ou mais tarde, inexequível, em detrimento da coletividade de segurados;

VII – Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Massami Uyeda negando provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi, e dos votos dos Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Seção, por maioria, negar provimento ao recurso especial.Vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi. Votaram com o Sr. Ministro Massami Uyeda os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Massami Uyeda. Afirmou suspeição o Exmo. Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 13 de junho de 2012(data do julgamento)

MINISTRO MASSAMI UYEDA

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Adelino Araújo de Medeiros e outros ajuizaram ação objetivando reparação de danos patrimoniais e morais em face da Caixa Seguradora S/A, alegando que são funcionários da Caixa Econômica Federal e, nessa condição, firmaram com a seguradora ré contrato de seguro de vida em grupo. Afirmam que os valores relativos aos prêmios do seguro sempre foram descontados diretamente em folha de pagamento durante muitos anos, razão pela qual nunca houve atraso da parte deles no cumprimento do avençado. Porém, a seguradora, no mês de agosto de 2001, enviou carta aos requerentes comunicando o cancelamento das apólices, a partir do dia 1º de outubro de 2001, oferecendo como justificativa alegado "desequilíbrio atuarial". Noticiam que a ré ofereceu aos autores um novo tipo de apólice, criada unilateralmente e sem consulta aos segurados, mas com elevação exagerada do prêmio mensal.

Aduziram os requerentes que, em razão do cancelamento unilateral do contrato de seguro, a requerida causou aos segurados danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial, razão pela qual pleitearam, a título de ressarcimento material, a devolução de tudo quanto tenha sido recebido pela seguradora e, a título de compensação extrapatrimonial, indenização por danos morais a ser arbitrada.

O Juízo de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Natal/RN julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a seguradora a indenizar os autores pelos danos materiais experimentados, cujo montante deve ser calculado em liquidação de sentença, levando-se em consideração os seguintes parâmetros:

> 33. De primeiro, somem-se os prêmios pagos e os prêmios não pagos até a data em que cada segurado viesse a completar 65 anos (média de vida, utilizada como parâmetro), respeitando-se as progressões pecuniárias pela superação de cada faixa etária. O resultado dessa soma deve ser dividido pelo número de meses que, por hipótese, o contrato vigeria, obtendo-se um preço médio do valor do prêmio.
>
> 34. Obtido este *quantum,* deve-se dividir o montante dos prêmios pagos pelo preço médio resultante da operação anterior, encontrando-se o número de prêmios reais correspondente.
>
> 35. Como últimas etapas, calcule-se o percentual desses prêmios reais dentro do número de meses que, por hipótese, o contrato vigeria, tomando-se este índice (percentual) como o adequado para o cálculo da indenização a cada demandante, cuja base deve ser o "valor da cobertura" por morte natural a que alude o contrato. (fl. 200)

Em grau de apelação, todavia, a sentença foi reformada para julgar improcedente o pedido, cujos fundamentos foram sintetizados na seguinte ementa:

> DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE PERDAS PATRIMONIAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SEGURO DE VIDA

EM GRUPO. RESCISÃO POR PARTE DA SEGURADORA. LEGALIDADE. MENSALIDADES PAGAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO. COBERTURA DEVIDAMENTE ASSEGURADA. DEVOLUÇÃO DOS PRÊMIOS. IMPOSSIBILIDADE. DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. INEXISTÊNCIA. REFORMA PARCIAL DO *DECISUM* DE 1º GRAU. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

I – Age dentro da legalidade a seguradora que, mediante notificação prévia e antes do término do prazo contratual, comunica formalmente ao segurado acerca do desinteresse em renovar a apólice do seguro de vida em grupo, utilizando faculdade prevista nas condições gerais da apólice, previamente fornecida ao consumidor conforme normas especiais aplicáveis à espécie;

II – O exercício de direito previsto em cláusula contratual não caracteriza ato ilícito ensejador à reparação por danos morais e materiais previstos no Código Civil Brasileiro.

III – Sentença parcialmente reformada;

IV – Recurso conhecido e provido. (fl. 282)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 4º do Decreto n. 59.195/66; art. 13 do Decreto-lei n. 73/66; art. 6º, inciso VII, art. 51, incisos II e IV, § 1º, inciso II, e art. 73, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90); arts. 122, 475, 774 e 796, todos do Código Civil de 2002.

Sustentam os recorrentes, em breve síntese, que a rescisão unilateral do contrato é ilegal e atenta contra a boa-fé, razão pela qual pleiteiam a condenação da Seguradora ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Contra-arrazoado (fls. 309-323), o especial foi admitido (fls. 325-326).

A Quarta Turma, na assentada do dia 17.11.2011, decidiu afetar o julgamento à apreciação da Segunda Seção (art. 14, inciso II, RISTJ).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O caso ora em exame se assemelha, em alguma medida, ao que foi julgado pela Segunda Seção no REsp. n. 1.073.595/MG, cuja ementa ora se transcreve:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO ATUARIAL. NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE,

COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA.

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abrutamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1073595/MG, Rel. MIN. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, *DJe* 29/04/2011)

Depois do precedente firmado no âmbito da Segunda Seção, as Turmas de Direito Privado – como seria mesmo de rigor – vêm aplicando o entendimento antes sufragado, *verbis* :

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO DE VIDA. NÃO RENOVAÇÃO. FATOR DE IDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA COOPERAÇÃO, DA CONFIANÇA E DA LEALDADE. AUMENTO. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. CIENTIFICAÇÃO PRÉVIA DO SEGURADO. [...]

2. Na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade.

3. A alteração consistente em aumentos necessários ao equilíbrio contratual deve ser efetuada de maneira gradual, da qual o segurado tem de ser previamente cientificado.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 1159632/RJ, Rel. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, *DJe* 19/08/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA.

1.– Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de vinte e seis anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

2.– Constatados prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

3.– Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1248457/MG, Rel. MIN. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, *DJe* 04/10/2011)

RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO OCORRÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER –CONTRATO DE SEGURO DE VIDA – RESILIÇÃO UNILATERAL – IMPOSIÇÃO PARA READAPTAÇÃO A NOVAS PROPOSTAS – ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA – OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE – PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

II – A pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior sob as mesmas bases, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo;

III – Recurso especial improvido.

(REsp 1105483/MG, Rel. MIN. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, *DJe* 23/05/2011)

3. Em voto-vista proferido por ocasião do julgamento do paradigma da Segunda Seção, acompanhei a eminente Relatora no entendimento proposto.

A tese jurídica ora submetida a julgamento, que guarda estreita relação com aqueloutro, é a seguinte: se pode a Seguradora, unilateralmente, determinar a extinção do contrato de seguro de vida em grupo, ou impor novas e prejudiciais condições para renovação, desconsiderando todo o tempo em que o Segurado pagou pela cobertura, sem nunca dela se utilizar.

No paradigma sobre o tema, a eminente Relatora destacou em seu voto que:

> Não é difícil enxergar que um contrato de seguro de vida que vem sendo renovado por trinta anos, inicialmente na modalidade individual, e depois como seguro em grupo, não pode ser interpretado como se meramente derivasse de contratos isolados, todos com duração de um ano. Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se na verdade de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro. Essa constatação prejudica de maneira incontornável o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal *a quo*, de que a mera notificação com trinta dias de antecedência para o termo do contrato anual é suficiente para justificar sua não renovação. Se analisarmos todos os contratos conjuntamente, notaremos que a notificação referida, na verdade, não transmite a intenção de não renovação de um vínculo anual, mas sim a intenção de rescindir o vínculo continuado, que ininterruptamente vinha se mantendo até então. Essa mudança de enfoque do problema é fundamental porque onde se via, antes, uma mera negativa de renovação, enxerga-se, agora, uma efetiva rescisão.

E o Ministro Beneti foi também certeiro:

> Nem o Código Civil, nem a legislação securitária, dispõem a respeito da modalidade durável, por somatória de sucessão de contratos, de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais temporário. Essa é uma modalidade peculiar e especial de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais, pois não é, evidentemente, vitalício (enquanto viver o segurado), nem é, a rigor, temporário (CC/2002, art. 760 e 774). É que o contrato por tempo certo é antecedido de vários outros contratos da mesma natureza e nas mesmas condições, que, a rigor, dada a repetição, integram uma só relação contratual de longa duração. O fato de haver vários contratos com prazo certo, sucessivamente renovados, constitui, na verdade, apenas um expediente técnico de satisfazer, apenas normalmente, contudo, ao regramento geral (CC/2002, arts. 760 e 774), por documentos escritos que dão a aparência de tratar-se de vários contratos, quando, substancialmente, configura-se o mesmo e único contrato a vincular as partes por longo tempo. Nessa ordem de considerações, pela *acessio temporis,* tem-se um só contrato,

> cujo prazo se indetermina pela sucessão nas mesmas condições, gerando, nos contratantes, a confiança de que ao final de cada período formalmente, e apenas formalmente, fechado, outros período se segue, indefinidamente, até que ocorra algum ato que leve ao desfecho do contrato – geralmente o sinistro da perda da vida pelo segurado, mas, também, a ruptura do contrato por ato de algum dos celebrantes.

Nessa ordem de ideias, estabelecida a premissa de que o contrato ora em análise é especial, diante do tempo decorrido e das múltiplas obrigações firmadas entre os contratantes, vê-se, para logo, que o tratamento a ser-lhe dispensado é diferenciado.

Assim é que a tendência, na doutrina e jurisprudência, é considerar abusiva a atitude que importe em rescisão unilateral da avença, em casos análogos, permitindo também que o consumidor (mais vulnerável) se libere das cláusulas gravosas que lhe são "impostas".

Claudia Lima Marques, ao tratar do tema, refere:

> Estes novos contratos complexos envolvendo fazeres na sociedade representam o novo desafio da teoria dos contratos. São serviços prestados por um fornecedor ou por uma cadeia de fornecedores solidários, organizados internamente, sem que o consumidor, na maioria das vezes, fique consciente desta organização. Tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança e de indução através da publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e serviços (o chamado "poder da necessidade" e a "sedução das novas necessidades"), vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou tendo frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.
>
> Esta fática submissão garante um "poder de imposição" em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente "bilaterais" do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica "aceitação" do vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo que o fornecedor se libere do vínculo contratual sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (rescindindo, denunciando, resolvendo o vínculo, cancelando o plano etc.). (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 102-103)

Portanto, no caso concreto, a cláusula que autoriza o rompimento unilateral do contrato, desconsiderando a situação particular da apólice coletiva duradoura, é considerada abusiva, nos termos do art. 51, IV, XI e XIII, do CDC, o qual prevê:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
>
> XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
>
> XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

Verifica-se, no caso concreto, que a possibilidade de rescisão do contrato unilateralmente, ou melhor, a possibilidade de não renovação do seguro de vida após muitos anos, coloca o consumidor em uma desvantagem exagerada em relação ao fornecedor, gerando um grave desequilíbrio contratual.

De fato, o único interessado em se desvincular do acordo estabelecido é a Seguradora, visto que alega haver "desequilíbrio atuarial" na carteira da qual os recorrentes fazem parte.

Soma-se a isso o fato de que, antes da edição do Código Civil de 2002, os seguros de vida eram contratados, em geral, por um longo período, podendo ser, até mesmo, vitalícios. A cláusula de vigência anual, editada pelo art. 774 do CC, prevendo a renovação automática por apenas uma oportunidade, só passou a ser adotada mais recentemente, o que corrobora a tese quanto ao caráter continuado do contrato ora em análise, que caracteriza, por sua vez, uma única relação jurídica.

Ao comentar o art. 774 do CC, José Augusto Delgado explica:

> "De tudo quanto foi exposto, comparando-se, também, os dispositivos analisado com o direito estrangeiro, verificamos que a regra do art. 774 necessita ser interpretada sem a força genérica e cogente que ela, aparentemente, parece ter.
>
> É de se registrar que, sob as bases do Código Civil de 1916, Pedro Alvim manifesta-se sobre a renovação tácita do seguro, explicando: 'O segurado nem sempre toma o cuidado de verificar a data de vencimento de seu contrato. Se não houver diligência ou interesse do corretor em alertá-lo para a renovação, poderá ficar sem a garantia do seguro.'
>
> Com base nessa constatação, afirma, ainda, Pedro Alvim: "Para evitar que isso aconteça, admite a legislação de alguns países a inclusão na apólice, em caráter facultativo, da recondução tácita. O contrato é prorrogado automaticamente por determinado período que, segundo a lei francesa, é de um ano e pela italiana, de dois anos".
>
> Informa, também, que: "Desapareceu das apólices de seguro de nosso país a cláusula de renovação tácita, por força de norma legal que exige o pagamento antecipado do prêmio para vinculação da obrigação do segurador."
>
> Conserva-se, porém, a cláusula de renovação, na apólice coletiva de seguros de acidentes pessoais, em sítio de condições gerais [...].
>
> Conclui Pedro Alvim, p. 518: "Este seguro tem características próprias que permite a inclusão da cláusula de recondução tácita, por a época do pagamento do prêmio não

> coincidir com o período da vigência. É feito por cada um dos segurados que figuram na apólice, na época própria de renovação de sua cobretura individual."
>
> O art. 774 do Código Civil atual veio suprir a omissão do legislador quanto à renovação tácita do contrato de seguro, afastando possíveis dúvidas existentes no seu tratamento." (DELGADO, José Augusto. Comentários ao Novo Código Civil – Das várias espécies de contrato. Do Seguro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 319-321)

Portanto, verifica-se que quando os recorrentes firmaram a apólice de seguro de vida (1991), dez anos antes da notificação da seguradora acerca do cancelamento), possuíam por objetivo assegurar-se, por intermédio de prestações mensais, não apenas em relação a um período determinado de tempo, mas até que eles falecessem ou fossem vítimas de dano que lhes causasse invalidez.

Esse é o ponto central que difere essa modalidade de seguro das demais.

Por conseguinte, tendo em vista a intenção contratual das partes, a Seguradora, que vem renovando a apólice de seguro dos autores por todo esse longo período, aquiescendo com essa "cobertura duradoura", não poderia se olvidar de considerar esse aspecto ao realizar os cálculos atuariais que determinaram os valores das prestações até o momento.

Portanto, o alegado desequilíbrio contratual verificado pela Seguradora, que supostamente implica aumento do prêmio, diminuição da cobertura e escalonamento por faixa etária, não se mostra compatível com os princípios da boa-fé e da lealdade contratual entre as partes.

Importante destacar a relevância do princípio da boa-fé objetiva na construção e interpretação desses tipos de contratos.

Sobre o assunto Aldemiro Rezende de Dantas Júnior citando Alfonso de Cosio e Cabral, escreve:

> No direito moderno a boa-fé assumiu o papel de uma fonte de normas objetivas, cuja atuação concreta se dá mediante a aplicação de princípios gerais, esclarecendo em seguida, que isso significa que a boa-fé pode ser entendida como norma geral, que se diversifica e especializa para cada situação concreta, ou seja, cujo conteúdo será formado e determinado em função das circunstâncias concretas. ("Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé", Editora Juruá)

Segundo, ainda, o referido autor:

> [...] em relação aos contratos, a conduta ditada pela boa-fé se impõe não apenas ao longo da execução do mesmo mas antes mesmo de ter se aperfeiçoado o ajuste e ainda depois que o mesmo já foi integralmente cumprido nas fases pré e pós contratuais. E ainda mais, tal comportamento não se impõe apenas aos negócios jurídicos que se situam dentro do campo das obrigações, mas em relação a todos os negócios jurídicos em geral. (ob. cit.)

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa ao discorrer sobre os direitos instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva:

> Dito de outro modo, os deveres instrumentais "caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes", servindo, "ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato [...]".
>
> Trata-se, portanto, de "*deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato [...] dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação*". Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida. ("A Boa-Fé no Direito Privado"; Editora Revista dos Tribunais, p. 440)

Afirma Pontes de Miranda, em seu "Tratado de Direito Privado", Tomo III, Editora BookSeller, p. 374:

> Rigorosamente, as regras de boa-fé entram nas regras do uso do tráfico, porque tratar lisamente, com correção, é o que se espera encontrar nas relações da vida. Os usos do tráfico, mais restritos, ou mais especializados, apenas se diferenciam, por sua menor abrangência. Quando se diz que a observância do critério da boa-fé, nos casos concretos, assenta em apreciação de valores, isto é, repousa em que, na colisão de interesses, um deles há de ter maior valor, e não em deduções lógicas, apenas se alude ao que se costuma exigir no trato dos negócios. Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.

Na verdade, busca-se assegurar, como se vê, a proteção à confiança de cada uma das partes contratantes e suas legítimas expectativas.

Saliento, ademais, que não há informação no acórdão recorrido acerca de aprovação da modificação da apólice de seguro em vigor, conforme exige o art. 801, § 2º, do CC, o qual prevê que:

> Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.
>
> § 2º. A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

Tampouco produziu a Seguradora prova cabal acerca do alegado desequilíbrio contratual, o que nem de longe veio estabelecido no acórdão.

4. A fundamentação acima deduzida foi o entendimento proposto por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.073.595/MG, Segunda Seção.

O caso ora posto em julgamento guarda algumas particularidades, sem se distanciar, todavia, da hipótese pretérita.

Primeiramente, muito embora a causa de pedir seja semelhante – o cancelamento unilateral de seguro de vida duradouro com oferecimento de apólice substitutiva excessivamente onerosa para o consumidor –, o pedido deduzido nos presentes autos é outro: cuida-se de pretensão indenizatória por danos materiais e morais, aqueles consistentes nos valores pagos pelos segurados durante a vigência do contrato.

Outra particularidade é que as razões apresentadas pela Seguradora para o cancelamento da apólice do seguro de vida em grupo (fls. 136-137), possuem como argumento apenas subsidiário o envelhecimento dos segurados.

Com efeito, essencialmente a Seguradora afirma suposto desequilíbrio atuarial resultante de oscilações econômicas, fatos esses que, de maneira nenhuma, podem ser imputados aos segurados.

Nesse sentido, assim se justificou a recorrida na peça de contestação:

> 31. O produto PREFERENCIAL VIDA comercializado pela ré até outubro de 2001, foi concebido sobre bases técnicas e atuariais que permitiram a perfeita garantia dos riscos contemplados pelo mesmo, com pagamento de milhares de indenização aos segurados sinistrados.
>
> 32. Referida apólice teve suas condições estruturadas em época, cujo cenário econômico era bem diferente do atual e permitia que o mercado trabalhasse com prêmios de seguro que não acompanhavam o risco estatístico de ocorrência de sinistro, uma vez que o cenário de inflação compensava possíveis defasagens.
>
> 33. Com o passar dos anos, por fatores alheios à sua administração, em grande parte, decorrentes das políticas econômicas ditadas pela União, a situação da Apólice Preferencial Vida se mostrava incompatível com o novo cenário socioeconômico, ameaçando a garantia securitária.
>
> 34. **Tal desequilíbrio foi agravado pelo fato de não haver reenquadramento do prêmio** (reajuste no valor das parcelas) **em função do envelhecimento**, nem outros gatilhos que pudessem ser disparados à medida do envelhecimento do grupo segurado, de forma a adequar a receita com a vazão financeira. (fls. 136-137)

Ou seja, do exposto na própria peça de defesa da Seguradora, exsurge conclusão de que o envelhecimento dos segurados apenas "agravou" o desequilíbrio atuarial da apólice, tão somente contribuindo com o aduzido cenário deficitário gerado por estabilização econômica e por supostas "políticas econômicas ditadas pela União". E, a bem da verdade, a defesa não esclareceu com precisão quais, exatamente, seriam essas causas do desequilíbrio atuarial, e muito menos as comprovou.

Vale dizer, a seguradora, ora recorrida, não apresentou justificativa séria e substancial para o cancelamento da apólice, mediante a qual poderiam ficar demonstradas as razões do suposto, vago e escapadiço "desequilíbrio atuarial".

Nenhum dos motivos apresentados pode ser imputado, nem aos segurados, nem a fatos estranhos ao próprio risco do empreendimento, tampouco exclusivamente ao previsível envelhecimento dos consumidores.

Até porque as idades dos autores não justificam aduzir acréscimo substancial dos riscos assumidos pela seguradora. Basta dizer que, conforme procurações juntadas à inicial, os autores possuíam as seguintes idades, respectivamente, em 1991 – data da celebração do contrato – e em 2001 – data do cancelamento pela seguradora:

a) Adelino Araújo de Medeiros: 24 anos e 34 anos;
b) Alexandre César Cavalcanti: 33 anos e 43 anos;
c) Ana Maria Aragão Liberal: 31 anos e 41 anos;
d) Francisco de Assis de Souza: 32 anos e 42 anos;
e) Ivanildo Câmara do Nascimento: 33 anos e 43 anos;
f) João Paulino de Lima: 37 anos e 47 anos;
g) José Ricardo Tavares de Aquino: 33 anos e 43 anos;
h) Joseverton Moura Lessa: 33 anos e 43 anos;
i) Marcelo José Cavalcante: 42 anos e 52 anos;
j) Maria da Vitória Campos Cavalcante: 36 anos e 46 anos;
l) Nerivam Saraiva Dantas: 33 anos e 43 anos.

Portanto, a grande maioria dos autores, durante a vigência do contrato de seguro, possuía entre 33 (trinta e três) e 43 (quarenta e três) anos de idade, circunstância que sugere que o desajuste atuarial alegado, se existente, possui causa de gestão interna e de índole contábil-administrativa, não podendo, por isso mesmo, ser suportado exclusivamente pelo consumidor.

Ademais, no caso em exame, assim como naquele julgado pela Segunda Seção, não havia previsão contratual para reenquadramento do prêmio em razão do acréscimo de faixa etária, e os segurados foram surpreendidos com o cancelamento e o oferecimento de apólice substitutiva excessivamente onerosa.

Assim, vêm a calhar os fundamentos deduzidos pelo Ministro Aldir Passarinho naquela assentada:

> Já na espécie aqui examinada, a solução encontrada pela seguradora foi bastante simples: manifestou unilateral desinteresse na continuidade, obrigando o segurado, que lhe foi fiel por tantos anos, ou a se submeter a um novo plano sem que se possa saber, no bojo desta demanda, se é razoável ou não, ou a migrar para uma outra seguradora, que o receberá como um cliente novato.

As dificuldades para o autor são evidentes, posto que ele restou surpreendido. Não pôde se preparar antecipadamente para a mudança, na medida em que já dispunha de um seguro em vigor há três décadas.

No caso em exame, a apólice perdurou por dez anos, tempo suficiente, a meu juízo, para gerar uma legítima expectativa nos consumidores de que o contrato não seria cancelado, tampouco reajustado excessivamente de forma atípica e sem que a seguradora compartilhasse com os segurados soluções graduais para recuperar o equilíbrio atuarial.

5. Não fosse por isso, o comportamento reiterado da Seguradora de não reajustar o contrato em razão do acréscimo da idade é evidentemente contraditório, preferindo a denúncia vazia e inopinada de cancelamento da apólice, com justificativa em desequilíbrio atuarial, aplicando-se ao caso a vedação ao ***venire contra factum proprium.***

Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo o qual "a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé" (*Apud* NERI JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado [...], 6 ed.* p.507).

Como bem assinalado pela eminente Ministra Nancy Andrighi:

> [...] não é razoável imaginar que, de um ano para o outro, a seguradora teve uma "súbita" constatação de que amargava prejuízos em sua carteira de seguros de vida, justificando a completa modificação do sistema anterior de forma abrupta. Há responsabilidade da seguradora por não ter notado o desequilíbrio de sua carteira em tempo hábil, comunicando prontamente o consumidor e planejando, de forma escalonada, a correção das distorções.

Assim, afigura-se-me também que a relação jurídica ora analisada está encoberta pelo que a doutrina juscivilista chama de ***supressio,*** teoria oriunda da boa-fé, que reduz a eficácia do direito em razão da inércia do titular no decorrer do tempo, ou, ainda, pelo "comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito".

Ou seja, a *supressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício, se presente, de outra parte, a boa-fé do contratante, como no caso em exame.

Intimamente relacionada com a *supressio,* tem-se a teoria da *surrectio,* cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada.

Sobre o tema, valho-me, uma vez mais, do magistério de Judith Martins-Costa:

> Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de 'supressio'. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta 'constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva'. Exige-se, para a sua configuração, "(I)

> o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor". Diferentemente da ´supressio´, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a consequente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a ´surrectio´, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a resilição unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do "direito à automaticidade" da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da 'automaticidade' da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, consequentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao *dies ad quem* do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída. (*Diretrizes Teóricas do novo CC brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-219)

6. Finalmente, ressalto não me impressionar a assertiva segundo a qual a rescisão imotivada do contrato era faculdade de ambos os contratantes, como se ambos contratantes se equivalessem nessa relação contratual.

A existência da cláusula contratual que previa a possibilidade de rescisão desmotivada não tem relevância, por si só, para afastar e justificar o ilícito de se rescindir unilateralmente e imotivadamente um contrato de tão longa data.

Ao contrário, entendo que considerar cláusulas desse jaez como inteiramente válidas, sem adaptá-las à realidade, parece-me um evidente retrocesso, um retorno a tempos cujos paradigmas eram pautados pela fantasiosa igualdade formal entre os contratantes – dogma do Estado liberal há muito superado –, tempos em que o poder estatal somente intervinha nas relações particulares para garantir a execução forçada do *pacta sunt servanda*.

Efetivamente, a possibilidade de denúncia "por qualquer das partes" gera falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para se verificar a equidade derivada da cláusula, na verdade, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato, e, assim, descortina-se a falácia de se afirmar que a resilição unilateral era garantia recíproca na avença.

Na relação jurídica existente entre os ora litigantes não há, definitivamente, igualdade econômica, tampouco liberdade contratual plena, sem as quais não se pode cogitar da manutenção de cláusula que, a despeito de apregoar uma igualdade entre os contraentes, acaba por possibilitar abusos do poder econômico.

7. A solução buscada pelos recorrentes, em parte, já foi alvitrada no voto vista proferido no julgamento paradigma da Segunda Seção.

Naquela ocasião afirmei, fazendo coro à perplexidade trazida nos votos que me precederam, que persiste a indagação sobre como reequilibrar a situação, sem sacrificar o direito do segurado e buscando resguardar a matemática atuarial?

Em hipóteses similares ao caso em análise, quando ocorre rescisão injustificada do contrato por parte da Seguradora, é facultado ao segurado o direito de reaver o valor correspondente à reserva matemática ou o valor proporcional à importância segurada, tendo em vista as constribuições pagas durante o período contratado.

Com efeito, o artigo 796 do CC dispõe que:

> O prêmio, no seguro de vida, será convencionado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese, no seguro individual, o segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, cuja falta de pagamento, nos prazos previstos, acarretará, conforme se estipular, a resolução do contrato, *com a restituição da reserva já formada*, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao preço pago.

O legislador, ao redigir o artigo 796, reconheceu o caráter duradouro do contrato de seguro de vida, estabelecendo que, embora o prêmio possa ser convencionado por prazo limitado, pode ser previsto por toda a vida do segurado, como no caso dos autos, por isso revestindo-se de forte caráter previdenciário (parágrafo único do art. 796).

Embora direcionado ao seguro individual, não parece haver óbice a sua aplicação às apólices coletivas.

De fato, as características especiais do contrato de seguro de vida possibilitam essa interpretação, sendo razoável que, no caso de rescisão contratual por falta de pagamento de segurado, inexista ação de cobrança do prêmio por parte da Seguradora, restando, ainda, a obrigação de devolução ao segurado da reserva formada, ou a redução do capital garantido proporcionalmente ao preço pago.

Pedro Alvim explica:

> O seguro é feito através de um contrato onde segurado e segurador assumem obrigações recíprocas. O primeiro paga o prêmio ao receber a apólice ou, periodicamente, quando o prazo é longo. O segundo promete determinada quantia, se ocorrer o risco previsto no contrato. Se uma das partes deixa de cumprir sua obrigação, a outra tem o direito de constrangê-la, judicialmente, por meio de ação própria. Na prática, o primeiro pagamento do segurado deverá ser feito antecipadamente. Caso contrário, ficam suspensos os efeitos contratuais, isto é, se ocorrer sinistro, o segurado nada recebe. Quando o prêmio é elevado, costuma o segurador facilitar seu pagamento em prestações mensais.
>
> No seguro de vida acontece um fato curioso: as prestações futuras a cargo do segurado, quando o contrato é feito a longo prazo, não podem ser cobradas judicialmente pelo segurador. É que se trata de um contrato de cunho essencialmente previdenciário. O segurado aplica suas economias, visando a tranquilidade na velhice ou a situação dos beneficiários depois de sua morte. Pode ser que suas condições financeiras se modifiquem e não disponha de recursos para continuar a manutenção do contrato, ou então desapareçam os motivos que o levaram a contratar o seguro. Se o segurador, nesses casos, insistisse no recebimento do prêmio atrasado, propondo ação de cobrança contra o segurado, poderia criar situações desagradáveis e até constrangedoras. Quem não dispõe de meios para manter um contrato de previdência, não deve ser forçado a isso. Convém deixar a pessoa livre para julgar de seu próprio futuro ou das disposições para depois da sua morte. Eis por que figura geralmente nas apólices uma cláusula que dá ao problema tratamento mais simpático e mais de acordo com os interesses do próprio segurado.
>
> [...]
>
> O Código Civil atual, com a mesma orientação de outras legislações modernas estabeleceu, em seu art. 796, que o prêmio, no seguro de vida, será convencionado por prazo limitado, ou por toda a vida do segurado. O segurador não terá ação para cobrar o prêmio vencido, que pode acarretar, conforme se estipular, a resolução do contrato, com a restituição da reserva já formada, ou a redução do capital garantido, proporcionalmente ao prêmio pago." (ALVIM, Pedro. O Seguro e o Novo Código Civil. Rio de janeiro: Forense, 2007, p. 177-179)

Solução análoga é prevista no art. 797, quando ocorre sinistro no prazo de carência – se validamente estipulado:

> Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.
>
> Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a **devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada**.

Nesse sentido, já decidiu a Terceira Turma no REsp 1.038.136/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 3/6/2008, *DJe* 23/6/2008.

Assim, *mutatis mutandis,* não havendo mais possibilidade econômica para a manutenção do contrato nas mesmas bases anteriormente ajustadas, por razões que somente podem ser imputadas à administração da apólice, como no caso dos autos, pode o consumidor requerer a devolução da reserva técnica formada.

Nesse particular, a doutrina define reserva técnica da seguinte forma – embora direcionada ao seguro individual:

> [...] uma parcela do prêmio, um plus que, fora do cálculo do risco em si, se destina a constituir um depósito garantidor não só do cumprimento das obrigações da seguradora, mas, antes, uma provisão que permite nivelar o prêmio a ser pago, sem permanente e constante alteração de seu valor, correspondente ao aumento de idade do segurado, ampliando-se, assim, o risco de sinistro. (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código civil comentado.* Cezar Peluso (Coord.). 2 ed. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 761)

No caso, a indenização proposta desobriga a Seguradora a manter indefinidamente o vínculo contratual quando ela mesma deu causa ao desequilíbrio.

Cumpre destacar que a solução ora proposta já vem sendo aplicada por outros países, como a Argentina, que prevê no artigo 138 das Lei de Seguros (Lei n. 17.418/67), o resgate de parte do capital formador da reserva técnica:

> Art. 138. Transcurridos tres años desde la celebración del contrato y hallándose el asegurado al día en el pago de las primas, podrá en cualquier momento exigir, de acuerdo con los planes técnicos aprobados por la autoridad de contralor que se insertarán en la póliza:
>
> Seguro saldado
>
> La conversión del seguro en otro saldado por una suma reducida o de plazo menor;
>
> Rescate
>
> La rescisión, con el pago de una suma determinada.

Gustavo Raúl Meilij explica os pressupostos para que o segurado tenha direito ao resgate:

> "El hecho de que el riesgo en el seguro de vida se vaya agravando con el tiempo y la necesidad de fijar una prima que conserve igual valor a lo largo de la duración del contrato, hace que el asegurador perciba en los primeiros tiempos una prima técnicamente mayor al riesgo que corre. Su acumulatión y las rentas que produzca serán aplicadas para compensar la prima menor que técnicamente se pagará en los últimos tramos de contrato. Este capital de acumulatión y su renta se denmina "reserva matemática", y la ley prevé que sea prestada al asegurado (art. 141, L.S) o sea devuelta em caso de cancelatión del seguro (art. 138, L.S.). Así, por ejemplo, una vez trascurridos tres años de la celebrátion del contrato, el asegurado que se halla al día en el pago de las primas tiene derecho a un préstamo cuyo monto resultará de la póliza y será calcu-

lado ségun la reserva correspondiente al contrato, conforme a los planes técnicos del asegurador. (MEILIJ, Gustavo Raúl. Manual de Seguros. Ediciones Depalma: Buenos Aires, 1998. p. 192-193)

Essa fórmula engenhosa também vem recebendo guarida em alguns julgados de Tribunais estaduais, valendo conferir o acórdão de relatoria do Desembargador Antonio César Siqueira, do TJRJ, na apelação Cível 2007.001.67856.

8. Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial e condenar a recorrida a indenizar os autores em quantia equivalente às reservas técnicas proporcionais aos prêmios pagos durante a vigência do contrato, tudo a ser apurado em liquidação por arbitramento.

O pedido de indenização por danos morais pretendido pelos autores está precluso, porquanto a sentença não o concedeu, conformando-se com isso os recorrentes.

Arcarão autores e ré, à razão de 50% para cada polo, com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação, devendo ser compensados reciprocamente (Súmula n. 306/STJ), razão pela qual cada parte pagará a verba do respectivo patrono.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA (Relator):

O inconformismo recursal não merece prosperar.

Com efeito.

De plano, assinala-se que a tese jurídica encampada por esta colenda Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 29/04/2011, não se aplica, na compreensão deste Ministro, ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas.

Efetivamente, a Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, por maioria de votos, considerou que a Seguradora, **após estabelecer vínculo contratual de seguro de vida individual por mais de trinta anos**, não poderia, em nome da boa-fé objetiva, deixar de renovar o vínculo contratual sob a justificativa de desequilíbrio contratual. Em tal circunstância, o voto condutor sentenciou que *"os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também*

colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados".

Apenas para efeito de esclarecimento, anota-se que este Ministro, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, encontrava-se no exercício da Presidência da Segunda Seção, razão pela qual não pôde externar seu entendimento pessoal sobre a questão. Não obstante, em observância ao posicionamento sufragado pela Segunda Seção e, portanto, à função uniformizadora da jurisprudência afeta à legislação infraconstitucional deste Tribunal, este Ministro passou a aplicá-lo à caso similares, conforme bem destacado pelo Ministro Relator (*ut* Resp 1.105.483/MG, *DJ* 23.5.2011).

Na hipótese dos autos, diversamente, a cláusula que permite a não renovação contratual de ambas as partes contratantes encontra-se inserida em contrato de seguro de vida em grupo, que, conforme se demonstrará, possui concepção distinta dos seguros individuais. *In casu,* não se pode descurar, também, que o vínculo contratual estabelecido entre as partes (de dez anos) perdurou interregno substancialmente inferior àquele tratado anteriormente pela Segunda Seção, de trinta anos. Aliás, o fator tempo, como se verificará, ganha especial relevância para o deslinde da controvérsia, não apenas no que diz respeito à observância ou não da boa-fé objetiva dos contratantes, mas também no que se refere à própria natureza do contrato de seguro de vida em grupo, assentado na mutualidade e concebido, por lei, como temporário.

Passa-se, assim, a dissecar os pontos em que reside propriamente a divergência.

Por definição legal, o contrato de seguro de vida, seja na modalidade individual, seja na modalidade de grupo, destina-se, precipuamente, a garantir, por meio de correlata contraprestação (prêmio), interesse legítimo do segurado, relativo a sua pessoa, contra riscos predeterminados durante a vigência do contrato.

É, em síntese, o que preceitua a lei substantiva civil, *in verbis:*

> *"Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 794 : "A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez"*

Em se tratando, pois, de contrato por prazo determinado, a obrigação da Seguradora, consistente na assunção dos riscos predeterminados, restringe-se ao período contratado, tão somente. Na hipótese de concretização do risco, durante o período contratado, a Seguradora, por consectário lógico, é responsável, ainda, pelo pagamento da respectiva cobertura.

Em contrapartida, a não implementação do risco (ou seja, a não concretização do perigo – evento futuro, incerto e alheio à vontade das partes) não denota, por parte da Seguradora, qualquer inadimplemento contratual, tampouco confere ao segurado o direito de reaver os valores pagos ou percentual destes, ou mesmo de manter o vínculo contratual.

Sobressai, assim, do contrato em tela, dois aspectos relevantes, quais sejam, o do mutualismo das obrigações e o da temporariedade contratual.

Efetivamente, o mutualismo, no bojo do contrato de seguro, não se se circunscreve, tão somente, à contraprestação paga pelo segurado (prêmio) em razão da assunção do risco deste pela Seguradora, que, na hipótese de implementação do risco contratado, compromete-se a prestar a cobertura contratada ao segurado. Na verdade, seu conceito agrega, ainda, a ocorrente diluição do risco individual no risco reputado coletivo. É dizer, a partir da arrecadação, pela Seguradora, de recursos/contribuições de cada segurado, garante-se a proteção dos interesses de toda a coletividade segurada. Destaca-se de autorizada doutrina, por oportuno, as seguintes considerações acerca do mutualismo nos contratos de seguro, *in verbis:*

> *"O mutualismo constitui, portanto, a base do seguro. Sem a cooperação da coletividade seria impossível, ou melhor, não se distinguiria do jogo. Não alcançaria, também seu objetivo social, pois, ao invés do patrimônio segurado seria sacrificado o patrimônio do segurador. A insegurança permaneceria para um e para outro. Importa socialmente evitar o sacrifício de alguém pelo risco e eliminar a insegurança que ameaça a todos. Isto é possível através do mutualismo que reparte os prejuízos para muitos em pequenas parcelas que não afetam sua estabilidade econômica. O patrimônio de todos é resguardado. Já foi dito que o seguro é a técnica da solidariedade"* (Alvim, Pedro. O Contrato de Seguro. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59/60)

> *"Do ponto de vista econômico o caráter mais relevante do contrato de seguro é a mutualidade, por meio da qual o risco individual se dissolve solidariamente entre todos os participantes do grupo de pessoas que resolvem participar da cobertura proporcionada pelo segurador, o qual se vale dos próprios recursos arrecadados entre os segurados para formar um fundo comum. É esse fundo comum que fornecerá os meios para indenizar o prejuízo individual do segurado que vier a sofrer a consumação do risco temido e acobertado pelo contrato. Cumpre, assim, ao seguro um importante papel na economia e no desenvolvimento socioeconômico, já que enseja a formação de um 'patrimônio coletivo', embora não público e não estatal. Cria-se um 'fundo privado', com notável significação na vida econômica desenvolvida pela livre iniciativa"*

O mutualismo, nestes termos, encontra-se arraigado nos contratos de seguro de vida, seja na modalidade individual, seja na modalidade em grupo, já que em ambos há a formação de carteiras e, portanto, a correspondente diluição do risco individual no risco coletivo.

Os contratos de seguro de vida, em regra, também são pactuados por prazo determinado, o que restou explicitado a partir da edição do Código Civil de 2002.

Na verdade, a temporariedade dos contratos de seguro de vida decorre justamente da necessidade de, periodicamente, aferir-se, por meio dos correlatos cálculos atuarias, a higidez e a idoneidade do fundo a ser formado pelas arrecadações dos segurados, nas bases contratadas, para o efeito de resguardar, **no período subsequente,** os interesses da coletividade segurada.

Tal regramento provém, assim, da constatação de que esta espécie contratual, de cunho coletivo, para atingir sua finalidade, deve ser continuamente revisado (adequação atuarial), porquanto os riscos predeterminados a que os interesses segurados estão submetidos são, por natureza, dinâmicos.

A confecção de um contrato de seguro, assim, pressupõe a mensuração, pela Seguradora, de uma série de circunstâncias, tais como, a idade dos segurados, a entrada e saída destes, a ocorrência de sinistros, dentre muitas outras, que se relacionam diretamente aos riscos a serem por ela assumidos durante o prazo contratual, tão somente. Tais circunstâncias, é certo, são dinâmicas e, alteram-se, irremediavelmente, com o passar do tempo.

Efetivamente, a partir de tal aferição, será possível à Seguradora sopesar se a contratação do seguro de vida deverá seguir nas mesmas bases pactuadas, se deverá ser reajustada, ou mesmo se, pela absoluta inviabilidade de se resguardar os interesses da coletividade, não deverá ser renovada. Tal proceder, em si, na compreensão deste Ministro, não encerra qualquer abusividade ou indevida potestatividade por parte da Seguradora.

No ponto, é de se destacar que a temporariedade dos contratos de seguros, necessária, como visto, à plena consecução desta espécie contratual, já que tem o condão de tornar viável a própria prestação pactuada, não passou despercebida pelo legislador, que, no artigo 794 do Código Civil de 2002, assim preceituou: *"A recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo, mediante expressa cláusula contratual, não poderá operar mais de uma vez"*.

Em comentário ao referido preceito legal, autorizada doutrina anota que:

> *"Pela peculiaridade do seguro, o dispositivo limita a ocorrência de renovações automáticas, por recondução tácita dessa espécie de contrato, a saber que a cláusula que expressamente a permita não poderá estabelecer uma continuidade de longa permanência por reiterada sucessividade, assim não podendo operar mais de uma vez. A ideia de renovação automática, sem restrições, colide com o necessário equilíbrio do pacto, quando o restabelecimento contratual não prescinde de nova avaliação dos riscos, necessita adequar-se às mutações havidas no objeto do seguro e observar com segurança os interesses das partes. Essa recondução automática do contrato tem sido comum nas apólices de Acidentes Pessoais e de Vida em Grupo e nas operações de resseguro." (*Alves, Jones Figueiredo leciona: *in Novo Código Civil Comentado. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 634).*

Deve-se deixar assente, aliás, que temporariedade dos contratos de seguro de vida constitui a regra mesmo antes da vigência do atual Código Civil, na medida em que o artigo 1.471 do Código Civil de 1916, vigente à época da celebração do pacto, deixa assente que o seguro de vida tem por objetivo garantir o pagamento de certa importância a determinada pessoa mediante o pagamento de prêmio anual, *in verbis*:

> *"Art. 1.471. O seguro de vida tem por objeto garantir, mediante o prêmio anual que se ajustar, o pagamento de certa soma a determinada ou determinadas pessoas, por morte do segurado, podendo estipular-se igualmente o pagamento dessa soma ao próprio segurado, ou a terceiro, se aquele sobreviver ao prazo de seu contrato."*

Assim, rogando-se a máxima vênia ao Ministro Relator, tem-se que o fato de o contrato ter sido firmado em 1991, sob a égide do Código Civil de 1916, não faz presumir que os recorrentes *"possuíam por objetivo assegurar-se, por intermédio de prestações mensais, não apenas em relação a um período determinado de tempo, mas até que eles falecessem ou fossem vítimas de dano que lhe causasse invalidez"*. A vinculação da Seguradora a estes termos exigiria expressa contratação nesse sentido. *In casu,* diversamente, o contrato de seguro de vida em grupo previu expressamente a possibilidade de ambas as partes optarem pela não renovação do contrato, além de tangenciar regime financeiro pertinente a sua temporariedade.

Não se descura, por óbvio, da possibilidade de, eventualmente, o contrato de seguro de vida ser vitalício, entretanto, se assim vier a dispor as partes contratantes, é certo que as bases contratuais e especialmente, os cálculos atuariais deverão observar regime financeiro próprio.

Ademais, o seguro de vida vitalício, ainda que expressa e excepcionalmente possa ser assim contratado, somente comporta a forma individual, nunca a modalidade em grupo. Na verdade, justamente sob o enfoque do regime financeiro que os seguros de vida deverão observar é que reside a necessidade de se conferir tratamento distinto para o seguro de vida em grupo daquele dispensado aos seguros individuais que podem, eventualmente, ser vitalício.

Nesse ínterim, revela-se oportuno e necessário mencionar o escólio de Sergio Rangel Guimarães, que, tendo em conta a distinta concepção dos seguros de vida individual e em grupo, bem como seus respectivos regimes financeiros, destaca, de forma técnica, que:

> *"Os contratos de seguro de vida em grupo são estabelecidos de forma anual, renováveis. Este ramo de seguro é fundamentado no regime financeiro de repartição simples, em que, atuarialmente, com base em tábuas de mortalidade, é estimado o valor provável de sinistros. Adiciona-se a esta estimativa os custos administrativos da seguradora, bem como o lucro da operação, os custos de colocação e os impostos. Por fim, o montante final é, de forma antecipada aos eventos, rateado entre os segurados. O preço final, que é conhecido pelo termo "prêmio comercial de seguro", representa o valor que o segurado deverá pagar para ter direito à cobertura contratada.*

> *Os seguros individuais, na sua acepção clássica, não são muito difundidos no Brasil. O ramo vida individual (VI) é fundamentado no regime financeiro de capitalização, em que o prêmio comercial de seguro é calculado de forma nivelada. Ou seja, nesta modalidade de seguro, em que os prazos contratuais são plurianuais ou vitalícios, o prêmio é fixo, não se alterando em relação ao capital segurado quando o segurado for atingindo as idades subsequentes. Para que seja preservado o equilíbrio técnico da operação, a parte do prêmio que nos primeiros anos contratuais é superior ao risco efetivo deve ser guardada, constituindo-se uma provisão matemática correspondente (um passivo para seguradora). É utilizada a técnica atuarial, sustentada em tábuas de mortalidade e taxas de juros, para se estabelecer as tarifas e as provisões matemáticas deste tipo de seguro.*" (GUIMARÃES, Sergio Rangel, Fundamentação atuarial dos seguros de vida: um estudo comparativo entre os seguros de vida individual e em grupo. Rio de Janeiro: Fundação Escola Nacional de Seguros – FUNENSEG, 2004. v. 9. 148 p.)

Devidamente delineados os regimes financeiros dos seguros de vida na modalidade individual (quando expressamente contratado de forma vitalícia) e na modalidade em grupo (que, como visto, necessariamente, deve observar prazo determinado para sua efetiva consecução), constata-se inexistir, nos seguros de vida em grupo, qualquer reserva técnica ou provisões matemáticas (passivo para seguradora) ao final do período contratado que possam ser revertidas ao segurado.

Bem de ver, assim, que a pretensão de devolução aos segurados, no todo ou em parte, de reservas técnicas, que, ressalte-se, simplesmente não existem nos contratos de seguro de vida em grupo, a título de reparação por danos materiais decorrentes da não renovação contratual, *permissa venia,* contraria, na compreensão deste Ministro, a própria essência do contrato *sub judice*.

Aliás, compreensão diversa redundaria em desnaturar o contrato de seguro de vida, que, definitivamente, a ele não pode ser conferido os contornos de uma poupança ou aposentadoria, com bem ponderado pelo Ministro João Otávio de Noronha, por ocasião do julgamento do Resp. 1.073.595/MG.

Na verdade, não se concebe que o exercício, por qualquer dos contratantes, de um direito (consistente na não renovação do contrato), inerente à própria natureza do contrato de seguro de vida, e, principalmente, previsto na lei civil, possa, ao mesmo tempo, encerrar abusividade sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, inobservância da boa-fé objetiva, fundada, tão somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de dez anos.

Não se pode simplesmente, com esteio na Lei consumerista, reputar abusivo todo e qualquer comportamento contratual que supostamente seja contrário ao interesse do consumidor, notadamente se o proceder encontra respaldo na lei de regência. Diz-se, *supostamente,* porque, em se tratando de um contrato de viés coletivo, ao se conferir uma interpretação que torne viável a consecução do seguro pela Seguradora, beneficia-se, ao final, não apenas o segurado, mas a coletividade de segurados.

De igual forma, tem-se que a Seguradora recorrida, ao notificar previamente os segurados acerca de sua intenção de não renovar a apólice de seguro contratada, fundada na ocorrência de desequilíbrio atuarial (este segundo informado aos segurados – fls. 16/19 – decorrente da não realização de reajustes por vários anos; interrupção de inclusão de novos segurados na apólice; e elevada incidência de sinistros), com o oferecimento de uma proposta de adesão a um novo produto, não se afastou, por si só, do princípio da boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais.

Como bem ponderado pelo Ministro Relator, de fato, cabe à Seguradora demonstrar em juízo o alegado desequilíbrio atuarial. Este ponto, entretanto, levando-se em conta a razão de decidir exarada pelas Instâncias ordinárias, não se revelou controverso.

Na hipótese dos autos, tanto a sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos dos segurados, assim como o acórdão que a reformou, não adentraram, como seria de rigor, acerca da demonstração ou não do alegado desequilíbrio contratual. Não se pode inferir, assim, que a referida demonstração não restou efetivada. Pode-se concluir, no máximo, que tal questão restou incontroversa nos autos ou que seria, na compreensão das Instâncias ordinárias, desimportante para o deslinde da controvérsia.

Circunscreveram-se, Juízo *a quo* e Tribunal de origem, a exarar, de forma diametralmente oposta, juízo de valor acerca da possibilidade ou não de a Seguradora, após dez anos de contratação, não renovar a apólice de seguro em grupo contratada, tão somente. Esta, portanto, é a questão jurídica submetida à apreciação desta a. Corte.

Como assinalado, tal proceder, em si, não encerra, na compreensão deste Ministro, qualquer ilicitude.

Segundo os recorrentes, a inobservância da boa-fé objetiva encontrar-se-ia fundada, tão somente, no fato de o contrato entabulado entre as partes ter tido vigência pelo período de dez anos.

Como assinalado, a temporariedade do pacto constitui elemento intrínseco ao contrato de seguro de vida em grupo. No contrato entabulado entre as partes, encontra-se inserta a cláusula contratual que expressamente viabiliza, por ambas as partes, a possibilidade de não renovar a apólice de seguro contratada. Tal faculdade, repisa-se, decorre da própria lei de regência.

Desta feita, levando-se em conta tais circunstâncias de caráter eminentemente objetivo, tem-se que a duração do contrato, seja ela qual for, não tem o condão de criar legítima expectativa aos segurados quanto à pretendida renovação.

Ainda que assim não fosse, no caso dos autos, a relação contratual perdurou por apenas dez anos, tempo que (mesmo para aqueles que possam reputar possível a renovação compulsória na hipótese de contratação que perdura longa data),

revela-se, na compreensão deste Ministro, demasiadamente exíguo para vincular a Seguradora eternamente a prestar cobertura aos riscos contratados.

Aliás, a consequência inexorável da determinação de obrigar a Seguradora a manter-se vinculada eternamente a alguns segurados é tornar sua prestação, mais cedo ou mais tarde, inexequível, em detrimento da coletividade de segurados.

Conforme assentado no início deste voto, a tese jurídica encampada por esta c. Segunda Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.073.595/MG, Relatado pela Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 29/04/2011, não pode ser aplicada, na compreensão deste Ministro, ao caso dos autos, notadamente porque possuem bases fáticas distintas. Naquele julgado, além de o contrato de seguro de vida ser individual (e não, como *in casu,* em que a contração deu-se na modalidade em grupo, merecendo, portanto, nos termos delineados, tratamento diverso), a contratação deu-se por mais de trinta anos. Aplicar este entendimento à espécie, cuja contratação, diversamente, perdurou por apenas dez anos, seria tomar, indevidamente, a exceção pela regra, o que não se tem por escorreito.

Nesse sentido, menciona-se, por oportuno, precedente desta Corte que deixou de aplicar o mencionado precedente em razão desta relevante questão temporal:

> *"CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA E RESIDÊNCIA EM GRUPO. RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA POR 3 ANOS. DENÚNCIA UNILATERAL DA SEGURADORA MEDIANTE PRÉVIA COMUNICAÇÃO. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.*
>
> *2. Esta Corte já se manifestou no sentido da abusividade da cláusula que permite a não renovação automática do contrato de seguro de vida, mediante simples notificação da seguradora, nas hipóteses em que o contrato vinha sendo renovado ao longo de muitos anos, ficando estabelecida uma relação de colaboração e confiança entre as partes, bem como de dependência do consumidor em relação à seguradora.*
>
> *3. Contudo, na hipótese, a peculiaridade é a de que o contrato de seguro de vida e residência celebrado entre as partes só foi renovado automaticamente por 2 (duas) vezes, não podendo ser aplicados os precedentes desta Corte, os quais tratam de relações muito mais duradouras – 20, 30 anos – em que se estabeleceu um vínculo de dependência e confiança do segurado em relação seguradora, ficando aquele em situação de desvantagem excessiva em relação essa, além de se encontrar totalmente desamparado após longos anos de mútua colaboração.*
>
> *4. Recurso especial não provido.*" (REsp 1271161/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi *DJe* 24/11/2011)

Referido julgado, é certo, não faz distinção da natureza dos contratos de seguro de vida, tal como ora se propõe, porém, reconhece que a aplicação do posicionamento da Segunda Seção demanda que a relação contratual tenha perdurado um período consideravelmente superior a dez anos (vinte ou trinta anos).

Na hipótese dos autos, como bem destacado pelo Ministro Relator, os recorrentes possuíam, em 1991, quando da contratação, entre 24 (vinte e quatro) e 42 (quarenta e dois) anos. Durante a contratação, que perdurou dez anos, pagaram os respectivos prêmios e obtiveram, em contrapartida, a respectiva cobertura dos riscos pré-determinados contratualmente. Ao final deste lapso, a Seguradora optou, em razão de alegado desequilíbrio atuarial, por não renovar a apólice contratada, oferecendo, inclusive, novo produto, com as atualizações atuariais decorrentes de tal período (inerente, diga-se, a esta espécie contratual), sem a correspondente aceitação pelos Segurados. A idade com que os Segurados contavam quando do fim do seguro, sequer podem, em favor de suas argumentações, ser considerada como óbice a novas contratações no mercado securitário.

Nesse contexto, por tudo que se expôs, não há falar em inadimplência pela Seguradora, em criação, no íntimo dos segurados, de legítima expectativa de renovação do contrato, tampouco em ressarcimento de qualquer quantia, sob pena, sim, de configurar enriquecimento indevido por parte dos segurados.

Inexiste, na verdade, proceder contratual por parte da Segurada que se possa reputar abusivo ou contrários aos ditames da boa-fé, razão pela qual, pedindo-se vênia ao Ministro Relator, nega-se, por conseguinte, provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

MINISTRO MASSAMI UYEDA

SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL. RESCISÃO UNILATERAL PELA SEGURADORA EM CONTRATO RENOVADO POR VÁRIOS ANOS. DESCABIMENTO

STJ, 2ª Seção, REsp. 1.073.595/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 23.03.2011, *DJe* 29.04.2011

RECURSO ESPECIAL N.º 1.073.595/MG (2008/0150187-7)

Recorrente: Alvino Rocha da Silva

Advogado: Bruno Afonso Cruz e Outro(S)

Recorrido: Sul América Seguros de Vida e Previdência S/A

Advogados: Fernando Neves Da Silva e Outro(S)

Alberto Eustáquio Pinto Soares e Outro(S)

Assistente: FENAPREVI – Federação Nacional de Previdência Privada e Vida

Advogado: Sérgio Bermudes e Outro(S)

Assistente: Arildo Loper

Advogado: Edgard Luiz C de Albuquerque

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA, RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR DIVERSOS ANOS. CONSTATAÇÃO DE PREJUÍZOS PELA SEGURADORA, MEDIANTE A ELABORAÇÃO DE NOVO CÁLCULO ATUARIAL. NOTIFICAÇÃO, DIRIGIDA AO CONSUMIDOR, DA INTENÇÃO DA SEGURADORA DE NÃO RENOVAR O CONTRATO, OFERECENDO-SE A ELE DIVERSAS OPÇÕES DE NOVOS SEGUROS, TODAS MAIS ONEROSAS. CONTRATOS RELACIONAIS. DIREITOS E DEVERES ANEXOS. LEALDADE, COOPERAÇÃO, PROTEÇÃO DA SEGURANÇA E BOA FÉ OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PREVISTOS. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO CONTRATO, PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SÃO APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA.

1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes.

2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abrutamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo.

3. Constatado prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer.

5. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha. Acompanharam a Sra. Ministra Relatora, em sessões anteriores, os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Luis Felipe Salomão. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Vasco Della Giustina, Art. 162, § 2º, RISTJ.

Brasília (DF), 23 de março de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO SIDNEI BENETI

Presidente

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por ALVINO ROCHA DA SILVA com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional visando a reforma de acórdão exarado pelo TJ/MG no julgamento de recurso de apelação.

Ação: para cumprimento de obrigação de fazer, sob o procedimento ordinário, proposta pelo recorrente em face de SUL AMÉRICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

O autor alega que vinha contratando, há mais de trinta (30) anos, continuamente, o seguro de vida individual oferecido pela ré, mediante renovação automática de apólice de seguro. Em 1999, houve por bem manter seu vínculo com a seguradora, aderindo, porém, a uma apólice coletiva, vigente a partir de 2000. Essa apólice, da mesma forma, vinha sendo automaticamente renovada ano a ano.

Ocorre que no final do ano de 2006 a ré enviou correspondência ao autor informando de sua intenção de não mais renovar o seguro, nos termos em que fora contratado. Ofereceu-lhe, em substituição, três alternativas que o autor reputou excessivamente desvantajosas. Daí a propositura da ação. Nela, o autor argumenta, entre outros fundamentos que: (i) a seguradora estaria impedida de rescindir o contrato ou de alterar suas condições unilateralmente, em especial tendo em vista que o autor pagou regularmente o prêmio do seguro; (ii) a Circular nº 302/05, da SUSEP, que autoriza a não renovação de apólices de seguro desde que haja notifi-

cação prévia, lesa o ato jurídico perfeito; (iii) o princípio da boa-fé objetiva inibe a modificação brusca do critério de renovação do contrato.

Pleiteia, ao final, a aplicação do CDC à controvérsia e requer, entre outros pedidos, que seja estendida a validade da apólice à qual vinha aderindo, com a respectiva emissão de boletos para pagamento e tolerando-se seu reajuste anual segundo o INPC/IBGE.

Antecipação de tutela: Há pedido de antecipação dos efeitos da tutela, deferido pelo juízo de primeiro grau, motivando a interposição de agravo de instrumento, pela seguradora. O agravo foi improvido pelo Tribunal *a quo* (fls. 473 a 483)

Contestação: Ao apresentar sua resposta (fls. 96 a 147), a seguradora argumenta, entre outras matérias, que: (i) a realidade econômica brasileira impede que os seguros de vida sejam contratados sob o mesmo sistema utilizado nos anos 70, quando se iniciou a série de seguros a que aderiu o autor; (ii) o CC/02, sensível a essa realidade, limitou a renovação automática de contratos de seguros a uma única vez (art. 774 do CC/02); (iii) os constantes prejuízos experimentados pela seguradora para a manutenção do sistema anterior de renovação de contratos de seguro a obrigaram à redução de seu capital social em mais de 200 milhões de reais; (iv) os contratos de seguro não são vitalícios, mas anuais, de modo que a recusa à renovação, tanto por parte do segurado como da seguradora, não pode implicar rompimento do contrato; (v) a Circular 317/06, da SUSEP, expressamente autoriza o aumento do seguro de vida com fundamento na mudança de faixa etária do segurado; (vi) não há ofensa ao CDC, mas exercício, por parte da seguradora, de seu direito de liberdade contratual; (vii) o aumento proposto pela seguradora no prêmio do seguro obedeceu a um Programa de Readequação favorável ao autor, que evitou transferir a ele todos os ônus decorrentes da mudança do cálculo atuarial do seguro. Pondera, após fazer essas ilações, sobre o fato de ser o seguro um contrato coletivo e junta pareceres. Noticia a existência de uma ação civil pública sobre a questão, cujo pedido de antecipação dos efeitos da tutela solicitado pelo MP foi indeferido (Processo nº 06.104.239-6, perante a 12ª Vara Cível de Belo Horizonte).

Sentença: julgou improcedente o pedido. O principal fundamento foi o de que "o consumidor não tem direito adquirido à renovação automática e perpétua da avença, podendo a seguradora, com amparo no princípio da liberdade contratual, alterar os termos dos contratos ofertados no mercado, visando à manutenção do equilíbrio contratual" (fls. 487 a 491).

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação, interposto pelo autor.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SEGURO DE VIDA – NOVAS BASES PARA RENOVAÇÃO DO CONTRATO – NOTIFICAÇÃO PELA SEGURADORA – OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE.

Prevendo o contrato de seguro a não renovação da apólice pelas partes, mediante aviso prévio de 30 dias, não há abusividade da seguradora ao dar por findo o pacto após a vigência da apólice, posto haver cláusula expressa nesse sentido.

Recurso especial: interposto pelo segurado, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional. Alega-se violação dos arts. 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, todos do CDC, bem como ao art. 765, do CC/02.

Admissibilidade: o recurso foi admitido, na origem.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

I – Objeto

Cinge-se o a lide a estabelecer se é possível à empresa seguradora notificar o segurado, que com ela mantinha vínculo há muitos anos, de sua intenção de não renovar o contrato de seguro de vida nas bases vigentes até então. É peculiaridade da espécie o fato de que a seguradora ofereceu ao consumidor outras alternativas para a renovação do seguro, todas significativamente mais onerosas que a original.

II – O recurso quanto à alínea 'a' do permissivo constitucional

O acórdão recorrido está baseado na aplicação, à hipótese dos autos, das normas do art. 769 do CC/02 (para justificar que o agravamento dos riscos podem motivar a recusa à renovação do contrato de seguro), no art. 774, também do CC/02 (para justificar que a Lei veda a renovação automática do contrato de seguro por mais de uma vez) e no art. 51, IV, do CDC, (para justificar a inexistência de abusividade na cláusula que dava ao segurador a faculdade de não renovar o contrato). Inexistem embargos de declaração para o fim de prequestionar outros dispositivos legais.

O recurso especial, por sua vez, avia a alegação de que foram violados os arts. 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, todos do CDC, bem como ao art. 765, do CC/02. Nenhuma dessas normas foi prequestionada pelo acórdão recorrido, de modo que o recurso, quanto à violação, esbarra nos óbices das Súmulas 282 e 356, ambas do STF.

III – O recurso quanto à alínea 'c' do permissivo constitucional

Em que pese a impossibilidade de se conhecer deste recurso especial quanto à alínea 'a', o recurso está também fundamentado na alínea 'c' do permissivo constitucional. Nesse ponto, a divergência estabelecida entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, proveniente do TJ/RS (AC nº 70019428515).

IV – Solução da controvérsia: contratos relacionais

O Tribunal de origem entendeu ser possível a rescisão do contrato *sub judice*, considerando não haver qualquer abusividade na cláusula que a prevê mediante prévia notificação. Para chegar a esse resultado, os julgadores estabeleceram os seguintes pressupostos:

> Considerando que o contrato de seguro, como o que aqui se discute, é oneroso e sinalagmático e, portanto, gera direitos e obrigações para ambas as partes. Considerando, ainda, a documentação que instrui o presente, constituindo-se fato incontroverso que o autor/apelante fora notificado de que a seguradora, em razão do termo final de vigência da apólice em 30/09/2006 (fls. 31), levando-se em conta os estudos efetivados através do denominado 'programa de readequação da carteira de seguros de pessoas', e a conclusão de que a proposta de substituição do seu seguro atual por uma das opções sugeridas pela seguradora, ocorre em função do atual contexto econômico e legal, que é avesso à manutenção de produtos sem atualização monetária ou cláusula de reenquadramento do prêmio de acordo com a faixa etária do segurado – alteração dos riscos pode motivar a recusa do segurador (art. 769 CC). E, considerando que não houve aceitação das novas propostas pelo segurado, não se pode, em princípio, impor a uma das partes, que se mantenham os termos primitivos do contrato

Todo esse raciocínio, em que pese ser coerente tendo em vista os pressupostos de que parte, acaba por desconsiderar um dado fundamental desta controvérsia. O contrato *sub judice* não pode, em hipótese alguma, ser analisado isoladamente, como um acordo de vontades voltado ao estabelecimento de obrigações recíprocas por um período fixo, com faculdade de não renovação. Essa ideia, identificada com o que Ronaldo Porto Macedo Jr. chamou de *"contratos descontínuos"*, põe de lado a percepção fundamental de que qualquer contrato de seguro oferecido ao consumidor, notadamente por um longo período ininterrupto de tempo, integra o rol de contratos que a doutrina mais autorizada convencionou chamar de *contratos relacionais* (MACEDO JR, Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e defesa do consumidor,* 2ª ed., São Paulo: Editora RT, 2007), ou *contratos cativos de longa duração* (MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais,* 5ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2005).

Nesses contratos, para além das cláusulas e disposições expressamente convencionadas pelas partes e introduzidas no instrumento contratual, também é fundamental reconhecer a existência de *deveres anexos,* que não se encontram expressamente previstos mas que igualmente vinculam as partes e devem ser observados. Trata-se da necessidade de observância dos postulados da *cooperação, solidariedade, boa-fé objetiva e proteção da confiança,* que deve estar presente, não apenas durante período de desenvolvimento da relação contratual, mas também na fase pré-contratual e após a rescisão da avença. A proteção especial que deve ser conferida aos contratos relacionais nasce da percepção de que eles "vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual

complexa, torna-se este cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou tendo frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada" (fls. 102/3).

Não é difícil enxergar que um contrato de seguro de vida que vem sendo renovado por trinta anos, inicialmente na modalidade individual, e depois como seguro em grupo, não pode ser interpretado como se meramente derivasse de contratos isolados, todos com duração de um ano. Os diversos contratos renovados não são estanques, não estão compartimentalizados. Trata-se, na verdade, de uma única relação jurídica, desenvolvida mediante a celebração de diversos contratos, cada um deles como a extensão do outro. Essa constatação prejudica de maneira incontornável o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal *a quo*, de que a mera notificação com trinta dias de antecedência para o termo do contrato anual é suficiente para justificar sua não renovação. Se analisarmos todos os contratos conjuntamente, notaremos que a notificação referida, na verdade, não transmite a intenção de não renovação de um vínculo anual, mas sim a intenção de *rescindir* o vínculo continuado, que ininterruptamente vinha se mantendo até então. Essa mudança de enfoque do problema é fundamental porque onde se via, antes, uma mera negativa de renovação, enxerga-se, agora, uma efetiva rescisão.

Essa rescisão da avença deve observar, como dito, os princípios da colaboração, da boa fé e da confiança. Um jovem que vem contratando ininterruptamente o seguro de vida oferecido pela recorrida não pode ser simplesmente abandonado quando se torna um idoso. O cidadão que depositou sua confiança na companhia seguradora por anos, ininterruptamente, deve ter essa confiança protegida. O abandono do consumidor, nessa situação, não pode ser tomado como medida de boa fé.

Há, naturalmente, a contrapartida. Não se pode exigir, indistintamente, que a seguradora permaneça amargando prejuízos para a manutenção do vínculo contratual. A colaboração que deve orientar a relação entre o consumidor e a seguradora deve produzir seus efeitos para ambos, de modo que o consumidor também deve colaborar com a seguradora.

Porém, é fundamental que se note que não é razoável imaginar que, de um ano para o outro, a seguradora teve uma "súbita" constatação de que amargava prejuízos em sua carteira de seguros de vida, justificando a completa modificação do sistema anterior de forma abrupta. Há responsabilidade da seguradora por não ter notado o desequilíbrio de sua carteira em tempo hábil, comunicando prontamente o consumidor e planejando, de forma escalonada, a correção das distorções.

No que diz respeito à comunicação do consumidor, inclusive, há algumas peculiaridades no processo que merecem relevo. Há, nos autos, uma carta, à fl. 31, na qual o Consumidor é notificado do término da vigência da apólice de seguros em 30/9/2006. Essa carta, porém, não está datada, o que torna impossível verificar

a antecedência com que foi entregue. Nela a Seguradora faculta ao consumidor aderir uma das "opções de novos contratos de seguro, todas em condições bastante favoráveis quando comparadas aos produtos atualmente disponíveis para venda, ou mesmo aos oferecidos pela concorrência". Há na carta uma remissão a uma outra missiva, na qual constaria o "Programa de Readequação da Carteira de Seguros de Pessoas". Mas a análise dessa outra correspondência, que está à fl. 216, também não traz luz à questão. A carta está datada de 18 de outubro de 2006 e o limite para que o consumidor fizesse sua opção por uma das alternativas oferecidas é o dia 25 de setembro 2006. Há claro erro material na data do documento e não é possível, portanto, verificar a antecedência com que foi notificado o consumidor.

De concreto há apenas a menção, na inicial, de que o consumidor, em julho de 2006, "foi surpreendido com uma notificação aviada pela Requerida". Tudo indica que essa notificação é a segunda carta que lhe teria sido entregue, a carta que faz referência à anterior, e que não veio acompanhada do indigitado "Programa de Readequação". Com efeito, se o consumidor tivesse recebido essa primeira correspondência, acompanhada de diversos documentos, não teria sido "surpreendido" pelo envio da segunda.

Assim, o que se evidencia pela análise do processo é a completa falta de segurança quanto às informações que necessariamente deveriam ter sido prestadas ao consumidor. Não se sabe o que ele recebeu, quando ele recebeu, ou como ele recebeu. Os documentos apresentados pela seguradora não trazem absolutamente nenhuma luz ao processo quanto este aspecto.

Não obstante isso, tão ou mais importante que antecedência da comunicação do consumidor acerca das novas regras para o contrato de seguro de vida, seria o procedimento a ser adotado para que as modificações fossem promovidas. No momento em que a Sulamérica constatou os prejuízos que amargava com a carteira de seguros, competir-lhe-ia agir com lealdade, com boa-fé, com solidariedade perante o consumidor que vinha sendo seu parceiro de tantos anos.

Os indispensáveis aumentos no prêmio do seguro, ou as fundamentais reduções de cobertura, além de ser informados ao consumidor com grande antecedência, deveriam ser promovidos num processo escalonado e lento, ano a ano, seguindo um extenso cronograma prévio, a respeito do qual o consumidor tem de estar plenamente ciente. Com isso, a seguradora colaboraria com o consumidor, que poderia se planejar, se preparar para as mudanças que, ao longo do tempo, seu contrato experimentaria, e o consumidor, por sua vez, também colaboraria com a seguradora, cobrindo, na medida das suas possibilidades, os prejuízos que ela constatou existirem. Nada há, no acórdão recorrido ou nas correspondências transmitidas ao consumidor, que indique que essas medidas foram tomadas.

Não há uma só palavra, na sentença ou no acórdão recorrido, que dê conta do oferecimento de um plano escalonado ao consumidor. Na inicial nada é dito. Na apelação, igualmente. O mesmo silêncio se verifica nas contrarrazões, tanto

ao recurso de apelação, como ao recurso especial. Somente no momento do julgamento deste processo, na Segunda Seção, em esclarecimento prestado oralmente pelo advogado, já após proferido o voto da relatora, é que a Seguradora chamou a atenção para o fato.

Compulsando os autos, verifica-se que há apenas uma menção ao tal escalonamento de reajustes, na página 20 da contestação (fl. 116), em nota de rodapé. Para além disso, há apenas algumas menções genéricas, contidas nas transcrições dos pareceres de juristas acostados aos autos. Mas não há documentos acompanhando a contestação que mencionem, de forma detalhada, como tal escalonamento ocorreria, tampouco a comprovação de entrega desses esclarecimentos ao consumidor. Há apenas as propostas de adesão às novas apólices, a fls. 218 a 224, nas quais sucintamente valores progressivos de prêmio de seguro são incluídos, em letra miúda, ao final, sem nenhuma explicação adicional ou destaque. E não há provas nem mesmo de que essas propostas foram entregues ao segurado. Não há um comprovante sequer no processo, nenhuma assinatura, nada.

Nesta sede, o Superior Tribunal de Justiça colhe os fatos da causa conforme apreciados pelo Tribunal *a quo*. O acórdão recorrido não faz menção à colaboração da seguradora com o segurado, na decisão de reajustar o seguro de vida. A questão foi analisada pelo Tribunal sob um enfoque particular, com as vistas voltadas apenas para o contrato que estava por se extinguir, e o novo contrato apresentado. Conforme disse expressamente o relator em seu voto, "o que se discute nos autos, é a validade ou não da rescisão praticada pela seguradora ao término da vigência do contrato de seguro de vida com a apelada" para, depois, complementar:

> Considerando-se que a seguradora observou o prazo de vigência da apólice (30.09.2006), e comunicou expressamente ao autor, com antecedência superior à prevista no contrato (julho de 2006 – fls. 03) não há se falar em abusividade, nem mesmo na obrigação da seguradora em manter o contrato da forma inicialmente avençada. Afinal, conforme já dito, a seguradora possuía o direito de se desinteressar pela renovação do contrato, dentro das condições nele estipuladas.

Tendo julgado dessa forma a matéria, o acórdão está equivocado e merece reforma. Não é possível, em sede de recurso especial, ir além disso. Se, no caso concreto, houve uma proposta vantajosa, feita pela seguradora, de escalonamento de reajustes para o consumidor, é matéria que não foi abordada pelo Tribunal e que não pode ser revolvida nesta sede, dado o óbice contido na Súmula 7/STJ. De certo temos que, na forma descrita no acórdão recorrido, a não renovação (que, aqui, se reconhece como rescisão) do contrato de seguro claramente contraria as normas dos arts. 39, X, 46 e 51, IV, do CDC.

Forte nessas razões, conheço e dou provimento ao recuso especial, para o fim de afastar o direito da seguradora à não renovação da apólice coletiva nº 00636, especificamente no que diz respeito ao ora recorrente. Tal apólice, portanto, deve-

rá ser imediatamente restabelecida, mediante o pagamento, pelo consumidor, dos prêmios nela previstos, com as correções contratualmente estabelecidas. Faculta-se à seguradora, para a mitigação dos prejuízos que constatou experimentar com tal apólice, elaborar plano de readequação, que escalone aumentos de maneira suave e ao longo de um período amplo de tempo, sempre com prévia informação ao consumidor e disponibilizando a ele amplo canal de contato, para esclarecimento e negociação.

Na hipótese de o plano preparado pela seguradora já contemplar todas essas circunstâncias, como ela alegou oralmente na Tribuna durante o julgamento, fica-lhe facultado oferecer, novamente, o mesmo plano, para apreciação do consumidor. Se este entender que o escalonamento não contempla seus interesses, fica-lhe facultado discutir novamente a matéria em juízo, em ação na qual se discutirá, especificamente, não o direito à descontinuação do contrato de seguros, mas a adequação do plano apresentado, de acordo com os princípios que regem os contratos relacionais, expostos neste voto.

VOTO-VISTA – VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Tratam os autos de ação ordinária proposta por Alvino Rocha da Silva em desfavor de Sul América Seguros de Vida.

Relatou o autor que ajustou seguro de vida com a ré, contrato esse que estava sendo renovado automaticamente ano a ano até que, em 2006, fora notificado de que não mais interessava à seguradora a manutenção do contrato, exceto se houvesse um substancial aumento no valor do prêmio a ser pago.

Em razão disso, buscou o ora recorrente, por meio da presente ação, compelir a seguradora à renovação de seu contrato nos mesmos termos em que vinha ocorrendo até então.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, mantendo a sentença, julgou a ação improcedente sob o principal fundamento de que não houve nenhum ferimento à norma consumerista, tendo em vista que tanto a rescisão quanto a renovação do contrato é prerrogativa atribuída a ambas as partes, não podendo ser considerada direito apenas do segurado.

Daí o recurso especial, no qual é alegado que foram ofendidos os artigos 6º, V, 39, X e XI, 46 e 51, XI e XIII, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 765 do Código Civil.

A Ministra Relatora conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, determinando à seguradora que renove o contrato, posição com a qual, *data venia*, não compactuo pelas razões que passo a expor.

Quanto à parte final do voto da i. Relatora, de que fica facultado à seguradora elaborar plano de readequação e apresentá-lo ao segurado, que, por sua vez, se não

concordar com o plano, poderá recorrer ao Judiciário para discuti-lo, entendo que é decisão que efetivamente não resolve a lide proposta.

Melhor explico: a presente ação não está assentada tão somente no interesse do segurado pela renovação do contrato, **mas assenta-se na sua pretensão de renová-lo em conformidade com seus interesses, ou seja, quer a manutenção dos valores do prêmio com os quais vinha arcando, não se interessando por nenhum outro ajuste**.

A seguradora efetivamente notificou o segurado de que não renovaria o ajuste nos termos em que se encontrava, apresentando-lhe três alternativas distintas, todas contando com a manutenção do prêmio no primeiro ano e, a partir do segundo, onerando-os gradativamente por quase cinco anos.

Ora, se a seguradora ofertou outros planos, não cabe, nesta etapa, ignorá-los para simplesmente determinar que a seguradora elabore outros, pois essa não é pretensão do autor, que, repito, deixou clara sua intenção de renovar o seguro nos mesmos patamares de custos com os quais vinha arcando.

Com relação ao mérito da questão, não tenho objeção quanto à tese desenvolvida pela i. Relatora acerca dos contratos relacionais; todavia, entendo que não comporta aplicação na espécie.

Num estudo desenvolvido por Eloíza Prado de Melo, que, inclusive fora disponibilizado na internet (www.jus2.uol.com.br), a autora indica que os contratos relacionais são de longa duração por se inclinarem a criar relações contínuas e duradouras, sendo que as cláusulas regulamentam processos de negociações sucessivas. Afirma a autora que os contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas partes, nos quais os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Os contratos relacionais, segundo essa autora, são caracterizados pelos princípios da equidade, transparência, confiança e boa-fé. Observemo-los.

Princípio da Equidade: esse princípio versa que deve haver equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, estando vetadas as vantagens exageradas para uma das partes ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

O contrato de seguro é formado por grupo de segurados que, mediante a paga de um prêmio, garantem-se contra riscos. Para tanto, são efetuados os chamados cálculos atuariais, que nada mais são do que uma forma de encontrar-se equilíbrio entre a contribuição de muitos e a eliminação dos danos sofridos por poucos participantes do grupo.

Assim, se um membro do grupo vier a contribuir com valores módicos de forma a por em desequilíbrio o sistema ou a onerar indevidamente os outros membros do grupo, evidentemente que de equidade já não se pode falar.

Há de se ter clareza que a equidade não é um princípio que veio em socorro do consumidor. Ele serve para informar o contrato ajustado, de forma a manter um equilíbrio possível atento aos interesses de cada contratante.

Portanto, se de um lado do ajuste tem-se um consumidor, não é por esse motivo que o prato da balança deve pender em desfavor do prestador de serviços.

Princípio da Transparência e Confiança: em defesa do consumidor, estes princípios visam à transparência nas informações prestadas ao consumidor acerca do produto a ser vendido ou do serviço a ser firmado, bem como sua adequação.

Na presente ação, o recorrente não reclamou sobre a não objetividade de seu contrato.

Aliás, quando se referiu à falta de clareza, deixou transparecer uma grande confusão em relação a contratos de seguro e investimento financeiro. Senão, observem-se os termos postos nas razões da apelação (fl. 499/500):

> "Soubessem os segurados, com a clareza necessária que determina o C.D.C, que ao aderirem aos contratos de seguros, corriam o risco de ter a apólice cancelada a qualquer momento, bastando um aviso prévio de 30 dias como consta na cláusula inserta no contrato de adesão, e que esta possibilidade poderia ocorrer, principalmente, quando estivessem contribuindo após muitos anos, NINGUÉM, JAMAIS, CONTRATARIA UM SEGURO DE VIDA. Qualquer pessoa, em sã consciência, preferiria outro tipo de investimento, por menor que fosse a taxa de capitalização, mas teria a certeza real de que, na sua falta, poderia seus familiares lançarem mão do montante que juntaram ao longo de anos, em poupança."

Em que pese o equívoco do recorrente de falar em nome coletivo, mencionando constantemente "segurados" e "pelos segurados", verifica-se que afirmou que não aderiria a um contrato se soubesse que a apólice poderia ser cancelada **como estipulado nas cláusulas ajustadas**. Ora, se está estipulado na apólice, e o recorrente sabe disso, então tinha perfeita ciência de que tal poderia acontecer. Pode-se até dizer que ele não esperava por isso, mas isso é mera expectativa pessoal.

Por outro lado, por mais desinformada que possa ser uma pessoa, ela não confunde contrato de seguro com aplicações no mercado financeiro, que rendem juros ou dividendos. É inerente ao contrato de seguro o pagamento do prêmio pelo segurado em razão da transferência do risco ao segurador.

Princípio da Boa-fé: esse princípio é extenso a ponto de abranger as relações contratuais em todos os pontos de sua influência.

Mas, para a hipótese em questão, valho-me dos conceitos lançados pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor, segundo o qual a boa-fé mensurada nas disposições do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor "*se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundados na lealdade e na confiança*".

Todavia, segundo o próprio Ministro, isso não significa o atendimento dos interesses do consumidor, uma vez que "*a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social*".

Por certo que o contrato de consumo, seja de seguro ou não, é sinalagmático, ou seja, dele emergem obrigações recíprocas para cada contratante, que, para o consumidor, nada mais significa do que o investimento que deve fazer na aquisição do produto a ser consumido ou serviço prestado.

Assim, tal princípio, que na verdade está bastante informado pelo da equidade, busca equilibrar as vantagens procuradas pelas partes. Deve(m) o(s) produtor(es) ser(em) remunerado(s), bem como deve o consumidor pagar pelo que consome, mas pagar o justo preço, nem de mais nem de menos.

Portanto, não tem cabimento o consumidor, seja a que título for, querer se isentar de sua parcela de responsabilidade, pagando valores que efetivamente não remuneram os serviços prestados, como se o fornecedor tivesse por dever sustentar-lhe nas suas vontades. As normas consumeristas são protetivas, mas desservem ao fim de satisfazer emissões volitivas.

Portanto, se ferimento da boa-fé está sendo praticado, o está pelo recorrente, que, nada obstante ser componente de um grupo de seguro, visa satisfazer seu interesse em pagar o menos em detrimento de todo o grupo.

Assim, independe, para a solução da controvérsia, que o contrato aqui referido seja dito por "contrato relacional" e que tenha o consumidor tornado-se cliente cativo, como expressou a i. Relatora, do fornecedor em questão, pois isso não o isenta de sua contraprestação.

E, quando se refere à impossibilidade de serem frustradas as expectativas do consumidor, há de se mensurar se a expectativa é legítima, ou seja, se ela tem prospectiva direta em relação ao produto adquirido.

Num contrato de seguro, o que se pode ter como expectativa é a cobertura dos riscos na apólice previstos, pois a isso presta-se tal contrato. Se ocorrendo o dano, a seguradora, em vez de honrar com sua parte, traz a lume empecilhos advindos de cláusulas contratuais mal redigidas, aí sim, pode-se dizer que foi o consumidor ferido. Se, noutro exemplo mais aproximado à questão ora *sub judice*, o contrato vem sendo renovado ano após ano, e a seguradora resolve rompê-lo ou resolve onerar o valor do prêmio a preços injustificáveis (em vista da média praticada no mercado), também o consumidor ver-se-á ferido. Caso contrário, não há por que falar em quebra dos postulados de cooperação, solidariedade ou boa-fé.

Como na hipótese presente, o consumidor pretende manter-se pagante de um valor fixo, certo que não há sustentação para quaisquer questões acerca de má-fé em relação à seguradora, que ao recebimento de um valor constante não se obrigou.

DO PRÊMIO

O prêmio é um dos elementos do contrato de seguro. É a contraprestação que o segurador recebe em razão da assunção do risco do segurado.

Nas palavras de Pedro Alvim, *in* "O Contrato de Seguro", pág. 269/270:

> "Prêmio é, pois, a remuneração que o segurado deve pagar ao segurador pela garantia que lhe dá pela cobertura de certo risco. É a compensação pela assunção do risco...
>
> É com a receita de prêmios que o segurador constitui o fundo comum de onde retira as verbas para cumprir suas obrigações perante os segurados. É portanto, um elemento imprescindível à estabilidade de sua operações."

Observa-se que o prêmio não tem outra função que não compor o fundo que será utilizado pela seguradora para garantir as indenizações, além das despesas e seu lucro. Em razão disso, é que o prêmio é variável, aumentando ou diminuindo em conformidade com diversos fatores, tais como tempo, grau de riscos, aí incluído o elemento 'idade dos segurados', e fatores econômicos vigentes. Assim, sobre o cálculo do prêmio, continua o autor citado:

> "O prêmio é uma função do risco. Varia de acordo com sua periculosidade. Aumenta ou diminui, segundo sua gravidade. Quanto maior a probabilidade do risco, maior o prêmio. Há uma correlação necessária entre os dois elementos de forma a manter a fonte de recursos para as obrigações do segurador. Não seria justo que o prêmio fosse igual para todos. O risco de cada segurado varia, segundo uma série de fatores que aumentam ou diminuem a probabilidade de ocorrência."

Portanto, *in casu*, o aumento do prêmio, que, há anos, vinha sendo cobrado pelo mesmo valor, não constitui, per si, nenhuma vulneração de normas, seja do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

Pretendendo o consumidor a manutenção do valor do prêmio, é de se esperar que sustente que o grau de risco se manteve inalterado no curso dos anos, permanecendo estáveis as variáveis que o informam, pois a manutenção do prêmio em valores insuficientes à garantia do pagamento das indenizações põe em risco o sistema, agravando a situação de todo um grupo social.

Chegou o recorrente a dizer que os aumentos foram abusivos. Contudo, o conceito de "abusividade" não se esgota em si mesmo. Ele está diretamente vinculado a um referencial. É abusivo em relação a alguma coisa tida razoável. Portanto, a mera alegação de abusividade cai no vazio quando não sustentada em base concreta.

DA EXTINÇÃO DO CONTRATO.

O seguro de pessoa se subdivide em várias espécies, estando entre elas o seguro de vida.

O art. 774 do Código Civil trouxe regra inédita a respeito do direito de seguros, pois estabelece que a recondução tácita do contrato não poderá ocorrer mais de uma vez, devendo ainda contar com previsão contratual.

Era prática no mercado a contratação de seguro de vida, e a contínua renovação do contrato, arcando o contratante apenas com o pagamento dos prêmios que se lhe impunham até a ocorrência do sinistro. Entretanto, a inovação mencionada pôs fim a tal prática, exatamente para dar maior segurança ao sistema, buscando manter solvabilidade do segurador e o equilíbrio contratual, que não prescinde da necessária análise e avaliação dos riscos, bem como adequando contratos e valores ajustados às mutações havidas.

É evidente que a manutenção de sistema de larga repercussão social visa à proteção do consumidor que, ignorante quanto ao funcionamento do sistema, tende apenas a buscar a transferência do risco ao segurador, com ônus mínimos para si mesmo.

Assim, a recomposição atuarial é inerente ao próprio sistema, ou seja, as características que ensejaram a fixação do prêmio e a aceitação da respectiva proposta. Dessa forma, a renovação automática e por tempo indeterminado, no entendimento do legislador, constitui óbice ao acompanhamento constante do risco e das modificações que, naturalmente, ocorrem ao longo do tempo.

Daí o motivo de óbice à renovação automática, como ocorria.

Assim, se o sistema legal assegura que os contratos da espécie são temporários, certo que sua extinção ocorrerá nas hipóteses em que não chegam as partes a um consenso sobre a renovação, ou melhor, tratando-se de contrato de adesão, a extinção se dará caso o segurado não concorde com as condições lhe apresentadas pelo segurador.

Há nos autos parecer da lavra do eminente doutrinador Nelson Nery Junior, cuja parte conclusiva cito, pois a propósito do pensamento ora desenvolvido:

> "**Resposta: Há várias cautelas a serem tomadas**. No lançamento, gestão e comercialização dessa modalidade de seguros é necessário atentar-se às exigências do dever de informar. Tais exigências baseiam-se na necessidade de prestar conteúdo informativo eficiente, isto é, claro e veraz, condizente com a realidade. As principais características de inovação são: a) prêmio flutuante conforme a vida do segurado; b) impossibilidade de exercício de direito de resgate, por ausente nessa modalidade; e c) o caráter temporário da relação contratual, que se extingue após determinado lapso de tempo.

Além de a informação ter de ser prestada ante da contraprestação, para assegurar meios de prova de que houve o cumprimento desse dever, pode-se emitir cartão-proposta ou projeto de contrato com as informações, fazê-las constar das condições gerais e particulares de contrato bem como da própria apólice, como o recomenda, inclusive, as informações obtidas do direito comparado apresentadas no curso do presente parecer."

Mesmo no caso de ajuste firmado em março de 2000, antes, portanto, do Código Civil de 2002, o consumidor não teria assegurado o direito de renovar automaticamente por anos a fio o contrato no seu interesse. Havendo previsão em contrário, inclusive confessada pelo consumidor (conforme citado acima) e sendo cumprida adequadamente pelo segurador as cláusulas nesse sentido constantes da apólice, lícito que interrompa a renovação, extinguido-se o ajuste pelo decurso de tempo.

Diante disso, restou explícito no acórdão recorrido que o segurado, ora recorrente, fora devidamente notificado com 30 dias de antecedência do término do contrato; e que a seguradora estava readequando a carteira de seguros, propondo, então, a substituição do ajuste, reenquadrando o valor do prêmio conforme a faixa etária do proponente.

Observe-se:

> "... Considerando, ainda, a documentação que instrui o presente, constituindo-se fato incontroverso que o autor/apelante fora notificado de que a seguradora, em razão do termo final de vigência da apólice em 30/09/2006 (fls. 31), levando-se em conta os estudos efetivados através do denominado 'programa de readequação da carteira de seguros de pessoas', e a conclusão de que a proposta de substituição do seu seguro atual por uma das opções sugeridas pela seguradora, ocorre em função do contexto econômico e legal, que é avesso à manutenção de produtos sem atualização monetária ou cláusula de reenquadramento de prêmio de acordo com a faixa etária do segurado – a alteração dos riscos pode motivar a recusa do segurador (art. 769 CC). E, considerando que não houve aceitação das novas propostas pelo segurado, não se pode, em princípio, impor a uma das partes, que se mantenham os termos primitivos do contrato" (fl. 591).

Sobre a cláusulas contratuais que dispunham acerca da possibilidade de não renovação do ajuste, elucidou o acórdão o seguinte:

> "A cláusula 24 dispõe que a renovação da apólice é automática ao fim de cada período de vigência, salvo se a seguradora ou o estipulante comunicar o desinteresse pela mesma, mediante aviso prévio de 30 (trinta) dias, anteriores ao seu vencimento.
>
> E a cláusula 22.2 permite a rescisão do contrato pela seguradora diante de prévia notificação do segurado a respeito da sua pretensão de rescindir o contrato avençado, mediante aviso prévio de 30 dias.

Destarte, a seguradora agiu em consonância com o contrato entabulado,..." (fl. 592).

Diante de todo esse esclarecimento, não vejo como sustentar, a exemplo da i. Relatora, que "*salta aos olhos a completa falta de segurança quanto às informações que necessariamente deveriam ter sido prestadas ao consumidor*", pois, seguindo o que consta no acórdão recorrido, tais informações foram adequadamente presta-

das, em conformidade com as cláusulas constantes da apólice, cuja validade não foi contestada em nenhum momento pelo consumidor.

Nunca é demais afirmar que a verificação dos motivos que levaram à formação do juízo recorrido para considerar que o recorrente fora notificado como devido é procedimento que requer a análise de matéria fática, o que se mostra incompatível na via eleita, diante dos enunciados ns. 5 e 7 da Súmula desta Corte.

Não vejo, portanto, violação alguma de dispositivo, seja do Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, em razão de que: **a**) o seguro firmado contava com cláusulas que impunham certas condições a serem observadas pela seguradora na hipótese de não renovação automática do ajuste; **b**) segundo consta do acórdão recorrido, tais condições foram cumpridas pela seguradora e devidamente notificadas ao segurado; **c**) o reajuste do prêmio a ser pago pelo segurado é prática comum e necessária à higidez do sistema; **d**) não foi alegada nenhuma inconsistência nas propostas ofertadas pela seguradora quanto ao acréscimo do prêmio, deixando o recorrente antever apenas seu desagrado com tal atitude; **e**) não houve ferimento ao princípio da boa-fé objetiva; e **f**) a tese acerca dos contratos relacionais não tem aplicação à hipótese *sub judice*.

Assim, rogando vênia à ilustre Relatora, **não conheço do recurso**.

Capítulo V

PLANOS DE SAÚDE

PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. TRATAMENTO MAIS MODERNO

STJ, 4a T., Resp. 1.320.805/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. 05.12.2013, *DJe* 17.12.2013

RECURSO ESPECIAL Nº 1.320.805 – SP
(2012/0086320-3)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Rubens Monea

Advogado: Renata Vilhena Silva e outro(s)

Recorrido: Itauseg Saúde S/A

Advogado: Antônio Penteado Mendonça e outro(s)

EMENTA

ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO. TÉCNICA MODERNA. CIRURGIA. NEGATIVA DE COBERTURA. CLÁUSULA ABUSIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, as questões submetidas à apreciação judicial.

2. Tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente.

3. Delineado pelas instâncias de origem que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia o autor, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicada pelo médico que assiste o paciente. Precedentes.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por Rubens Monea, com base nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, reformando a sentença, considerou válida a exclusão da cobertura do plano de saúde administrado por Itauseg Saúde S/A do tratamento cirúrgico denominado prostatectomia radical laparoscópica com técnica robótica, ao entendimento de que se trata de procedimento experimental.

Alega a recorrente violação ao arts. 535, incs. I e II do CPC e 10, inc. I, da Lei 9.656/981, bem assim que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em divergência com a orientação deste Tribunal no RESP 668.216/SP e de diversos diversos outros tribunais do País, que distinguem o conceito de procedimento experimental do "registro burocrático do tratamento no órgão governamental competente".

Contrarrazões em que se sustenta a aplicação das Súmulas 5 e 7 e ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, ou caso ultrapassados os óbices, seja negado provimento ao recurso (fls. 354-359).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Anoto, inicialmente, que o acórdão impugnado no recurso especial se manifestou de forma suficiente e motivada sobre o tema em discussão nos autos, motivo pelo qual rejeito a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Em relação ao art. 10, inc. I, da Lei 9.656/98 e ao dissídio jurisprudencial, tem razão o recorrente. E isso porque tratamento experimental é aquele em que não há comprovação médica-científica de sua eficácia, e não o procedimento que, a despeito de efetivado com a utilização equipamentos modernos, é reconhecido pela

ciência e escolhido pelo médico como o método mais adequado à preservação da integridade física e ao completo restabelecimento do paciente.

Com efeito, os planos de saúde não podem ter a liberdade de impor o tratamento de custo menor, apenas em razão de não haver prova de que a técnica mais moderna eleita pelo médico seja absolutamente indispensável.

No caso em exame, a Itauseg Saúde S/A, ora recorrida, chegou a autorizar a cirurgia de prostatectomia radical laparoscópica, mas, posteriormente, depois de realizado o ato cirúrgico, recusou a cobertura ao constatar que o procedimento foi executado com o auxílio de um robô, mesmo ciente de que a cirurgia era indispensável para evitar a metástase da neoplasia, tudo nos termos em que delineadas as circunstâncias de fato pelo voto condutor do acórdão recorrido (fl. 277). Ademais, conforme ressaltado pela sentença "o próprio médico do autor, Dr. José Roberto Kaufmann, reconheceu a necessidade da prostatectomia radical laparoscópica assistida por um robô, visando garantir a sobrevivência de seu paciente" (fl. 211).

A justificativa dada pela recorrida para considerar o tratamento como experimental e, portanto, excluído da cobertura, não foi voltada à inconsistência do método, do ponto de vista médico-científico, mas à circunstância de que a técnica mais moderna não seria imprescindível ao tratamento. Alegou que o Hospital Albert Einstein somente havia recebido o equipamento em maio de 2008, donde concluiu que a técnica convencional, até então utilizada por todos os pacientes com indicação cirúrgica semelhante, poderia ter sido adotada com êxito no caso do autor/recorrente, donde a recusa de cobertura da técnica mais moderna (fls. e-STJ 115-116).

Ora, o conceito de "tratamento experimental" não se confunde com a modernidade da técnica cirúrgica e nem muito menos com a circunstância de se tratar de equipamento recentemente adquirido pelo Hospital.

Diante disso e sendo certo que o contrato celebrado entre as partes previa a cobertura para a doença que acometia o autor da ação, é abusiva a negativa da operadora do plano de saúde de utilização da técnica mais moderna disponível no hospital credenciado pelo convênio e indicado pelo médico que assiste o paciente, nos termos da consolidada jurisprudência deste Tribunal sobre o tema. Nesse sentido, a propósito, destaco os seguintes fundamentos do voto proferido pelo saudoso Ministro Carlos Menezes Direito no RESP 668.216/SP, aos quais adiro e adoto como razões de decidir:

> "Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a patologia alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse

aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. [...] **Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica**. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. (destaquei)

A ementa do referido julgado encontra-se assim redigida:

"Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva.

1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta.

2. Recurso especial conhecido e provido". (3ª Turma, *DJ* 2/4/2007).

No mesmo sentido, destaco ainda os seguintes precedentes de ambas as turmas que compõem a 2ª Seção deste Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. À FALTA DE PREQUESTIONAMENTO, INVIÁVEL O EXAME DO ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA – ART. 460 DO CPC. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, QUE EXCLUI DA COBERTURA DESPESAS REALIZADAS NO TRATAMENTO DA "DISPLASIA MAMÁRIA" E DOENÇAS "FIBROCÍSTICAS DA MAMA".

1. As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (Resp n. 434699/RS).

2. Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: "É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado".

3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato.

4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual. Recurso conhecido, em parte, e provido. (RESP 183.719/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJ* 13.10.2008)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE FIRMADO EM 1992. RECUSA DE COBERTURA DE GASTROPLASTIA REDUTORA, CONHECIDA COMO 'CIRURGIA DE REDUÇÃO DE ESTÔMAGO', SOB ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. OPERAÇÃO RECOMENDADA COMO TRATAMENTO MÉDICO PARA GRAVÍSSIMO ESTADO DE SAÚDE E NÃO COM INTUITO ESTÉTICO. TÉCNICA OPERATÓRIA QUE PASSOU A SER RECONHECIDA NOS MEIOS MÉDICOS BRASILEIROS EM DATA POSTERIOR À REALIZAÇÃO DO CONTRATO. ACÓRDÃO QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS COM BASE NA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA EQUIVALÊNCIA DAS PRESTAÇÕES CONTRATUAIS. EXTENSÃO DA CLÁUSULA GENÉRICA RELATIVA À COBERTURA DE 'CIRURGIAS GASTROENTEROLÓGICAS' PARA A PRESENTE HIPÓTESE.

– O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão.

– A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças.

– Se o contrato previa a cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde.

– Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior.

– Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições.

– A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei nº 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei.

– A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor.

– É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (RESP 1.106.789/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 18.11.2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. LIMITAÇÃO DO TRATAMENTOIMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO.

1.– A aferição dos requisitos autorizadores da tutela antecipada (verossimilhança e prova inequívoca) esbarra no óbice da súmula 7/STJ, pois demanda revolvimento de matéria fático-probatória.

2.– A jurisprudência é firme no sentido de considerar abusiva a cláusula que limita a forma de tratamento das doenças cobertas. Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Também se aplica o referido enunciado sumular quando o recurso especial tiver fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

3.– O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

4.– Agravo Regimental improvido. (AgRg no ARESP 194.590/PA, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 8.10.2012).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de fls. 208-212.

É como voto.

PLANO DE SAÚDE. MIGRAÇÃO DE PLANO COLETIVO PARA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PORTABILIDADE DAS CARÊNCIAS

STJ, 3ª T., REsp. 1.525.109/SP, Rel. Min, Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 04.10.2016, *DJe* 18.10.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.525.109 – SP (2014/0286805-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Unimed de Marília Cooperativa de Trabalho Médico

Advogado: Marino Morgato e Outro(s)

Recorrido: Magali Siqueira Martins

Advogado: Silvia Regina Pereira Frazão

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TITULAR. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. PLANO COLETIVO EMPRESARIAL. EXTINÇÃO. DEPENDENTE. NOVO PLANO. TITULARIDADE. COLETIVO POR ADESÃO. PRAZO DE CARÊNCIA. EXIGÊNCIA. ILEGALIDADE. PORTABILIDADE ESPECIAL DE CARÊNCIAS. CONFIGURAÇÃO. TRANSFERÊNCIA AO TEMPO DO DIREITO DE PRORROGAÇÃO TEMPORÁRIA. EFEITOS. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA PRÉ-NATAL E OBSTÉTRICA. COBERTURA IMEDIATA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é lícita a exigência de cumprimento de carência de ex-dependente de plano coletivo empresarial, extinto em razão da demissão sem justa causa do titular, ao contratar novo plano de saúde, na mesma operadora, mas em categoria diversa (coletivo por adesão).

2. Quando há a demissão imotivada do trabalhador, a operadora de plano de saúde deve lhe facultar e aos dependentes a prorrogação temporária do plano coletivo ao qual haviam aderido, contanto que arquem integralmente com os custos das mensalidades, não podendo superar o prazo estabelecido em lei: período mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses. Incidência do art. 30, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.656/1998. Precedentes.

3. A carência é o período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato (art. 2º, III, da RN nº 186/2009 da ANS). A finalidade é assegurar a fidelização do usuário e o equilíbrio financeiro da negociação, permitindo a manutenção do saldo positivo do fundo comum para o custeio dos serviços médico-hospitalares, ou seja, visa a conservação do próprio plano de saúde.

4. Não há nenhuma ilegalidade ou abusividade na fixação de prazo de carência no contrato de plano de saúde, contanto que sejam observados os limites e as restrições legais (arts. 12, V, 13, I, e 16, III, da Lei nº 9.656/1998 e 6º e 11 da RN nº 195/2009 da ANS).

5. Há hipóteses em que o prazo de carência já cumprido em um dado contrato pode ser aproveitado em outro, como geralmente ocorre na migração e na portabilidade de plano de saúde, para a mesma ou para outra operadora. Tais institutos possibilitam a mobilidade do consumidor, sendo essenciais para a estimulação da livre concorrência no mercado de saúde suplementar.

6. Quanto ao ex-empregado demitido e seus dependentes, para não ficarem totalmente desprotegidos, e atendendo à função social do contrato de plano de saúde (art. 421 do Código Civil), foi assegurada, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a portabilidade especial de carências.

7. Nos termos do art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS, o ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vinculados

ao plano ficam dispensados do cumprimento de novos períodos de carência na contratação de novo plano individual ou familiar ou coletivo por adesão, seja na mesma operadora seja em outra, desde que peçam a transferência durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998. Aplicação, no caso dos autos, a permitir a cobertura imediata dos serviços de assistência pré-natal e obstétrica.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por UNIMED MARÍLIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Noticiam os autos que MAGALI SIQUEIRA MARTINS ajuizou ação de anulação de cláusula contratual de plano de saúde contra a recorrente, tendo em vista a exigência de observância do prazo de carência, embora já o tenha cumprido em outro plano privado de assistência médica.

Para tanto, sustentou que era dependente do marido, então empregado da empresa MARILAN, do plano coletivo empresarial prestado pela operadora, quando ele foi demitido sem justa causa. Em vista disso, contratou, pouco tempo depois, plano coletivo por adesão da Associação dos Funcionários da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília, cuja operadora também era a demandada, de modo que não poderia ter sido imposto outro período de carência para a utilização do atendimento obstétrico.

Em contestação, a ré afirmou que a autora firmou novo contrato, sem relação de continuidade com o anterior, estando previsto o prazo de carência, o qual deveria ser cumprido antes de a usuária se valer dos serviços médico-hospitalares.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que *"não há falar em 'novo' contrato, porque o contrato atual nada mais é que a continuidade do contrato que o ante-*

cedeu" (fl. 104), e que *"a conduta da ré impõe desvantagem exagerada ao consumidor ao exigir o cumprimento de novo período de carência"* (fl. 105), julgou procedentes os pedidos para *"declarar nula a cláusula contratual 9.2, que estabelece prazo de carência"* (fl. 105) e para condenar a Unimed a fornecer *"todo tratamento pré-natal e obstetrício referente a gravidez, independente de cumprimento de prazo de carência"* (fl. 106).

Irresignada, a operadora interpôs recurso de apelação, o qual não foi provido pela Corte local, em acórdão assim ementado:

> *"Ação de anulação de cláusula contratual, movida contra plano de saúde, devido à exigência do cumprimento de prazo de carência. Decisão de procedência, em primeiro grau. Autora beneficiária de plano de saúde fornecido pelo empregador de seu marido. Ocorrência de demissão, com rescisão do contrato de plano de saúde. Autora que firmou novo contrato, ocorrendo sua gravidez. Negativa de cobertura, sob alegação de necessidade de cumprimento de carência. Ambos os planos administrados pela ré. Sucessão de contratos. Descabimento do cumprimento de carências. Ausência de prejuízo à ré, na medida em que, desde a contratação do novo plano, a autora procede ao pagamento integral das mensalidades. Cláusulas limitativas que ferem a boa-fé objetiva e desnatura a própria finalidade do contrato, que é fornecer efetiva e integral cobertura de despesas médicas. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Interpretação da Súmula 469 do STJ. Sentença devidamente fundamentada e mantida. Recurso não provido"* (fl. 138).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fl. 152).

No especial, a recorrente aponta violação dos arts. 12, V, e 13 da Lei nº 9.656/1998 e 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Alega, em síntese, que é lícita a exigência da carência, porquanto o novo plano de saúde contratado pela autora não possui nenhuma vinculação com o anterior, que foi rescindido quando da dispensa imotivada do marido. Assevera, assim, que não há relação de continuidade entre as avenças, sendo ambos contratos independentes e autônomos.

Acrescenta que

> *"[...]*
>
> *O plano de saúde coletivo da qual a recorrida era usuária, por intermédio de seu marido, foi rescindido pela demissão, havendo outra contração através de outra pessoa jurídica, não se verificando continuidade de plano coletivo. Trata-se de contratação originária, não havendo o que se falar em dispensa do período de carência exigido pela recorrente na celebração do plano com a recorrida por ausência de amparo legal. Inexiste na espécie hipóteses de migração ou transferência de planos, quando aí sim existe à isenção de carência, assim como, não se trata de caso de portabilidade, que possuía regras próprias, que não se aplicam na espécie por se tratar de planos de pessoas jurídicas distintas, havendo nova adesão através de outra pessoa jurídica, totalmente estanha a primeira vinculação, o que o v. acórdão é totalmente contrário a legislação que regula os planos de saúde"* (fl. 175).

Aduz que não há falar em *"obrigatoriedade da isenção de carência para adesão ao novo contrato, pois trata-se de contrato originário, com contratantes distintos"* (fl. 176).

Argui também que não se encontra caracterizada nenhuma das hipóteses que justificam a dispensa de carência, como a portabilidade, a migração e a transferência de planos, não se tratando, ademais, de renovação automática do contrato nem de recontagem de carências, visto que *"o que ocorre é que a recorrida perdeu a condição de usuária e celebrou outro plano, através de outra pessoa jurídica"* (fl. 177).

Por fim, pontifica que as cláusulas foram redigidas de forma clara e legível, permitindo a fácil compreensão pelo consumidor, sendo de afastar a aventada nulidade. Após o decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões (fl. 188), o recurso foi inadmitido na origem (fl. 189), mas, por ter sido provido agravo (fl. 226), foi determinada a conversão e reautuação do feito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Cinge-se a controvérsia a saber se é lícita a exigência de cumprimento de carência de ex-dependente de plano coletivo empresarial, extinto em virtude da demissão sem justa causa do titular, ao contratar novo plano de saúde, na mesma operadora, mas em categoria diversa (coletivo por adesão).

1. Dos planos de saúde e da portabilidade especial de carências

Como cediço, o art. 30, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.656/1998 garantiu ao empregado demitido sem justa causa e ao grupo familiar inscrito o direito de manter a condição de beneficiários em plano de saúde coletivo, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozavam quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumam o seu pagamento integral, pelo período mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses.

Assim, quando há a demissão imotivada do trabalhador, a operadora de plano de saúde deve lhe facultar e a seus dependentes a prorrogação temporária do plano coletivo ao qual haviam aderido, contanto que arquem integralmente com os custos das mensalidades, não podendo superar o prazo estabelecido em lei.

Nesse sentido:

> *"PLANO DE SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL. CONSUMO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. NORMA AUTOAPLICÁVEL, QUE PRESCINDE DE REGULAMENTAÇÃO.*
>
> *1. O artigo 30 da Lei 9.656/98 confere o direito, após a cessação do vínculo laboral do autor, de ser mantido nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava*

durante a vigência de seu contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição.

2. O autor despendia R$ 110,75 (cento e dez reais e setenta e cinco centavos) pela assistência médico-hospitalar, e o empregador arcava com R$ 166,13 (cento e sessenta e seis reais e treze centavos), totalizando R$ 276,88 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Com a mudança para outro plano, com pior cobertura, dentro do período em que o consumidor tinha direito a ser mantido no plano primevo, passou a pagar R$ 592,92 (quinhentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos), não se podendo admitir que o tenha feito espontaneamente.

3. Os denominados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revelam-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva, sendo nítido que a recorrente faltou com aqueles deveres, notadamente os de lealdade; de não agravar, sem razoabilidade, a situação do parceiro contratual; e os de esclarecimento; informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual.

4. Os artigos 6º, incisos III, IV, V, 46, 51, incisos I, IV, XV, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor e 16, inciso IX, da Lei 9.656/98 impõem seja reconhecido o direito de o autor permanecer no Plano em que se enquadrava, com as mesmas condições e cobertura assistencial, no período subsequente ao rompimento de seu vínculo empregatício com o Banco.

5. Todavia, ***como o artigo 30, § 1º, da Lei 9.656/98 impõe a manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde, contanto que assuma o pagamento integral, pelo período máximo de 24 meses*** *e, no caso, por força de antecipação dos efeitos da tutela, o autor permanece no denominado 'Plano Associado' desde o ano de 2003, não pode ser mais imposto à ré a manutenção do recorrido naquele Plano.*

6. Recurso especial parcialmente provido." (REsp nº 925.313/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 26/3/2012 – grifou-se)

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE EM GRUPO – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL (CASSI) – ARTIGO 30, CAPUT*, DA LEI N. 9656/98 – NORMA AUTOAPLICÁVEL – PRECEDENTE – EX-EMPREGADO QUE PEDIU DEMISSÃO – PERMANÊNCIA NA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 30,* CAPUT*, DA LEI N. 9656/98 – LIMITAÇÃO TEMPORAL NA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO – NECESSIDADE – ARTIGO 30, § 1º, DA LEI N. 9656/98 – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.*

1. A norma inserta no artigo 30, caput*, da Lei n. 9656/98 é autoaplicável, bastando, pois, que o ex-empregado postule o exercício do direito de permanecer vinculado ao plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde. Precedente.*

2. O direito de manter a condição como beneficiário, nas mesmas condições que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, somente está previsto para os casos em que o empregado é demitido/exonerado sem justa causa. No caso em questão, o empregado pediu demissão.

3. ***O § 1º, do art. 30, da Lei 9.656/98 estabelece prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses para a permanência do empregado exonerado/***

> ***demitido sem justa causa permanecer no plano ou seguro saúde ao qual estava ligado durante período em que mantinha o vínculo empregatício. A prorrogação compulsória da permanência por tempo superior ao prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, não encontra amparo legal.***
>
> *4. A única hipótese legal de alteração no prazo do benefício do* caput *do art. 30, da Lei 9.656/98 é a estabelecida em seu § 5º, o qual prevê a sua extinção quando da admissão do ex-empregado em novo emprego.*
>
> *5. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp nº 1.078.991/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, *DJe* 16/6/2009 – grifou-se)

Já a carência, é conceituada como o período ininterrupto, contado a partir da data de início da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o contratante paga as mensalidades, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato (vide arts. 2º, III, da Resolução Normativa nº 186/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – e 12, V, da Lei nº 9.656/1998 e restrições contidas nos arts. 6º e 11 da RN nº 195/2009 da ANS e 13, I, e 16, III, da Lei nº 9.656/1998). A razão de

> *"[...]* ***se prever prazo de carência nos contratos de planos de saúde reside na necessidade de se assegurar o equilíbrio financeiro da negociação, permitindo a manutenção do saldo positivo do fundo comum para o custeio dos serviços médico-hospitalares.*** *De fato, caso inexistente o período de carência, o usuário, com a imediata vigência do contrato, poderia solicitar o custeio de serviços médico-hospitalares e, logo após o término do tratamento, suspenderia o pagamento das mensalidades, impedindo, assim, que a operadora, ao menos, pudesse reembolsar os valores gastos com a cobertura prestada. Logo, a previsão de prazo de carência visa à fidelização do usuário e a conservação do plano de saúde, pois, somente depois do adimplemento de determinado número de parcelas – e, portanto, da constituição de um saldo positivo pela operadora –, é que o usuário poderá ter acesso pleno à cobertura dos serviços de assistência à saúde contratados."* (GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Planos de Saúde**, Leme (SP): JH Mizuno, 2016, págs. 236-237 – grifou-se)

Logo, não há nenhuma ilegalidade ou abusividade na fixação de prazo de carência no contrato de plano de saúde, contanto que sejam observados os limites legais: (i) máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência, (ii) máximo de 300 (trezentos) dias para partos a termo e (iii) máximo de 180 (cento e oitenta) dias para os demais casos.

Todavia, há hipóteses em que o prazo de carência já cumprido em um dado contrato pode ser aproveitado em outro, como geralmente ocorre na migração e na portabilidade de plano de saúde, para a mesma ou para outra operadora. Com efeito, tais institutos possibilitam a mobilidade do consumidor, sendo essenciais para a estimulação da livre concorrência no mercado de saúde suplementar.

A propósito, a seguinte lição de Josiane Gomes:

"[...]

Ainda quanto ao regramento das carências, cabe analisar a impossibilidade de recontagem de carências, expressamente prevista no art. 13, parágrafo único I da Lei n° 9.656/98, a qual deve ser observada em duas situações: atraso no pagamento da mensalidade e migração de plano de saúde.

De fato, quanto à hipótese de atraso no pagamento da mensalidade pelo usuário, tem-se que a sua ocorrência não pode dar causa à recontagem do prazo de carência já cumprido ou à dilação do prazo ainda em curso, por terem ambas as situações fins diversos. Com efeito, conforme visto, o prazo de carência é fixado com o intuito de fidelizar o usuário ao plano a que tenha aderido, permitindo à operadora captar os recursos financeiros necessários para o custeio dos serviços médico-hospitalares cobertos. Já as mensalidades pagas pelo usuário compõem a bilateralidade do contrato de plano de saúde: enquanto à operadora cabe o custeio/fornecimento dos serviços de assistência à saúde, cabe ao usuário adimplir o preço previsto no contrato.

Assim, é abusiva a cláusula contratual que determine a recontagem de prazo de carência em razão da mora do usuário, por constituir consequência excessivamente onerosa para o beneficiário: 'a um adimplemento defeituoso por parte do consumidor se contrapõe a possibilidade de um inadimplemento absoluto por parte do fornecedor (que não precisa cobrir os eventos atingidos pelo novo prazo de carência)'. Além disso, possibilitar a recontagem de carência configuraria verdadeiro bis in idem, pois, em regra, o contrato prevê a incidência de encargos moratórios – multa e juros moratórios, acrescidos de correção monetária – para o caso de atraso no pagamento da mensalidade.

Por sua vez, quanto à migração entre planos de saúde pelo usuário – ou seja, cancelamento do vínculo contratual mantido junto a uma operadora para aderir a outro contrato perante outra ou mesma operadora –, tem-se também não ser possível a recontagem de prazo de carência, face à existência da portabilidade de carências. De fato, a portabilidade de carências visa permitir a mobilidade do consumidor que se sinta insatisfeito com o contrato em vigor – pois não terá que se submeter a um novo período de carência por ter aderido a novo plano de saúde – e, por consequência, estimular a concorrência no mercado de saúde suplementar." (GOMES, Josiane Araújo. **Contratos de Planos de Saúde**, Leme (SP): JH Mizuno, 2016, págs. 242-243 – grifou-se)

Nesse contexto, **no caso do ex-empregado demitido e de seus dependentes, para não ficarem totalmente desprotegidos com o término do direito de prorrogação temporária do plano coletivo empresarial (art. 30, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.656/1998) ao qual haviam aderido, e atendendo à função social do contrato de plano de saúde (art. 421 do Código Civil), foi assegurada, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a portabilidade especial de carências**.

Assim, nos termos do art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS, o ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vincu-

lados ao plano ficam dispensados do cumprimento de novos períodos de carência na contratação de novo plano individual ou familiar ou coletivo por adesão, seja na mesma operadora seja em outra, desde que peçam a transferência durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998.

Ademais, outra hipótese de portabilidade especial de carências (art. 7º-D da RN nº 186/2009 da ANS), desta vez disciplinada apenas para o beneficiário ou o grupo familiar inserido na condição de dependente de plano privado de assistência à saúde, seja individual ou familiar, seja coletivo empresarial, seja coletivo por adesão, é quando tiver sido extinto o vínculo com o titular do plano privado de assistência à saúde. Com a perda da relação de dependência, é possível ao interessado realizar a transferência no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do término do vínculo.

A propósito, eis a redação dos arts. 7º-C e 7º-D da RN nº 186/2009 da ANS:

> *"Art. 7º-C.* ***O ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado ou seus dependentes vinculados ao plano, durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos artigos 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998, poderá exercer a portabilidade especial de carências para plano de saúde individual ou familiar ou coletivo por adesão, em operadoras,*** *na forma prevista nesta Resolução, com as seguintes especificidades:*
>
> *I – não se aplica à portabilidade especial de carências dos ex-empregados demitidos ou exonerados sem justa causa ou aposentados o requisito previsto no inciso II e no § 2º do artigo 3º desta Resolução;*
>
> *II – aplicam-se à portabilidade especial de carências dos ex-empregados demitidos ou exonerados sem justa causa ou aposentados os requisitos previstos nos incisos I, III, IV e V do artigo 3º desta Resolução;*
>
> *III – a portabilidade especial de carências deve ser requerida pelo beneficiário ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado: [...]".* (grifou-se)

> *"Art. 7º-D. Ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 30 e 31 da Lei nº 9656, de 1998, os beneficiários enquadrados no § 1º do art. 3º, no inciso VII do art. 5º e no § 1º do art. 9º, todos da RN nº 195, de 2009, que tiverem seu vínculo com o beneficiário titular do plano privado de assistência à saúde extinto em decorrência da perda de sua condição de dependente, poderão exercer a portabilidade especial de carências, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do término do vínculo de dependência, na forma prevista nesta Resolução, e com as seguintes especificidades:*
>
> *I – a portabilidade especial de carências pode ser exercida independentemente da forma de contratação do plano de origem e da data de assinatura dos contratos; [...]"*

Na espécie, a autora era dependente do marido no plano de saúde coletivo empresarial. Em 9/2/2009, a empresa Marilan o demitiu sem justa causa, rescindindo o contrato de trabalho, o que acabou por forçá-la, em 1º/4/2009, isto é, em

menos de 60 (sessenta) dias, a contratar novo plano privado de assistência à saúde, na mesma operadora, mas por meio da Associação dos Funcionários da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília (plano coletivo por adesão).

Segundo o parágrafo 1º do art. 30 da Lei nº 9.656/1998, o período mínimo assegurado para o ex-empregado demitido e seus dependentes usufruírem do direito de extensão provisória do plano de saúde coletivo empresarial outrora avençado é de 6 (seis) meses.

Logo, como a recorrida, saindo de sua condição de dependente, promoveu sua transferência para outro plano de saúde ao tempo da prorrogação temporária do plano coletivo empresarial garantido ao beneficiário pelo art. 30, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.656/1998, está ela protegida pelo instituto da portabilidade especial (art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS), sendo dispensado o cumprimento de novo período de carência, a permitir, desse modo, a cobertura imediata dos serviços de assistência pré-natal e obstétrica.

Enfim, não merece reparos o acórdão estadual, que entendeu ser abusiva a exigência da operadora de cumprimento, pela autora, de novo prazo de carência, desconsiderando indevidamente os efeitos irradiados pela portabilidade especial de carências.

2. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

PLANO DE SAÚDE. DEMISSÃO IMOTIVADA DO TRABALHADOR. A SEGURADORA NÃO ESTÁ OBRIGADA A OFERECER MIGRAÇÃO PARA PLANO INDIVIDUAL CASO NÃO POSSUA ESSA MODALIDADE PARA COMERCIALIZAÇÃO.

STJ, 3ª T., REsp. 1.592.278/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 07.06.2016, *DJe* 20.06.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.592.278 – DF (2016/0079466-6)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Roberto Goncalves Muniz

Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

Recorrido: Bradesco Saúde S/A

Advogado: Diego Barbosa Campos e Outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EMPREGADO DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA. PRORROGAÇÃO TEMPORÁRIA DO BENEFÍCIO. REQUISITOS PREENCHIDOS. EXAURIMENTO DO DIREITO. DESLIGAMENTO DO USUÁRIO. LEGALIDADE. PLANO INDIVIDUAL. MIGRAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. OPERADORA. EXPLORAÇÃO EXCLUSIVA DE PLANOS COLETIVOS.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se a operadora de plano de saúde está obrigada a fornecer, após o término do direito de prorrogação do plano coletivo empresarial conferido pelo art. 30 da Lei nº 9.656/1998, plano individual substituto ao trabalhador demitido sem justa causa, nas mesmas condições de cobertura e de valor.

2. Quando há a demissão imotivada do trabalhador, a operadora de plano de saúde deve lhe facultar a prorrogação temporária do plano coletivo empresarial ao qual havia aderido, contanto que arque integralmente com os custos das mensalidades, não podendo superar o prazo estabelecido em lei: período mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses. Incidência do art. 30, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.656/1998. Precedentes.

3. A operadora de plano de saúde pode encerrar o contrato de assistência à saúde do trabalhador demitido sem justa causa após o exaurimento do prazo legal de permanência temporária no plano coletivo, não havendo nenhuma abusividade em tal ato ou ataque aos direitos do consumidor, sobretudo em razão da extinção do próprio direito assegurado pelo art. 30 da Lei nº 9.656/1998. Aplicação do art. 26, I, da RN nº 279/2011 da ANS.

4. A operadora de plano de saúde não pode ser obrigada a oferecer plano individual a ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa após o direito de permanência temporária no plano coletivo esgotar-se (art. 30 da Lei nº 9.656/1998), sobretudo se ela não disponibilizar no mercado esse tipo de plano. Além disso, tal hipótese não pode ser equiparada ao cancelamento do plano privado de assistência à saúde feito pelo próprio empregador, ocasião em que pode incidir os institutos da migração ou da portabilidade de carências.

5. Não é ilegal a recusa de operadoras de planos de saúde de comercializarem planos individuais por atuarem apenas no segmento de planos coletivos. Não há norma legal alguma obrigando-as a atuar em determinado ramo de plano de saúde. O que é vedada é a discriminação de consumidores em relação a produtos e serviços que já são oferecidos no mercado de consumo por determinado fornecedor, como costuma ocorrer em recusas arbitrárias na contratação de planos individuais quando tal tipo estiver previsto na carteira da empresa.

6. A portabilidade especial de carências do art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS pode se dar quando o ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa

ou aposentado solicitar a transferência para outra operadora durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998. Logo, tal instituto não incide na hipótese em que o interessado pretende a migração de plano após exaurido o prazo de permanência temporária no plano coletivo e, sobretudo, para a mesma operadora.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por ROBERTO GONÇALVES MUNIZ, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Noticiam os autos que o recorrente, representado por Cláudia Sabino Fernandes, após ter sido demitido sem justa causa, ajuizou ação de obrigação de fazer contra BRADESCO SAÚDE S.A. visando a manutenção temporária em plano de saúde coletivo empresarial e, após findo o prazo legal, o oferecimento, em substituição, de plano de saúde individual.

Asseverou que foi admitido pela empresa Avansys Tecnologia Ltda. em 1º/3/2010, ocasião em que aderiu também ao plano de saúde coletivo, mas o vínculo laboral perdurou até 5/12/2011, tendo sido permitida a prorrogação do plano por mais 7 (sete) meses. Sustentou a necessidade de permanência dos serviços de saúde suplementar por maior período bem como a conversão do plano para a modalidade individual, encontrando-se em tratamento de doença grave (neoplasia maligna dos brônquios e dos pulmões).

O magistrado de primeiro grau, entendendo que *"é direito do consumidor obter a migração para o plano individual, nas mesmas condições do plano coletivo, desde que suporte integralmente o pagamento das mensalidades*" (fl. 166), julgou procedente o pedido para condenar a operadora *"a dar continuidade à assistência médica ao autor, por meio de plano individual, a vigorar a partir da comunicação do desligamento do plano coletivo, nas condições determinadas à fl. 64, em alinho com a*

tabela de fl. 59, sem necessidade de cumprimento de novas carências, devendo o autor suportar, na íntegra, as mensalidades" (fl. 167).

Irresignada, a demandada interpôs apelação, a qual foi provida para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. A Corte local pontificou que ficou *"demonstrado nos autos o transcurso do lapso temporal ao qual a ré/apelante estava obrigada a manter o autor/apelado no plano de saúde coletivo, bem como a impossibilidade de conversão de seu plano de saúde em individual*" (fl. 215).

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> *"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE COLETIVO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DA ASSISTÊNCIA. MIGRAÇÃO PARA PLANO INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. O beneficiário de contrato de plano de saúde coletivo, dispensado sem justa causa, deverá ser mantido no mesmo plano utilizado durante o vínculo empregatício, somente por período compreendido entre 6 (seis) e 24 (vinte e quatro) meses, consoante inteligência do artigo 30 da Lei n. 9.656/1998.*
>
> *2. Evidenciado que ao autor, após ser demitido sem justa causa, foi assegurado o direito de permanecer vinculado ao plano de saúde coletivo por prazo superior ao mínimo previsto no artigo 30 da Lei n. 9.656/1998, não há como ser imposta à operadora de plano de saúde a obrigação de fornecer-lhe cobertura de tratamento mediante plano de saúde individual.*
>
> *3. Recurso de Apelação conhecido e provido*" (fl. 204).

No especial, o recorrente aponta violação dos arts. 13, parágrafo único, II, e 30 da Lei nº 9.656/1998 e 51, IV e XI, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Alega, em síntese, que o contrato de plano de saúde não pode ser rescindido unilateralmente pela operadora, havendo abusividade em seu ato, ainda mais considerando a necessidade premente do tratamento de grave moléstia.

Aduz também que, no caso de cancelamento do plano de saúde coletivo, deve ser oferecida ao usuário a opção de contratação da modalidade individual ou familiar, conforme dispõe o art. 1º da Resolução nº 19/1999 do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), não sendo empecilho o fato de a operadora não comercializá-lo.

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 237/240), o especial foi admitido na origem (fls. 242/243).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Cinge-se a controvérsia a saber se a operadora de plano de saúde está obrigada a

fornecer, após o término do direito de prorrogação do plano coletivo empresarial conferido pelo art. 30 da Lei nº 9.656/1998, plano individual substituto ao trabalhador demitido sem justa causa, nas mesmas condições de cobertura e de valor.

1. Da manutenção temporária de empregado demitido sem justa causa em plano de saúde coletivo empresarial e dos planos individuais

Como cediço, o art. 30, *caput* e § 1º, da Lei nº 9.656/1998 garantiu ao empregado demitido sem justa causa o direito de manter sua condição de beneficiário em plano de saúde coletivo, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral, pelo período mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses.

Assim, quando há a demissão imotivada do trabalhador, a operadora de plano de saúde deve lhe facultar a prorrogação temporária do plano coletivo ao qual havia aderido, contanto que arque integralmente com os custos das mensalidades, não podendo superar o prazo estabelecido em lei.

Nesse sentido:

"PLANO DE SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL. CONSUMO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. NORMA AUTOAPLICÁVEL, QUE PRESCINDE DE REGULAMENTAÇÃO.

1. O artigo 30 da Lei 9.656/98 confere o direito, após a cessação do vínculo laboral do autor, de ser mantido nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava durante a vigência de seu contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição.

2. O autor despendia R$ 110,75 (cento e dez reais e setenta e cinco centavos) pela assistência médico-hospitalar, e o empregador arcava com R$ 166,13 (cento e sessenta e seis reais e treze centavos), totalizando R$ 276,88 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Com a mudança para outro plano, com pior cobertura, dentro do período em que o consumidor tinha direito a ser mantido no plano primevo, passou a pagar R$ 592,92 (quinhentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos), não se podendo admitir que o tenha feito espontaneamente.

3. Os denominados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revelam-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva, sendo nítido que a recorrente faltou com aqueles deveres, notadamente os de lealdade; de não agravar, sem razoabilidade, a situação do parceiro contratual; e os de esclarecimento; informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual.

4. Os artigos 6º, incisos III, IV, V, 46, 51, incisos I, IV, XV, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor e 16, inciso IX, da Lei 9.656/98 impõem seja reconhecido o direito de o autor permanecer no Plano em que se enquadrava, com as mesmas con-

dições e cobertura assistencial, no período subsequente ao rompimento de seu vínculo empregatício com o Banco.

5. Todavia, ***como o artigo 30, § 1º, da Lei 9.656/98 impõe a manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde, contanto que assuma o pagamento integral, pelo período máximo de 24 meses e, no caso, por força de antecipação dos efeitos da tutela, o autor permanece no denominado 'Plano Associado' desde o ano de 2003, não pode ser mais imposto à ré a manutenção do recorrido naquele Plano.***

6. Recurso especial parcialmente provido." (REsp nº 925.313/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, *DJe* 26/3/2012 – grifou-se)

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE EM GRUPO – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL (CASSI) – ARTIGO 30, CAPUT*, DA LEI N. 9656/98 – NORMA AUTOAPLICÁVEL – PRECEDENTE – EX-EMPREGADO QUE PEDIU DEMISSÃO – PERMANÊNCIA NA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – RESTRIÇÃO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 30,* CAPUT*, DA LEI N. 9656/98 – LIMITAÇÃO TEMPORAL NA CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO – NECESSIDADE – ARTIGO 30, § 1º, DA LEI N. 9656/98 – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.*

1. A norma inserta no artigo 30, caput*, da Lei n. 9656/98 é autoaplicável, bastando, pois, que o ex-empregado postule o exercício do direito de permanecer vinculado ao plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde. Precedente.*

2. O direito de manter a condição como beneficiário, nas mesmas condições que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, somente está previsto para os casos em que o empregado é demitido/exonerado sem justa causa. No caso em questão, o empregado pediu demissão.

3. ***O § 1º, do art. 30, da Lei 9.656/98 estabelece prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 24 (vinte e quatro) meses para a permanência do empregado exonerado/demitido sem justa causa permanecer no plano ou seguro saúde ao qual estava ligado durante período em que mantinha o vínculo empregatício. A prorrogação compulsória da permanência por tempo superior ao prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, não encontra amparo legal.***

4. A única hipótese legal de alteração no prazo do benefício do caput *do art. 30, da Lei 9.656/98 é a estabelecida em seu § 5º, o qual prevê a sua extinção quando da admissão do ex-empregado em novo emprego.*

5. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 1.078.991/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, *DJe* 16/6/2009 – grifou-se)

Sobre a permanência do ex-empregado demitido sem justa causa em plano de saúde coletivo empresarial, Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado assim justificam a natureza apenas provisória do direito assegurado:

"[...]

Há quem veja grandes injustiças na regra, que estaria apenas adiando a data do corte da cobertura, aliadas a grandes dificuldades com a execução dos outros dispositivos

> ***do art. 30.*** *Mas, examinando a* ***crise quase permanente que acompanha o mercado dos planos e seguros privados de assistência à saúde****, é possível afirmar que a maior parte dos dependentes que entrem no regime de filiação temporária estabelecido pelo art. 30 e seu § 1º será acomodada pela operadora em outros planos que ela mantenha, principalmente se forem pessoas de pouca idade e com perfil de higidez favorável à equação atuarial dos planos.*
>
> ***Há outras referências doutrinárias que anotam o equívoco do legislador na fixação desses prazos.*** *Mas é questão que precisa ser examinada à luz do interesse das operadoras e seguradoras, indispensáveis ao funcionamento do mercado de assistência privada à saúde, e sem as quais a disciplina legal não teria razão de existir porque não teria como ser aplicada.* ***A ausência de tal regra limitadora do tempo de filiação seria um estímulo para que as empresas se desinteressassem pela estipulação de planos e seguros coletivos aos empregados, esse provavelmente o maior filão do mercado explorado pelas operadoras no País****".* (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde**: comentada artigo por artigo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 272 – grifou-se)

Nesse contexto, e dada a relevância do tema, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 279/2011 regulamentando os arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998, ou seja, o direito de manutenção da condição de beneficiário para ex-empregados demitidos ou exonerados sem justa causa e aposentados nos planos de saúde coletivos empresarias.

Assim, nos termos do art. 26, I, da RN nº 279/2011 da ANS, **pode a operadora de plano de saúde encerrar o contrato de assistência à saúde do trabalhador demitido sem justa causa após o exaurimento do prazo legal de permanência temporária no plano coletivo, não havendo nenhuma abusividade em tal ato ou ataque aos direitos do consumidor, sobretudo em razão da extinção do próprio direito assegurado pelo art. 30 da Lei nº 9.656/1998**.

Eis o teor dos arts. 4º e 26 da RN nº 279/2011 da ANS:

> *"**Do Ex-Empregado Demitido ou Exonerado sem Justa Causa***
>
> ***Art. 4º*** *É assegurado ao ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa que contribuiu para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, contratados a partir de 2 de janeiro de 1999, em decorrência de vínculo empregatício, o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.*
>
> ***Parágrafo único****. O período de manutenção a que se refere o* caput *será de 1/3 (um terço) do tempo de permanência em que tenha contribuído para os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.656, de 1998, ou seus sucessores, com um mínimo assegurado de 6 (seis) e um máximo de 24 (vinte e quatro) meses na forma prevista no artigo 6º desta Resolução.*
>
> *[...]*

Da Extinção do Direito Assegurado nos Artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998

Art. 26. ***O direito assegurado nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998, se extingue*** *na ocorrência de qualquer das hipóteses abaixo:*

I – ***pelo decurso dos prazos previstos nos parágrafos únicos dos artigos 4º e 5º desta Resolução;***

II – pela admissão do beneficiário demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado em novo emprego; ou

III – ***pelo cancelamento do plano privado de assistência à saúde pelo empregador que concede este benefício a seus empregados ativos e ex-empregados.***

§ 1º Considera-se novo emprego para fins do disposto no inciso II deste artigo o novo vínculo profissional que possibilite o ingresso do ex-empregado em um plano de assistência a saúde coletivo empresarial, coletivo por adesão ou de autogestão.

§ 2º ***Na hipótese de cancelamento do plano privado de assistência à saúde pelo empregador que concede este benefício a seus empregados ativos e ex-empregados, descrita no inciso III, a Operadora que comercializa planos individuais deverá ofertá-los a esse universo de beneficiários, na forma da Resolução CONSU nº 19, de 25 de março de 1999****".* (grifou-se)

Cumpre assinalar que apenas na hipótese de cancelamento, pelo empregador, do plano privado coletivo de assistência à saúde é que deve ser permitido a seus empregados ativos e ex-empregados migrar para planos individuais ou familiares, sem o cumprimento de carência, mas, ainda assim, há a condição de que a operadora comercialize esses planos.

Confira-se a Resolução CONSU nº 19/1999, que disciplinou a absorção do universo de consumidores pelas operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde que operam ou administram planos coletivos que vierem a ser liquidados ou encerrados, seja por meio da migração ou por meio da portabilidade de carências:

*"****Art. 1º*** *As operadoras de planos ou seguros de assistência à saúde, que administram ou operam planos coletivos empresariais ou por adesão para empresas que concedem esse benefício a seus empregados, ou ex-empregados, deverão disponibilizar plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar ao universo de beneficiários,* ***no caso de cancelamento desse benefício,*** *sem necessidade de cumprimento de novos prazos de carência.*

§ 1º *– Considera-se, na contagem de prazos de carência para essas modalidades de planos, o período de permanência do beneficiário no plano coletivo cancelado.*

§ 2º *– Incluem-se no universo de usuários de que trata o* caput *todo o grupo familiar vinculado ao beneficiário titular.*

Art. 2º *Os beneficiários dos planos ou seguros coletivos cancelados deverão fazer opção pelo produto individual ou familiar da operadora no prazo máximo de trinta dias após o cancelamento.*

> ***Parágrafo único** – O empregador deve informar ao empregado sobre o cancelamento do benefício, em tempo hábil ao cumprimento do prazo de opção de que trata o* caput.
>
> ***Art. 3º Aplicam-se as disposições desta Resolução somente às operadoras que mantenham também plano ou seguro de assistência à saúde na modalidade individual ou familiar"***. (grifou-se)

Ademais, mesmo havendo a migração de beneficiários do plano coletivo empresarial para o plano individual, não há falar na manutenção do valor das mensalidades, haja vista as peculiaridades de cada regime e tipo contratual (atuária e massa de beneficiários), que geram preços diferenciados. De qualquer modo, deve ser evitada a onerosidade excessiva, sendo utilizados como referência os valores de mercado, a evitar eventuais abusividades (vide REsp nº 1.471.569/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 7/3/2016).

Logo, a operadora de plano de saúde não pode ser obrigada a oferecer plano individual a ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa após o direito de permanência temporária no plano coletivo esgotar-se (art. 30 da Lei nº 9.656/1998), sobretudo se ela não disponibilizar no mercado esse tipo de plano. Além disso, tal hipótese não pode ser equiparada ao cancelamento do plano privado de assistência à saúde feito pelo próprio empregador, ocasião em que podem incidir os institutos da migração ou da portabilidade de carências.

Na espécie, o recorrente foi contratado em março de 2010 e dispensado sem justa causa em 5/12/2011, tendo sido concedida a prorrogação temporária, como beneficiário, no plano de saúde coletivo por mais 7 (sete) meses. Soma-se a isso o fato de a recorrida, Bradesco Saúde S.A., não comercializar planos individuais ou familiares desde 12/4/2007. Desse modo, a operadora não cometeu nenhuma ilegalidade ou abusividade em comunicar o desligamento do autor do plano de saúde coletivo não só por ter-se exaurido o direito que detinha, nos termos do art. 30 da Lei nº 9.656/1998, mas também por ser inviável o oferecimento, em substituição, de plano individual, já que não explora mais tal modalidade.

Nesse passo, cabe asseverar que não é ilegal a recusa de operadoras de planos de saúde de comercializarem planos individuais por atuarem apenas no segmento de planos coletivos. Com efeito, não há norma legal alguma obrigando-as a atuar em determinado ramo de plano de saúde. O que é vedada é a discriminação de consumidores em relação a produtos e serviços que já são oferecidos no mercado de consumo por determinado fornecedor, como costuma ocorrer em recusas arbitrárias na contratação de planos individuais quando tal tipo estiver previsto na carteira da empresa.

A propósito, cumpre transcrever o seguinte trecho do Procedimento de Investigação Preliminar (PIP) nº 08190.000782/09-74 instaurado pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, por provocação de representação noticiando a negativa de algumas operadoras de comercializar planos individuais, que foi

arquivado por não ter sido vislumbrada a Necessidade de ajuizamento de ação para a proteção de direitos coletivos:

> *"[...]*
>
> ***Trata-se de Procedimento de Investigação Preliminar instaurado a partir da representação ofertada por Paulo R. Kouri, na qual noticia que alguns planos de saúde têm se limitado a trabalhar apenas com planos coletivos para pessoas jurídicas, negando-se a contratar planos individuais.***
>
> ***Alega que ao agir desse modo, os planos de saúde ofenderiam a Lei nº 1.521/51 e o Código de Defesa do Consumidor.***
>
> *Oficiada, a empresa Bradesco Seguros S/A informou que não mais comercializa seguro de saúde individual desde 12/04/2007, conforme informações prestadas à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Na ocasião, encaminhou planilha com a identificação das apólices empresariais atualmente, ativas e o número dos segurados em cada uma delas (fls. 19/22).*
>
> ***Instada a se manifestar acerca da questão, a ANS informou que não existe qualquer obrigatoriedade de registro de produtos no tipo de contratação individual/familiar pelas operadoras (fls. 28/35).***
>
> *Em audiência na 2ª PRODECON,* ***os representantes da Bradesco Saúde informaram que devido à inviabilidade econômica há uma tendência das operadoras deixarem de oferecer planos individuais,*** *esclarecendo, ainda, que houve o ajuizamento de algumas ações coletivas na Justiça Federal, que não obtiveram êxito. Comprometeram-se a encaminhar à Promotoria de Justiça oficiante, no prazo de 15 dias, documentos relativos a mencionadas ações (fl. 38).*
>
> *Posteriormente, foi juntada cópia do Agravo de Instrumento n° 67564-4/2009 do TJBA (fls. 47/52) e cópia da petição inicial da Ação Civil Pública – Processo nº 2825520-6/200 (fls. 56/80).*
>
> ***Manifestando-se às fls. 83/85, o Promotor de Justiça Leonardo Roscoe Bessa determinou o arquivamento do procedimento, por concluir que não seria hipótese de ajuizamento de ação coletiva em razão de não existir norma específica obrigando as operadoras a comercializarem planos individuais, afirmando que em caso de real demanda por planos individuais certamente outras empresas serão estimuladas a atuarem neste setor.***
>
> ***Ressaltou que 'A obrigatoriedade estabelecida na Lei 1571/51 e no artigo 39, II, do CDC, se refere a não discriminar consumidores em relação a produtos e serviços que são ofertados para o mercado de consumo por determinado fornecedor. Não pode uma empresa recusar comercialização de planos individuais a consumidores quando tais planos estão em sua carteira. Em outras palavras, não pode haver discriminação em relação aos serviços e produtos já oferecidos ao mercado. Todavia, no presente caso, constata-se que as empresas de plano de saúde não comercializam planos de saúde individuais, mas apenas planos coletivos, ou seja, elas não atuam no mercado de planos individuais.'***
>
> *Esta Relatora exarou o despacho de fl. 87 com vistas a cientificar o requerente da promoção de arquivamento, conforme determina o disposto no art. 18 da Resolução 66/2005,*

do Conselho Superior do Ministério Público Distrito Federal e Territórios. Após o Promotor de Justiça oficiante informar que a comunicação do arquivamento ocorrera por mensagem eletrônica, retornaram os autos a esta Câmara.

É o relatório. Da análise dos autos, ***tem-se por incensurável a decisão de arquivamento promovida pelo i. Representante do MPDFT, uma vez que se concluiu não ser hipótese de ajuizamento de ação para proteção de direitos coletivos.***

Por não vislumbrar outras medidas a serem adotadas no presente procedimento, homologo a presente promoção de arquivamento, com amparo no artigo 171, inciso IV, da Lei Complementar n° 75/93" (fls. 126/128 – grifou-se).

Por fim, mesmo considerando a portabilidade especial de carências do art. 7º-C da RN nº 186/2009 da ANS – transferência de ex-empregado demitido ou exonerado sem justa causa ou aposentado para outra operadora durante o período de manutenção da condição de beneficiário garantida pelos arts. 30 e 31 da Lei nº 9.656/1998 –, tal instituto não incidiria no caso dos autos, já que o recorrente pretende a migração de plano após exaurido o prazo de permanência temporária no plano coletivo e para a mesma operadora.

2. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

Capítulo VI

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

INCORPORAÇÃO – REGIME DE ADMINISTRAÇÃO – RESTITUIÇÃO DE PARCELAS AO ADQUIRENTE DE UNIDADE

STJ, 4.ª T., REsp. n. 426.934/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 16.03.2010, *DJe* 12.04.2010

RECURSO ESPECIAL N. 426.934-SP (2002/0040810-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Waldemar Ripani e outros

Advogado: Eduardo Bachir Abdalla e outro(s)

Recorrido: Maria Aparecida Reverte Navarro

Advogado: Paulo de Tarso Andrade Bastos

Recorrido: José Riera Santander e outros

Advogado: Marcos Fábio Cassoli Dias e outro

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR ADQUIRENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA QUE RESTOU RESPONSÁVEL POR TODA A ADMINISTRAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, INCLUSIVE PELO RECEBIMENTO DAS PARCELAS PAGAS PELOS CONDÔMINOS.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

2. A construção do imóvel sob o regime de administração (preço de custo), na forma do artigo 58 da Lei n. 4.591/1964, é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos próprios adquirentes, sendo incabível, em regra, que a incorporadora figure no polo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio.

3. Contudo, no caso ora em análise, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, o qual se confunde com os incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas, razão pela qual não há falar em carência da ação, respondendo os réus, em tese, pela devolução dos valores pagos e pelos eventuais danos decorrentes do alegado inadimplemento da obrigação.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de ação de reparação de danos ajuizada por Waldemar Ripani, sua esposa, Benedita da Silva Ripani, Armando Salum Abdalla, sua esposa, Rosana Josefina Attivo Salum Abdalla, e Lourdes Maldonado em face de José Riera Santander e sua esposa, Maria Meybe Pimenta Riera, e Pedro Riera Santander e sua esposa, Maria Aparecida Navarro Riera. Narram os autores que os réus são incorporadores e proprietários do Edifício Itapuã, localizado na praça Sílvio Romero, n. 132, conjuntos 40, 41 e 42, São Paulo/SP, cuja construção foi realizada sob o regime de administração ou "preço de custo" à empresa JOMAM Construtora e Comercial Ltda. Alegam que subscreveram em 15/.10.1986 e 31.10.1986, respectivamente,

"cartas-propostas", nos termos do art. 35 da Lei de Condomínio e Incorporações, por intermédio das quais formalizaram a promessa de adquirir frações ideais, correspondentes aos apartamentos 131 e 132 (Armando), 121 e 122 (Ripani) e 112 (Maldonado) do Edifício Itapuã, obrigando-se ao pagamento das despesas relacionadas a sua construção.

Afirmam que o preço estabelecido para cada fração ideal, à época, foi de CZ$ 277.000,00 (duzentos e setenta e sete mil cruzados) para Armando Salum Abdalla, CZ$ 267.000,00 (duzentos e sessenta e sete mil cruzados) pra Waldemar Ripani e CZ$ 257.000,00 (duzentos e cinquenta mil cruzados) para Lourdes Maldonado. O preço de construção de cada unidade, contudo, foi estimado em CZ$ 528.000,00 (quinhentos e vinte e oito mil cruzados). De acordo com o mencionado documento, os autores se comprometiam, ainda, a assinarem, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, o instrumento de compra e venda, mas, apesar de terem sido pagas todas as parcelas, o contrato nunca foi assinado, razão pela qual, em 15 de junho de 1988, os autores notificaram os réus e a construtora JOMAM para procederem, no prazo de 10 (dez) dias, a outorga definitiva das frações ideais adquiridas e quitadas. Aduzem, também, que em fevereiro de 1989 cessaram os pagamentos, com a tácita anuência dos réus, tendo em vista que as quantias depositadas já ultrapassavam em muito o valor dos apartamentos, caso estivessem prontos, e a situação física da construção, que permanecia na fase de estrutura, demonstrava a absoluta impossibilidade dos réus cumprirem a obrigação. Diante disso, os autores requereram a devolução dos valores pagos, com acréscimo de multa de 50% sobre tal montante.

Os réus apresentaram contestação e reconvenção, pretendendo a condenação dos autores nos valores por eles despendidos no período de 1989 a abril de 1994, que, conforme acordo verbal, ficaram sob a responsabilidade dos réus e da construtora JOMAM.

O Juízo de primeira instância julgou procedente o pedido, determinando, ante a rescisão do contrato, a devolução das quantias efetivamente pagas, atualizadas monetariamente a partir do desembolso e acrescidas de juros de 0,5% ao mês a partir da citação, bem como o pagamento de multa de 50% sobre os valores pagos pelos requerentes, descontando-se os gastos efetivados pelos réus com documentação. Julgou improcedente o pedido reconvencional (fls. 921/926).

Os réus apelaram (fls. 937/955) e Maria Aparecida Navarro Reverte, ex-esposa de Pedro Riera Santander, interpôs recurso adesivo (fls. 957/959).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu, de ofício, a carência da ação e da reconvenção, julgando prejudicados os recursos, consoante acórdão assim ementado:

> CONTRATO – Incorporação imobiliária – Construção sobre o regime de administração ("preço de custo") – Rescisão contratual e pedido de devolução das quantias pagas – Ilegitimidade "ad causam" dos incorporadores – Responsabilidade eventu-

> al do condomínio, representado pela Comissão de representantes – Lei Federal n. 4.591/1964 – Carência da ação e da reconvenção declarada de ofício, com fulcro no art. 267, VI, e § 3.º do CPC – Recursos prejudicados (fls. 1.010/1.016).

Opostos embargos de declaração (fls. 1.019/1.024), foram rejeitados (fls. 1.028/1.033).

Inconformados, os autores interpuseram recurso especial (fls. 1.040/1.062), fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, alegando, em síntese:

a) violação ao art. 535, II, do CPC, pois, embora suscitado nos embargos de declaração, o Tribunal de origem deixou de se manifestar sobre os arts. 35, § 5.º, 42 e 66 da Lei n. 4.591/1964;

b) violação ao art. 58 da Lei n. 4.591/1964 e 267, VI, e § 3.º, do CPC, uma vez que no caso dos autos é incontroverso que os incorporadores se confundem com os alienantes das frações ideais e que inexiste um condomínio, motivo pelo qual inaplicáveis os referidos dispositivos. Contrarrazões às fls. 1.077/1.081. Admitido o recurso especial pelo Tribunal de origem (fls. 1.084/1.085), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Primeiramente, não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Além disso, basta que o órgão julgador decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Não há omissão, tampouco, quando o julgador adota outro fundamento que não aquele perquirido pela parte (REsp. n. 1.132.350/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, j. em 24.11.2009, *DJe* 17.12.2009).

3. No tocante à violação aos arts. 58 da Lei n. 4.591/1964, 267, VI, e § 3.º, do CPC, contudo, prospera a pretensão dos autores.

O art. 58 da Lei n. 4.591/1964 prevê, quanto ao regime de construção por administração, também chamado de regime de construção à preço de custo, que:

> "Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado 'a preço de custo', será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

> I – todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;
>
> II – todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato".

Assim, a construção do imóvel é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos adquirentes.

Nesse passo, em regra é incabível que a incorporadora figure no polo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio. Humberto Theodoro Júnior assim se manifesta sobre o tema:

> "[...] diante da sistemática da incorporação, no regime da construção por administração (preço de custo), nem mesmo tem o adquirente legitimidade para exigir da construtora, no caso de rompimento do contrato, a restituição das parcelas já aplicadas na obra, já que esta se desenvolve por conta do condomínio, representado pela comissão de *representantes*" (Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. In: *Revista Forense*, v. 100, n. 376, p. 92, 2004).

Confira-se, também, o precedente contido no REsp. n. 679.627/ES, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 26.10.2006, *DJ* 20.11.2006, p. 301.

4. No caso ora em análise, esclareceu o Tribunal de origem que "o condomínio foi regularmente constituído em assembleia realizada em 31 de março de 1987 (v. cópia da ata juntada às fls. 132/133)" (fl. 1.016). Prosseguindo, afirmou o acórdão:

> "Consta da inicial que os autores adquiriram, no ano de 1986, unidades do Edifício Itapuã, que seria erigido pelo sistema de 'preço de custo', efetuando pontualmente os pagamentos relativos às despesas de construção – haja vista que as frações ideais já estavam quitadas – até fevereiro de 1989, quando perceberam que as quantias depositadas ultrapassavam, em muito, o valor de cada apartamento se estivessem prontos, e a situação física de sua construção àquela época, como até a presente data, expressa a mais absoluta impossibilidade de os réus cumprirem as obrigações. Postularam a rescisão contratual, a devolução das quantias pagas e a imposição de multa de 50% sobre a quantia a ser devolvida, a teor do disposto no art. 35, § 5.º, da Lei n. 4.591/1964" (fls. 1.013).

Contudo, nesse caso, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das

frações ideais, o qual se confunde com os próprios incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas e dos valores cobrados, que eram apresentados pela construtora.

De fato, está descaracterizado o regime de administração ou "preço de custo" para a realização da obra, pois, na verdade, como assinala o acórdão, os réus alienantes eram incorporadores e, ao mesmo tempo, construtores.

Toda a administração do empreendimento, inclusive o recebimento das parcelas pagas pelos condôminos, estava sob responsabilidade dos alienantes/incorporadores, motivo pelo qual não há falar em carência da ação.

O art. 58, *caput*, da Lei n. 4.591/1964, destarte, restou malferido, porquanto não tem aplicação para o caso concreto, eis que os autores pleitearam devolução das quantias pagas, afirmando que não houve a realização da obra, de modo que sustentam a ocorrência de inadimplemento contratual por parte das rés. Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar dos direitos do adquirente em face do incorporador, explica:

> "A Lei. n. 4.591, de 16 de novembro de 1964, mencionou, então, certas regras, de aplicação obrigatória, que constituem condições legais de incorporação e que se aplicam em relação a qualquer incorporador, seja pessoa física, seja pessoa jurídica (art. 43), que haja contratado a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis. São pois as obrigações do incorporador:
>
> [...]
>
> II – Responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários pelos prejuízos que sofreram com a interrupção das obras ou seu retardamento injustificado. O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. Dentro da filosofia da nova lei, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente. Como parte contratante, tem o dever de movimentar a obra e manter a construção em ritmo normal, para que se cumpra a cronograma traçado desde o início. Poderá ocorrer motivo justo de redução da intensidade de trabalho, ou mesmo sua paralisação, como seria uma greve ou a falta de material indispensável, ou mesmo o fato da outra parte, como a cessação dos pagamentos. O que a lei não lhe escusa é o retardamento ou a paralisação injustificada, que erige em fundamento de reparação civil aos adquirentes" (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Condomínio e incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 282-283).

Confira-se, também, o seguinte precedente:

> "CIVIL E PROCESSUAL. CONSTRUÇÃO POR REGIME DE ADMINISTRAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL, CUMULADA COM PERDAS E DANOS E DEVOLUÇÃO DE PRESTAÇÕES PAGAS. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA PARCIAL EM RELAÇÃO AO 1.º AUTOR. IMPROCEDÊNCIA QUANTO AO 2.º, POR TER INTEGRADO A COMIS-

SÃO DE REPRESENTANTES DO CONDOMÍNIO, QUE APROVOU AS CONTAS APRESENTADAS PELA CONSTRUTORA. RECURSOS ESPECIAIS DA RÉ E DO 1.º AUTOR. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PELO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS LEGAIS QUE LHE CABIAM CUMPRIR, COM EXCLUSIVIDADE. RESCISÃO PROCEDENTE. PERDAS E DANOS NÃO PROVADOS. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. RESCISÃO ESTENDIDA AO 2.º AUTOR. ATRIBUIÇÕES PERANTE A COMISSÃO QUE NÃO SE CONFUNDEM COM SEUS DIREITOS COMO PROMITENTE COMPRADOR E CONDÔMINO.

I. Procede o pedido de rescisão de compromisso de compra e venda, com a restituição, pela ré, das parcelas pagas, quando demonstrado que a construtora infringiu diversas normas legais atinentes à obra por regime de administração, que eram de sua exclusiva competência observar.

II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' – Súmula n. 7-STJ.

III. Rescisão que se estende ao 2.º autor, também condômino, porque, embora integrante da Comissão de Representantes que aprovou as contas prestadas, seus direitos como condômino em face do inadimplemento da construtora não se confundem com a atuação do órgão, pela qual respondem seus integrantes perante os demais condôminos, se provada, em ação própria, omissão, negligência, desídia, dolo ou culpa no múnus que lhes foi atribuído pelos participantes do empreendimento.

IV. Recurso especial da ré não conhecido. Conhecido em parte e provido o do 2.º autor."

(REsp. n. 37.676/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, j. 17.03.2005, *DJ* 23.05.2005 p. 290)

5. Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, lhe dou provimento, a fim de afastar a aplicação do art. 267, VI, do CPC, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja dado prosseguimento ao julgamento.

COMPRA DO APARTAMENTO EM CONSTRUÇÃO – "JUROS NO PÉ"

STJ, 2.ª Seção, EREsp. n. 670.177/PB, Rel. p/ ac. Min. Antônio Carlos Ferreira, ac. de 13.06.2012, *DJe* 26.11.2012

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP. N. 670.117-PB
(2010/0182236-6)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

R.P/Acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Embargante: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A

Advogados: Mariana da Silva Teixeira Leite, Sergio Bermudes e outro(s)

Embargado: Dalvaci Marques do Rêgo Costa

Advogado: Thélio Queiroz Farias e outro

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE.

1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios.

2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6.º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos.

3. No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença.

4. Precedentes: REsp. n. 379.941/SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3.ª TURMA, j. 03.10.2002, *DJ* 02.12.2002, p. 306; REsp. n. 1.133.023/PE, REsp. n. 662.822/DF, REsp. n. 1.060.425/PE e REsp. n. 738.988/DF, todos relatados pelo Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp. n. 681.724/DF, relatado pelo Min. PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp. n. 1.193.788/SP, relatado pelo Min. MASSAMI UYEDA.

5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino acompanhando o Sr. Ministro Relator e negando provimento aos embargos de divergência, e dos votos dos Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi acompanhando a divergência inaugurada em sessão anterior pelo Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira e dando provimento aos embargos de divergência, a Seção, por maioria, deu provimentos aos embargos de divergência. Votaram vencidos os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino (voto-vista) e Nancy Andrighi.

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Massami Uyeda, Raul Araújo e Maria Isabel Galloti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília-DF, 13 de junho de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator)

1. QUEIROZ GALVÃO EMPREENDIMENTOS S/A interpõe Embargos de Divergência contra Acórdão proferido pela C. Quarta Turma deste Tribunal, Relator o E. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, assim ementado (fl. 297):

> *DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS DURANTE A OBRA. "JUROS NO PÉ". ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE EMPRÉSTIMO, FINANCIAMENTO OU QUALQUER USO DE CAPITAL ALHEIO.*
>
> *1. Em contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, descabe a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves do imóvel – "juros no pé" –, porquanto, nesse período, não há capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido.*
>
> *2. Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo. Vale dizer, se há aporte de capital, tal se verifica por parte do comprador para com o vendedor, de sorte a beirar situação aberrante a cobrança reversa de juros compensatórios, de quem entrega o capital por aquele que o toma de empréstimo.*
>
> *3. Recurso especial improvido.*

2. Alega a embargante que o Aresto hostilizado diverge do entendimento assentado pela C. Terceira Turma, no julgamento do REsp. n. 379.941/SP, Rel. Min. MENEZES DIREITO, *DJ* 02.12.2002, no sentido de que *inexiste abusividade na cláusula contratual que estipulou a cobrança de juros compensatórios em percentual simples de 1% (um por cento) ao mês, antes da entrega do imóvel.* (fl. 351)

3. Admitido o recurso (fls. 378//379), foi aberta vista à embargada, que se manifestou às fls. 403/423.

4. Instado, na pessoa do Dr. HENRIQUE FAGUNDES FILHO, o Ministério Público Federal opinou pelo não acolhimento dos embargos de divergência, nos termos do Parecer de fls. 425/428, assim ementado:

> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES.*

Há de ser nula a cláusula que autoriza a inclusão de juros compensatórios sobre as prestações de imóvel ainda em construção. Consoante doutrina trivial, os juros compensatórios remuneram empréstimos em dinheiro. Se durante a construção do imóvel não houve empréstimo de capital ao comprador, não há que se falar em cobrança de juros compensatórios. Parecer pelo conhecimento e, ao final, pelo não acolhimento dos embargos de divergência.

É, em síntese, o relatório.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Trata-se, na origem, de ação ordinária na qual se pleiteia a exclusão de juros contratualmente convencionados em promessa de compra e venda de imóvel, ainda em construção, em regime de incorporação imobiliária.

Na inicial, sustenta-se que, "mesmo antes da entrega do imóvel, o réu vinha cobrando da autora, além da correção monetária pelo INCC – Índice Nacional da Construção Civil, juros de 1% (um por cento), o que constitui grave abuso contra o consumidor" (fl. 3).

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, considerando ilegal a cláusula que previu a cobrança de juros antes da entrega do imóvel e determinando a restituição em dobro dos valores recebidos com base na referida cláusula (fls. 98/106).

Contra a sentença foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados, com aplicação de multa (fls. 114/118).

Interposta apelação, o TJPB, por maioria, negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fls. 158/169):

"CONSUMIDOR – Apelação cível – Ação de revisão contratual c/c repetição de indébito – Procedência – Contrato de promessa de compra e venda – Cláusula prevendo cobrança de juros antes da entrega das chaves do imóvel – Inadmissibilidade – Disposição abusiva, que agride o Código de Defesa do Consumidor – Desprovimento. O julgador não está adstrito a um rol taxativo de casos em que possa ou deva reconhecer a nulidade de cláusulas contratuais, posto que poderá, além do rol discriminado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, reconhecer outras situações em que o consumidor esteja em desvantagem contratual, ocasião em que deverá decidir de forma a restabelecer o equilíbrio da relação contratual. – A cláusula que impõe a cobrança de juros, pela construtora, antes da entrega das chaves do imóvel alienado é por demais abusiva, já que põe o consumidor em desvantagem e, portanto, deve ser revista".

Contra o referido acórdão foram opostos novos embargos de declaração, os quais foram parcialmente providos, apenas para afastar a multa aplicada nos embargos anteriores.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da CF.

Em acórdão unânime, relatado pelo Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, a Quarta Turma negou provimento ao recurso. Eis a ementa do julgado:

> "DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS DURANTE A OBRA. 'JUROS NO PÉ'. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE EMPRÉSTIMO, FINANCIAMENTO OU QUALQUER USO DE CAPITAL ALHEIO.
>
> 1. Em contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, descabe a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves do imóvel – 'juros no pé' –, porquanto, nesse período, não há capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido.
>
> 2. Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo. Vale dizer, se há aporte de capital, tal se verifica por parte do comprador para com o vendedor, de sorte a beirar situação aberrante a cobrança reversa de juros compensatórios, de quem entrega o capital por aquele que o toma de empréstimo.
>
> 3. Recurso especial improvido".

Irresignada, a recorrente interpôs os presentes embargos de divergência, nos quais sustenta a necessidade de reforma do acórdão embargado, a fim de prevalecer o entendimento manifestado por esta Corte no julgamento do REsp. n. 379.941/SP, relatado pelo saudoso Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO.

Admitidos os embargos pelo seu relator, eminente Ministro SIDNEI BENETI, foram apresentadas contrarrazões (fls. 403/423) e colhido o parecer do Ministério Público Federal, que opinou pelo desprovimento do recurso.

Iniciado o julgamento, votaram o relator, negando provimento aos embargos, e a Ministra NANCY ANDRIGHI, que o acompanhou.

Pedi vista antecipada dos autos para melhor exame.

O assunto discutido nos presentes embargos não é novo neste Tribunal. Com efeito, há vários julgados desta Corte que concluíram pela legalidade de cláusulas de contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção que preveem a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves. Confira-se, a propósito, o acórdão proferido pela Terceira Turma no REsp. n. 379.941/SP, ora utilizado como paradigma:

> "Contrato de compra e venda de imóvel. Pagamento parcelado. Juros legais da data da assinatura do contrato.
>
> 1. Não é abusiva a cláusula do contrato de compra e venda de imóvel que considera acréscimo no valor das prestações, desde a data da celebração, como condição para o pagamento parcelado.

2. Recurso especial não conhecido".

(REsp. n. 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3.ª T., j. 03.10.2002, *DJ* 02.12.2002, p. 306)

Do voto condutor do referido acórdão extraem-se as seguintes razões, perfeitamente aplicáveis ao caso em questão:

"Os recorrentes ajuizaram ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com repetição do indébito alegando que são promissários compradores do apartamento 201 do Edifício 'Royal Klabin', figurando os réus na escritura como promitentes vendedores, além de incorporadores e construtores do empreendimento; que o preço ajustado foi de R$ 163.931,10, incluída a comissão de intermediação, paga diretamente pelos autores; que o contrato incluiu nos valores das parcelas mensais e anuais juros de 1% ao mês, desde a data da assinatura, elevando o valor total para R$ 208.143,61; que pagaram juros durante 36 meses sem receber nem usufruir do bem, o que configura prática abusiva; que pretendem pagar juros somente a partir da entrega das chaves. A sentença julgou improcedente a ação, o que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Mostrou o Acórdão recorrido que os autores optaram pelo pagamento parcelado, com previsão de juros dentro dos limites legais. O especial aponta violação a diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, afirmando que a incidência de juros desde a assinatura do contrato é prática abusiva. Sem razão alguma os recorrentes. Como está claro no Acórdão recorrido as rés fixaram o mesmo preço tanto para a compra com pagamento de uma só vez como para pagamento parcelado e previram, apenas, os juros legais nesta última, daí que não seria 'justo que, optando pela forma parcelada de pagamento do bem, o adquirente pagasse o mesmo preço se à vista fosse o pagamento, em verdadeira desvantagem, aí sim, àqueles que optaram por pagar o valor do bem de uma só vez'. Com razão o Acórdão recorrido quando afirma que 'não há que se falar que a cláusula contratual que prevê a incidência de juros para o pagamento parcelado do bem se trata de condição abusiva, ou leonina', sendo certo que não tem pertinência a alegação dos autores de que os juros somente deveriam ter sido cobrados quando da entrega da unidade, avalizando a sentença que asseriu que 'equivocam-se os autores, quando aduzem que só nasce o contrato de mútuo quando da entrega da unidade. Não existe mútuo, mas pagamento, que, em regra, nos contratos de incorporação imobiliária, é feito na data da celebração, e não na da entrega da unidade'. Em conclusão: não é abusiva a cláusula do contrato de compra e venda de imóvel que considera acréscimo no valor das prestações, desde a data da celebração, como condição para o pagamento parcelado. Eu não conheço do especial".

Esse entendimento foi reiterado em algumas decisões monocráticas posteriores: REsp. n. 1.133.023/PE, REsp. n. 662.822/DF, REsp. n. 1.060.425/PE e REsp. n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp. n. 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp. n. 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA.

No REsp. n. 1.133.023/PE, o Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR assim se manifestou: "firmou a jurisprudência desta Corte que na compra e venda de imóvel parcelado diretamente com a incorporadora é possível a incidência de juros compensatórios, mesmo antes da entrega das chaves, desde que limitados a 12% ao ano, como no caso dos autos". No REsp. n. 681.724/DF, o Ministro PAULO FURTADO asseverou que "o Tribunal *a quo*, ao possibilitar a incidência de juros compensatórios, mesmo antes da entrega das chaves, trilhou orientação que se coaduna com a desta Corte Superior de Justiça".

No REsp. n. 1.193.788/SP, o Ministro MASSAMI UYEDA afirmou que "nos contratos de incorporação imobiliária [...] é lícita a incidência de juros desde a assinatura do contrato".

Parece-me correto esse entendimento, ao qual se contrapõe a posição adotada pelo eminente relator dos presentes embargos de divergência, Ministro SIDNEI BENETI, que, por sua vez, adotou as seguintes motivações do acórdão recorrido, da Quarta Turma, de relatoria do Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO:

> "(i) Na promessa de compra e venda de unidade imobiliária ainda em construção, não caberia a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves do imóvel, porquanto nesse período não haveria capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco gozo do imóvel prometido; (ii) Não haveria venda, mas simplesmente uma promessa, já que o imóvel objeto do contrato pertenceria ainda ao vendedor e estaria por ele sendo utilizado; (iii) O que haveria seria uma verdadeira antecipação do pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo; (iv) Se há aporte de capital, tal se verificaria por parte do comprador para o vendedor, já que aquele é quem antecipa o capital para que este realize o empreendimento; (v) Todos os custos da obra – inclusive os decorrentes de financiamento realizado pela construtora – estariam embutidos no preço do imóvel oferecido ao público, razão pela qual a permissão pretendida, de cobrar juros compensatórios desde a assinatura do contrato, certamente consubstanciaria um *bis in idem*, porquanto a mesma despesa estaria sendo contabilizada 'no pé' e durante todo o contrato, gerando uma desvantagem exagerada para o consumidor".

De início, relembro que, no contrato de incorporação, a comercialização de unidade imobiliária ainda em produção facilita o acesso à moradia na maioria dos casos e, muitas vezes, representa um excelente investimento para o adquirente, pois o que normalmente acontece nessa modalidade de venda é que o preço do imóvel na planta é bastante inferior ao preço do imóvel pronto.

Na lição de MARIA HELENA DINIZ, "a incorporação é um empreendimento que visa obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio" (**Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

v. 3, p. 682). Nesse sentido, a Lei n. 4.591/1964, em seu art. 29, assim define o incorporador:

> "a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas".

Em obra clássica sobre o assunto, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA define o incorporador como "toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação" (**Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998).

Assim, enquanto o comprador tem a obrigação de pagar o preço ajustado, o incorporador, por sua vez, assume toda a responsabilidade pela conclusão do empreendimento: aquisição do terreno, concepção do projeto de edificação, aprovação dos documentos junto aos órgãos competentes, efetuação dos registros no Cartório, construção da obra (ou sua supervisão) e venda das unidades, diretamente ou por meio de terceiros.

O pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser feito à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer certo prazo ao adquirente para o pagamento, mediante parcelamento do preço, que pode se estender, como é o caso concreto objeto deste recurso, a prazos que vão além do tempo previsto para o término da obra. É, sem dúvida, um favorecimento financeiro que se oferece ao comprador. Em tal hipótese, em decorrência dessa convergência de interesses, o incorporador estará antecipando os recursos que são de responsabilidade do adquirente, destinados a assegurar o regular andamento do empreendimento. Afigura-se, nessa situação, legítima a cobrança de juros compensatórios.

O Ministro aposentado RUY ROSADO DE AGUIAR, em trabalho acadêmico no qual analisa a diferença entre venda a crédito e venda financiada, esclarece que:

> "Se a relação é apenas entre fornecedor e comprador, não há mútuo, mas simples crédito concedido pelo comerciante. Nesse caso, o comerciante, que não realiza financiamento, nem é uma instituição financeira, pode cobrar juro" (Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coord.). Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. In: **Biblioteca de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, v. 26, p. 165, 2005).

A propósito, como destacou o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO em seu voto paradigma antes transcrito, seria realmente injusto que, optando pela compra parcelada, o adquirente pagasse exatamente o mesmo preço da compra à vista, sem nenhum acréscimo, o que representaria uma desvantagem exagerada para aqueles que optaram pelo pagamento imediato.

De fato, como reiteradamente alertam os órgãos de defesa dos consumidores, não existe venda a prazo pelo preço de venda à vista. O que pode acontecer é o consumidor comprar à vista pagando o preço correspondente da venda a prazo.

Quanto ao argumento segundo o qual não se trata de venda, mas de simples promessa, a lei e a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça conferem, de modo eloquente, a necessária segurança jurídica ao instituto da promessa de compra e venda de imóvel. Também não me convence o argumento de que antes da entrega das chaves não haveria o uso e o gozo do imóvel por parte do adquirente. Tais circunstâncias são da índole das incorporações imobiliárias, como bem atesta MELHIM NAMEM CHALHUB:

> "**a) contrato de promessa de compra e venda da unidade como 'coisa futura'.** É modalidade que se utiliza nas hipóteses, muito frequentes, em que o incorporador assume o risco da construção, estabelecendo desde logo o preço final da unidade e obrigando-se a entregá-la concluída e averbada no Registro de Imóveis. Nesse caso, o incorporador outorga um contrato de promessa de compra e venda no qual se convenciona sua obrigação de transmitir a propriedade da futura unidade, com a obrigação do adquirente, na contrapartida, de pagar-lhe o preço em parcelas. [...]" (**Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 174).

Ademais, sobre os custos totais de uma incorporação imobiliária incidem custos financeiros de diversas naturezas, sendo os decorrentes do parcelamento do preço apenas um deles.

Ninguém duvida que esses juros compensatórios, relativos ao período anterior à entrega das chaves, se não puderem ser convencionados no contrato, serão incluídos no preço final da obra e suportados pelo adquirente, sendo dosados, porém, de acordo com a boa ou má intenção do incorporador.

Em tais condições, concluo que a melhor forma de se preservar o direito à informação do consumidor, conforme exige o art. 6.º, III, do CDC, é permitir a previsão, expressamente convencionada no instrumento contratual, da cobrança dos juros compensatórios sobre todo o valor parcelado do preço de aquisição do bem.

Com efeito, se os juros compensatórios estiverem previstos no compromisso de compra e venda, o incorporador estará assumindo que não os incluiu no custo final da obra. Isso traz maior transparência ao contrato, abrindo inclusive a possibilidade de o Judiciário corrigir eventuais abusos.

Por tudo isso, não considero abusiva a cláusula que prevê a cobrança de juros compensatórios, incidentes em período anterior à entrega das chaves, em compromissos de compra e venda de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária.

No caso objeto do presente recurso, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, relativos às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença.

Diante do exposto, peço vênia para divergir do eminente relator e voto pelo PROVIMENTO dos embargos de divergência, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato.

É como voto.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA(Relator):

Sr. Presidente, ouvi com muita atenção a manifestação divergente do eminente Ministro Antonio Carlos Ferreira e, rogando vênia ao eminente Relator, vou acompanhar a divergência.

Esse posicionamento do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira também já foi por mim admitido e acolhido no REsp. n. 1.193.788/SP, em que, na ocasião, disse que o cerne da questão é se saber se é lícita ou não a cláusula que prevê, em contrato de compra e venda, mediante incorporação imobiliária, a incidência de juros antes mesmo da entrega das chaves.

Essa é a questão.

Então, penso agora, e já disse naquela ocasião, que esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de não ser razoável que os contratantes que optaram por pagar o valor parcelado, pagassem, ao final, a mesma quantia daqueles que escolheram pelo pagamento à vista.

Na verdade, se adotarmos o posicionamento diverso desse entendimento, estaremos privilegiando o comprador que paga parceladamente em detrimento daquele que vai pagar à vista.

Rogando vênia ao eminente Relator, estou com a divergência.

Ministro MASSAMI UYEDA

ESCLARECIMENTOS

EXMO. SR. MINISTRO MASSAMI UYEDA:

No voto que o Sr. Ministro Sidnei Beneti menciona e que eu cito, estou dizendo que são nulas as cláusulas que atentem ao direito do consumidor. Mas, aqui, não

estamos atentando ao direito do consumidor. Na verdade, não podemos confundir essas duas situações. A invocação do precedente meu pelo Sr. Ministro Sidnei Beneti não se insere nesse contexto.

Então, esse é o sentido.

Ministro MASSAMI UYEDA

VOTO-VOGAL

EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Sr. Presidente, também entendo que não se pode comparar esse tipo de mercado, que tem características próprias, com outros tipos de mercado, no que diz respeito aos produtos nele gerados e aos negócios travados.

Quando se adquire um imóvel, essa aquisição pode ser feita com o imóvel ainda apenas na planta – existe um preço para o imóvel na planta –, o imóvel em construção – que também tem um preço, conforme a fase da construção – um imóvel novo, já pronto – talvez seja o momento em que o preço atinge o seu pico –, e, ainda, o imóvel usado também pode ser adquirido.

Para todos esses diferentes produtos existe o mercado imobiliário, que é um mercado fabuloso, com características próprias, um mercado que gera inúmeros empregos na economia, é aquele que mais rapidamente reage a qualquer medida positiva no cenário econômico.

Então, o produto varia de preço conforme a fase em que ele está sendo gerado ou em que está sendo comercializado.

Esses preços, naturalmente, são sempre preços à vista e a prazo, porque, evidentemente, em cada momento o preço vai variar para o pagamento imediato ou para um pagamento postergado.

Isso acontece porque há uma demora enorme na geração do produto – imóvel pronto, geralmente apartamentos para moradias familiares ou salas comerciais –, na construção dos edifícios. Essas demoras importam o envolvimento de riscos, que não são tão presentes em outro tipo de fabricação.

Quem fabrica um carro, uma geladeira, uma televisão, o faz em poucos dias, e não há um risco maior envolvido. Aqui, também, embora os preços desses produtos variem com o passar do tempo, certo é que a variação, por não ocorrer a curto prazo, não atinge cada unidade produzida (como sucede com cada imóvel). Como cada unidade tem uma fabricação célere, quase imediata, já é prontamente colocada à disposição do consumidor. Normalmente, ninguém vai comprar um carro que ainda vai ser produzido, a não ser aqueles carrões, que não são carros de produção em série. Geladeiras, televisores, automóveis, vai-se à loja e compra-se.

Então essa outra realidade e sua lógica tem utilização indevida, a meu ver, equivocada, com a devida vênia, para o mercado imobiliário.

Não se pode dizer que a pessoa não está usufruindo, ainda, do bem imóvel. Existem pessoas que nem adquirem esses bens para usufruir deles. Há os investidores no mercado imobiliário: gente rica que compra imóvel na planta para especular, vender depois, mais à frente, com lucro. Há também esse tipo de consumidor no mercado. O consumidor não é só aquele que, ingenuamente, vai comprar um imóvel para sua moradia e de sua família, mas também o investidor.

Ademais, esse mercado não funciona sob direção do Estado. É um mercado que, no máximo, pode ter incentivos do Estado, mas não uma regra de caráter obrigatório que todos tenham que cumprir, a não ser naqueles produtos que são fabricados e financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação, esse sim submetido a uma maior tutela do governo. Mas o mercado normal, de imóveis produzidos para a classe média, para a classe alta, não tem nenhuma ingerência maior do Estado. E o investidor, o incorporador, o empresário, eles arriscam seus capitais, contando com essa liberdade.

Sabemos que os custos envolvidos na construção são elevados, os riscos são elevados – há, por exemplo, o risco de acidente de trabalho, pois, se cai um peão de um pingente daqueles existentes nas obras, isso irá gerar uma indenização enorme. Quer dizer, há muitos fatores que interferem como variantes importantes, a justificar que os preços, à vista e a prazo, de um imóvel, que é o produto gerado no mercado imobiliário, sofram essas variações. A justificativa é perfeitamente presente, se se levam em conta essas características do mercado imobiliário.

Não há nenhuma lei que proíba a cobrança desses juros, que se faz necessária em função de que o pagamento a prazo não pode mesmo ser igual ao pagamento à vista. Estaremos até aniquilando o mercado, ignorando as características desse mercado, se decidirmos vedar essas práticas, que são lícitas, corretas e normais.

Aqui no Distrito Federal, parece, o Ministério Público forçou a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta, que proíbe essa cobrança de juros. Nem por isso os preços dos imóveis foram reduzidos. Os preços aqui, ao contrário, são elevados: chegam a R$ 15.000,00 (quinze mil reais) o metro quadrado. Compra-se um imóvel em Fortaleza por, no máximo, R$ 9.000,00 (nove mil reais). O metro quadrado no Rio de Janeiro chega a R$30.000,00 (trinta mil reais). Quer dizer, isso mostra a liberdade que tem que prevalecer nesse mercado, um mercado que não tem por que sofrer maiores ingerências. O mercado imobiliário tem suas características, tem seus nichos em cada momento da etapa da construção.

Desse modo, pedindo vênias ao eminente Relator e à eminente Ministra Nancy Andrighi, que o acompanhou, estou acompanhando a divergência instaurada pelo eminente Ministro Antônio Carlos Ferreira.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, como bem lembrado no voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a tese que S. Exa. acabou de expor teve a adesão da Quarta Turma em precedente que contou com a unanimidade da Turma, inclusive com meu voto. Agora, diante deste processo em julgamento na Seção, dos debates, dos detalhados e minuciosos votos divergentes dos Colegas, vou reconsiderar minha posição anterior.

Penso que, se o consumidor adquirente optou por não pagar à vista a parte que lhe cabia na incorporação, se ele, podendo pagar a vista, valeu-se da possibilidade oferecida pela incorporadora de fazer o pagamento parcelado do preço, há, sem dúvida, uma causa jurídica válida que justifique a previsão contratual desses juros compensatórios. Não seria, a meu ver, compatível com o contrato exonerar desses juros compensatórios aqueles que pagaram parceladamente, colocando-os em igualdade de condição com os que pagaram antecipadamente os valores necessários à sua parte na construção da obra.

Observo que informa o voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que há uma portaria da SDE proibindo essa cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves e que a própria incorporadora não mais prevê essa cobrança em seus contratos atuais. É certo, mesmo que assim aconteça, que nos contratos atuais, em vista desta portaria da SDE, a embargante não mais preveja essa possibilidade de parcelamento do valor que deveria ter sido antecipado pelo adquirente ou que permita esse parcelamento, sem a cobrança desses juros compensatórios. Mas, nestes contratos em que não há previsão desses juros compensatórios, certamente eles são embutidos no custo do empreendimento e oneram, de qualquer forma, o consumidor, mas não da forma transparente como feita no contrato dos autos.

Em síntese, penso que a circunstância de hoje a embargante não mais adotar essa prática significa que ela equaciona o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma diversa, embutindo no preço pago pelo consumidor esses juros, embora sem destacá-los, como era feito anteriormente.

Penso que devemos avaliar este contrato de acordo com a legislação vigente à época, de acordo com aquilo que é incontroverso, que fora pactuado, e não, *data venia,* de acordo com portarias e práticas posteriores, que resultaram em nova conduta empresarial nos contratos subsequentes, não cogitadas no caso em exame.

Portanto, com a devida vênia, adiro à divergência nos termos em que exposta no voto do Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira, que exaure meu ponto de vista a respeito da matéria.

VOTO

O SR. MINISTRO VILLAS BÔAS CUEVA: Sr. Presidente, rogo vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar a divergência, pelas razões aduzidas no

voto do ilustre Ministro Antonio Carlos Ferreira, visto que, na verdade, existe um fato inescapável: não se pode, por decreto, por lei ou por decisão judicial abolir uma realidade econômica. O próprio anteprojeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor vai nessa linha, ao exigir que as operações de crédito sejam reconhecidas como tal, de forma aberta e transparente. Por melhores que sejam as justificativas, não se pode suprimir a realidade de que quando há uma antecipação de recursos, quando há crédito, há um custo e esse custo é suportado por alguém, seja pelo consumidor, seja por outra pessoa. Caso aprovado o texto, não será mais possível dizer que uma operação de crédito é feita a juro zero, sem juros. O pagamento à vista, tal como se vê no anteprojeto, será sempre distinto do pagamento a prazo. Quer dizer, o pagamento à vista ensejará desconto do valor correspondente aos juros, à remuneração do capital, sem que se admita que tal valor, como ocorre frequentemente, seja embutido no total a pagar.

Como bem demonstrado no voto que inaugurou a divergência, há na modalidade de contrato em exame uma antecipação de recursos, portanto há uma operação de crédito. Se se proibir, simplesmente por um *fiat* do julgador, que se faça a contratação dos juros, isso será pago de um modo ou de outro pelo consumidor.

Peço vênia ao eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino para dele divergir porque, embora compreenda as razões que motivaram seu voto, entendo que, após a vedação da cobrança dos chamados juros no pé, o mercado imobiliário sem dúvida adaptou-se à norma, mas de modo a cobrar preços diferenciados, em prejuízo do consumidor. Assim, para que se assegure maior transparência quanto aos custos efetivamente incorridos pelo consumidor e para que se possibilite a comparação de preços, alio-me à divergência, dando provimento aos embargos de divergência.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Então, a única disciplina que existe sobre esse fator é a Lei de Mercado. É óbvio que certos setores da atividade econômica devem ser supervisionados pelo Estado de perto, mas não substituídos, nem o próprio controle há de ser substituído, sob pena de mudarmos a denominação do próprio regime e do próprio sistema.

Com essas colocações, pedindo vênias à ênfase que dei ao meu ponto de vista, acompanho a dissidência.

MINISTRO MARCO BUZZI

MINISTRO

RELATOR MINISTRO SIDNEI BENETI

SEGUNDA SEÇÃO – SESSÃO DE JULGAMENTO 13.06.2012

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ABUSIVIDADE DA COBRANÇA DE JUROS DURANTE A OBRA

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 670.117/PB, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. de 14.09.2010, *DJe* 23.09.2010)1

RECURSO ESPECIAL N. 670.117-PB (2004/0081926-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Queiroz Galvão Empreendimentos S/A

Advogado: Antônio José de Oliveira Botelho e Outro

Recorrido: Dalvaci Marques do Rêgo Costa

Advogado: Thélio Queiroz Farias e Outro

EMENTA

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS DURANTE A OBRA. "JUROS NO PÉ". ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE EMPRÉSTIMO, FINANCIAMENTO OU QUALQUER USO DE CAPITAL ALHEIO.

1. Em contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, descabe a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves do imóvel – "juros no pé" –, porquanto, nesse período, não há capital da construtora/incorporadora mutuado ao promitente comprador, tampouco utilização do imóvel prometido.

2. Em realidade, o que há é uma verdadeira antecipação de pagamento, parcial e gradual, pelo comprador, para um imóvel cuja entrega foi contratualmente diferida no tempo. Vale dizer, se há aporte de capital, tal se verifica por parte do comprador para com o vendedor, de sorte a beirar situação aberrante a cobrança reversa de juros compensatórios, de quem entrega o capital por aquele que o toma de empréstimo.

Recurso especial improvido.

---

[1] Esse acórdão entrou em divergência com a jurisprudência da 3.ª Turma e, em grau de embargos, prevaleceu a tese da legitimidade da cobrança dos chamados "juros no pé" (STJ, 2.ª Seção, EREsp. n. 670.177/PB, Rel. p/ ac. Min. Antônio Carlos Ferreira, ac. de 13.06.2012, *DJe* 26.11.2012).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 14 de setembro de 2010 (data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – RESILIÇÃO POR ATO DO COMPRADOR INADIMPLENTE – POSSIBILIDADE

STJ, 2.ª Seção, EREsp. n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. de 10.04.2002, *DJU* 09.12.2002

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 59870-SP (2000/0016011-3)

Relator: Ministro Barros Monteiro

Embargante: Clenilda Daniel

Advogado: Jose Luiz Bayeux Filho e Outros

Embargado: Delltta s/a Participações e Desenvolvimento

Advogado: Sergio Sacramento de Castro e Outros

EMENTA

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos

embargos, e, por maioria, darlhes provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Nancy Andrighi e Sálvio de Figueiredo Teixeira, vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Aldir Passarinho Junior. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Castro Filho. Ausente, ocasionalmente, a Sr.ª Ministra Nancy Andrighi, que proferiu votovista na sessão do dia 13.03.2002. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Brasília, 10 de abril de 2002 (data do julgamento).

MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
Presidente

MINISTRO BARROS MONTEIRO
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Trata-se de embargos de divergência opostos por Clenilda Daniel ao v. Acórdão da colenda Terceira Turma, Relator o Exm.º Sr. Ministro Ari Pargendler, assim ementado:

> *"CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 54,* caput*), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se,* v.g.*, comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. 2. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. A devolução das prestações pagas, por efeito da desistência da compra, não é garantida pelo Código do Consumidor; o § 1.º do artigo 53, que originariamente assegurava ao adquirente esse direito, foi* vetado*, de modo que uma exegese que o restabelecesse implicaria* eliminar o veto *por meio de interpretação. Recurso especial não conhecido*" (fl. 409).

Aponta a embargante como divergente o REsp. n. 132.903-SP, de relatoria do il. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de conformidade com o qual "*o comprador que deixa de cumprir o contrato alegando insuportabilidade da obrigação tem o direito de promover ação para receber a restituição das importâncias pagas*".

Admitido o processamento do recurso, não foi ele impugnado.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (RELATOR):

1. Preliminarmente, tenho como configurada a dissonância interpretativa. Enquanto o *decisum* embargado considera que o compromissário comprador, em hipótese de desistência da compra, não tem o direito à devolução das quantias pagas, o Aresto paradigma colacionado orientou-se em sentido oposto: *"O comprador que deixa de cumprir o contrato alegando insuportabilidade da obrigação tem o direito de promover ação para receber a restituição das importâncias pagas."*

2. A ora embargante – compromissária compradora – ajuizou esta ação, pretendendo alternativa e sucessivamente: a rescisão do contrato; a sua resolução ou, quando não, a resilição da avença. Em todas as postulações, o escopo substancial colimado era a restituição das importâncias pagas à promitente vendedora.

Repelidas na integralidade as pretensões pelo Tribunal *a quo,* a autora adstringiu o pleito no apelo especial interposto ao seu direito à resilição do contrato por simples denúncia, havendo para tanto invocado o disposto no art. 54, § 2.º, do CDC.

A despeito de reputar impertinente à solução desta controvérsia a regra do suprarreferido inciso legal, penso que ao compromissário comprador é permitido, na hipótese de não reunir condições para suportar o reajuste das prestações, requerer o desfazimento do ajuste, reclamando da promitente vendedora a devolução da soma que lhe foi paga, tendo como base legal o estatuído nos arts. 51, II, e 53, *caput*, da Lei n. 8.078, de 11.09.1990.

Em que pese o veto havido em relação ao art. 53, § 1.º, do mencionado diploma legal, o promissário comprador tem o direito de promover a ação, a fim de receber a restituição do que desembolsou. Não se acha ele submetido de maneira irremediável à perda do numerário despendido; pode tomar a iniciativa de propor a ação de resilição do contrato por insuportabilidade do pagamento das parcelas convencionadas.

Nesse sentido o Acórdão carreado como modelo pela embargante, emanado da colenda Quarta Turma, relatado pelo em. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, de cujo douto voto se colhe:

> *"5. Penso que não corresponde à melhor interpretação do nosso* sistema legal a assertiva de que o pedido de devolução das quantias pagas em cumprimento de contrato de promessa de compra e venda não possa ser formulado pelo promissário comprador, ainda que inadimplente. A restituição das partes à situação anterior é uma consequência da resolução do contrato, pois a extinção da avença implica a necessidade de recomposição, tanto quanto possível, da situação assim como ela era antes.
>
> 6. Porque há o direito de restituição, há a ação que pode ser proposta diretamente pelo comprador. A regra do art. 53, última parte, que se refere ao direito de o credor pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem, não exclui a possibilidade de o

próprio devedor promover ação de resolução do contrato, pois o sistema admite a extinção ou modificação do contrato por onerosidade excessiva, ou por outro nome que se lhe queira dar (imprevisão, alteração da base do negócio etc.), cuja consequência será a restituição das partes à situação anterior.

7. É partindo desse enunciado que esta eg. 4.ª Turma tem reafirmado, em diversos julgados, seu entendimento de que, em princípio, o promissário comprador tem direito à devolução das prestações pagas na execução de contrato que fica impossibilitado de cumprir, em face da superveniente alteração das circunstâncias, direito que pode ser reconhecido seja na ação de resolução proposta pela promitente vendedora, seja na de iniciativa do promissário comprador, pois a restituição, como efeito da extinção do contrato, se faz presente tanto em um caso como em outro, independentemente da autoria da ação."

Tal orientação prevalecera, por sinal, quando do julgamento do REsp. n. 109.331-SP, também de relatoria do Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, para quem: *"O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato. Aceita essa premissa, a jurisprudência tem reconhecido como fato suficiente para a resolução a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do devedor e o impedem de continuar cumprindo o contrato. Nessa circunstância, pode o devedor tomar a iniciativa da propositura da ação de rescisão."*

Em voto-desempate proferido na c. Terceira Turma, aderi expressamente a tal entendimento. Refiro-me ao REsp. n. 115.671-RS, de que foi Relator o il. Ministro Waldemar Zveiter, em que se assentou: *"O comprador inadimplente pode pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos."*

Igual a diretriz esposada na ocasião do julgamento do REsp. n. 67.616-SP, por mim relatado:

> *"O compromissário comprador não se acha impedido de postular a declaração de nulidade de cláusula contratual e a restituição das parcelas pagas, como base no art. 53 da Lei n. 8.078, de 11.09.90, através de ação própria por ele intentada."*

Assim, o ordenamento jurídico pátrio enseja ao adquirente o direito de requerer a restituição das parcelas pagas, não obstante seja ele o desistente do negócio por impossibilidade de prosseguir na solução do débito contraído. Consoante leciona Luiz Antônio Rizzato Nunes, *"o fundamento primeiro do* caput *do art. 53 é o do não enriquecimento sem causa. É inadmissível que se possa pensar que alguém adquira um bem por preço certo, pague parte dele – por vezes grande parte – e, por*

não poder mais pagar, fique sem o bem e sem o dinheiro que adiantou" (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. p. 605, 2000).

Pertinente, ainda, a anotação de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins em seu Código do Consumidor Comentado:

> *"No caso, todavia, de venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento de prestações, parece-nos que, em face do veto presidencial ao § 1.º, deste artigo, deve prevalecer a solução que mais se coaduna com os princípios que informam nosso Direito. A nosso ver, seria a seguinte: impõe-se, de qualquer forma, ao fornecedor o dever de devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente, pena de enriquecimento ilícito daquele primeiro. Todavia, dessa restituição, poderão ser descontados as perdas e danos a que o consumidor tiver dado causa, (nessas perdas e danos, podem ser incluídos, não apenas a vantagem econômica auferida com a fruição, de que tratava o vetado § 1.º, o que corresponderia,* v.g.*, à cobrança de venda não veio a ser realmente implementada, mas também lucros cessantes, despesas gerais decorrentes do inadimplemento etc.)"* (2. ed. p. 261/262).

Por conseguinte, malgrado o veto aposto ao § 1.º do art. 53 do CDC e sem embargo de que, à hipótese *sub judice*, não vem a pelo a norma do art. 54, § 2.º, do mesmo **Codex**, inegável é o direito de o compromissário comprador vir reclamar a devolução das prestações pagas em face do que estabelecem os arts. 51, II, e 53 da mesma Lei n. 8.078/1990. Pouco releva a indicação indevida de determinado artigo de lei federal como contrariado, desde que a questão jurídica tenha, em si, sido articulada no Recurso Especial interposto.

Claro está que, ao reverso do disposto na sentença, a restituição não deve operar-se de modo integral, mas com a dedução de 25% (vinte e cinco por cento), consideradas não só as despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento, mas também a circunstância de que, no caso, foi a autora quem teve a iniciativa de romper o pactuado.

3. Do quanto foi exposto, conheço dos embargos e os recebo parcialmente, a fim de julgar procedente, em parte, a ação, condenando a ré – ora embargada – a restituir 75% (setenta e cinco por cento) das importâncias pagas, corrigidas a partir de cada desembolso, com juros desde a citação, custas e honorários advocatícios (art. 21, parágrafo único, do CPC), os últimos arbitrados em 10% (dez por cento) sobre valor total da condenação.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, a conclusão do voto do Sr. Ministro-Relator tem sido também a posição da Quarta Turma, se não me engano por unanimidade – não sei se o Sr. Ministro Aldir Passarinho Júnior tem divergido. Por diversas vezes tenho julgado dessa forma naquele Órgão fracionário, inclusive como Relator.

Quando os contratos eram firmados, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a Quarta Turma vinha aplicando, como ainda acontece, o art. 924 do Código Civil. Mas, desde a vigência do referido Código, aplica o art. 53.

Nada obstante o argumento trazido pelo eminente Relator do acórdão embargado de que, como o § 1.º, que cuidava dessa matéria, foi vetado, a aceitação do entendimento, agora posto pelo eminente Ministro-Relator, poderia importar na eliminação desse veto. O argumento impressiona e, na verdade, apresenta uma certa dificuldade para ser superado, porque o § 1.º do art. 53 realmente cuidava dessa matéria e foi vetado.

No entanto, com todo respeito ao entendimento do eminente Ministro-Relator do acórdão embargado, creio que do próprio sistema se pode extrair o que foi agora posto pelo eminente Relator destes embargos de divergência, conduzindo-me a dizer que a existência daquele parágrafo importava em uma explicitação do que poderia ser extraído do próprio corpo do Código de Defesa do Consumidor.

Com essas considerações suplementares, e adotando integralmente o que foi posto pelo eminente Ministro-Relator, conheço dos embargos e dou-lhes parcial provimento.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Senhor Presidente, a Terceira Turma, em casos de rescisão de negócio imobiliário, tem ordenado a devolução de parte das quantias pagas pelo promitente comprador, com base no artigo 924 do Código Civil.

Na espécie, não pôde fazer isso, porque o recurso especial foi interposto, exclusivamente, pela letra "a", dizendo contrariado o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

O respectivo § 1.º, de fato, amparava a pretensão da autora, mas foi vetado, e a Terceira Turma decidiu que não poderia aplicar norma legal inexistente.

Essa é a questão a ser resolvida nestes embargos de divergência, vale dizer, se o veto pode ser elidido por meio de interpretação.

Salvo melhor juízo, não.

Voto no sentido de rejeitar os embargos de divergência.

ESCLARECIMENTOS

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Sr. Presidente, gostaria de fazer um esclarecimento. A Quarta Turma não tem se fixado sempre em estabelecer a devolução no valor de 90% (noventa por cento). Essa porcentagem varia de acordo com cada caso. Por exemplo, se o imóvel estava sendo ocupado pelo promitente comprador, estipulamos, algumas vezes, em até 30% (trinta por cento).

Não há rigidez em relação ao percentual, porque dependerá se houve comprovação dos custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância etc.

O EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, o importante é que a Terceira Turma distinguiu: existem despesas e existe uma indenização adicional pelo rompimento do vínculo, porque, se assim não for, estaremos dizendo que a pessoa pode contratar sem se estar obrigando. Quem se obriga e rompe essa obrigação, sofre uma pena.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

A embargante, adquirente de apartamento em construção, em empreendimento popular, ajuizou ação ordinária contra a incorporadora, *"pedindo, em primeira linha, a **RESCISÃO** do compromisso de venda e compra, em razão de **vícios no sinalagma** contratual e infração à lei. Na sequência sucessivo-alternativa, a Autora pleiteia a **RESOLUÇÃO** por inadimplemento da promitente vendedora e, nos limites da eventualidade, invoca o seu direito à **RESILIÇÃO** do contrato"*, em qualquer das hipóteses de desfazimento com restituição das importâncias pagas, alegando que pagou a entrada e as dez primeiras prestações.

A sentença, considerando que as questões são apenas de direito, considerou a ré em mora, tendo por nula a cláusula de entrega do bem *"porque faz com que se torne indeterminado o prazo"*, com o que a falta de prazo permite a rescisão, ademais da multiplicidade de índices, que põe o valor monetário do contrato sob o controle de uma das partes, julgou procedente a ação *"para rescindir o contrato, restituídas as partes a situação anterior, devolvido o já pago com correção, juros da citação, custas e despesas com correção do desembolso e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa com correção da inicial"*.

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação e julgou prejudicado o adesivo. Considerou o Tribunal que a autora ajuizou a ação antes do prazo que a autora tinha para terminar a obra, sendo carecedora para pedir a rescisão, afastando, ainda, a possibilidade de resolução e resilição, tanto porque precipitou-se a autora quanto ao prazo, como porque o art. 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor é inaplicável, não sendo o contrato de adesão. Julgou improcedente a ação e inverteu os ônus da sucumbência.

O recurso especial, como assinalado no Acórdão embargado, limitou-se ao direito à resilição do contrato por ato unilateral. Considerou, então, o Acórdão embargado que o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor não autoriza a pretensão da autora porque depende da iniciativa do credor, destacando:

> *"O § 1.º deste artigo,* que foi vetado, *assinava ao devedor inadimplente a restituição das parcelas quitadas. Uma exegese que atribuísse ao artigo 54 do Código do Consumidor,*

que as razões do recurso especial dizem contrariado, o mesmo efeito, implicaria em eliminar o veto por meio de interpretação."

E, depois de mencionar lições de Eduardo Alvim, acrescentou:

"Isso pode, quem sabe, resultar do Código Civil; não, do artigo 54 do Código do Consumidor."

Com isso, não conheceu a Terceira Turma do especial, Relator o Ministro Ari Pargendler. Na ocasião, acompanhei o voto do Senhor Ministro Pargendler, pedindo vênia aos eminentes colegas para reproduzir o trecho que se segue do voto-vista que proferi na ocasião:

"No caso, se todas as imputações feitas pela autora para alcançar o desfazimento do contrato estão sem substância, repelidas nas instâncias ordinárias, ficando sem combate no especial, salvo aquela do Decreto Municipal, também aqui já rechaçada, não se pode autorizar, só pelo fato de tratar-se de contrato de adesão, o desfazimento do contrato e a devolução das importâncias pagas. A tanto não chega a regra jurídica do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o artigo 53 do mesmo Código não foi apreciado pelo Acórdão recorrido.

Mas, restaria, ainda, ver o § 2.º do artigo 54, aquele que admite 'cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha a consumidor'. Ocorre que o Acórdão recorrido não cuidou da cláusula resolutória. É certo que o Acórdão recorrido não considerou o contrato como de adesão, prejudicando, assim, o exame da questão específica. De todos os modos, o que se observa com a leitura do dispositivo, é que a cláusula não é compulsória, mas, apenas, admitida, 'desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor'. No caso, vale relembrar que a ação pediu o desfazimento do contrato porque nulo, responsável a vendedora, tanto que incluiu na condenação a multa de 10% prevista no parágrafo único da cláusula 8), não tratando da regra do *caput*, que impõe a perda das parcelas pagas se a ruptura for causada pelo comprador. A devolução foi requerida na inicial em decorrência da nulidade do contrato, não se cuidando do inadimplemento da autora. Se a vendedora cumpriu o contrato, que não estava manchado, improcedente o pedido, não há como enfrentar as consequências da impossibilidade de pagamento por parte da autora, gerando a ruptura do pacto, com pedido de devolução das importâncias pagas por esse filão. Seria criar na demanda causa que não está no seu berço.

Com essas razões, eu acompanho o eminente Ministro Ari Pargendler."

Reexaminando os autos, e considerando o cenário que apresenta, com todo respeito aos que entendem em sentido contrário, não encontro razões para alterar o voto-vista que proferi.

Com tais razões, eu rejeito os embargos.

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Trata-se de embargos infringentes opostos por Clenilda Daniel, contra acórdão da Egrégia 3.ª Turma, de relatoria do eminente Ministro Ari Pargendler, assim ementado (fl. 409):

> "CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 54, *caput*), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, *v.g.*, comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. 2. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. A devolução das prestações pagas, por efeito da desistência da compra, não é garantida pelo Código do Consumidor; o § 1.º do artigo 53, que originariamente assegurava ao adquirente esse direito, foi vetado, de modo que uma exegese que o restabelecesse implicaria eliminar o veto por meio de interpretação. Recurso especial não conhecido."

Contrapõe-se a tal decisão, como paradigma, aresto da 4.ª Turma, relatado pelo ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp. n. 132.903/SP, dele destacando-se o seguinte excerto:

> "4. Partindo do fato da extinção da avença, pela impossibilidade de um e desinteresse de outro na manutenção do contrato, cumpre indagar se o promissário comprador, que deixou de pagar as prestações alegando impossibilidade relativa, tinha o direito de promover ação para receber a devolução do que pagara. Penso que sim. O desfazimento do negócio de promessa de compra e venda tem o efeito de devolver as partes à situação anterior, sendo nula a cláusula que prevê a perda total das prestações pagas pelos compradores (art. 53 do Codecon). Tendo a promitente vendedora considerado rescindido o contrato e liberado o imóvel para vendê-lo a terceiros, não está o promissário comprador submetido irremediavelmente à situação de perda do que adiantou, sem iniciativa para recuperar o numerário. Sendo direito seu obter a devolução das quantias pagas, dispõe ele de ação de restituição, que pode propor cumulativamente com o pedido de resolução do contrato por insuportabilidade das prestações, como aconteceu no caso dos autos e como tem frequentemente ocorrido na prática forense, especialmente no Estado de São Paulo.
>
> 5. Penso que não corresponde à melhor interpretação do nosso sistema legal a assertiva de que o pedido de devolução das quantias pagas em cumprimento de contrato de promessa de compra e venda não possa ser formulado pelo promissário comprador, ainda que inadimplente.
>
> A restituição das partes à situação anterior é uma consequência da resolução do contrato, pois a extinção da avença implica a necessidade de recomposição, tanto quanto possível, da situação assim como ela era antes.

> 6. Porque há o direito de restituição, há a ação que pode ser proposta diretamente pelo comprador. A regra do art. 53, última parte, que se refere ao direito de o credor pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem, não exclui a possibilidade de o próprio devedor promover ação de resolução do contrato, pois o sistema admite a extinção ou modificação do contrato por onerosidade excessiva, ou por outro nome que se lhe queira dar (imprevisão, alteração da base do negócio etc.), cuja consequência será a restituição das partes à situação anterior."

O recurso especial foi aviado com base na letra "a" do permisso constitucional, por violação ao art. 54 e seu parágrafo 2.º do CDC (cf. fls. 351 e 395) que dispõem:

> "Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> [...]
>
> § 2.º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2.º do artigo anterior."

Verifica-se, portanto, que a interpretação da 3.ª Turma recaiu exclusivamente, como não poderia deixar de ser, **sobre o art. 54 e parágrafo 2.º** mesmo porque somente ele fora suscitado no especial.

E friso que a menção feita tanto pelo relator, Min. Ari Pargendler, como no voto-vista do ilustrado Min. Carlos Alberto Menezes Direito, na decisão Turmária, relativamente ao art. 53 do mesmo CDC, limitaram-se a reforçar a argumentação a respeito do art. 54, para afirmar, o primeiro, que exegese contrária importaria em revigorar dispositivo legal (parágrafo 1.º do art. 53), que fora vetado, enquanto o segundo, que *"... O artigo 53 do mesmo Código não foi apreciado pelo Acórdão recorrido"* (fl. 402, *sic*). No mesmo rumo do relator foram os votos dos ilustrados Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter.

Já o aresto paradigmático, consoante se constata do trecho acima reproduzido, do Min. Ruy Rosado de Aguiar, centrou-se, exatamente, na interpretação do art. 53, última parte, da mesma Lei n. 8.078/1990.

Ora, com a máxima vênia, a divergência não se configura pelo simples confronto de resultados diversos, mas, sim, quando tais resultados defluem de teses opostas, assim considerado na circunstância em que as Turmas, no exame de igual ou iguais normas, delas extraem conclusões dissonantes.

Portanto, se a Terceira Turma julgou o especial apenas à luz do art. 54 e parágrafo 2.º do CDC, que foi o dispositivo tido pela parte como contrariado, e a Quarta Turma chegou a conclusão distinta, porém na apreciação do art. 53 daquele Código, impossível a configuração do dissídio, pela ausência de identidade das teses.

De toda sorte, inobstante o que se disse acima, adentro, de logo, também no mérito, e tenho que a razão está com a interpretação dada pela divergência.

É que não extraio do art. 53, *caput*, a compreensão de que ela se dirige à hipótese – como a presente – em que a iniciativa da rescisão parte do próprio devedor inadimplente. Essa situação era prevista, como bem acentuado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, no parágrafo 1.º, que foi vetado. E as razões do veto presidencial, transcritas no voto do relator do recurso especial, à fl. 397, não deixam dúvida alguma da clara intenção de postergar, para legislação posterior, tal espécie de resilição.

Assim, a tese oposta importa, na realidade, na revigoração de uma disposição deliberadamente afastada pelo legislador, de sorte que estaria, aí, o Judiciário, não suprindo simplesmente uma lacuna, porém assumindo papel que não lhe cabe na distribuição constitucional dos poderes do Estado.

E, de outro lado, também não identifico contrariedade ao art. 54, parágrafo 2.º, porquanto, a par do entendimento da instância ordinária, soberana na interpretação do quadro fático específico, de que não se cuidava de contrato de adesão, a cláusula é facultativa, inexistente na espécie em prol da consumidora.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos.

É como voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de Embargos de Divergência opostos por Clenilda Daniel contra acórdão da Egrégia 3.ª Turma, da lavra do em. Min. Ari Pargendler, assim ementado:

> "CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 54, *caput*), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, *v.g.*, comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento.
>
> 2. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. A devolução das prestações pagas, por efeito da desistência da compra, não é garantida pelo Código do Consumidor; o § 1.º do artigo 53, que originariamente assegurava ao adquirente esse direito, foi vetado, de modo que uma exegese que o restabelecesse implicaria eliminar o veto por meio de interpretação. Recurso especial não conhecido."

Diverge de tal decisão o REsp. n. 132.903-SP, da lavra do em. Min. Ruy Rosado de Aguiar, que reconhece legitimidade ativa *ad causam* ao comprador, que deixa de cumprir o contrato por onerosidade excessiva.

O Min. Barros Monteiro conheceu dos embargos, recebendo-os parcialmente para julgar procedente, em parte, a ação, condenando a ré – ora embargada – a restituir 90% das importâncias pagas, corrigidas a partir de cada desembolso, com juros desde a citação, custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor total da condenação.

Em voto-vista o em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito reiterou seu posicionamento enunciando para tanto que:

> "No caso, se todas as imputações feitas pela autora para alcançar o desfazimento do contrato estão sem substância, repelidas nas instâncias ordinárias, ficando sem combate no especial, salvo aquela do Decreto Municipal, também aqui já rechaçada, não se pode autorizar, só pelo fato de tratar-se de contrato de adesão, o desfazimento do contrato e a devolução das importâncias pagas. A tanto não chega a regra jurídica do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o artigo 53 do mesmo Código não foi apreciado pelo Acórdão recorrido. Mas, restaria, ainda, ver o § 2.º do artigo 54, aquele que admite 'cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor'. Ocorre que o Acórdão recorrido não cuidou da cláusula resolutória. É certo que o Acórdão recorrido não considerou o contrato como de adesão, prejudicando, assim, o exame da questão específica. De todos os modos, o que se observa com a leitura do dispositivo, é que a cláusula não é compulsória, mas, apenas, admitida, 'desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor'. No caso, vale relembrar que a ação pediu o desfazimento do contrato porque nulo, responsável a vendedora, tanto que incluiu na condenação a multa de 10% prevista no parágrafo único da cláusula 8, não tratando da regra do *caput*, que impõe a perda das parcelas pagas se a ruptura for causada pelo comprador. A devolução foi requerida na inicial em decorrência da nulidade do contrato, não se cuidando do inadimplemento da autora. Se a vendedora cumpriu o contrato, que não estava manchado, improcedente o pedido, não há como enfrentar as consequências da impossibilidade de pagamento por parte da autora, gerando a ruptura do pacto, com pedido de devolução das importâncias pagas por esse filão. Seria criar na demanda causa que não está no seu berço."

O em. Min. Aldir Passarinho Júnior não reconheceu configurada a divergência e no mérito ponderou que a razão está com a interpretação dada pela divergência:

> É que não extraio do art. 53, *caput,* a compreensão de que ela se dirige à hipótese – como a presente – em que a iniciativa da rescisão parte do próprio devedor inadimplente. Essa situação era prevista, como bem acentuado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, no parágrafo 1.º, que foi vetado. E as razões do veto presidencial, transcritas no voto do relator do recurso especial, á fl. 397, não deixam dúvida alguma da clara intenção de postergar, para legislação posterior, tal espécie de resilição.
>
> Assim, a tese oposta importa, na realidade, na revigoração de uma disposição deliberadamente afastada pelo legislador, de sorte que estaria, aí, o Judiciário, não suprindo simplesmente uma lacuna, porém assumindo papel que não lhe cabe na distribuição constitucional dos poderes do Estado.

> E, de outro lado, também não identifico contrariedade ao art. 54, parágrafo 2.º, porquanto, a par do entendimento da instância ordinária, soberana na interpretação do quadro fático específico, de que não se cuidava de contrato de adesão, a cláusula é facultativa, inexistente na espécie em prol da consumidora.

Relatado o processo, decide-se.

Conheço dos embargos de divergência porque a decisão invocada como padrão consagra tese inconciliável com a que se quer embargar. Havendo identidade de fato e solução normativa diferenciada ainda que a interpretação da Quarta Turma tenha se centrado na interpretação do art. 53, última parte, da Lei n. 8.078/1990 e a Terceira Turma tenha se concentrado no exame do art. 54 e parágrafo 2.º, único prequestionado, invocando o art. 53 do CDC apenas como reforço à argumentação que concluiu ser inadmissível a devolução das parcelas pagas ao adquirente inadimplente de imóvel mediante pagamento em prestações, sob pena de revigorar o artigo que originariamente lhe assegurava esse direito, excluído por veto presidencial.

Embora os recursos especiais tenham objetivado violações a dispositivos diversos – art. 54, § 2.º, do CDC e art. 53 do mesmo Código, a verdade é que houve pronunciamento das Turmas sobre a questão jurídica articulada, ainda que sob luzes diversas, e conclusões defluentes com origem em teses opostas, o que justifica o cabimento dos presentes embargos de divergência.

Note-se, neste sentido que no REsp. n. 59.870, mesmo compreendendo não provada a natureza do contrato de adesão, elucidou o em. Min. Ari Pargendler:

> "Nada disso, todavia, aproveita à autora, porque o artigo 53 do Código do Consumidor, específico para os contratos de compra e venda de imóveis, a seguir transcrito, supõe que a resolução do contrato tenha resultado de iniciativa do credor.
>
> [...]
>
> O § 1.º deste artigo, que foi vetado, assinava ao devedor inadimplente a restituição das parcelas quitadas. Uma exegese que atribuísse ao artigo 54 do Código do Consumidor, que as razões do recurso especial dizem contraiado [*sic*], o mesmo efeito, implicaria em eliminar o veto por meio de interpretação."

E após mencionar estudos de Eduardo Alvim no sentido da devolução das parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente, concluiu:

> "Isso pode, quem sabe, resultar do Código Civil, não do artigo 54 do Código do Consumidor."

Por outro lado, importante extrair alguns trechos do voto do em. Min. Menezes Direito quando afirma:

> *Como bem assinalou o eminente Relator, o recurso especial está concentrado na interpretação do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, pretendendo discutir a cláu-*

sula de decaimento, com apoio no artigo 53 do mesmo Código, não atacou, portanto, a fundamentação do Acórdão...

Concluiu, porém, merecer o contrato a configuração de adesão, por definição legal, mas prosseguindo no julgamento questionou:

"Mas, mesmo sendo o contrato de adesão, o direito reclamado no especial deveria ser acolhido?

O cuidadoso Senhor Ministro Ari Pargendler entendeu que não porque o artigo 54 não poderia ser interpretado na mesma linha do § 1.º do artigo 53, que foi vetado, e que autorizava o devedor inadimplente a pedir a restituição das parcelas quitadas."

E expôs seu entendimento:

"De fato, o veto ao § 1.º do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor deve ter levado em conta esse cenário. O que permaneceu na lei especial foi a regra que autoriza a devolução do que foi pago se o credor, em razão do inadimplemento do devedor, pleitear 'a resolução do contrato e a retomada do produto alienado'. O devedor não pode, por falta de cobertura legal, a meu sentir, pleitear a devolução do que pagou porque não pode mais continuar cumprindo com a sua obrigação contratual. Essa possibilidade o veto presidencial, mantido pelo Congresso Nacional, sepultou."

Por sua vez, o acórdão da Quarta Turma prolatado no REsp. n. 132.903, pela voz do em. Min. Ruy Rosado de Aguiar dispôs:

"Penso que não corresponde à melhor interpretação do nosso sistema legal a assertiva de que o pedido de devolução das quantias pagas em cumprimento de contrato de promessa de compra e venda não possa ser formulado pelo promissário comprador, ainda que inadimplente. A restituição das partes à situação anterior é uma consequência da resolução do contrato, pois a extinção da avença implica a necessidade de recomposição, tanto quanto possível, da situação assim como ela era antes.

Porque se há o direito de restituição, há a ação que pode ser proposta diretamente pelo comprador. A regra do art. 53, última parte, que se refere ao direito de o credor pleitear a resolução do contrato e a retomada do bem, não exclui a possibilidade de o próprio devedor promover ação de resolução do contrato, pois o sistema admite a extinção ou modificação do contrato por onerosidade excessiva, ou por outro nome que se lhe queira dar (imprevisão, alteração da base do negócio etc.), cuja consequência será a restituição das partes à situação anterior."

Na divergência, indaga-se se ao devedor inadimplente é possível reconhecer-se iniciativa para pleitear em juízo a devolução dos valores pagos, uma vez que foi vetado o § 1.º do art. 53 do CDC, o qual disciplinava o respectivo direito.

A despeito de, tal como o Min. Barros Monteiro, também reputar impertinente à solução da presente controvérsia a regra do art. 54, § 2.º, do CDC, tendo

em conta preciosa máxima aduzida por Juliano, *commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat* ("prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade") entendo que ao compromissário comprador inadimplente, em princípio, não é dado o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, ainda quando em falta com o avençado o devedor e desistente do negócio, ser-lhe-á permitido resilir o contrato de compra e venda, postulando a devolução das parcelas que quitou, se as prestações sucessivas pactuadas, se lhe tenham tornado excessivamente onerosas.

Evidentemente que o reconhecimento da possibilidade do pedido não significa o seu deferimento, pois ao julgador não deve passar despercebido que também seria iníquo exigir-se do fornecedor a devolução integral das parcelas pagas pelo consumidor, atualizadas monetariamente, quando este encontrava-se inadimplente com suas obrigações. A questão, porém, deverá ficar ao prudente arbítrio do juiz na solução do litígio, descontando-se as eventuais perdas e danos a que o consumidor ocasionar, despesas gerais com o inadimplemento etc.

Em outros julgados, já me pronunciei no sentido de que:

> "O veto ao dispositivo legal mencionado – § 1.º do art. 53 do CDC – ocasionou verdadeira lacuna jurídica em nosso ordenamento. A questão, entretanto, deve ser solucionada com fundamento na análise da função integrativa do princípio geral de direito privado conhecido como *favor debitoris* (favorecimento ao devedor), presente em nosso ordenamento jurídico, como anota o Ministro José Carlos Moreira Alves em sua excelente monografia AS NORMAS DE PROTEÇÃO AO DEVEDOR E O 'FAVOR DEBITORIS' – DO DIREITO ROMANO AO DIREITO LATINOAMERICANO.
>
> Ensina o Ilustre Ministro que o *favor debitoris* constitui princípio geral de direito, verificado no Direito Romano e presente em vários ordenamentos jurídicos da atualidade, consistente na proteção e apoio ao devedor, objetivando libertá-lo do débito através de técnica interpretativa, ou integrativa de direito, a qual visa abrandar o rigor de premissas racionais que informam os princípios básicos reguladores do direito de crédito.
>
> Deve-se observar que a existência do princípio do *favor debitoris* não decorre das normas e princípios que tutelam a preservação do equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação, ou ainda da lógica e da racionalidade do direito, mas tão somente da finalidade que inspirou este princípio: o favorecimento ao devedor.
>
> O escopo (e fundamento) do *favor debitoris* reside, assim, na limitação ao grau de onerosidade que o débito causa na esfera de liberdade jurídica do devedor, limitação esta que pode ser revelada pela seguinte regra interpretativa/integrativa: quem se obriga, obriga sempre pelo menos.
>
> Nestes termos, corresponde o favor debitoris à manifestação específica do *favor libertatis* em sentido amplo, sendo o corolário, no Direito das Obrigações, dos princípios jurídicos ínsitos nas expressões *in dubio pro libertatis* e *in dubio pro reu*.
>
> *In casu*, o apego rígido e injustificado à lógica e à técnica jurídica expressa no art. 53, *caput* e incisos, do CDC, implicaria em concluir que o devedor inadimplente não possui legitimidade ativa *ad causam*.

Entretanto, o princípio geral de direito privado, consubstanciado no *favor debitoris*, ora enfocado e aplicado em sua função integrativa, fundamenta o direito de o devedor inadimplente ingressar em juízo, em observância ao art. 924 do CC, deduzindo pedido de condenação do credor à devolução das parcelas pagas.

Em conclusão, como ocorre na hipótese *sub judice*, poderá o promissário comprador demandar em juízo a devolução das importâncias pagas, ainda que tenha dado causa à rescisão do contrato (e encontre-se, portanto, em mora, como na hipótese dos autos – fls. 252) e desde que não esteja na posse do imóvel objeto da promessa de compra e venda, apontando como causa de pedir o enriquecimento sem causa do promitente vendedor, com fundamento no art. 924 do CC.

De fato, a retenção, pelo promitente vendedor, do total das prestações pagas, implica necessariamente em enriquecimento sem causa deste.

E se é certo que a perda das parcelas, *in totum*, acarreta excessiva onerosidade ao promissário comprador, é também lógico deduzir que a condenação do recorrido, promitente vendedor, à devolução integral dos valores pagos, constitui grave injustiça.

Com o fim de solucionar a questão, tem a jurisprudência deste C. STJ admitido a retenção, pelo promitente vendedor, de parte da quantia despendida pelo promissário comprador, a título de reembolso das despesas incorridas com a venda do imóvel (publicidade, corretagem, elaboração de contratos etc.) e a título de indenização, por ter o promissário comprador dado causa à rescisão do contrato.

E o v. acórdão recorrido, ao determinar a retenção do valor pago pelo promitente comprador em 30% do total, decidiu em consonância com o entendimento predominante nesta C. Terceira Turma.

Outro argumento, ainda, deve ser alinhado à hipótese: o quantum fixado pelo v. acórdão recorrido (trinta por cento) resulta de análise do conjunto fático-probatório dos autos (fls. 254), *in verbis*:

'Mostra a experiência em situações como esta, a maioria dos vendedores, empresas imobiliárias e construtoras ficam no prejuízo apenas com despesas de propaganda e de eventual corretagem, situação lesiva que 30% dos valores pagos devidamente corrigidos a partir do efetivo desembolso a permitir com isto cobrir com folga eventual prejuízo dos interessados.'

Incide à espécie, nestes termos, o óbice do E n. 7 da Súmula deste C. STJ."

Com efeito, o que o veto alcançou foi o "direito à compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizadas, descontadas a vantagem econômica auferida com a fruição", não o direito de ação do comprador inadimplente de postular pela devolução das parcelas quitadas, pois segundo o regime do Código Consumerista são nulas de pleno direito as estipulações abusivas e prejudiciais ao consumidor, como o é a perda total das prestações pagas. E mesmo assim, referido veto cai no vazio, já que subsistente outras normas, tais como o art. 51, inciso IV, do CDC que considera nula de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam

obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade

Forte em tais razões, CONHEÇO dos embargos e os recebo parcialmente para acompanhar o voto do em. Min. Barros Monteiro.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Peço vênia à divergência para conhecer dos embargos e recebê-los, na linha do voto do Ministro-Relator.

COBRANÇA DE TAXA DE CORRETAGEM E TAXA SATI

STJ, 2ª Seção, REsp. 1.599.511/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 24.08.2016, *DJe* 06.09.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.599.511 – SP
(2016/0129715-8)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Perfil Santana Empreendimentos Imobiliarios Ltda

Advogados: José Frederico Cimino Manssur e Outro(s)

Paula Marques Rodrigues

Matheus Alexandre Braz de Oliveira

Recorrido: Roseli de Souza Marques Crestoni

Recorrido: Marco Aurelio Crestoni

Advogado: Márcio Bernardes

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I – TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde

que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II – CASO CONCRETO:

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, no caso concreto, dar parcial provimento ao recurso especial para limitar a procedência do pedido à condenação da incorporadora a restituir os valores pagos a título de serviço de assessoria imobiliária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 1.040 do NCPC foram fixadas as seguintes teses: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel." Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Flavio Luiz Yarshell, pela Recorrente Perfil Santana Empreendimentos Imobiliários Ltda. Brasília, 24 de agosto de 2016. (Data de Julgamento).

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por PERFIL SANTANA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Pretensão dos apelados de verem a ré condenada na devolução em dobro dos valores desembolsados referentes à comissão de corretagem e taxa SATI – Serviços vinculados à compra e venda do imóvel sem oportunidade dos adquirentes de recusá-los ou de contratar outro prestador – Ausência de informação adequada aos consumidores – Contrato de adesão e operação casada – Caracterização – Infringência ao art. 39, I, do CDC – Devolução em dobro dos valores cobrados a maior, nos termos do art. 42 do CDC – Descabimento – Ausência de prova da má-fé na cobrança – Hipótese de devolução singela – Alegação de que seria indeterminado o pedido de repetição de indébito – Descabimento – Autores que expuseram os fatos, formularam pedido específico e instruíram a petição inicial com documentos elucidativos – Sucumbência recíproca – Recurso parcialmente provido para condenar a ré na devolução, de forma simples e não em dobro, dos valores pagos pelos autores referentes à comissão de corretagem e taxa SATI, e para repartir o ônus da sucumbência. (fl. 188)

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 422, 722, 723, 724 e 725 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial, sob os argumentos de: (a) efetiva prestação de serviço de corretagem; (b) contratação autônoma de corretagem; (c) existência de cláusula expressa atribuindo ao comprador o pagamento da comissão de corretagem; (d) violação ao pacta sunt servanda; (e) violação ao princípio da boa-fé objetiva; (f) eventualmente, responsabilidade subsidiária pela devolução da comissão de corretagem.

Contrarrazões às fls. 229/235.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia, em atendimento a despacho proferido nos autos do REsp 1.551.956/SP, por meio do qual se solicitou o encaminhamento de outros recursos representativos de uma das controvérsias descritas no tema n. 938, referente à validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Não se admitiu a habilitação de *amici curiae* nos presentes autos, uma vez que já houve ampla participação de nos autos do primeiro recurso afetado sobre o tema, o REsp 1.551.956/SP, que também se encontra pautado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

> – Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, do NCPC, e da Resolução STJ nº 8/2008, que aponta violação aos arts. 422, 722, 723, 724 e 725, todos do CC/2002, além de dissídio jurisprudencial.

– Tese sugerida para os efeitos do art. 1.036, do NCPC: é nula, porque manifestamente abusiva, a cláusula prevista em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel que transfere ao promitente comprador a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI, e, bem assim, é nulo eventual contrato de adesão, acessório àquele, que atribua ao consumidor a obrigação de arcar com tais pagamentos.

– Acerca do caso concreto, verifica-se que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor específico em relação ao art. 422, do CC/2002, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração, circunstância que impede a abertura da via especial, incidindo, no ponto, os óbices das Súmulas 211/STJ e 282/STF, esta última aplicada por analogia.

– No tocante à divergência jurisprudencial, não foram cumpridas as exigências previstas no art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.029, § 1º, do NCPC), e no art. 255, § 2º, do RISTJ. – Na parte em que a súplica especial desafia conhecimento, no mérito, revela-se abusiva a transferência do pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI aos promitentes compradores da unidade habitacional autônoma, pois, no caso, a aquisição do imóvel estava condicionada à aceitação de tais serviços para a efetivação do negócio, o que configura venda casada", devendo ser reconhecida a sua nulidade, tal como procederam as instâncias ordinárias.

– Parecer pelo conhecimento parcial do presente recurso especial e, nesta parte, pelo seu não provimento. (fls. 265 s.)

No dia 09/05/2016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo comparecido quatorze (14) oradores, além do Ministério Público Federal, que expuseram seus posicionamentos, conforme registrado no apenso n. 2 dos autos do REsp 1.551.956/SP.

Paralelamente a este recurso, encontram-se afetados conjuntamente ao rito dos recursos especiais repetitivos os seguintes recursos especiais representativos da controvérsia: 1.599.510/SP, 1.551.956/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF.

Relativamente ao tema da presente afetação, foram juntados aos autos dos recursos especiais afetados pareceres de diversos doutrinadores.

Em favor da tese sustentada pelas incorporadoras: ARAKEN DE ASSIS (fls. 2561/2594, do REsp 1.551.956/SP), ADA PELLEGRINI GRINOVER (fls. 2967/3011, do REsp 1.551.956/SP), HUMBERTO THEODORO JR. (fls. 3012/3059, do REsp 1.551.956/SP), GUSTAVO H. B. FRANCO (fls. 3060/3067, do REsp 1.551.956/SP), CLÁUDIA LIMA MARQUES e BRUNO N. B. MIRAGEM (fls. 1796/1836, do REsp 1.551.951/SP).

Em favor da tese sustentada pelos consumidores: JUDITH MARTINS-COSTA e GUSTAVO HAICAL (fls. 1447/1516, do REsp 1.551.951/SP).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Eminentes colegas, trago a julgamento pelo rito dos recursos especiais repetitivos questão de extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Analisarei, inicialmente, as duas teses a serem consolidadas para, em seguida, examinar especificamente o caso concreto.

1 – TESES:

A questão afetada ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015) no presente recurso especial diz respeito à validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e o serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Esclareço, desde logo, o desdobramento da questão afetada em duas teses distintas, sendo uma referente à comissão de corretagem e a outra ao serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), em face da natureza distinta de cada uma das parcelas.

Inicio pela análise da validade da cláusula de transferência do pagamento da comissão de corretagem ao promitente-comprador.

Após o exame da disciplina tradicional do contrato de corretagem no Código Civil de 2002, será analisada a sua nova feição nas vendas de imóveis em construção pelas incorporadoras em estandes situados no próprio terreno em que está sendo construído o edifício de apartamentos.

1.1. Disciplina do contrato de corretagem no Código Civil:

O contrato de corretagem foi regulado pelo Código Civil de 2002, tendo sido estabelecida pelo legislador a sua definição, *litteris*:

> Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Em seguida, foram estatuídas regras acerca da comissão devida ao corretor eis que se trata de um contrato oneroso:

> Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.
>
> Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

Relembre-se ainda o disposto no art. 3º da Lei 6.530/78, ao regulamentar a profissão de corretor de imóveis, estatuindo o seguinte:

> Art. 3º. Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.
>
> Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.

Partindo dessas disposições legais, ARAKEN DE ASSIS conceitua o contrato de corretagem como o "negócio jurídico através do qual alguém se obriga a contatar possíveis interessados em contratar com outra pessoa, em geral, compra e venda" (Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte. 2ª ed. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. Coord. por Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2005, p. 263).

Vale mencionar a existência de controvérsia na doutrina acerca do caráter isento ou parcial da atuação do corretor na sua atividade de intermediação.

Enquanto PONTES DE MIRANDA afirma que o trabalho é parcial, residindo aí a diferença com a mediação, ORLANDO GOMES entende que o trabalho deve ser isento, orientado à concretização do negócio, sem favorecer qualquer das partes (ibid., p. 261).

A disposição do art. 723 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 12.236/2010, parece dar razão à afirmação de ORLANDO GOMES:

> Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei nº 12.236, de 2010)
>
> Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. (Incluído pela Lei nº 12.236, de 2010)

De todo modo, a solução da controvérsia posta no presente processo não se situa nesse ponto.

Outro tópico relevante consiste em estabelecer quem é o devedor da obrigação de pagar a comissão de corretagem?

Relembre-se que o contrato de corretagem é estabelecido entre o incumbente (ou comitente) e o corretor (ou empresa que atue no ramo de intermediação imobiliária), ao passo que o negócio jurídico principal é celebrado entre o incumbente e o terceiro interessado na realização do negócio.

Não há, portanto, relação contratual direta entre o terceiro interessado no negócio e o corretor.

Nesse sentido, confira-se a doutrina de ARAKEN DE ASSIS:

> Os figurantes do contrato de corretagem são o incumbente e o corretor. O terceiro que o corretor põe em contato com o primeiro talvez passe a integrar, conforme o sucesso das tratativas, a relação jurídica formada por decorrência da atividade intermediadora, na qual o corretor é alheio. (Ibid., p. 274)

Desse modo, como não há relação contratual direta entre o corretor e o terceiro, quem deve arcar, em regra, com a remuneração do corretor é a pessoa com quem ele se vinculou, ou seja, o incumbente.

Trata-se de simples aplicação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

Sobre esse ponto, confira-se outro trecho a obra supracitada, *litteris*:

> Respeitada a natureza do contrato de corretagem, que pressupõe a obrigação de o corretor obter para o incumbente determinado negócio (art. 722), desaparece toda dúvida acerca do devedor da comissão: trata-se da pessoa que contratou o corretor. Ao propósito, assentou a 1ª Turma do STF: "A comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem. Via de regra, a comissão do corretor é devida pelo vendedor" [STF, RE 77.800-RS, 1ª T, rel. Min. Djaci Falcão, 26.11.1973, *DJU* 17.05.1974, p. 3.252]. No mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ proclamou o seguinte: "Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente". [STJ, REsp 188.324-BA, 4ª T., rel. Min. Barros Monteiro, 07.03.2002, *DJU* 24.06.2002, p. 307]. Por óbvio, o assunto comporta cláusula de teor diferente, repartindo o valor da comissão – regra prevista, dispositivamente, no art. 64 do CCom, revogado pelo art. 2.045 do CC –, ou, então, exonerando o incumbente desta dívida. A inserção da cláusula – "franco di mediazione" –, no contrato, torna a corretagem gratuita. [Luigi Carraro. La mediazone, n. 19, p. 82] Em caso de dissolução do contrato, a parte inocente, e que desembolsou a remuneração, reclamará ressarcimento do valor desembolsado, a título de comissão, do parceiro inadimplente. [Carvalho Neto. Contrato de mediação. n. 56, p. 157] (Ibid. p. 285, sem grifos no original)

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, segue-se de longa data esse entendimento de que a comissão é devida, em regra, pelo incumbente, conforme se verifica nos seguintes julgados desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, dois dos quais já mencionados na transcrição doutrinária acima aludida, *litteris*:

> CORRETAGEM EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA CIVIL. A COMISSÃO CONSTITUI OBRIGAÇÃO A CARGO DE QUEM INCUMBE A REALIZAÇÃO DA CORRETAGEM. VIA DE REGRA A COMISSÃO DO CORRETOR E DEVIDA PELO VENDEDOR. INAPLICAÇÃO DO ART. 64, 'IN FINE', DO CÓDIGO COMERCIAL.

PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 77.800, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, Primeira Turma, julgado em 26/11/1973, *DJ* 17-05-1974 PP-03250 EMENT VOL-00947-02 PP-00539)

CORRETAGEM DE IMÓVEL. CONTRATO. OBRIGAÇÃO DE PAGAR A COMISSÃO, SE DO ADQUIRENTE OU DO VENDEDOR. MATÉRIA DE PROVA. – Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente. – Em sede de apelo especial não se reexamina matéria de natureza fático-probatória (Súmula n.º 7-STJ). Recurso especial não conhecido. (REsp 188.324/BA, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2002, *DJ* 24/06/2002, p. 307)

DIREITO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CONTRATO VERBAL DE CORRETAGEM. COMISSÃO. CABIMENTO. OBRIGAÇÃO DO COMITENTE. CONTRATAÇÃO DO CORRETOR PELO COMPRADOR.

1. Contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas.

2. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor.

3. É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor.

4. Recurso especial desprovido. (REsp 1.288.450/AM, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, *DJe* 27/02/2015)

Não há dúvida, portanto, de que cabe ao incumbente, em princípio, pagar a comissão de corretagem.

Naturalmente, como a questão situa-se no plano do Direito Privado, pode haver a transferência desse encargo, mediante cláusula expressa no contrato principal, à outra parte interessada no negócio jurídico.

O passo seguinte é identificar quem é o incumbente no contrato de compra e venda de imóvel: o comprador ou o vendedor?

Usualmente, na corretagem de imóveis, o incumbente é o vendedor por ser a pessoa que coloca no mercado um bem imóvel de sua propriedade.

Precisamente sobre esse ponto, confira-se a doutrina de ANTÔNIO C. M. COLTRO, em que o autor faz referência, inclusive, a uma decisão do CRECI-SP, *litteris*:

> Normalmente, quem solicita a interferência do corretor é o vendedor do imóvel e, ao fazê-lo, assume a obrigação pelo pagamento da corretagem. O Código Civil em vigor não disciplina, de forma específica, a questão, sendo possível entender, contudo e por lógica interpretação dos arts. 722 ss., caber tal incumbência àquele que tenha contratado o corretor.

Aliás e no Ementário das decisões do conselho pleno do Creci de São Paulo – 2ª Região, pode-se verificar ementa de Processo Disciplinar em que consta o seguinte:

> "Pelo costume vigente, desde os primórdios do ano de 1970, por ocasião da aprovação do Regulamento na Mediação das Transações Imobiliárias, cabe ao vendedor arcar com os honorários devidos pela intermediação imobiliária concluída."

Por vezes, é o interessado na compra a procurar um corretor, obrigando-se, perante ele, a responder pela comissão devida, se conseguir encontrar um imóvel conforme o solicitado ou se obtiver o acordo do proprietário para a venda de determinado imóvel e que é do interesse daquele que quer adquiri-lo. Nesse sentido, "sucede mesmo que já se tem sabido de casos em que o intermediário trabalha por conta do comprador, procurando negócio para este ou trabalha para si próprio, devendo a paga ser feita por quem encomendou o serviço" (RT, 172/742, voto vencido do Des. Herotides da Silva Lima). Todavia, "para tornar o comprador responsável por tal pagamento, seria necessário que houvesse assumido inequivocamente a obrigação correspondente" (RT, 175/246).

Na doutrina alienígena, o mesmo leciona Turrettini: "la rémunéracion du coutier incombe à celui qui recourt à ses services".

Assim, aquele que solicitou a intervenção do corretor fica obrigado a pagá-lo. A respeito, "A comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem" (RTJ, 69/584). Da mesma forma: "Quando o mediador consegue aproximar as partes, tem ele direito à remuneração pelos seus serviços; deve, no entanto, exigi-lo de quem lhe encomendou o trabalho" (RT, 98/190). (Contrato de corretagem imobiliária: doutrina, jurisprudência e regulamentação. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 162)

Conclui-se, assim, neste item, que, no contrato tradicional de corretagem disciplinado pelo Código Civil, a obrigação de pagar a comissão ao corretor é, em regra, do incumbente (ou comitente), o qual, usualmente, no mercado imobiliário, é o vendedor, podendo, entretanto, ser transferida a outra parte interessada no negócio mediante cláusula contratual expressa no contrato principal.

1.2. Da corretagem na compra e venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária:

Modernamente, a forma de atuação do corretor de imóveis tem sofrido modificações nos casos de venda de imóveis na planta, não ficando ele mais sediado em uma empresa de corretagem, mas, contratado pela incorporadora, em estandes situados no próprio local da construção do edifício de apartamentos.

O cenário fático descrito nos processos afetados é uniforme no sentido de que o consumidor interessado se dirige a um estande de vendas com o objetivo de comprar uma unidade autônoma de um empreendimento imobiliário.

No estande, o consumidor é atendido por um corretor previamente contratado pela incorporadora.

Alcançado êxito na intermediação, a incorporadora, ao celebrar o contrato de promessa de compra e venda, transfere para o promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem diretamente ao corretor, seja mediante cláusula expressa no instrumento contratual, seja por pactuação verbal ou mediante a celebração de um contrato autônomo entre o consumidor e o corretor.

Esse cenário fático, aliás, é condizente com o que foi apurado nas fiscalizações realizadas pela Receita Federal do Brasil, conforme se constata na manifestação escrita da FAZENDA NACIONAL, apresentada nos autos do REsp 1.551.591/SP, na condição de *amicus curiae*, abaixo transcrita:

> 8. Como a Receita Federal constatou em diversas fiscalizações, e como já mencionado alhures, há uma contratação prévia por parte da construtora, que repassa toda a intermediação, em caráter exclusivo, à imobiliária, a qual realiza os serviços contratados mediante seus colaboradores. A intermediação é realizada, portanto, em função dos interesses da construtora e os corretores da imobiliária contratada ficam a serviço da construtora, inclusive para coletar informações sobre futuros clientes.
>
> 9. Tanto é assim que, em várias ocasiões, a Receita Federal apurou que, somente após a concretização da venda, é celebrado um contrato de intermediação (de corretagem) que contém, geralmente, um anexo denominado ´Carta Proposta´, em que estão relacionados os valores de comissão devidos pelo comprador aos corretores envolvidos na venda ou à imobiliária. Ressalte-se que, somente após a ´concretização´ da venda, o comprador (pessoa física) assina o contrato com o corretor, do que se infere que esse contrato de intermediação seria apenas um termo de transferência de responsabilidade pelo pagamento dos serviços, contratados inicialmente pela construtora e, em grande parte, já finalizados (captação, orientação e convencimento do cliente).
>
> 10. Não se nega que ambos (construtora e comprador) acabam usufruindo dos serviços do corretor, mas, como alguns doutrinadores manifestam-se pelo entendimento de que os serviços devem ser pagos pelo contratante, a Receita Federal, em geral, autua as imobiliárias e construtoras pelo não faturamento de tais valores e pelo não pagamento das contribuições previdenciárias referentes aos
>
> 11. Seguem os auditores, o entendimento, por exemplo, de Orlando Gomes no sentido de que se "somente uma das partes haja encarregado o corretor de procurar determinado negócio, incumbe-lhe a obrigação de remunerá-lo". E ainda, "entre nós, quem paga usualmente a comissão é quem procura os serviços do corretor" (GOMES, Orlando. Contratos. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 382). (fls. 1872 s., dos autos do REsp 1.551.951/SP)

Esse quadro fático sintetiza a prática usual do mercado imobiliário brasileiro da utilização da corretagem em benefício do vendedor, pois toda a atividade desenvolvida, desde a divulgação até à contratação, tem por objetivo angariar clientes para a incorporadora (promitente-vendedora).

Aliás, na audiência pública, mencionou-se que a venda por meio de corretores (ou empresa imobiliária) é vantajosa para as incorporadoras, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista administrativo, de modo que o interesse e a iniciativa de se utilizar do trabalho dos corretores parte das próprias incorporadoras.

Sobre a diferença entre corretagem para a venda e corretagem para a compra, confira-se o seguinte trecho do REsp 1.288.450/AM, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, já citado alhures, *litteris*:

> Ressalte-se ainda que, quando o comprador vai ao mercado, pode ocorrer que seu interesse se dê por bem que está sendo vendido já com a intervenção de corretor. Aí, inexistindo convenção das partes, não lhe compete nenhuma obrigação quanto à comissão de corretagem, pois o corretor já foi anteriormente contratado pelo vendedor.
>
> Diferente é a hipótese em que o comprador, visando à aquisição de bem, contrate o corretor para que, com base em seu conhecimento de mercado, busque bem que lhe interesse. Nessa situação, a tratativa inicial com o corretor foi do próprio comprador. [...].

Confira-se, também, a opinião de JUDITH MARTINS-COSTA e GUSTAVO HAICAL, *litteris*:

> A consequência lógica de o corretor ser um intermediário, "está em que ele 'só se vincula perante o interessado que a ele se vinculou. Não tem deveres perante o outro'". Perante o incumbente o corretor tem direitos e deveres principais, secundários e laterais, pois com ele concluiu contrato de corretagem. Com o terceiro, por mais intensos e reiterados que sejam os contatos estabelecidos para que conclua o negócio jurídico com o incumbente, não há contrato de corretagem e, consequentemente, vínculo obrigacional. Conforme Arnoldo Wald: "[c]liente é aquele que contrata o corretor para realizar o negócio. Esse contratante, caso seja efetivado o negócio pretendido, deve remunerar o corretor. A outra parte, que e aproximada, não se configura como cliente no contrato de corretagem e, por consequência, não tem a obrigação de pagar a comissão, que certos corretores exigem, recebendo duplamente". Assim, considerado o regime legal atinente a atividade de corretagem, não existe, juridicamente, o alegado vínculo contratual entre o consumidor que adentra em 'stands' de vendas e vem a concluir compromisso de compra e venda, e o corretor que eventualmente o atendeu. (Parecer. Contrato de corretagem imobiliária. Elementos de existência, validade e eficácia. Revista dos Tribunais, vol. 966, ano 105, p. 261/303. São Paulo: RT, abril de 2016, sem destaques no original)

No âmbito da PRIMEIRA TURMA, a questão da diferença entre corretagem para a venda e para a compra também foi analisada, embora sob a ótica da tributação das seguradoras, tendo-se chegado à conclusão de que a comissão de corretagem é devida pelas seguradoras (incumbentes), ainda que o serviço tenha beneficiado ambas as partes, cf. REsp 519.260/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, *DJe* 02/02/2009.

Esse julgado deu origem à Súmula 458/STJ, sobre a tributação das seguradoras, abaixo transcrita:

> Súmula 458/STJ – A contribuição previdenciária incide sobre a comissão paga ao corretor de seguros.

As seguradoras alegavam que o serviço era prestado diretamente ao consumidor (cf. REsp 699.905/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, *DJe* 13/11/2009), alegação semelhante à deduzida pelas incorporadoras no caso em análise.

Esse argumento das seguradoras, contudo, não prevaleceu.

No caso da presente afetação, os cenários fáticos são semelhantes, pois as incorporadoras, assim como as seguradoras, utilizam-se do serviço dos corretores para intermediarem a venda de seus produtos no mercado de consumo.

Conclui-se esse tópico, portanto, no sentido de que, na intermediação de unidades autônomas em estande de vendas, há prestação de serviço de corretagem para a venda de imóveis, sendo a contratação feita pelas incorporadoras.

O principal ponto controvertido, que é o cerne do presente recurso especial, é a verificação da possibilidade de transferência pelo vendedor (incorporadora) ao comprador (consumidor), mediante cláusula contratual, da obrigação de pagar a comissão de corretagem?

A questão é especialmente relevante, pois deve ser aferida a validade dessa cláusula na perspectiva do Direito do Consumidor, eis que se trata, em regra, de relação de consumo (artigos 2º e 3º do CDC).

Discute-se, em outras palavras, a possibilidade de assunção da dívida relativa à comissão de corretagem pelo consumidor.

A prática comercial tem evidenciado que as incorporadoras têm efetivamente transferido, expressa ou implicitamente, esse custo para o consumidor.

A principal vantagem para as incorporadoras é a terceirização desse serviço a profissionais da área de corretagem.

Relembre-se que a profissão de corretor de imóveis foi inicialmente regulada, no Brasil, pela Lei n. 4116/62. Atualmente, está regulada pela Lei n. 6530/78, regulamentada pelo Decreto n. 81.871/78, exigindo-se a aprovação em curso técnico de Transações Imobiliárias ou curso superior em Gestão Imobiliária, com registro no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI).

Conforme dados informados pelo Conselho Nacional de Corretores de Imóveis (COFECI), autarquia federal que congrega 25 Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis (CRECI), formando o Sistema COFECI/CRECI, existem cerca de 360 mil profissionais registrados em todo o país habilitados a atuar na profissão, além de 40 mil empresas de intermediação de negócios imobiliários.

Outra vantagem dessa transferência para as incorporadoras seria a redução da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a aquisição da unidade imobiliária, como salientado pela FAZENDA NACIONAL em sua manifestação escrita, sob a conotação de evasão fiscal (cf. fl. 1870 do REsp 1.551.951/SP).

E a terceira vantagem seria a desnecessidade de restituição do valor da corretagem, em caso de desfazimento da promessa de compra e venda, uma vez que o pagamento passa a ser feito diretamente ao corretor.

Afasta-se, com isso, desde logo, a alegação de venda casada, pois ocorre apenas a terceirização dessa atividade de comercialização de unidades imobiliárias para profissionais do setor, concentrando-se a incorporadora na sua atividade de construção de imóveis.

Essas vantagens obtidas pelas incorporadoras, independentemente da verificação da sua licitude do ponto de vista fiscal, não causam prejuízo econômico para os consumidores, pois o custo da corretagem, mesmo nos contratos entre particulares, é normalmente suportado pelo comprador, seja embutido no preço, seja destacado deste.

Essa é a lógica do mercado imobiliário, pois a venda só produz lucro à incorporadora se o preço final do imóvel superar os seus custos, como restou bastante claro na audiência pública.

Sobre esse ponto, HECTOR MIRANDA VALVERDE, embora ressalvando que todo custo deve estar embutido no preço, afirma que "o repasse ao consumidor dos custos do empreendimento é decorrência da lógica da economia" (Pagamento da comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor. Revista de direito do consumidor, v. 91. São Paulo: RT, 2014, p. 141-165).

Observe-se que o Direito do Consumidor, apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo.

Desse modo, sob a ótica do repasse de custos e despesas (não de amostra grátis), chega-se diretamente à conclusão no sentido da inexistência de prejuízo aos consumidores com a assunção de dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda.

Observe-se ser irrelevante para essa conclusão a controvérsia doutrinária acima aludida acerca do caráter isento ou parcial da corretagem.

Com efeito, mesmo em atividades caracterizadas pela parcialidade, como a advocacia, as partes podem pactuar que uma delas arcará com o pagamento dos honorários da outra, como ocorre frequentemente na hipótese de transação para terminar um litígio, muito comum no ambiente forense.

Pode-se, concluir, portanto, que, em princípio, é válida a cláusula que transfere para o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição.

A questão seguinte diz respeito ao dever de informação imposto ao fornecedor.

No âmbito das relações de consumo, a informação adequada sobre os produtos e serviços não é apenas um direito do consumidor, mas um dever imposto ao fornecedor, conforme se pode extrair, dentre outros (artigos 31, 46 e 52), dos seguintes enunciados normativos do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
>
> Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O dever de informação constitui um dos princípios consectários lógicos do princípio da boa-fé objetiva, positivado tanto no Código Civil de 2002 (art. 422), como no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III), consubstanciando os deveres de probidade, lealdade e cooperação, que deve pautar não apenas as relações de consumo, mas todas as relações negociais.

Esse dever de informação é de tal modo acentuado que, segundo ALCIDES TOMASETTI JR., a relação de consumo estaria regida pela regra *caveat praebitor* (acautele-se fornecedor), que impõe ao fornecedor uma obrigação de diligência na atividade de esclarecer o consumidor, sob pena de desfazimento do negócio jurídico ou de responsabilização objetiva por eventual dano causado, ao passo que, num sistema jurídico liberal, aplica-se a regra inversa, *caveat emptor* (acautele-se comprador), incumbindo ao comprador o ônus buscar as informações necessárias sobre o negócio jurídico que pretende celebrar (O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, out-dez/1992, p. 58).

O dever de informação referente ao preço na venda a crédito encontra-se regulamentado tanto pelo art. 52 do CDC, como pelo Decreto n. 5.903/2006, exigindo do fornecedor clareza acerca do preço total dos produtos e serviços, discriminando-se as principais parcelas que o integram.

Confira-se a propósito, o disposto no art. 3º do referido Decreto ao regulamentar a venda mediante a outorga de crédito:

> Art. 3º. O preço de produto ou serviço deverá ser informado discriminando-se o total à vista.

> Parágrafo único. No caso de outorga de crédito, como nas hipóteses de financiamento ou parcelamento, deverão ser também discriminados:
>
> I – o valor total a ser pago com financiamento;
>
> II – o número, periodicidade e valor das prestações;
>
> III – os juros; e
>
> IV – os eventuais acréscimos e custos que incidirem sobre o valor do financiamento ou parcelamento.

O preço total, como o próprio nome indica, representa o quanto o consumidor terá que pagar para adquirir o produto ou contratar serviço, sem nenhum acréscimo pecuniário.

No âmbito dos negócios jurídicos bancários, as normas do Decreto n. 5.903/2006 referentes ao preço total têm sido aplicadas com efetividade, pois o Conselho Monetário Nacional passou a exigir, por meio da Resolução 3.517/2007, que o consumidor seja informado do Custo Efetivo Total – CET das operações bancárias.

Esse mesmo dever de clareza também está presente nos negócios jurídicos em questão.

Nessa linha, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo, mediante a Portaria n. 5107/2014, é bastante elucidativa, estatuiu o seguinte acerca do dever de informação:

> Art. 1º – Os honorários de corretagem imobiliária, obedecida a tabela de honorários mínimos homologada pelo CRECI, podem ser cobrados pelo corretor de imóveis tanto do vendedor ou promitente vendedor quanto do comprador ou promitente comprador, ou de ambos, desde que previamente informados.
>
> Parágrafo único – No caso de serem os honorários de correta em cobrados do comprador ou promitente comprador, deve ser observado:
>
> a) A publicidade de produto imobiliário levado a comercialização, qualquer que seja a sua modalidade, deve conter informação clara sobre o preço total da transação, que já contera os honorários de corretagem, a serem abatidos do preço total e pagos diretamente ao corretor, ou corretores, encarregados da mediação;
>
> b) No documento da intermediação imobiliária deve conter cláusula que indique o preço total da transação e a informação de que o valor dos honorários de corretagem, já incluído no preço total da intermediação, será pago diretamente ao Corretor, ou Corretores, encarregado(s) da intermediação imobiliária.
>
> c) Havendo mais de um corretor de imóveis envolvidos no trabalho de corretagem, cada um deles emitira, contra o pagador, seu próprio recibo de honorários ou nota fiscal, pelo valor do quinhão que lhe couber na divisão dos honorários.

Portanto, há o reconhecimento da necessidade de clareza e transparência na previsão contratual acerca da transferência para o comprador ou promitente-comprador (consumidor) do dever de pagar a comissão de corretagem.

Para cumprir essa obrigação, deve a incorporadora informar ao consumidor, até o momento celebração do contrato de promessa de compra e venda, o preço total de aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que esta venha a ser paga destacadamente.

Conclui-se este tópico, portanto, no sentido de que o dever de informação é cumprido quando o consumidor é informado até o momento da celebração do contrato acerca do preço total da unidade imobiliária, incluído nesse montante o valor da comissão de corretagem.

Devem ser estabelecidos os efeitos da violação ao dever de informação.

A grande reclamação dos consumidores, nos processos relativos ao tema em análise, é a alegação da omissão da prestação dessa informação, conforme enfatizado na audiência pública.

Alega-se que somente após celebrado o contrato, com o pagamento do sinal, é que o consumidor vem a ser informado acerca do custo adicional da comissão de corretagem.

Essa estratégia de vendas contraria flagrantemente os deveres de informação e de transparência que devem pautar as relações consumo.

Em tais casos, o consumidor terá assegurado o direito de exigir o cumprimento da proposta pelo preço ofertado, não sendo admitida a cobrança apartada da comissão de corretagem, se não prevista no instrumento contratual.

Efetivamente, nos termos do disposto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, toda informação ou publicidade suficientemente precisa vincula o fornecedor, conforme expresso em seu enunciado normativo:

> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Desse modo, uma vez ofertada à venda uma unidade autônoma, o fornecedor fica vinculado à proposta, que deve ser devidamente respeitada, inclusive integrando o que contrato posteriormente celebrado.

Na hipótese de recusa no cumprimento da proposta, o Código de Defesa do Consumidor assegura a possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da proposta, dentre outras alternativas, abaixo transcritas:

> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
>
> I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

> II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
>
> III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Como se verifica, a solução da controvérsia situa-se na fase pré-negocial, englobando as tratativas, a oferta e a aceitação, com ênfase no dever de informação acerca da transferência do dever de pagar a comissão de corretagem ao adquirente antes da celebração do contrato de compra e venda.

Propõe-se, assim, acerca da comissão de corretagem cobrada em estande de vendas de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária a seguinte tese:

> Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.3. Do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI)

O fornecedor, conforme já aludido, tem o dever de prestar ao consumidor informações claras, adequadas e precisas acerca de seus produtos e serviços.

Além do pagamento da comissão de corretagem, têm sido transferidos ao promitente comprador os custos do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), consistente na prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca das cláusulas do contrato e das condições do negócio.

Na realidade, na alienação de unidades autônomas em regime de incorporação imobiliária, essa atividade de assessoria prestada ao consumidor por técnicos vinculados à incorporadora constitui mera prestação de um serviço inerente à celebração do próprio contrato, inclusive no que tange ao dever de informação, não constituindo um serviço autônomo oferecido ao adquirente, como ocorre com a corretagem.

Verifica-se, neste caso, uma flagrante violação aos deveres de correção, lealdade e transparência, impostos pela boa-fé objetiva, tendo em vista a cobrança, a título de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), pelo cumprimento de deveres inerentes ao próprio contrato celebrado.

A abusividade dessa cláusula contratual deflui do disposto no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]

> IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Consideram-se, assim, nulas de pleno direito as cláusulas que obrigam o consumidor a pagar o serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou congênere, *ex vi* do art. 51, IV, in fine, do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, essa assessoria é um serviço que envolve o elemento confiança (*intuitu personae*).

Assim, se o consumidor necessitar de alguma assessoria técnica ou jurídica para orientá-lo acerca do contrato ou de outros detalhes relativos à aquisição do imóvel, pode contratar diretamente um profissional ou advogado da sua confiança, e não alguém vinculado à incorporadora.

O próprio Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), mediante a Resolução nº 1.256/2012, estatuiu a seguinte norma proibitiva:

> Art. 3º – É vedado aos inscritos no Regional cobrarem de seus clientes, para si ou para terceiros, qualquer taxa a título de assessoria administrativa jurídica ou outra, assim como devem denunciar ao Regional a cobrança de tais taxas quando feitas pelo incorporador, pelo construtor ou por seus prepostos.

Manifesta, portanto, a abusividade de qualquer cláusula que estabeleça a cobrança desse serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI) ou atividade congênere.

No caso dos autos, por exemplo, o consumidor assinou uma confissão de dívida no valor de R$ 4.194,08 (quatro mil cento e noventa e quatro reais e oito centavos) referente a serviços de assessoria imobiliária (fl. 39).

Deve-se reconhecer a abusividade da cobrança da SATI, propondo-se a consolidação da seguinte tese:

> Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

Ressalve-se, contudo, que a abusividade da SATI não deve implicar enriquecimento sem causa do consumidor de modo que eventual serviço específico prestado ao consumidor, como eventuais serviços de despachante ou a cobrança de taxas de serviços cartorários, podem ser efetivados.

2. CASO CONCRETO

Estabelecidas as teses na primeira parte deste voto, a resolução do caso concreto se limita a uma operação de subsunção.

Com relação à comissão de corretagem, observa-se no "Pedido de Reserva", documento juntado pelo próprio consumidor (fl. 38), que consta informação sobre o contrato de "prestação de serviços de corretagem imobiliária", conforme valores discriminados na planilha de cálculos (Cláusula 6ª).

Na planilha de cálculos, documento assinado e trazido aos autos pelo consumidor, consta o valor do preço total sem juros de R$ 447.050,80 (quatrocentos e quarenta e sete mil e cinquenta reais e oitenta centavos).

Esse também é o preço total que consta no quadro resumo de fls. 16/18, o qual é parte integrante do contrato de promessa de compra e venda.

Na planilha, constam também as comissões no valor total de R$ 29.549,20 (vinte e nove mil quinhentos e quarenta e nove reais e vinte centavos) e SATI no valor de R$ 4.194,06 (quatro mil cento e noventa e quatro reais e seis centavos).

Há também referência ao valor de R$ 476.600,00 (quatrocentos e setenta e seis mil e seiscentos reais), correspondente à soma do valor do imóvel com a comissão de corretagem.

Analisando-se os documentos assinados pelo consumidor, observa-se que o adquirente foi devidamente informado acerca do valor efetivo do imóvel e do preço final com o acréscimo da comissão de corretagem.

Desse modo, impõe-se reconhecer a validade da Cláusula 6ª do pedido de reserva do imóvel, reformando-se o acórdão recorrido quanto a esse ponto, com base na tese firmada.

Relativamente à taxa SATI, o Tribunal de origem decidiu em sintonia com a tese firmada no item 1.2 do presente voto, julgando procedente o pedido de restituição, devendo ser mantido o acórdão, nesse ponto.

Destarte, o recurso especial merece ser provido para limitar a procedência à devolução dos valores pagos a título de remuneração dos serviços de assessoria jurídica e técnico-imobiliária (SATI).

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar as seguintes teses para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem;

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

(ii) dar parcial provimento ao recurso especial para limitar a procedência do pedido à condenação da incorporadora a restituir os valores pagos a título de serviço de assessoria imobiliária.

Custas e honorários advocatícios repartidos na proporção de 20% pela incorporadora e 80% pelo consumidor, arbitrando-se o montante dos honorários em R$ 10.000,00 (dez mil reais), vedada a compensação (cf. art. 85, § 14, do CPC/2015).

É o voto.

PARTE IV

Capítulo I

QUESTÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES DO CONSUMIDOR

CÓDIGO DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

STJ, 3.ª T., REsp. n. 122.505/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. de 04.06.98, *RSTJ* 115/271

RECURSO ESPECIAL N. 122.505 – SP
(Registro n. 97.0016340-7)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Lúcia Grano

Recorrido: Luiz Carlos Nogueira Resende

Advogados: Shirlei Cardoso e Araimba S. Beserra

EMENTA

Responsabilidade civil – Cirurgião-dentista – Inversão do ônus da prova – Responsabilidade dos profissionais liberais.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa" (art. 14, § 4.º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6.º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zweiter. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nilson Naves.

Brasília-DF, 4 de junho de 1998 (data do julgamento)

Ministro COSTA LEITE, Presidente

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Lúcia Grano interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela 7.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação de indenização por tratamento dentário insatisfatório, assim ementado:

"*Erro profissional – Indenização* – Direito Civil pátrio abraçou totalmente a teoria culpa (art. 1.545, CC, e art. 14, § 4.º, da Lei n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor).

Culpa deve ser provada acima de qualquer dúvida, não podendo ser baseada em ilações, deduções ou presunções.

Inexistência de provas quanto a erro de diagnóstico, visto que outros fatores não esclarecidos poderiam ter levado ao insucesso do implante 'ósseo integrado'.

Prova precária produzida na produção antecipada de provas aforada pela autora e que serviu de sustentação ao pedido de indenização. Inexistência de elementos a demonstrar tivesse o dentista se conduzido com imperícia no exercício de suas atividades profissionais.

Regra do juízo inexistência de inversão do ônus da prova. A regra do ônus da prova tem pertinência como regra do juízo nos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência do fato constitutivo ou liberatório. Recurso desprovido" (fls. 285).

Sustenta a recorrente contrariedade aos artigos 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e 6.º, inciso VIII, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em primeiro lugar, porque caberia ao recorrido apresentar, como prova, o histórico clínico da paciente, não podendo "a recorrente ser penalizada pela inércia do recorrido" (fls. 295), "que mesmo instado a juntá-lo, por diversas vezes, não o fez" (fls. 297). Em segundo lugar, porque houve erro grosseiro de diagnóstico, eis que, se a estrutura dos dentes da paciente, ora recorrente, tendiam à "vestibularização", com projeção dos dentes para o lado externo da cavidade bucal,

e, se deste fato pudesse resultar o insucesso do tratamento, provada está a culpa do recorrido, que agiu com imprudência e imperícia ao recomendar e executar tratamento que, deveria saber, não daria certo. Além disso, afirma:

> "A recorrente provou o que lhe competia: houve um contrato entre as partes, contrato verbal de prestação de serviços, consistindo no implante ósseo de 04 cilindros para colocação de uma ponte móvel. O tratamento não foi satisfatório, os cilindros implantados não têm qualquer serventia já que não servem para amparar a prótese existente, que está fixada em dentes naturais da recorrente.
>
> O próprio recorrido afirma que encaminhou a recorrente para outro profissional, para colocação da prótese fixa, posto que ele já não poderia mais prosseguir no tratamento, que não surtira o resultado prometido, configurando assim não ter o recorrido ultimado seu trabalho a contento" (fls. 296).

Diante do exposto, o dever de indenizar seria indiscutível. Para comprovar a divergência jurisprudencial indica precedentes da 16.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Tribunal de Justiça da Bahia.

Não houve contrarrazões e o recurso especial foi admitido (fls. 306 a 308).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator):

Responsabilidade civil ajuizada pela recorrente contra cirurgião-dentista. O pedido foi julgado improcedente, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O acórdão recorrido repousa no exame da prova produzida, que reputou precária. E assim considerou porque não chegaram aos autos "elementos complementares a esclarecer a prova técnica tendente a demonstrar a imperícia do réu, como também, inexistem provas nos autos a demonstra (**sic**) eventual erro de diagnóstico ou elementos a demonstrar com segurança tivesse o réu utilizado de técnica ou procedimento inadequado por ocasião do tratamento a que se submeteu a autora" (fls. 269). Para o tribunal de origem "incumbia a promovente demonstrar a culpa do réu (imprudência, negligência ou imperícia). Não demonstrou que o infortúnio a que foi e vem sendo suportado pela autora decorre da irresponsabilidade ou imperícia do réu pelo tratamento que lhe causou males extremamente graves" (fls. 269).

A recorrente pretende beneficiar-se, no especial, da inversão do ônus da prova, agasalhada pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 6.º, VIII. Todavia, não me parece pertinente a pretensão da recorrente.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no § 4.º do art. 14, comanda que a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa". Assim, para que fosse o réu, no caso, responsável pelo dano deveria ter sido verificada a sua culpa. Tal, contudo, não foi verificada, isto é, as instâncias ordinárias repeliram a culpa com apoio na prova produzida nos autos.

Anote-se que a chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, no caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias, sendo certo que o acórdão recorrido considerou "não se tratar de inversão de responsabilidade pela produção da prova, mas de requisitos que deveriam ter sido observados pela apelante sob pena de insucesso da ação, porque a 'regra do ônus da prova só tem pertinência como regra do juízo (regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência do fato constitutivo, ou liberatório' (TJSP, **RT** 706/77), cujo entendimento se ajusta perfeitamente à matéria posta em discussão no curso do processo" (fls. 269).

A recorrente, na verdade, insiste no aspecto do erro do cirurgião-dentista, que teria recomendado e executado um tratamento inadequado, que imagina ter provado que o tratamento não foi satisfatório, "os cilindros implantados não têm qualquer serventia já que não servem para amparar a prótese existente, que está fixada em dentes naturais da recorrente" (fls. 296). Mas essa prova não há nos autos, destacando o acórdão recorrido, desafiando a questão do chamado "histórico clínico", que a autora não cuidou "sequer de formular novos quesitos ou solicitar laudo complementar a esclarecer todas as dúvidas que naquela oportunidade já afloravam" (fls. 268). Vê-se, portanto, que a própria recorrente deixou de aproveitar a "facilitação da defesa de seus direitos", dispensando intervenção possível para aclarar questão que interessava ao seu pedido.

Concretamente, neste caso, não há falar em inversão de ônus da prova para beneficiar o consumidor. Ao revés, há falar, sim, em falta de prova, presentes todas as condições para que a autora pudesse fincar melhor a estrutura de sua demonstração da culpa do réu. O direito de defesa estava, no caso, facilitado, mas não foi aproveitado.

Destarte, eu não conheço do especial.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA – CONSUMIDOR NÃO HIPOSSUFICIENTE

TJSP, 10.ª Câm. Dir. Privado, Ap. n. 45.651-4, Rel. Des. Souza José, ac. de 24.06.1997, *JTJSP* 203/118

PROVA – Código de Defesa do Consumidor – Inversão do ônus – Artigo 6.º, inciso VIII, da referida norma – Inaplicabilidade – Ausência de verossimilhança na

alegação, não sendo o consumidor hipossuficiente – Indenização improcedente – Recurso não provido.

Apelação Cível n. 45.651-4 – São Paulo – Apelante: Eduardo dos Santos Amorim – Apelada: American Express do Brasil S.A. Turismo.

ACÓRDÃO

Ementa oficial:

Prova – Inversão do ônus – Código de Defesa do Consumidor – Hipótese dos autos em que não se trata de consumidor hipossuficiente – Ausência, ademais, de dados, elementos, indícios ou adminículos quaisquer que pudessem autorizar a conclusão no sentido de que as alegações contidas na inicial sejam verossímeis – Recurso não provido.

ACORDAM, em Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Senhores Desembargadores Roberto Stucchi (Presidente sem voto), Quaglia Barbosa e Ruy Camilo, com votos vencedores.

São Paulo, 24 de junho de 1997

SOUZA JOSÉ, Relator

RELATÓRIO

Ao relatório da respeitável sentença de fls. 85/90, acrescenta-se que o pedido inicial, vertendo ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pelo recorrente contra a recorrida, foi, a final, julgado improcedente.

Insurge-se o vencido insistindo, em síntese, em que o contexto dos autos demonstra que foi vítima de cobrança indevida por parte da apelada, pelo que era de rigor o acolhimento de sua pretensão.

Recurso regularmente processado e respondido.

FUNDAMENTAÇÃO

É dos autos que o apelante celebrou com a apelada contrato que, além de outras opções, substancialmente se caracterizava pela prestação de serviços consistente no temporário financiamento de despesas relativas à aquisição de bens e serviços.

A relação daí decorrente é inquestionavelmente daquelas a que se refere o artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor.

Posto que assim seja, a pretensão aqui posta, que veicula causa de pedir consubstanciada na própria e dita relação, forçosamente está tutelada pelo aludido regramento legal.

Em suma, o autor alega que depois de haver adquirido um bilhete aéreo, efetuando o pagamento com utilização do cartão de crédito, e depois de ter pago a respectiva fatura emitida pela ré, esta, desconsiderando o pagamento, passou a insistir na segunda cobrança, provocando, com isso, danos materiais e morais na esfera de seu direito.

Fundado nessa alegada indevida cobrança é que o recorrente busca ser indenizado dos danos que afirma ter sofrido.

Estreme de dúvidas, pois, que o conflito de interesses que se estabeleceu entre as partes, se acha abrangido no contexto da relação de consumo que norteava o elenco de direitos e obrigações projetados sobre ambos mercê do vínculo contratual ajustado.

Posta essa premissa, cumpre indagar se o apelante preenche os requisitos que conferem ao consumidor o privilégio decorrente da regra do artigo 6.º, inciso VIII, da Lei.

Exige o Código de Defesa do Consumidor que, para contar a seu favor com a inversão do ônus da prova, o consumidor deve ser hipossuficiente ou mostrar a verossimilhança de sua alegação.

A primeira hipótese fica, sem maiores comentários, prontamente descartada, pelo simples fato de que o apelante, para além de artista plástico e empresário de condição econômico-social privilegiada em relação aos demais brasileiros – tanto que possuía cartão de crédito – não estava impedido de acesso às informações básicas que pudessem evidenciar a existência do direito que alega ter.

Assim, entendido o termo "hipossuficiente" seja como míngua de condições socioeconômicas, seja como invencível dificuldade que impede acesso à obtenção de informações nas quais estaria consubstanciada a prova do direito alegado, não se vê configurada na hipótese dos autos a espécie, de sorte a acarretar em favor do autor o benefício legal da inversão do ônus da prova.

Quanto à segunda, impõe-se o registro de algumas considerações.

Merece anotado que o Juízo de verossimilhança ou não da alegação passa necessariamente pelo exame que o Magistrado faz da afirmação, segundo a ótica filtrada pelas regras gerais e ordinárias da experiência comum.

Mas não basta que o *quod plerumque fir* chancele a possibilidade de ser verídica a alegação do consumidor.

É preciso mais.

É necessário que autor leve ao Juiz um mínimo de demonstração no sentido de que sua alegação é verossímil.

É preciso que ofereça elementos, ou dados, ou indícios, enfim, adminículos quaisquer que em confronto com a narração das circunstâncias de que dá conta a inicial, que em cotejo com a descrição dos fatos que consubstanciam o direito con-

trovertido, possam, aprioristicamente, indicar, apontar, sugerir, induzir um quê de verdade, uma potencial probabilidade.

No caso dos autos, o exame da documentação trazida com a inicial não está a caracterizar verossimilhança nas alegações do autor.

Sem embargo de que a declaração de fls. 18 não encontra explicação plausível na manifestação da apelada, o fato objetivo é que o mais dos elementos trazidos aos autos pelo próprio recorrente não confere ao Juízo aquele mínimo necessário a se inferir fosse verossimilhante a alegação contida na vestibular.

A petição inicial não esclareceu a data, a época, o meio, ou sequer a forma do alegado pagamento.

Não juntou cópia do bilhete aéreo ou declaração da companhia aérea.

Daí, é de se presumir que a respectiva despesa foi realizada no dia 06.09.1991, conforme consta do tópico "data" no documento de fls. 12.

Nessa época o apelante já andava às voltas com advertências e ameaças de corte do crédito, por atraso superior a sessenta dias da dívida até então acumulada (fls. 13-14).

O débito relativo à compra da passagem aérea venceu-se em 20 de setembro (fls. 12), e já em 14 de outubro, menos de um mês após, o cartão do apelante havia sido cancelado, tendo sua conta sido transferida para o departamento de cobrança (fls. 15).

Aliás, antes mesmo do vencimento dessa conta, que ocorreu no dia 20 do mês, os privilégios do apelante como associado já estavam suspensos, e sua conta na iminência de cancelamento, conforme se vê do comunicado de fls. 13, expedido em 13 daquele mesmo mês de setembro de 1991, no qual se exigia o pagamento dos atrasados naquela mesma data.

Ora, se a despesa que motivou o registro do débito de Cr$ 138.167,00 nasceu no dia 6 de setembro e foi cobrada no extrato de 20 de setembro de 1991, e depois disso já em 14 de outubro, antes do vencimento da conta do extrato subsequente, ocorreu o cancelamento do cartão e a transferência da conta para o departamento de cobrança (fls. 15), e bem de se ver que as consequências decorrentes das medidas tomadas pela apelada sobrevieram independentemente daquela despesa controvertida na peça exordial.

A análise desse quadro não permite se entreveja nas alegações constantes da inicial a verossimilhança de que fala o legislador.

Destarte, não sendo o apelante consumidor hipossuficiente, e não se podendo considerar, mente desarmada, verossímeis suas afirmações, não estava credenciado a gozar do benefício da inversão do ônus da prova.

Não tendo, de outra banda, comprovado o alegado pagamento e a duplicidade de cobrança, a definição judicial pela qual se orientou o Juízo era mesmo a que deveria prevalecer.

DECISÃO

Ante o exposto, meu voto propõe o não provimento do recurso.

CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ENCARGO IMPOSSÍVEL – MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO

STJ, 4.ª T., REsp. n. 720.930, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. de 20.10.2009, *DJe* 09.11.2009

RECURSO ESPECIAL N. 720.930-RS (2005/0013366-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda.

Advogados: José Antonio Soares Martins e Outro(s)

Alexandre Alcorta Daiuto

Recorrido: Aline Garcia Flores e Outro

Advogado: Neith Nunes da Silva e Outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.

1. O Tribunal *a quo*, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo.

2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6.º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.

3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos

pela autora – quando lhe era, em tese, possível provar –, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.

4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu.

5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal *a quo* inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 20 de outubro de 2009 (data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Aline Garcia Flores ajuizou em face de Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. ação de indenização por danos materiais, alegando ter engravidado, em 1998, em decorrência do uso do anticoncepcional da marca "Microvlar", o qual não continha princípio ativo, sendo, portanto, ineficaz como método contraceptivo. Afirma que utilizava o medicamento desde o início de sua vida sexual, em 1992. Requereu a autora fosse-lhe disponibilizada quantia de R$ 20.000,00, para a realização das despesas básicas da gravidez, aquisição de enxovais para o nascituro, bem como custear cirurgia corretiva de complicações que lhe sobrevieram; e, ao final, fosse a ré condenada a pagar ao nascituro, a contar do nascimento até que este complete vinte e um anos de idade, pensão mensal não inferior a quatro

salários mínimos. A tutela antecipada foi indeferida (fls. 53/54). O Juízo de Direito da 16.ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre julgou improcedente o pedido inicial, ao argumento de que não foi demonstrada a ingestão das chamadas "pílulas de farinha" pela autora, tampouco o nexo causal exigível à condenação pleiteada (fls. 635/638). Em grau de apelação, todavia, a sentença foi reformada, para julgar parcialmente procedente o pedido inicial, fixando a indenização em dois salários mínimos mensais, até o nascituro completar dezoito anos, mais as despesas decorrentes da própria gravidez, a serem apuradas em liquidação de sentença.

O acórdão recebeu a seguinte ementa: ação de reparação de danos materiais. criança concebida em razão do uso de simulacro de medicamento contraceptivo. responsabilidade do fabricante. valor da indenização. remessa à liquidação por artigos dos danos precedentes ao nascimento. Recurso da autora parcialmente provido (fl. 702). Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 737/743).

Sobreveio assim recurso especial com supedâneo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega: – ofensa ao art. 535 do CPC; – maltrato ao art. 6.º, inciso VIII, do CDC, e ao art. 333, I e II, do CPC, porquanto a inversão do ônus da prova ocorreu em momento inoportuno, apenas em sede de julgamento da apelação, causando cerceio de defesa da ora recorrente. Ademais, sustenta que a distribuição do ônus probatório jamais poderia dar-se na forma como determinou o acórdão, não alcançando a extensão de ter o réu que provar a não ocorrência dos fatos narrados pelo autor, constitutivos do direito deste; – violação aos arts. 927, 186 e 393 do Código Civil atual (correspondentes aos arts. 159 e 1.058 do Código Civil de 1916), uma vez não ter a recorrente praticado qualquer ato doloso ou culposo, bem como inexistir prova do nexo causal entre o ato da recorrente e a gravidez da recorrida, porquanto não restou demonstrada a ingestão de pílulas inertes, mas apenas pílulas com princípio ativo; – negativa de vigência aos arts. 4.º e 5.º da LICC, uma vez que o *quantum* indenizatório ultrapassa os fins sociais para os quais se direciona. Sinaliza dissídio jurisprudencial no que tange ao momento processual adequado para a inversão do ônus da prova; ausência de nexo causal entre a comprovação de que a autora era simples usuária do anticoncepcional e a gravidez; e o valor da indenização. Contra-arrazoado (fls. 851/868), o especial foi admitido (fls. 910/912).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia tratada nos autos não é nova: cuida-se de gravidez de usuária do anticoncepcional "Microvlar", alegadamente, por defeito no produto. A autora sustentou, inicialmente, que, em 03.07.98, realizou exame conhecido como "HCG" e, em 06.07.98, teve sua gravidez confirmada, segundo afirma, para seu espanto,

uma vez que desde o ano de 1992 seria usuária regular do dito anticoncepcional. O MM. Juízo da 16.ª Vara Cível de Porto Alegre, para julgar improcedentes os pedidos autorais, lançou mão dos seguintes fundamentos:

De mérito, cuida-se de examinar pretensão a indenização por danos materiais sob a alegação de estar sofrendo, a primeira autora, prejuízos resultantes de uma gravidez indesejada, que pretendia evitar com o uso contínuo do anticoncepcional Microvlar produzido pela requerida, e a segunda com a insuficiência de recursos financeiros para seu sustento, eis que não planejado seu nascimento e não considerados os reflexos que lhe são inerentes.

Limitada a tais aspectos a questão em exame, cumpre registrar, inicialmente, que **restou demonstrada a gravidez da requerente através de atestado médico, bem como, por depoimentos testemunhais, a contínua ingestão por ela do medicamento MICROVLAR desde o ano de 1994 e que, além disso, é admitido, pela demandada, o fato de haverem sido comercializadas pílulas Microvlar sem o princípio químico ativo que garante a eficácia de seu uso. Porém, de ressaltarse, apenas a tais aspectos limitam-se as certezas dos autos, uma vez que não restou comprovado o nexo de causalidade entre o estado gestacional da autora e o uso das chamadas "pílulas de farinha", circunstância única que traduziria, e traduz, o fato suporte de incidência da norma que invoca em seu favor, posto ser impossível estabelecer-se inferência direta entre o uso da mencionada droga e a ocorrência da gravidez indesejada apenas a partir do noticiado desvio de placebos destinados a teste de um novo maquinário da empresa ré.**

Nesse contexto, não há fato lesivo às autoras que possa ser atribuído à requerida, uma vez que as demandantes, repita-se, não trouxeram aos autos provas quanto ao fato constitutivo de seu direito, qual seja, do uso das *"pílulas de farinha"* acondicionadas em embalagens de MICROVLAR. Cabe, ainda que a título de mero argumento, análise sobre a indubitável aplicabilidade do CODECON ao presente caso, sendo a ré produtora de medicamentos e a autora consumidora. Neste sentido, deverá ser averiguado o disposto no art.12 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade objetiva, a qual se verifica independente da comprovação de culpa, bastando ao consumidor a demonstração do dano e do nexo de causalidade. Todavia, não evidenciada esta última condição – pois dos autos constam provas de que os *"blisters"* acostados pela requerente estão em conformidade com as exigências técnicas inerentes ao medicamento, contendo efeito contraceptivo, já que não trazem gravados o número sequencial que caracteriza produto fabricado para teste, produzido a partir de material inerte, com a finalidade de teste para maquinário – não se há de falar em indenização calcada unicamente sobre tal circunstância. De ressaltar-se, ainda, que a alegação da autora para justificar a impossibilidade de juntar aos autos os *blisters* que comprovariam a ingestão de placebo no lugar de pílula com o princípio ativo – o fato de que dificilmente usuárias de contraceptivos costumam guardar cartelas pois jamais imaginam a necessidade de sua utilização

como meio de prova – embora razoável, não se mostra suficiente a determinar sua prescindibilidade, uma vez que tal prova era condição essencial para a comprovação do reclamado nexo de causalidade (sem grifo no original). (fls. 635/638) Em síntese, o fundamento central da sentença para desacolher a tese da autora é o de que o só fato de se comprovar o uso do medicamento "Microvlar" somado ao notório extravio das chamadas "pílulas de farinha", não basta para a inferência de que a gravidez decorreu da ingestão de pílulas sem princípio químico ativo.

De outra parte, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acolhendo a tese veiculada na inicial e na apelação, valendo-se, ademais, dos fundamentos lançados em outro feito que por lá aportou (Apelação n. 70003081957), deu provimento ao recurso, cujos fundamentos ora sintetizo: A defesa exercida pela SCHERING nestes autos foi bastante coincidente com a daqueles autos e com a defesa que vem realizando nos diversos processos a que submetida (v. f. 312-335). Disse que o "Microvlarteste" foi desviado e colocado no mercado por terceiros, que a distribuição ficou restrita ao Estado de São Paulo e que não aportaram exemplares no Rio Grande do Sul, que as cartelas apresentadas pela autora não coincidem com as características físicas do simulacro de anticoncepcional e que a eficiência do medicamento depende do seu uso correto e pode ser alterada por vômitos, diarreia e ingestão de outros medicamentos. Concluiu dizendo que a autora não fez prova do nexo de causalidade, indispensável à responsabilização da ré. De fato, a prova é franciscana. Mas, nessas hipóteses, deve-se decidir com base em presunção determinada pela inversão do ônus probatório, como referido no voto transcrito.

[...]

A autora comprovou que fazia uso regular do anticoncepcional, não desejava ter filhos e, até, tinha contraindicação pela presença de cisto. Pretender que demonstre ter usado uma das tais cartelas é exigir demais, prova impossível, pois ninguém guarda as caixas usadas de medicamento. As cartelas juntadas à f. 13, uma em uso e as demais sem uso, obviamente diziam respeito ao período posterior ao da concepção. Depois que o escândalo eclodiu e a SCHERING deu a público as características dos falsos medicamentos, obviamente, nenhuma das caixas seria encontrada nos balcões das farmácias. Se houve desvio como a SCHERING cogita, essas caixas foram parar no mercado informal. Nessas circunstâncias, é presumível que as Farmácias tenham dado fim aos comprometedores estoques.

O fato insofismável é que a autora engravidou enquanto fazia uso do anticoncepcional MICROVLAR. Se a gravidez foi decorrente do mau uso medicamentoso ou da ingestão de placebo, é fato que já não se pode mais estabelecer. A autora diz que a segunda hipótese é a verdadeira. Considerando a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência da consumidora, aplico a inversão do ônus da prova e reputo sua alegação verdadeira.

A ré argumenta ser possível que a autora estivesse tomando simultaneamente anticonvulsivante, o que poderia ter reduzido a eficiência do MICROVLAR. O que

é possível, não é necessariamente provável e, no caso, há até prova em sentido diverso. Mais de dez anos antes, a autora tivera normalizado o seu encefalograma (f. 520-531).

Então, além da culpa, reconheço o nexo causal entre a conduta da fornecedora SCHERING e a gravidez indesejada da consumidora do medicamento, o que torna certo o dever de indenizar pelos danos decorrentes. (fl. 715/717) Com efeito, o Tribunal *a quo*, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha princípio ativo. Nesse passo, fixou indenização de dois salários mínimos mensais, até o nascituro completar dezoito anos, mais as despesas decorrentes da própria gravidez e do parto, a serem apuradas em liquidação de sentença.

3. Primeiramente, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, pois o Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

4. Quanto ao mérito, penso que o recorrente tem razão. Sabe-se que a regra geral acerca da distribuição do ônus da prova é aquela insculpida no art. 333 do Código de Processo Civil, segundo a qual caberá ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a demonstração dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Tal comando, em se tratando de relações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, ganha novos contornos, sendo excepcionado pelo art. 6.º, inciso VIII, que assim dispõe:

> Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O preceito revela-nos, por primeiro, que a inversão do ônus da prova, com base nesse dispositivo, não ocorre *ope legis*, mas *ope iudicis*, vale dizer, é o juiz que, de forma prudente e fundamentada, deve vislumbrar no caso concreto a hipótese excepcional da redistribuição da carga probatória. A jurisprudência, nesse sentido, é tranquila: REsp. n. 716.386/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª T., j. em 05.08.2008, *DJe* 15.09.2008; REsp. n. 707.451/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª T., j. em 14.11.2006, *DJ* 11.12.2006, p. 365. De outra parte, mostra-se incapaz a essa

providência, simplesmente estar a relação regida pelo CDC, sendo indispensável a presença da verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Nesse passo, para a correta aplicação do dispositivo em voga deve-se indagar acerca de sua teleologia. A "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor, definitivamente, não significa facilitar a procedência do pedido por ele deduzido, tendo em vista – no que concerne à inversão do ônus da prova – tratar-se de dispositivo vocacionado à elucidação dos fatos narrados pelo consumidor, transferindo tal incumbência a quem, em tese, possua melhores condições de fazê-lo. Essa é a finalidade de se inverter o ônus da prova. Tanto é assim que a inversão do ônus da prova está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus. Essa é a lição de abalizada doutrina:

Realmente, nos litígios relativos à relação de consumo é possível que surjam questões de fato cuja solução dependa de elementos que apenas o fornecedor de produtos ou serviços tenha conhecimento e disponha da respectiva prova. Nesse caso, é adequado que a parte que tem esse conhecimento tenha o ônus da prova, suportando as consequências de sua omissão (ARAÚJO CINTRA. Antônio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV, p. 24). Analogamente, é o magistério de JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, coautor do anteprojeto do CDC, para quem: "a razão pela qual assim se dispõe no Código de Defesa do Consumidor consiste na circunstância da vulnerabilidade do consumidor, que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo" (ADA PELLEGRINI *et al*. **Código brasileiro do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto.. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 147).

Há diversos exemplos na doutrina em que a inversão do ônus da prova mostra-se absolutamente necessária, diante da possibilidade de o réu produzir menos penosamente eventual prova desconstitutiva do direito do autor. Confira-se o exemplo de BARBOSA MOREIRA, inclusive citado no acórdão. Um exemplo: vários consumidores de um remédio apresentam, após certo período de tratamento, os mesmos indesejáveis efeitos colaterais. Um deles propõe ação indenizatória contra o fabricante, sem, entretanto, conseguir demonstrar, inequivocamente, a relação de causalidade entre a ingestão da droga e os danos à sua saúde; prova, contudo, que outros tantos consumidores do medicamento também passaram a apresentar idênticas reações (indício do nexo causal). O juiz raciocinará: "Se muitos consumidores desse remédio começaram a padecer dos mesmos males, depois de iniciado o tratamento, e como tal circunstância se acha provada nos autos (não somente alegada pelo autor), é muito provável que os efeitos colaterais encontrem sua causa,

realmente, na administração do produto." Nesse exemplo, diante da verossimilhança da alegação do autor, bem como a hipossuficiência técnica em se provar que o produto causa, de fato, os efeitos colaterais alegados, inverte-se o ônus da prova para melhor elucidação dos fatos, possibilitando ao réu produzir prova em sentido contrário, ou seja, de que o medicamento não causa os efeitos alegados pelo autor. Não produzindo o réu a prova que lhe cabia e que lhe era possível produzir, presumem-se verdadeiros os fatos narrados. Portanto, em uma palavra, inverte-se o ônus da prova com vistas a facilitar a sua produção por quem detém melhores condições de produzi-la, somente presumindo-se verdadeiros aqueles fatos que podendo ser negados pelo réu, não o foram.

5. Mostra-se, porém, equivocada a analogia com o presente caso. Primeiramente, conquanto seja notório o vazamento de pílulas sem princípio ativo, bem como o fato de diversas usuárias terem engravidado em decorrência da ingestão dessas pílulas, não se há vislumbrar a mesma circunstância no caso ora posto em julgamento. Necessário se fazia que a autora tivesse demonstrado ao menos a compra do medicamento sem princípio químico ativo, não se podendo igualar essa hipótese com aqueloutras, em que as mulheres adquiriram medicamentos pertencentes aos lotes de drágeas inertes.

Aplicando-se o exemplo ao caso concreto, se diversas pessoas que ingeriram medicamento sem princípio ativo engravidaram comprovadamente em decorrência disso, em relação a outras pessoas que também ingeriram o dito medicamento e também engravidaram, presume-se a coincidência de causa. Todavia, a presunção não abarca aquelas pessoas que apenas conseguiram comprovar o uso de medicamento com princípio ativo. Ou seja, assim como no exemplo do festejado BARBOSA MOREIRA, somente seria o caso de se presumir verdadeiros os fatos narrados na inicial, se estivéssemos diante de usuárias que provassem que fizeram uso do *mesmo* medicamento daquelas que engravidaram em decorrência desse uso, o que não ocorreu no caso, porquanto a autora somente comprovou o uso do medicamento *com* princípio ativo, o que se difere de outras ocorrências, notadamente no Estado de São Paulo, em que foi comprovada a existência de diversas caixas de medicamentos inertes. Vale dizer, ocorreu no caso um alinhamento entre pacientes que comprovaram o uso de medicamento sem princípio ativo, com a paciente que apenas comprovou o uso de medicamento eficaz. Ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

Assim, para o desate da controvérsia aqui tratada, indaga-se se a inversão do ônus da prova realizada pelo Tribunal *a quo* resultou em maior facilidade para a elucidação dos fatos narrados pelo consumidor, ou se, em realidade, tornou-se impossível sua comprovação, senão por presunção, como no caso. Entendo que, na hipótese, mostrar-se-ia mais razoável a consumidora guardar – por apenas um

mês bastaria – as caixas do medicamento usado ou as notas fiscais, por precaução, do que se exigir do laboratório a prova de que a autora não ingeriu as indigitadas "pílulas de farinha", o que, convenhamos, é prova impossível de se produzir. No caso, em outras palavras, a inversão do ônus da prova significou a automática procedência do pedido. Diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora – quando lhe era, em tese, possível –, bem como da inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver, assim, com a improcedência do pedido. A solução proposta pelo Tribunal *a quo*, *data venia*, significa a responsabilização da recorrente por toda gravidez de usuárias de seus medicamentos, ainda que eficazes.

6. Por outro lado, ainda que se mostrasse possível a inversão do ônus da prova no caso em exame, tal providência, como é consabido, somente abrange os fatos narrados na inicial, não abarcando o nexo de causalidade entre os fatos e o dano sofrido pelo autor. Diante do exame dos fundamentos lançados na sentença e no acórdão recorrido, tem-se como provado a gravidez da autora, que residia em Porto Alegre, o uso por esta do medicamento "microvlar" com princípio ativo e o extravio, no Estado de São Paulo, de lotes do medicamento sem princípio ativo. Penso, todavia, que tais fatos são insuficientes para conduzir à condenação da ora recorrente, uma vez que entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria necessariamente, a meu juízo, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu. Em recente julgamento, esta Quarta Turma, no REsp. n. 883.612/ES, de relatoria do e. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, sufragou entendimento análogo:

Mesmo sem negar vigência aos princípios da verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da vítima quanto à inversão do ônus da prova, não vejo como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias do nexo de causalidade entre a aquisição e a possível utilização do placebo em data compatível e posterior à remessa da fase experimental das pílulas e a sua remessa para destruição, ocasião em que possivelmente se extraviaram ou foram desviadas por funcionários.

A responsabilidade da Recorrente está reconhecida quando do julgamento da Ação Civil Pública referida. **O nexo de causalidade não.** Com efeito e a despeito deste reconhecimento, não se pode olvidar que a doutrina mesmo em sede de teoria de responsabilidade objetiva se aperfeiçoou no sentido da indispensabilidade do nexo de causalidade como elemento configurador do dano, certo de que: "mesmo na responsabilidade objetiva – não será demais repetir – **é indispensável o nexo causal** (g.m). Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raros casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no dispositivo em exame. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade. Indaga-se, então: quando o empresário poderá afastar seu dever

de indenizar pelo fato do produto ou do serviço? Tal como no Código do Consumidor, a principal causa de exclusão da responsabilidade do empresário será a inexistência de defeito. Se o produto ou serviço não tem defeito não haverá relação de causalidade entre o dano e a atividade empresarial. O dano terá decorrido de outra causa não imputável ao fornecedor de serviço ou fabricante do produto. Mas se o defeito existir, e dele decorrer o dano, não poderá o empresário alegar a imprevisibilidade, nem a inevitabilidade, para se eximir do dever de indenizar. Teremos o chamado fortuito interno, que não afasta a responsabilidade do empresário" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. Atlas, 2007. p.166/7).

Em verdade, se a ocorrência da utilização do comprimido de Microvlar no interior do Espírito Santo, antes mesmo de serem iniciados os testes com placebo, não há como se deixar de se reconhecer a ausência do nexo de causalidade, contrariamente ao entendimento adotado pelo eg. Tribunal de origem, diante do princípio denominado de *fortuito externo,* ou seja, aquele fato que não guarda relação de causalidade entre a data alegada como a de utilização do anticoncepcional em relação à data inicial da experiência de comprimidos inócuos por ausência do seu princípio ativo. Essa circunstância fática da incompatibilidade da utilização do anticoncepcional sem princípio ativo em período anterior ao início da fabricação-teste, em pequena cidade do interior do Estado do Espírito Santo, e, aqui, friso uma vez mais, que não estou negando vigência ao princípio da inversão do ônus da prova em sede de direito do consumidor, afasta a possibilidade indenizatória, pois, sabe-se que "*verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática*".

O caso tratado nos autos, conquanto sejam indicadas datas compatíveis com o incidente das pílulas da "Schering", causa, do mesmo modo, estranheza. Igualmente ao citado REsp. n. 883.612/ES, mostra-se isolado o presente caso, sendo que o próprio acórdão recorrido relata a existência de mais dois casos no Estado do Rio Grande do Sul, em que a ora recorrente também fora condenada, mas por presunção, não havendo registro de que as caixas dos lotes de pílulas sem princípio ativo também tenham circulado naquele Estado. A própria Ação Civil Pública ajuizada pelo Estado de São Paulo e pelo Procon/SP (REsp. n. 866.638/SP) também não faz alusão a ocorrências de incidentes com as indigitadas "pílulas de farinha" em outras unidades federativas. Nessa hipótese, não se há presumir o nexo causal quando sequer há registros de que os placebos também tenham circulado naquela região.

7. Por fim, ainda que não fosse por todos esses fundamentos já expostos,registro também a impropriedade de se inverter o ônus da prova em sede de apelação, cerceando por completo a defesa do réu. A sentença julgou improcedente o pedido de indenização e o Tribunal *a quo*, entendendo que seria o caso de inversão do ônus da prova, assim o fez em grau recursal e imediatamente,

surpreendendo o apelado com ônus que, de início, não lhe cabia. A distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Conquanto, em alguma medida, o tema seja um tanto controverso, esta e. Quarta Turma já deu solução adequada ao tema:

> AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA n. 283/STF. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUERIMENTO DE PROVAS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.
>
> [...]
>
> 3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa.
>
> 4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial (AgRg no REsp. n. 1095663/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª T., j. em 04.08.2009, *DJe* 17.08.2009).
>
> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO OPORTUNO. INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA. PRETENDIDA REFORMA. ACOLHIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.
>
> A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.
>
> [...]
>
> Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.
>
> (REsp. n. 881.651/BA, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4.ª T., j em 10.04.2007, *DJ* 21.05.2007, p. 592)
>
> Portanto, por qualquer ângulo que se analise o problema, a solução inafastável é a improcedência do pedido, seja por inadequação da inversão do ônus probatório, seja por ausência de nexo causal entre o agir culposo da recorrente e a gravidez indesejada da recorrida. Resta, portanto, prejudicada a análise dos demais tópicos do recurso especial.

8. Diante do exposto, conheço em parte do recurso e, na extensão, dou-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial e restabelecer a sentença, inclusive em relação aos ônus sucumbenciais.

É como voto.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – FORO DE ELEIÇÃO – HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR NÃO COMPROVADA – VALIDADE

STJ, 4ª T., AgInt no REsp. 1.462.418/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, ac. 01.12.2016, *DJe* 13.12.2016

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.462.418 – GO (2014/0149824-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Marques Siqueira Advogados Associados S/S

Advogado: Walter Marques Siqueira – GO

Agravado: Locaweb Serviços de Internet S/A

Advogado: Carla Turczyn Berland e Outro(s) – Sp

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. REQUISITOS. HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O afastamento da cláusula de eleição de foro constante de contrato de prestação de serviços pressupõe seja reconhecida a hipossuficiência do consumidor.

2. No caso concreto, assentado pela Corte local que o recorrente não se revela hipossuficiente, a modificação dessa premissa exigiria o reexame de elementos de fato e de provas dos autos, procedimento vedado na instância especial, a teor do que orienta a nota n. 7 da Súmula do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 1º de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): Trata-se de agravo interno, interposto contra decisão desta relatoria que não conheceu

do recurso especial por incidir, na espécie, o obstáculo sobre o qual versa o enunciado n. 7 da Súmula do STJ (e-STJ fls. 466/468).

Em suas razões (e-STJ fls. 472/478), alega o agravante que o julgamento do especial exige apenas "a análise, estritamente jurídica, sobre amoldar-se ou não a hipótese dos autos à correta interpretação e aplicação dos arts. 101 do Código de Defesa do Consumidor e art. 100, inciso V, alínea 'a' do CPC/73 e se o alcance destes dispositivos foram corretamente compreendidos pela origem". Argumenta ser destinatário final dos serviços prestados pela agravada, o que ensejaria a aplicação do CDC à relação jurídica estabelecida entre as partes, permitindo assim reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro prevista no contrato de adesão pactuado.

Ao final, pede a reconsideração da decisão monocrática, ou sua apreciação pelo Colegiado.

Resposta do agravado às fls. 481/482 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator): A irresignação não comporta acolhida.

O agravante não trouxe argumentos capazes de afastar os termos da decisão agravada, motivo pelo qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ, fls. 466/468):

> "Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, 'a' e 'c', da Constituição Federal, em face de acórdão do TJGO assim ementado (e-STJ, fl. 425/426):
>
> 'AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. RELAÇÃO CONSUMERISTA. HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. FATO NOVO. AUSÊNCIA.
>
> 1. Consabido que a relação consumerista, por si só, não enseja a nulidade da cláusula de eleição de foro.
>
> 2. Todavia, havendo cláusula de eleição no contrato de adesão, há de prevalecer aludida cláusula para os processos oriundos do contrato, nos termos da Súmula 335 do STF.
>
> 3. Por ser o agravante escritório de advocacia, conhecedor e atuante na defesa de seus interesses, não se visualiza hipossuficiência, tampouco prejuízo no acesso à Justiça no foro de São Paulo, razão pela qual deve ser mantida a decisão proferida no juízo *a quo*.'
>
> 4. Não infirmados pela parte agravante os requisitos que embasaram a decisão recorrida, desmerece modificação o ato monocrático verberado. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E PROVIDO.'
>
> Em suas razões recursais (e-STJ, fls. 430/444), o recorrente aponta violação do art. 100, V, 'a', do CPC/1973, outrossim aduzindo divergência na interpretação jurisprudencial do referido dispositivo. Argumenta ser inaplicável o foro de eleição previsto

no instrumento contratual firmado entre as partes, à vista da regra contida no art. 101, I, do CDC, e, sobretudo, por se tratar de contrato de adesão. Afirma sua hipossuficiência técnica (sob a perspectiva extrajurídica) para litigar contra a empresa ré.

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 453).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fl. 455/457).

É o relatório.

Decido.

A tese jurídica desenvolvida no recurso especial não pode ser conhecida nesta instância excepcional.

De início, convém ressaltar que a competência em razão do local, definida no art. 100, V, 'a', do CPC/1973, é relativa, e como tal comporta modificação por meio de cláusula de eleição de foro (CPC/1973, art. 111; STF, súm. 335). De igual sorte é a hipótese versada no art. 101, I, do CDC. Logo, afirmando o Tribunal local que as partes elegeram o foro da comarca de Goiânia/GO, não se há de cogitar de violação dos dispositivos indicados.

Em verdade, a insurgência volta-se contra a parte da decisão que rejeitou os argumentos pela possível nulidade da referida cláusula quando confrontada com o CDC, entendendo que, na espécie, o recorrente não se revela hipossuficiente, requisito necessário para o afastamento da previsão contratual.

No ponto, o acolhimento da manifestação recursal pressupõe o reexame das provas – vedado na instância excepcional por força da orientação emanada da nota n. 7 da Súmula do STJ –, pois não é possível afirmar-se a hipossuficiência do recorrente sem revolver o acervo probatório coligido para os autos. Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE. ABUSIVIDADE NÃO CARACTERIZADA. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 526 DO CPC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA.

1. 'A jurisprudência da Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada no sentido de ser válida a cláusula de eleição de foro, a qual somente pode ser afastada quando reputada ilícita em razão de especial dificuldade de acesso à justiça ou no caso de hipossuficiência da parte. Precedentes.' (EDcl no AgRg no REsp 878.757/BA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/09/2015, *DJe* 01/10/2015.)

2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que não foi demonstrada a hipossuficiência do réu nem a inviabilidade de acesso ao Judiciário, de modo a invalidar a cláusula de eleição de foro. Alterar esse entendimento demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial ante a incidência da Súmula n. 7/STJ. [...]'

(AgRg no AREsp 713.222/SC, de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, *DJe* 04/02/2016)

'AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA VERIFICADA. REEXAME. SÚMULA N. 7/STJ. VALIDADE DE CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. AFASTAMENTO. SÚMULA N. 83/STJ.

1. É insuscetível de exame na via do recurso especial questão relacionada com a constatação de hipossuficiência do contratante se, para tanto, for necessário o reexame do instrumento contratual. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. A cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo se verificada a hipossuficiência do aderente, situação em que deve prevalecer o local do domicílio do devedor para facilitar a defesa do consumidor.

3. Agravo regimental desprovido.'

(AgRg no AREsp 331.972/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, *DJe* 12/12/2014)

'AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 39 DA LEI 4.886/1965. COMPETÊNCIA RELATIVA. ALTERAÇÃO DE FORO. HIPOSSUFICIÊNCIA ENTRE AS PARTES. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A competência prevista no art. 39 da Lei n. 4.886/1965 é relativa, podendo ser livremente alterada pelas partes, mesmo via contrato de adesão, desde que não haja hipossuficiência entre elas e que a mudança de foro não obstaculize o acesso à justiça do representante comercial.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, acerca da existência de hipossuficiência entre as partes, implica o reexame dos fatos e provas constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice disposto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.'

(AgRg no AREsp 695.601/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2015, *DJe* 14/08/2015)

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. VALIDADE.

1. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.

2. A cláusula de eleição de foro é válida quando não for comprovada a hipossuficiência.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.'

(AgRg no AREsp 701.481/CE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/08/2015, *DJe* 27/08/2015)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se."

Efetivamente, o acolhimento da tese recursal, acerca da nulidade da cláusula de eleição de foro, pressupõe o afastamento da conclusão do TJGO de que o agravante não se revela hipossuficiente, requisito necessário para se decretar nula a cláusula combatida.

Ocorre que, para tanto, faz-se imprescindível o exame de elementos fático-probatórios, procedimento inviável na instância excepcional, à vista do que orienta a nota n. 7 da Súmula do STJ.

Assim, não prosperam as alegações constantes no recurso, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ABUSO – MERA PROVA DE INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA

STJ, 3ª T., REsp. 279.273/SP, Rel. para acórdão Min.Nancy Andrighi, ac. 04.12.2003, *DJU* 29.03.2004, p. 230

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 – SP (2000/0097184-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler

R.p/acórdão: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: B Sete Participações S/A e Outros

Advogados: Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Outros

Recorrente: Marcelo Marinho de Andrade Zanotto e Outros

Advogado: Alfredo Rizkallah Junior e Outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

– Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

– A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

– A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

– Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

– A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

– Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, não conhecer de ambos os recursos especiais. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi.Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2003(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora p/ Acórdão

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

Recurso especial interposto por B. Sete Participações S/A, Administradora Osasco Plaza Shopping S/C Ltda., Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli.

Legitimidade do Ministério Público

Letra 'a'

Artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993 e artigo 6º do Código de Processo Civil

O Tribunal *a quo* decidiu que a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a tutela de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, resulta da conjugação do artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a ação civil pública, com o artigo 81 da Lei nº 8.078, de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

A teor do primeiro:

"Art. 21 – Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor"

Por força do segundo:

"Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

"Ainda que individuais e disponíveis os direitos das vítimas" – está dito no voto do eminente Desembargador José Osório – "são eles homogêneos, isto é, decorrentes de origem comum" (fl. 2.011, 11º vol.).

As razões do recurso especial sustentam que:

"Semelhante interpretação jurisdicional afronta, todavia, os artigos 127, caput*, e 129, incs. III e IX da CF (cuja violação constitui objeto do Recurso Extraordinário, sem prejuízo de apreciação incidenter tantum nesta sede), e, na órbita do direito federal, o artigo 25, IV, 'a', da Lei 8.625, de 1993 (Lei Orgânica do MP) e o artigo 6º do Código de Processo Civil"* (fl. 2.155/ 2.156, 12º vol.).

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal tem a seguinte redação:

"Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Já o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, dispõe:

"Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos".

Quer dizer, B. Sete Participações S/A e Outros atacam o julgado, por meio de recurso extraordinário e de recurso especial, no ponto em que ele reconheceu a legitimação do Ministério Público Federal para a tutela de direitos individuais disponíveis.

O tema, evidentemente, não é de natureza infraconstitucional, pouco importando que o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal tenha um clone legal, como seja, o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993.

A respectiva matriz está na Constituição Federal (art. 127, *caput*), e só o Supremo Tribunal Federal pode decidir a respeito.

"Em casos como este" – anotei em 'O Recurso Especial e o Código Tributário Nacional' – "a interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário duplica a discussão em sedes diferentes, uma só delas, o Supremo Tribunal Federal, decidindo definitivamente a causa – e com essa peculiar circunstância de que o recurso especial e o recurso extraordinário, então, versam sobre a mesma matéria à base de idênticas razões, que só diferem na invocação das normas alegadamente contrariadas; num, textos de lei, noutro, da Constituição Federal" (Revista Renovar nº 11, p. 31/39).

Aqui é disso que se trata. As razões do recurso especial foram decalcadas do recurso extraordinário (fl. 2.069/2.075, 12º vol.), e, não obstante o seguimento deste tenha sido negado, a respectiva decisão foi atacada por agravo de instrumento (fl. 2.390, 13º vol.).

Observação: O artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, não foi prequestionado (fl. 2.057/2.060, 12º vol.), a despeito de provocação expressa nos embargos de declaração (fl. 2.041/2.042, 11º vol.). As razões do 1º recurso especial dizem contrariado o artigo 535 do Código de Processo Civil (fl. 2.161/2.162, 12º vol. A se entender que o acórdão recorrido deva ser confrontado com o artigo 25, IV, 'a', da Lei nº 8.625, de 1993, impõe-se a anulação do julgado por ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Do ponto de vista do artigo 6º do Código de Processo Civil, a seguir transcrito, o recurso especial está prejudicado.

"Art. 6º – Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Aqui o Tribunal *a quo* declarou que o Ministério Público está autorizado, por lei, a tutelar direitos individuais homogêneos disponíveis.

Letra 'c'

REsp nº 59.164-3, MG, Relator o Ministro Cesar Rocha

Nesse caso, a Egrégia 1ª Turma conheceu e negou provimento (sic) a recurso especial interposto, pela letra 'a', contra acórdão que decidira que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor ação civil pública, cujo objeto era *"a fixação da responsabilidade... pelos danos sofridos pelas vítimas do desmoronamento de terras ocorrido na Vila Barraginha*" (RSTJ nº 78, p. 115 – fl. 2.211, 12º vol.).

À parte a técnica processual, que não coincide com aquela adotada pelas demais Turmas do Superior Tribunal de Justiça, em que o conhecimento do recurso especial pela letra 'a' implica o respectivo provimento, aquela Turma, *data venia*, decidiu a causa sob o prisma constitucional, *in verbis*:

"Mas conheço do recurso pela alegada ofensa aos arts. 81, caput*, e parágrafo único, II e III, 82, I e 117 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), e arts. 1º, IV e 21 da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), ainda que deixando assinalado (sic) se fosse feito um exame rigoroso quanto à sua admissibilidade, o recurso, em verdade, não poderia ser conhecido.*

É que, em real verdade, todo o fundamento do bem lançado r. acórdão hostilizado tem um sabor nitidamente constitucional, eis que as suas judiciosas razões estão amparadas pelos arts. 127 e 129 da Constituição Federal de 1988*"* (op. cit., p. 116 – fl. 2.212, 12º vol.).

Lê-se no acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Corrêa de Martins:

"Observem-se as disposições do art. 129 e respectivos incisos e parágrafos. É induvidoso que dentre as funções institucionais do Ministério Público se insere a promoção, ou iniciativa, do inquérito e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, segundo o inciso III. Já, antes, o art. 127, caput*, incumbe à elevadíssima instituição a defesa, dentre o mais que proclama, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

A recente Lei nº 8.625, de 12.02.93 (Lei Orgânica do Ministério Público), dispôs, no seu art. 25, inc. IV, alínea 'b', praticamente a mesma coisa, apenas acrescentando, ao lado dos interesses coletivos e dos interesses individuais indisponíveis (combinação dos arts. 127, caput*, e 129, III, da Constituição Federal), a defesa dos interesses 'individuais homogêneos', como alvo de atuação do Ministério Público pela Ação Civil Pública.*

Destarte, a dita ação é atribuição do Ministério Público, na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos) como resulta da combinação das disposições mandamentais acima citadas com a disposição da lei infraconstitucional também referida" (ib., p. 116 – fl. 2.212, 12º vol.).

Há, portanto, divergência entre os acórdãos, mas sobre matéria constitucional, que não pode ser resolvida em recurso especial.

REsp nº 219.673, SP, Relator o Ministro Garcia Vieira

Aqui o assunto tratado não diz respeito à relação de consumo, e sim à relação tributária, tendo o acórdão decidido que "*O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa de contribuintes do IPTU, que não são considerados consumidores*" (fl. 2.214, 12º vol.) – tudo sem a menor condição de caracterizar a divergência jurisprudencial.

Relação de consumo

Letra 'a'

Artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990

O Tribunal *a quo* decidiu que os *shoppings* prestam serviços.

"As interpretações dos apelantes, segundo as quais não há relação de consumo entre Shopping *e consumidor, levam,* data venia*, a resultado absurdo com grave ofensa ao mínimo de realismo jurídico indispensável a qualquer decisão.*

O evento danoso sofrido por pessoas que foram convidadas a consumir e que ocorreu dentro de um templo, de uma Catedral do Consumo, seria considerado – através de sutis argumentos – alheio ao ambiente jurídico do consumo" (fl. 2.007, 11º vol.).

As razões do recurso especial dizem:

"Ao enveredar por essa trilha... a decisão malferiu o art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990. Com efeito, o que está na lei é que o consumidor é 'toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, sendo curial notar que, segundo José Geraldo Brito Filomeno – citado pela sentença para justificar a 'amplitude' do que seja o consumidor moderno – o conceito legal de consumidor se restringe ao aspecto exclusivamente econômico:

'Conceito de Consumidor – Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial" (fl. 2.168/2.169, 12º vol.).

Data venia, isso implica subtrair da realidade um trecho importante, como se os *Shoppings* só se relacionassem com os respectivos lojistas.

O Ministro Menezes Direito surpreendeu o artificialismo dessa interpretação restritiva, dizendo que "seria de todo inexplicável que esta unidade nova no mundo dos negócios tivesse tratamento jurídico apenas em uma das pontas" (RT nº 651, p. 237 – fl. 97, 1º vol.).

"Hoje" – está dito, com acerto, no acórdão recorrido – "já não se tem qualquer dúvida de que o shopping *fornece lazer aos seus frequentadores, que circulam livre-*

mente por suas vias e praças, sejam ou não adquirentes de produtos fornecidos pelas lojas, individualmente. O shopping *faz propaganda e promoções em nome e em benefício próprio, tudo para que haja grande número de frequentadores a circular por vias e praças internas, de forma a dar animação e aumentar a potencialidade das vendas das diversas lojas, de cujas receitas participa diretamente o* shopping*, conforme se vê dos contratos de locação*" (fl. 2.003, 11º vol.).

Letra 'c'

REsp nº 171.283, PR, Relator Ministro Garcia Vieira

Aqui a Egrégia 1ª Turma conheceu e negou provimento a recurso especial interposto pela letra 'a' (sic, vide o que a respeito foi dito retro), mantendo acórdão que declarara a ilegitimidade do Ministério Público para, em ação civil pública, pedir a devolução de valores pagos por adquirentes de lotes à empresa do ramo imobiliário (fl. 2.220/2.259, 11º vol.).

A divergência, alegadamente, resultaria de trecho do voto do Ministro Demócrito Reinaldo, a cujo teor *"compradores de terrenos... não adquirem nem utilizam produto ou serviço como destinatários finais e, por isso, mesmo, não intervém em relação de consumo. De certo que terreno não é produto nem serviço*" (fl. 2.172, 11º vol.).

Sem razão.

A um, porque o adquirente de um terreno e o frequentador de *shopping center* estão em situações fácticas diferentes.

A dois, porque esse acórdão já está superado por precedente da Corte Especial, que reconheceu ao Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública visando a indenização de adquirentes de imóveis, lesados por cláusula contratual (EREsp nº 141.191, SC, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 1º.08.2000).

REsp nº 97.455, SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo

Nesse recurso especial, a Egrégia 1ª Turma decidiu que *"o contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei*" (fl. 2.173, 11º vol.).

Nada mais é preciso dizer, para desqualificar a pretendida divergência.

Letra 'a'

Artigo 3º e § 2º da Lei nº 8.078, de 1990

O Tribunal *a quo* decidiu que os frequentadores dos *shoppings* são consumidores, ainda que não façam compras nas respectivas lojas.

"Todavia" – dizem as razões do recurso especial – "o simples passante não pode ser considerado consumidor do shopping*, porque evidentemente não adquire ou utiliza produto nem contrata serviço como destinatário final. Da mesma forma, na ou-*

tra ponta, o shopping não fornece serviços de distração e lazer. Distração e lazer, embora possam resultar de uma prestação de serviços, não são serviços em si (depois de pagar o ingresso, o consumidor entra no parque de diversões, desfruta dos brinquedos e, assim, se distrai *etc.)"* – fl. 2.174, 11º vol.

Salvo melhor juízo, o acórdão recorrido respondeu a isso, com vantagem:

"Esse tema (da onerosidade de alguns serviços prestados pelos shoppings*) já pode ser tido como definitivamente resolvido no direito brasileiro. Mesmo antes da vigência do CDC, firmou-se jurisprudência no sentido de que as empresas, particularmente as de supermercado e as de* shopping center*, devem indenizar as vítimas de furto de veículo em seus estacionamentos, haja ou não remuneração pela estadia.*

Essa orientação consolidou-se na súmula nº 130 do STJ, a saber:

'A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento'.

O exame dos acórdãos referidos pela súmula revela o uso de expressões como 'ainda que gratuito'; 'serviço prestado no interesse do próprio incremento do comércio'; 'ainda que não cobre por esse serviço destinado a atrair a clientela'; 'atrair clientes'; tudo a deixar clara a existência de uma 'remuneração indireta' em favor da empresa.

Em suma, a atração de clientes e o fornecimento de vantagens não é considerado ato gratuito ou de liberalidade. O dano sofrido pelo cliente vai ser reparado segundo os princípios rígidos do ato oneroso e não do ato de liberalidade" (fl. 2.005, 11º vol.).

Julgamento antecipado da lide

Letra 'a'

Artigo 14, § 3º, II da Lei nº 8.078, de 1990 e artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil

O Tribunal *a quo* decidiu que, ainda quando fosse demonstrada a culpa da construtora do *shopping*, e/ou da empresa que fiscalizou a obra e/ou daquela que forneceu o gás, a responsabilidade de B. Sete Participações S/A e Outros subsistiria.

"Se" – lê-se nas razões do recurso especial – "a lei é clara em dizer que o fornecedor não será responsabilizado se provar a culpa exclusiva de terceiro (cfr. art. 14, § 3º, II, do CDC), então, quando o acórdão afirma que, mesmo se fossem aceitas as culpas das três autoras envolvidas, 'nenhuma repercussão haveria', está arrostando o disposto nesse tópico legal que autoriza a isenção de responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

*O acórdão nega uma consequ*ência que a lei expressamente concede (a exoneração de responsabilidade) e recusa a possibilidade de se obter essa exoneração, denegando o direito dos Rectes. de provar a culpa exclusiva dessas terceiras" (fl. 2.184, 12º vol.).

O exato dimensionamento da questão exige que se defina quem é o terceiro referido no artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal *a quo, acertadamente*, identificou esse terceiro no seu sentido estrito, *in verbis*:

"O fato de terceiro só é considerado excludente de responsabilidade quando e porque rompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano sofrido pela vítima.

Por outras palavras, é preciso que o fato de terceiro destrua a relação jurídica de consumo.

É o que aconteceria se o dano proviesse de uma força externa, inteiramente desligada das relações e interesses das partes, como um bombardeio por forças inimigas, um ato do príncipe, um terremoto, uma força irresistível e desligada do ambiente operacional da empresa.

O fato de terceiro alegado pelos apelantes prende-se diretamente ao funcionamento do shopping. *A construção já estava finda havia mais de um ano, e o gás sempre foi elemento essencial à vida normal do estabelecimento*" (fl. 2.017/2.018, 12º vol.).

Nessa linha, o julgamento antecipado da lide está plenamente justificado, sem qualquer ofensa aos artigos 330, I e 331 do Código de Processo Civil, porque a culpa das aludidas empresas – se demonstrada – não exoneraria, mesmo, B. Sete Participações S/A e Outros da responsabilidade.

Letra 'c'

REsp nº 8.839, SP, Relator o Ministro Waldemar Zveiter

A Egrégia Terceira Turma decidiu que, girando a controvérsia em torno dos fatos, o MM. Juiz de Direito não poderia ter indeferido a prova pericial, requerida por ambas as partes (fl. 2.265/2.274, 13º vol.).

RE nº 108.770-6, RJ, Relator o Ministro Carlos Madeira

O Supremo Tribunal Federal anulou o processo, nesse precedente, porque os fatos eram *"não só pertinentes, mas relevantes" e, não obstante as partes tivessem confluído, "pelo menos, no pedido de perícia para quantificar os prejuízos alegados pelo autor",* a causa foi julgada antecipadamente (fl. 2.287, 13º vol.).

REsp nº 13.515-0, PR, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo

A Egrégia Quarta Turma decidiu que o juiz deve *"permitir a produção de provas pelas partes fundadamente requeridas que, em razão da pertinência e relevância dos fatos a que se referem, possam influir decisivamente na solução do litígio*" (fl. 2.290, 13º vol.).

REsp nº 85.037, MA, de que fui relator

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo porque não é caso de julgamento antecipado da lide, "quando a documentação que instrui a petição inicial é insu-

ficiente à demonstração do direito do autor, que requereu a produção de provas, e quando, concomitantemente, o réu nega esse direito, protestando por infirmá-lo na dilação probatória" (fl. 2.305, 13º vol.).

REsp nº 39.786-3, SP, Relator o Ministro Pádua Ribeiro

A Egrégia Segunda Turma anulou o processo, porque o juiz se precipitou *"ao decidir a lide antecipadamente, sem dar oportunidade às rés de produzir as provas requeridas, nas respectivas contestações, especialmente a prova pericial, equívoco esse endossado pelo acórdão recorrido"* (fl. 2.331, 13º vol.).

Todos os acórdãos acima resumidos, indicados como paradigmas, partiram do pressuposto de que a prova era necessária ao desate da lide. Na espécie, e do ponto de vista do acórdão recorrido, a prova era inútil, porque não influenciaria o desfecho da causa – circunstância suficiente para descaracterizar a alegada divergência jurisprudencial.

A responsabilidade dos administradores e dos conselheiros

Letra 'a'

Artigos 28, *caput*, e § 5º da Lei nº 8.078, de 1990, artigo 20 do Código Civil e artigo 158, I e § 1º, primeira parte, da Lei nº 6.404, de 1976

O Tribunal *a quo* decidiu que os administradores, aí incluídos os conselheiros de B. Sete Participações S/A, respondem subsidiariamente pelos danos causados, independentemente "de fraude, abuso ou ilicitude" (fl. 2.020, 11º vol.).

Lê-se no voto condutor:

"No que diz respeito à desconsideração da pessoa jurídica e consequente condenação dos diretores e conselheiros, assiste razão aos apelantes, em pequena parte. Segundo o art. 28, caput*, do CDC, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando houver abuso de direito, excesso de poder, ato ilícito etc., por parte de seus dirigentes. Para demonstrar tais circunstâncias, realmente haveria necessidade de dilação probatória.*

Ocorre que o § 5º desse mesmo artigo foi além e criou nova hipótese ensejadora da desconsideração ao dizer:

'Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores'.

Trata-se aqui de circunstância francamente objetiva (qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento), independentemente de atuação culposa por parte dos administradores, consoante já foi dito no item 2.2. retro" (fl. 2.019/2.020, 11º vol.).

"O fato" – dizem as razões do recurso especial – "é que o acórdão, apesar de não reconhecer *'qualquer comportamento inadequado juridicamente (por parte dos ad-*

ministradores), considerou isoladamente a expressão 'qualquer forma de obstáculo ao ressarcimento', do § 5º do artigo 28, para entendê-la como 'circunstância francamente objetiva' e culminou por atingir o patrimônio dos Rectes., membros do Conselho de Administração da B. Sete Participações S/A, ferindo não só o art. 28, caput*, e seu § 5º, do CDC, mas também o disposto no art. 20 do Código Civil e o na Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 158, I e seu § 1º, 1ª parte"* (fl. 2.199, 12º vol.).

No magistério de Pontes de Miranda:

"Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem" (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, Tomo I, p. 288).

O artigo 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor prevê a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *"abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social"*.

A desconsideração também será efetivada quando houver "*falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração"*.

Candido Dinamarco, com apoio em Fábio Ulhoa Coelho, observou que:

"Na realidade o caput *do art. 28 está cuidando da responsabilidade direta dos sócios, em matéria que conceitualmente não se integra no fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica. É regra comum de direito societário a de que os sócios respondem em nome próprio (e não por desconsideração) quando atuem com abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos societários ou quando pratiquem, na qualidade de sócios, certos atos ilícitos. Tal ilicitude é sempre de direito societário e, para ter a consequ*ência descrita no art. 28, sequer seria necessário este" (parecer – fl. 1.692/1.693, 9º vol.).

E concluiu:

"... quando a lei manda desconsiderar a personalidade jurídica como meio de remover obstáculos ao ressarcimento (CDC, art. 28, § 5º) as formas pelas quais se houverem criado tais obstáculos não podem ser os mesmos fatos dos quais haja emergido a obrigação de indenizar. Interpretação contrária significaria – tanto quanto a que se repudiou no tópico precedente – haver por derrogada a regra da autonomia das pessoas jurídicas em face dos sócios (CC, art. 20) e a limitação da responsabilidade nas sociedades anônimas ou por quotas" (parecer, fl. 1.694, 9º vol.).

No mesmo sentido, o parecer de Waldírio Bulgarelli (fl. 864/890, 5º vol.):

"Afora, pois, os casos de falência ou insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica por má administração, os demais casos arrolados como fatos a serem subsumidos pela norma se referem a figuras a bem dizer delituosas, e note-se, que tenham sido utilizados contra o consumidor, ou como diz a própria lei, no § 5º do art. 28 cit., como obstáculos.

Tecnicamente, em termos de redação legislativa trata-se de uma daquelas chamadas pela doutrina, hoje, regras de decisão, cabendo ao juiz, aliás, como em outras que o Código contém, como a da inversão da prova etc., decidir perante o caso concreto" (fl. 884, 5º vol.).

Com efeito, sem a presença de uma dessas circunstâncias, o suporte fáctico do artigo 28, *caput*, não se completa, e, portanto, não incide a aludida norma jurídica – nada importando que o § 5º aparente que a desconsideração da pessoa jurídica possa ser mero efeito da necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, *verbis*:

"§ 5º – Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Na técnica de interpretação, o parágrafo não tem autonomia, subordinando-se aos limites do *caput*.

Recurso especial interposto por Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto

Letra 'a'

Artigo 535 do Código de Processo Civil

As razões do recurso especial sustentam que:

"... o v. acórdão, acolhendo parcialmente os recursos, afastou a responsabilidade solidária das pessoas físicas, por reconhecer a inexistência de indício de conduta ilícita. Manteve, porém, a desconsideração da personalidade jurídica, mas por outro fundamento de fato: o de que estaria configurado o obstáculo ao ressarcimento a que alude o § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, posto que o patrimônio das empresas envolvidas seria incompatível com o vulto que atingirão as indenizações.

Como se verifica, a questão foi examinada exclusivamente à luz do dispositivo do CDC, sem enfrentar a sua compatibilização com as normas regentes da matéria, expressamente discutidas no recurso e, ainda, com a introdução de um novo fundamento de fato, que não havia sido objeto da decisão de 1º grau, não tendo sido, pois, submetido ao contraditório.

De sorte que, ante à falta de manifestação explícita sobre os pontos de direito questionados, os recorrentes, por cautela, pedem preliminarmente ao E. Tribunal determinar a remessa dos autos ao Juízo local, a fim de suprir as omissões apontadas, com a prolação de nova decisão em torno dos embargos declaratórios opostos" (fl. 2.343/2.344, 13º vol.).

Ora, essas razões estão prejudicadas pela conclusão de que o artigo 28, § 5º da Lei nº 8.078, de 1990 só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*.

Quer dizer: a omissão não tem repercussões, porque o Tribunal *a quo* aplicou a norma que, a seu juízo, incidiu.

Artigo 20 do Código Civil, Artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, Artigo 158 da Lei nº 6.404, de 1976, Artigos 596, 458, III e 515, § 1º do Código de Processo Civil

A tese de mérito foi acolhida no exame do 1º recurso especial (L. 8.078/90, art. 28), de modo que já não há interesse nas questões processuais (CPC, arts. 458, III, 515, § 1º, e 596).

Voto, por isso, no sentido de conhecer e dar provimento, em parte, ao 1º recurso especial, bem assim de conhecer e de dar provimento ao 2º recurso especial para excluir Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos e Maria Carla Lunardelli, assim como Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, dos efeitos da condenação.

VOTO-VISTA

EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra as sociedades empresárias recorrentes (locadora e administradora do centro comercial) e seus administradores, visando o ressarcimento dos danos morais e patrimoniais sofridos pelas vítimas do desabamento do *Shopping Center* em Osasco/SP.

O Juiz reconheceu a responsabilidade solidária das pessoas físicas e jurídicas, aplicando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, porque a explosão teria decorrido de ato ilícito.

O TJSP conferiu parcial provimento ao recurso dos réus para reconhecer a responsabilidade subsidiária dos sócios administradores, com fulcro no art. 28, § 5º, do CDC, cuja redação é a seguinte:

"Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

...

§ 5. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

O i. Relator, Min. Ari Pargendler, acompanhado, em voto-vista, pelo i. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, proveu o primeiro recurso especial, e, em parte, o segundo recurso especial, para determinar a exclusão dos sócios administradores Gian Paolo Zanotto, Ubirajara Kyrillos, Maria Carla Lunardelli, Marcelo Marinho de Andrade Zanotto, Ricardo Kyrillos e Antônio Lunardelli Neto, porque "o art.

28, § 5 da Lei n. 8.078, de 1990, só responsabiliza os administradores de pessoas jurídicas nos exatos limites do *caput*".

Para o i. Relator, o "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores" não depende, tão somente, da "necessidade de ressarcir os prejuízos causados aos consumidores", mas está condicionada ao reconhecimento de uma das hipóteses previstas no "caput" do art. 28, porque não goza de autonomia, e, assim, não seria correta a assertiva do acórdão estadual de que há "nova hipótese ensejadora da desconsideração", e nem se trataria de "circunstância francamente objetiva", "independentemente de atuação culposa por parte dos administradores".

Reprisados os fatos, aprecio o recurso.

Recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS:

A) DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(violação aos arts. 6º do CPC e 25, inc. IV, 'a', da Lei 8625/93 e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 6º do CPC restou devidamente prequestionada.

Regula os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor (art. 81):

"A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Segundo o escólio de HUGO NIGRO MAZZILLI:

"**Difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato**". Compreendem grupos menos determinados de pessoas entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

"**Coletivos são interesses indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum.**

"Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica.

"**Os interesses individuais homogêneos têm origem comum. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato**."

E distingue o em. Autor os direitos coletivos e os individuais homogêneos, assim expondo:

"Exemplifiquemos com o **aumento ilegal de prestações de um consórcio**. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha duas e não uma cota: a ilegalidade será igual para todos (**interesse coletivo**). Entretanto, é **divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais**, sendo os prejuízos individualizáveis (**interesses individuais homogêneos**)". ("A Defesa dos interesses difusos em juízo", 6ª ed., São Paulo: RT).

Ensinam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, na obra "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor" (São Paulo: RT, 2001):

"**Legitimidade do MP**. Pode mover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A CF 129, III, legitima o MP para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF, 129, IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva tour court) são, *ex vi legis*, de interesse social (CDC 1°), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social."

...

"O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O parquet não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação in-

dividual. Caso o interesse seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III), essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC, 82, I, por autorização do CD 129 IX e 127 "caput")."

Leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI que:

"não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. **Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental,** de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de promover o desenvolvimento equilibrado do país e de servir os interesses da coletividade". ("O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos", RF 333/128). [Sem grifos no original].

Igualmente, elucida a em. Doutrinadora ADA PELLEGRINI GRINOVER:

"Não bastasse a legitimação a toda e qualquer ação coletiva, conferida ao Ministério Público pelo art. 82, ao qual o art. 91 faz remissão, o próprio art. 92 reforça a ideia da titularidade do "parquet" para o processo tratado no capítulo ora em exame.

Apesar disso tem havido alguns pronunciamentos judiciais contrários ao reconhecimento da legitimação ativa do Ministério Público às ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos, por considerarem inconstitucional a extensão da legitimação operada pela lei ordinária. Argumenta-se em prol dessa orientação com o art. 129, III, CF, que só se refere à legitimação do MP para a defesa de interesses difusos e coletivos. Nem tem bastado, para essa tendência, o argumento da extensão de funções do MP a outras que lhe sejam atribuídas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (inc. IX do art. 129, CF), porquanto se afirma que o MP, nos termos do art. 127, CF, é preordenado à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis e os interesses individuais homogêneos seriam disponíveis.

E, na mesma linha, aduz-se também a circunstância de, a admitir-se a legitimação do MP para casos que tais, estaria se retirando do cidadão a liberdade de escolha, não se podendo obrigar ninguém a ter um direito reconhecido contra a sua vontade.

Ora, em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneo, que só viria a ser criada pelo Código. Mas na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras da interpretação

extensiva (quando o legislador diz menos de quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados.

Em segundo lugar, a doutrina, internacional e nacional, já deixou claro que a tutela de direitos transindividuais, não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa.

Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes público a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesse ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição.

[...] Nem se pode argumentar com o fato de a titularidade à ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneo impor aos beneficiários da sentença condenatória um direito, que talvez não queiram eles exercer. A sentença condenatória, na técnica brasileira, apenas reconhece a existência do dano pessoal, seu nexo etiológico com o dano geral reconhecido pela sentença e quantificar o montante da indenização. Respeita-se, assim, a autonomia da vontade de cada indivíduo que, se não quiser "fruir" do direito que lhe foi reconhecido, simplesmente não o "exercerá" ("in" Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentados pelos autores do anteprojeto. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998).

Por sua vez, leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

"Já no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre da sua natureza (que é individual!) e sim de duas circunstâncias essenciais, a saber: a) de um lado, o expressivo número de pessoas integradas no segmento social considerado (ex.: pais de alunos de escolas particulares), inviabilizando o trato processual via litisconsórcio (que seria multitudinário), especialmente agora, como antes acenado, em face da reinserção no processo civil brasileiro, do litisconsórcio facultativo recusável (CPC, art. 46, parágrafo único, redação da Lei nº 8.952/94); b) de outro lado, o fato desses interesses derivarem de origem comum, o que lhes confere uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária no volume do serviço judiciário."

ADA PELLEGRINI GRINOVER ("O Processo em Evolução", Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, p. 425) afirma que "as ações de classe norte-americanas, que haviam declinado numericamente na década passada, estão ganhando novo e redobrado impulso, exatamente no campo das reparações individuais, por força dos denominados mass tort cases: assim ocorreu com as vítimas do asbesto, que já

são mais de 87.000 e cujas pretensões são frequentemente agrupadas perante tribunais federais e estaduais. A mesma poderosa tendência, que nos Estados Unidos da América levou à revitalização das class actions no campo da responsabilidade civil, faz-se sentir em outros países pertencentes ao sistema de *common law*... Tudo a demonstrar a necessidade de os sistemas processuais modernos se abrirem à reparação coletiva de danos individuais, permitindo o tratamento eficiente de numerosos casos de responsabilidade civil".

A legitimidade do Ministério Público estadual decorre do art. 127, "caput" da C.F.-88, que, ao criá-lo como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, não arrolou, de modo taxativo, a sua atuação institucional, que pode ser complementada por diplomas legais, sem usurpação da competência do legislador constituinte.

Sendo a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", por extensão do art. 81, parágrafo único do CDC e seu art. 82, I, tem o Órgão ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum, norma que se coaduna com o disposto no art. 25, inc. IV, alínea 'a', da Lei n. 8.625/93.

Isto porque não é a natureza disponível e divisível – esta aliás ínsita aos direitos individuais –, que retira a homogeneidade dos interesses e lhes expurga da tutela a título coletivo. Constatada a origem comum dos mesmos, exsurge o interesse social na sua proteção, que se transforma no divisor de águas entre o direito individual, na sua dimensão particular, e aquele visto sob ótica comunitária, coletiva; ou, na esteira dos ensinamentos de TEORI ZAVASCKI, é de se notar a relevância social dos interesses subjetivos individuais de origem comum, porque considerados "em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental".

Este entendimento lavrei no REsp 286.732 (ação civil pública ajuizada pelo MPERJ e MPF em face da SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, Santa Cruz Seguros S/A e outros, objetivando coibir a majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde que foi autorizada pela SUSEP e promovida pelas fornecedoras do serviço de seguro-saúde, em detrimento de direito coletivo de todos os consumidores de serviços de seguro, para devolução das importâncias recebidas do percentual de 17% acima da média em URV dos prêmios de novembro de 1993 e fevereiro de 1994) e no REsp 334.829 (ação civil pública ajuizada pelo MPDFT contra Massa falida da ENCOL S/A e BEMGE – Banco do Estado de Minas Gerais, para anulação da cláusula dos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção que dispunha sobre a possibilidade da obra em construção e o terreno respectivo ser dado em garantia de financiamento pela construtora, e anulação da cláusula que constituiu em garantia hipotecária as unidades autônomas dos referidos edifícios).

Assim, com amparo na doutrina abalizada e seguindo precedentes jurisprudenciais desta Corte, é de se concluir pela legitimidade ativa do Ministério Público.

B) DA INCIDÊNCIA DO CDC – EQUIPARAÇÃO DOS TRANSEUNTES EM *SHOPPING CENTER* À NOÇÃO DE CONSUMIDOR

(violação aos arts. 2º e 3º, § 2º do CDC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência dos arts. 2º e 3º, § 2º, do CDC restou devidamente prequestionada.

Reconhece a doutrina que o art. 2º do CDC é insuficiente para abranger como consumidor somente aquele que adquire o produto como destinatário final, porque a interpretação teleológica do parágrafo único do art. 2º, combinado com o art. 17 do CDC, conduz à compreensão de que também são considerados consumidores, ainda que não participem diretamente da relação de consumo, os denominados pela doutrina e jurisprudência norte-americana de bystander. Abrange o conceito de bystander aquelas pessoas físicas ou jurídicas que foram atingidos em sua integridade física ou segurança, em virtude do defeito do produto, não obstante não serem partícipes diretos da relação de consumo.

O *shopping center* oferece à sociedade um serviço determinado, distinto dos serviços e bens ofertados pelos lojistas, consistente na oferta de segurança, lazer e conforto àqueles que pretendem ou adquirir bens e serviços dos lojistas instalados no local, ou simplesmente transitar pelas galerias como forma de distração e lazer, sendo equiparados pela abrangência do estabelecido no art. 17, que os equipara a consumidores.

Assim considerado, pode-se afirmar que todo e qualquer frequentador de *shopping*, tenha ou não interesse em adquirir bens ou serviços, é consumidor nos termos do art. 2º do CDC, porque adquire, como destinatário final, o serviço de segurança, lazer e conforto ofertado pelo *shopping center*.

Por sua vez, o fato de o administrador do *shopping* não cobrar dos frequentadores preço pelo ingresso em suas dependências não conduz à conclusão de que o serviço ofertado pelo *shopping center* seja de natureza gratuita, porquanto o intuito oneroso, ainda que indireto, é evidente, dada a relação existente entre o conforto e a segurança do *shopping*, de um lado, e a promoção das vendas de bens e serviços dos lojistas instalados ao longo das galerias, de outro.

E, ainda que não se considerasse o frequentador como destinatário final do serviço prestado pelo *shopping center*, deve-se observar o art. 17 do CDC, o qual equipara à noção de consumidor todas as vítimas do fato do serviço.

Nesses termos, acompanho o i. Min. Relator para reconhecer que são consumidores todos os frequentadores de galerias de *shopping center*, tenham ou não o intuito de adquirir bens e serviços dos lojistas instalados.

C) JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

(violação aos arts. 14, § 3º, do CDC e 330, inc. I, e 331 do CPC e dissídio)

A despeito de não demonstrado o dissídio jurisprudencial a respeito, como bem anotou o i. Min. Ari Pargendler, deve-se observar que a questão relativa à incidência do art. 330 do CPC restou devidamente prequestionada.

Acompanho, nesse aspecto, o voto do i. Min. Relator, ao fundamento de que a existência, ou não, de culpa de terceiro, não afasta, no processo em análise, a responsabilidade dos recorrentes, o que corrobora a adequação do julgamento antecipado da lide.

D) DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES E A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

(violação aos arts. 28, *caput*, e § 5º, do CDC, 20 do CC/16 e 158, inc. I e § 1º, primeira parte, da LSA – recurso de B SETE PARTICIPAÇÕES S/A e OUTROS)

(violação aos arts. 20 do CC/16, 158 da LSA, 10 do Decreto 3708/19, 458, inc. III, 515, § 1º e 596 do CPC – recurso de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS)

A questão relativa à incidência do art. 28, *caput* e § 5º, do CDC, restou devidamente prequestionada.

Acerca da responsabilidade dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em que pese o brilhantismo da tese adotada pelo i. Min. Relator, considero algumas observações pertinentes, em especial no que respeita aos contornos atuais do instituto da desconsideração e a disciplina adotada pelo CDC a respeito.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, quanto aos pressupostos de sua incidência, subdivide-se em duas categorias: teoria maior e teoria menor da desconsideração.

A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial.

A prova do desvio de finalidade faz incidir a **teoria (maior) subjetiva da desconsideração**. O desvio de finalidade é caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

A demonstração da confusão patrimonial, por sua vez, faz incidir **a teoria (maior) objetiva da desconsideração**. A confusão patrimonial caracteriza-se pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica e do de seus sócios, ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas.

A teoria maior da desconsideração, seja a subjetiva, seja a objetiva, constitui a regra geral no sistema jurídico brasileiro, positivada no art. 50 do CC/02.

A teoria menor da desconsideração, por sua vez, parte de premissas distintas da teoria maior: para a incidência da desconsideração com base na teoria menor, basta a prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para esta teoria, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro**, a teoria menor da desconsideração** foi adotada excepcionalmente, por exemplo, no Direito Ambiental (Lei nº. 9605/98, art. 4º) e no Direito do Consumidor (CDC, art. 28, § 5º).

O referido dispositivo do CDC, quanto à sua aplicação, como bem ressaltado pelo i. Min. Relator, sugere uma "circunstância objetiva". Da exegese do § 5º deflui, expressamente, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica pela mera prova da insolvência da pessoa jurídica, fato este suficiente a causar "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

É certo que a doutrina pátria se divide dentre aqueles que aplaudem a inovação e aqueloutros que entendem que as razões do veto do § 1º do art. 28 do CDC deveriam ser destinadas ao § 5º, esse sim, sob a ótica de parte representativa de vozes autorizadas, sem razão de ser porque a desconsideração da pessoa jurídica está associada ao ilícito, ao desvirtuamento e abuso da forma social.

Existem argumentos também no sentido de que a topografia do § 5º do art. 28 significaria a dependência do seu preceito ao reconhecimento de "abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social", e à novel disposição de "má administração" causadora de "falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica".

Sem embargo das argutas preleções, fato é que o § 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o "caput" do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica.

Não são válidos os argumentos de que as razões de veto deveriam ser dirigidas ao § 5º e de que não se conceberia sua existência autônoma dissociada do preceito veiculado no "caput" do art. 28 da Lei n. 8.078/90.

Essa linha de raciocínio é meramente acadêmica, e a lei, uma vez sancionada, ganha vigência e eficácia a partir de sua publicação, transcorrida a "vacatio legis". A lei, aplicada com prudência, encontrará seus próprios limites por meio da atividade interpretativa dos Tribunais, não sendo aconselhável que se ceife a iniciativa legislativa de plano, iniciativa essa que conferiu novos contornos ao instituto da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

Devem sim, ao invés de se limitar o debate a conjeturas de topografia do parágrafo 5º e pretensas razões de veto, o artigo 28 e seus parágrafos da Lei n. 8.078/90 ser interpretados sistematicamente, a par da legislação vigente.

A tese, ora acolhida, de que a **teoria menor da desconsideração** aplica-se às relações de consumo, está calcada, como dito, na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, isto é, afasta-se, aqui, a exegese que subordina a incidência do § 5º à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do art. 28 do CDC.

E isto porque o *caput* do art. 28 do CDC acolhe a **teoria maior subjetiva da desconsideração**, enquanto que o § 5º do referido dispositivo acolhe a **teoria menor da desconsideração**, em especial se considerado for a expressão "Também poderá ser desconsiderada", o que representa, de forma inegável, a adoção de pressupostos autônomos à incidência da desconsideração.

Ao acolher **a teoria menor**, dúvida não há em se considerar que o § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90 ampara um novo capítulo no instituto do levantamento do véu da pessoa jurídica, o qual se coaduna com o princípio geral da Ordem Econômica, como positivado pela CF/88, que prevê a defesa do consumidor (CF, art. 170, inc. V).

No processo em análise, o TJSP bem constatou o obstáculo ao ressarcimento dos danos causados aos consumidores: *"São 40 mortos e mais de 300 feridos e o dano foi de natureza patrimonial e também de ordem moral". Verifica-se, de imediato 'ictu oculi', que a liquidação vai encontrar valor vultoso. O capital social da B-7 é de R$ 3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais), para outubro de 1995 (fl. 171 da pasta 1 do Inquérito Civil). O capital social da Administradora Osasco Plaza é de R$ 10.000 (dez mil reais), como se lê à fl. 74 do mesmo volume do referido inquérito. E o valor real da empresa sempre estará na dependência de sua operação regular".*

Há de se considerar que, afora os interesses dos consumidores tutelados pela ação civil pública, ainda há os dos lojistas, o que importará, eventualmente, em maior incursão no patrimônio das sociedades rés.

Verificado, portanto, o estado de insolvência e a incidência do CDC, deve ser acolhida a **teoria menor da desconsideração**, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados.

E) DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ADMINISTRADORES E SÓCIOS

O TJSP considerou ser subsidiária a responsabilidade dos sócios e administradores indicados, ao fundamento de que a incidência da teoria da desconsideração não constitui hipótese de responsabilidade solidária, a qual resulta da lei ou do contrato.

A despeito de ser a responsabilidade subsidiária regra geral de Direito Societário (CC/02, art. 1024), deve-se observar que a sua incidência depende, claramen-

te, da existência de separação patrimonial entre a sociedade e os sócios (CC/02, art. 1022 e CC/16, art. 20).

Verificada, entretanto, a desconsideração da pessoa jurídica, afasta-se a separação patrimonial e, por consequência, a responsabilidade subsidiária, porquanto desconsiderar a pessoa jurídica implica responsabilizar, direta e pessoalmente, os sócios e administradores indicados, como se estas pessoas tivessem assumido, em nome próprio, as obrigações imputáveis à pessoa jurídica.

Deve-se observar, entretanto, que tal questão não foi impugnada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual não recorreu do acórdão prolatado pelo TJSP, o que afasta, de plano, a possibilidade de reforma nesse aspecto.

Recurso especial de MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO e OUTROS:

F) DA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO

(violação ao art. 535, inc. II, do CPC)

Sustentam os recorrentes que o TJSP foi omisso ao não se manifestar sobre os pressupostos de incidência do art. 28 do CDC, em especial sobre o argumento de que o § 5º desse dispositivo possui incidência subordinada à verificação dos pressupostos do *caput* do art. 28.

Deve-se observar, entretanto, que o TJSP foi claro ao analisar a incidência do dispositivo citado ao caso concreto, ponderando-se com clareza os argumentos e as teses confrontantes.

Acompanho o i. Min. Relator, a fim de afastar a existência de omissão na hipótese.

Forte nestas razões, pedindo a mais respeitosa vênia aos eminentes votos divergentes, NÃO CONHEÇO de ambos os recursos especiais.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – NORMA INSCULPIDA EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR

STJ, 4ª T., REsp. 913.687/SP, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 11.10.2016, *DJe* 04.11.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 913.687 – SP (2007/0002876-5)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Joice Helena Armelin

Advogado: Mauro Rosner e Outro(s)

Recorrido: Beneficência Médica Brasileira S/A Hospital e Maternidade São Luiz

Advogado: Norberto Bezerra Maranhao Ribeiro Bonavita e Outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS CONTRA HOSPITAL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA DURANTE INTERNAÇÃO E INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE À MÉDICA QUE REALIZOU A CIRURGIA (CPC/73, ART. 70, III). INTERPRETAÇÃO DO ART. 88 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO DESPROVIDO.

1 – A norma do art. 88 do CDC, que proíbe a denunciação à lide, consubstancia-se em regra insculpida em benefício do consumidor, atuando em prol da brevidade do processo de ressarcimento de seus prejuízos, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor, devendo, por esse motivo, ser arguida pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício.

2 – Desse modo, na hipótese de deferimento da denunciação requerida pelo réu sem insurgência do consumidor promovente, legitimado a tal, descabe ao denunciado fornecedor invocar em seu benefício a regra de afastamento da denunciação para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante, desvirtuando regra concebida em favor do consumidor em juízo.

3 – *In casu*, tendo havido já condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, a interpretação do art. 88 do CPC deve ser realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo, não havendo justificativa, no caso, para se cassar a decisão de admissão da denunciação da lide.

4 – Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Presidente) e os Srs. Ministros Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília, 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Nos autos da ação de indenização que JANICE LIMA DE ARAÚJO e OUTRO movem em desfavor de

BENEFICÊNCIA MÉDICA BRASILEIRA S/A – HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO LUIZ e SUL AMÉRICA SERVIÇOS MÉDICOS LTDA, objetivando reparação por danos materiais e morais decorrentes de lesões que a primeira autora sofrera quando de sua internação para cirurgia de parto e extirpação de cisto ovariano e respectivo tratamento (esquecimento de uma compressa cirúrgica no abdômen da autora e subsequentes equívocos nos exames e interpretações que constatariam o ocorrido), o il. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível do Foro Central da Capital deferiu pedido de denunciação da lide, formulado pela primeira ré, da médica que realizou a cirurgia, Dra. JOICE HELENA ARMELIN (decisão de fls. 90/91).

A profissional denunciada interpôs, na origem, agravo de instrumento contra essa decisão, argumentando, em síntese, *verbis*:

> *"Evidentemente não se está diante da hipótese legalmente prevista para a denunciação da lide.*
>
> *Inexiste entre o agravado Hospital São Luiz e a agravante qualquer contrato ou dispositivo legal garantindo que, em caso de condenação da primeira, a segunda tem o dever de indenizá-la em ação regressiva.*
>
> *Se o agravado não é responsável pelos fatos narrados pela autora, por óbvio os pedidos iniciais serão julgados improcedentes. Caso seja apurada a responsabilidade daquela empresa pelos fatos articulados, então responderá ela por sua conduta.*
>
> *Não há qualquer espaço, na realidade dos autos de origem, para se inserir, por vontade do agravado, a ora agravante no polo passivo da demanda, tampouco responsabilizá-la regressivamente em caso de eventual condenação.*
>
> *Inexistindo contrato entre a agravante e o agravado, bem como dispositivo legal que preveja a responsabilidade regressiva da primeira em face do segundo, por óbvio o agravado está querendo inserir no feito de origem discussão paralela, inadmissível da relação processual eleita pela inicial.*
>
> *Na verdade, procura o agravado estabelecer nova lide dentro daquela já instaurada, com discussão profunda e ampla sobre responsabilidade, de modo, ao que parece, a demonstrar que a ora agravante e não ele é quem teria 'culpa' pelo ocorrido."* (fls. 6/7)

O eg Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, em aresto assim ementado:

> *"Agravo de instrumento – Ação de reparação de danos – Deferimento do pleito de denunciação da lide – Providências relativas à intervenção cirúrgica foram comandadas pela agravante, desde o pré-natal até atendimentos pré-hospitalares – A agravante é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos causados na cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção – Recurso improvido."* (fl. 158)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 174/177).

Inconformada, JOICE HELENA ARMELIN interpõe o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentando, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 70, III, do CPC/73 e 88 do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, alega o seguinte, *verbis*:

> *"Como consta do agravo, a pretensão da litisdenunciante (recorrida) é a de elidir sua culpa imputando-a à litisdenunciada (recorrente), sendo que esta última indicou que a discussão que se pretende travar gira em torno não do ato cirúrgico, mas dos atos de apoio, onde funcionária da litisdenunciante (recorrida) foi a responsável pelos danos narrados pela autora da ação, tudo a implicar, pois, em criação de demanda dentro daquela já em curso. Em complemento, a denunciação à lide está embasada pura e simplesmente em eventual direito de regresso, só apurável após regular instrução do feito, inexistindo dispositivo legal ou contrato que estabeleça obrigação da agravante de garantir o resultado da demanda em face da litisdenunciante.*
>
> *[...]*
>
> *"No presente caso, os autores do feito de origem ajuizaram ação contra Hospital São Luiz e Sulamérica, imputando a estas a responsabilidade pelas lesões que sofreu decorrente de internação e tratamento, pleiteando, por isso, que as mesmas lhes paguem indenização por danos materiais e morais decorrentes dos fatos.*
>
> *O recorrido Hospital São Luiz contestou a inicial argumentando que não teve culpa pelos fatos ocorridos, não sendo responsável pelas lesões sofridas pelos autores, razão pela qual não tem qualquer obrigação em indenizá-los. Paralelamente, afirma que a ora recorrente seria a responsável pelos fatos narrados pelos autores, razão pela qual denuncia a lide à ela.*
>
> *Evidentemente não se está diante da hipótese legalmente prevista para a denunciação da lide.*
>
> *Inexiste entre o recorrido Hospital São Luiz e a recorrente qualquer contrato ou dispositivo legal garantindo que, em caso de condenação da primeira, a segunda tem o dever de indenizá-la em ação regressiva.*
>
> *Se o recorrido não é responsável pelos fatos narrados pela autora, por óbvio os pedidos iniciais serão julgados improcedentes. Caso seja apurada a responsabilidade daquela empresa pelos fatos articulados, então responderá ela por sua conduta.*
>
> *Não há qualquer espaço para se inserir, por vontade do recorrido, a ora recorrente no polo passivo da demanda, tampouco responsabilizá-la regressivamente em caso de eventual condenação.*
>
> *Inexistindo contrato entre a recorrente e o recorrido, bem como dispositivo legal que preveja a responsabilidade regressiva da primeira em face do segundo, por óbvio o recorrido está querendo inserir no feito de origem discussão paralela, inadmissível da relação processual eleita pela inicial.*
>
> *A decisão ora recorrida, ao admitir a denunciação à lide, autoriza que se estabeleça nova lide dentro daquela já instaurada, com discussão profunda e ampla sobre responsabilidade, onde o objeto será a demonstração de quem teria "culpa" pelo ocorrido."* (fls. 181/182)

Prosseguindo, as razões recursais asseveram:

"Além dos fundamentos acima elencados, é certo que a pretensão inicial no feito de origem reside em relação de consumo, fundamentando-se, o pleito da autora, na legislação de defesa do consumidor.

Fundada em relação de consumo, a pretensão não pode ficar sujeita a entraves e retardamentos, motivo pelo qual optou o legislador em elidir, dentre outros percalços processuais, a hipótese de denunciação da lide.

Em assim sendo, por expressa vedação legal, a denunciação da lide não era cabível e deveria ser de pronto rechaçada, bastando conferir o disposto no art.88 do Código de Defesa do Consumidor.

Inobstante essa realidade, o E. Tribunal "a quo" rechaçou a aplicação do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que o mesmo só teria aplicação nas situações estabelecidas pelo art. 13 da mesma Lei.

A negativa de vigência ao dispositivo antes referido é evidente, sobretudo porque é afrontado o fundamento maior que motiva a existência daquele dispositivo legal, qual seja, o de evitar retardamentos e entraves para o consumidor que procura exercer seus direitos.

E é exatamente por força daquele princípio que o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor não enfrenta limitação no art. 13 da mesma Lei, como tem entendido a doutrina e a jurisprudência.

A regra do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor deve ser entendida dentro da interpretação sistemática dos princípios informadores de proteção ao consumidor, motivo pelo qual a vedação da denunciação à lide é geral e ilimitada em todas as ações envolvendo relação de consumo, posto que se trata de expediente processual que introduz complicadores no polo passivo da relação de responsabilidade, em detrimento dos consumidores.

É exatamente o que ocorre no presente caso, onde a lide principal estará relegada a segundo plano, travando-se extensa e aprofundada discussão entre litisdenunciante e litisdenunciada envolvendo responsabilidades, condutas profissionais, direitos e deveres de cada qual, sendo notório o prejuízo à autora da ação, decorrente do evidente entrave e retardamento para a solução da demanda que ajuizou." (fls. 187/188)

Apresentadas contrarrazões (fls. 256/273), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 278/279), tendo ascendido a esta Corte em razão de provimento do Agravo de Instrumento 792.392/SP (fl. 305).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator): Conforme se extrai dos autos, JANICE LIMA DE ARAÚJO narra, na inicial da ação de reparação de danos, que, por negligência da equipe pertencente ao HOSPITAL SÃO LUIZ, que a assistiu no ato da cirurgia do parto, foi esquecida no interior de seu abdômen

uma compressa cirúrgica provocando grave infecção e, quase um ano após, quando identificado o ocorrido, foi submetida, em outro hospital, a uma cirurgia de urgência, em que perdeu parte do tecido intestinal, devido às lesões na alça intestinal, provocando, ainda, sequelas estéticas e emocionais.

Na decisão de origem, foi deferida a denunciação da lide, requerida pelo HOSPITAL E MATERNIDADE SÃO LUIZ, da médica que realizara a cirurgia, Dra. JOICE HELENA ARMELIN, ora recorrente, sob o seguinte fundamento:

> *"Fica deferido o pedido de denunciação da lide formulado pela có-ré Beneficência Médica Brasileira S/A – Hospital e Maternidade São Luiz. A médica que realizou a cirurgia está, em tese, legalmente obrigada a indenizar a referida corré em ação regressiva, na eventualidade de a ação ser julgada procedente, o que torna necessário o acolhimento da litisdenunciação (Código de Processo Civil, artigo 70, inciso III), cabendo observar que a intervenção de terceiros não encontra a vedação aludida pelos autores na réplica à contestação (Código de Defesa do Consumidor, artigo 88), considerando que a controvérsia entre as partes não se identifica com a do artigo 13 da Lei 8.078/90."* (fl. 91)

Essa decisão foi confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento manejado apenas pela médica denunciada.

Nas razões do recurso especial, são apontados como violados os arts. 70, III, do CPC/73 e 88 do Código de Defesa do Consumidor. Para facilitar a compreensão, são transcritos:

> ***CPC/73: Art.70: A denunciação da lide é obrigatória:***
>
> *I – ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;*
>
> *II – ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;*
>
> ***III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.***
>
> ***CDC: Art. 13:*** *O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:*
>
> *I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;*
>
> *II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;*
>
> *III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.*
>
> ***Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.***
>
> ***CDC: Art. 88:*** *Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste Código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.*

Em relação ao alcance dos mencionados dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça já uniformizou entendimento de que *"a vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)"* (REsp 1.165.279/SP, Rel. **Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, *DJe* de 28/5/2012).

Nesse mesmo sentido: AgRg no AgRg no AREsp 546.629/SP, Rel. **Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA**, *DJe* de 11/03/2015; e EDcl no Ag 1.249.523/RJ, desta relatoria, *DJe* de 20/06/2014.

Portanto, foi propósito do legislador não permitir a denunciação da lide de modo a não retardar a tutela jurídica do consumidor, dando celeridade ao seu pleito indenizatório, evitando a multiplicação de teses e argumentos de defesa que dificultem a identificação da responsabilidade do fornecedor do serviço.

Assim, se, de um lado, a denunciação da lide (CPC/73, art. 70) é modalidade de intervenção de terceiros que favorece apenas o réu denunciante (fornecedor, no caso), na medida em que este objetiva a responsabilização regressiva do denunciado, de outro lado, a norma do art. 88 do CDC consubstancia-se em regra insculpida totalmente em benefício do consumidor, atuando em prol do ressarcimento de seus prejuízos o mais rapidamente possível, em face da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Deve, por esse motivo, ser arguida pelo próprio consumidor, em seu próprio benefício, de modo a não se admitir a produção de provas que não interessem ao consumidor em juízo, sendo a sua proteção o objetivo almejado pelo Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide.

Na hipótese, porém, de deferimento da denunciação sem insurgência do consumidor legitimado a tal, opera-se a preclusão, sendo descabido ao corréu fornecedor invocar em seu benefício a regra de afastamento da denunciação.

Trata-se de direito subjetivo público assegurado ao consumidor para a facilitação de sua defesa. Não pode, portanto, ser arrebatado por corréu litisdenunciado para eximir-se de suas responsabilidades perante o denunciante, desvirtuando regra concebida em favor do consumidor em juízo.

Em situação assemelhada, decidiu esta Corte:

> *DIREITO* ***PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR.*** *CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO.* ***CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.*** *POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES.*
>
> *1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4°, § 2°), inserido no* ***contexto de facilitação do acesso à Justiça,*** *dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.*

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII – determinem a ***utilização compulsória de arbitragem****". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.*

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4°, § 2°, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. ***Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade.*** *Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.*

6. Dessarte, ***a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira,*** *haja vista que a propositura da arbitragem pelo policitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.*

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem – não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula –, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor – não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido. (REsp 1.189.050/SP, Rel. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 1º/03/2016, *DJe* de 14/03/2016)

No caso específico dos autos, não haveria vantagem para o consumidor na reforma da decisão atacada pela ora recorrente litisdenunciada. Os autores da ação de indenização responsabilizam o Hospital São Luiz e a Sul América Serviços Médicos S/A por fatos ocorridos durante a internação e intervenção cirúrgica da primeira autora para cirurgia de parto e extirpação de cisto ovariano e respectivo tratamento, consubstanciados, especificamente, no esquecimento de uma compressa cirúrgica no abdômen da autora e subsequentes equívocos nos exames e respectivas interpretações e apresentação de laudos, realizados nas dependências do nosocômio.

Na contestação, o Hospital São Luiz apresentou denunciação da lide à médica cirurgiã. Após o deferimento da denunciação da lide em primeira instância (fls. 90/91), os autores não se opuseram a tal intervenção, não tendo apresentando nenhum recurso contra as decisões ordinárias que a deferiram, em primeiro e segundo graus.

Compreensivelmente, quem se opôs ao deferimento da denunciação foi somente a própria profissional denunciada, sendo o agravo de instrumento por ela interposto processado sem suspensividade. Com isso, de acordo com pesquisa realizada no sítio eletrônico oficial do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, o feito foi sentenciado em 23/4/2014, tendo sido a ação principal julgada parcialmente procedente, bem como a lide secundária, para condenar a denunciada a pagar ao denunciante o equivalente à metade do valor da indenização por este suportada na lide principal. Verificou-se, igualmente, que foram apresentadas apelações e o eg. Tribunal de origem, em agosto de 2015, deu parcial provimento ao recurso da profissional denunciada. O feito está em grau de embargos declaratórios.

A interpretação do art. 88, portanto, deve ser aqui realizada em harmonia com o princípio da facilitação do acesso do consumidor aos órgãos judiciários, bem como da celeridade e economia processual para todas as partes do processo.

Com efeito, percebe-se que, já tendo havido larga e ampla produção probatória, com condenação nas instâncias ordinárias, sem prejuízo para o consumidor, não há justificativa para se cassar a decisão de admissão da denunciação da lide.

Apesar de serem duas as discussões travadas nos autos, em que a primeira delas, envolvendo a paciente e o hospital, está restrita à responsabilidade objetiva do hospital pelos danos causados como fornecedor de serviços (art. 14 do CDC), e a segunda discussão, pretendida pelo litisdenunciante, envolvendo hospital e médico, exigir exame de provas e averiguação acerca de culpa e limites de responsabilidade, no caso específico destes autos, em que a consumidora não se insurgiu contra a decisão que admitiu a denunciação da lide, não há como se constatar ter havido ofensa ao art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a hipótese de denunciação prevista no art. 70, III, do CPC/73 agrega as ações de regresso do denunciante contra o denunciado, quando previstas em lei ou contrato, sendo hipótese facultativa dessa modalidade de intervenção, pois não implica obrigatoriedade.

Nada impede que ação autônoma de pretensão regressiva condenatória seja promovida posteriormente, ou seja, se não for formulada a denunciação, o denunciante poderá ajuizar um processo autônomo contra a parte que seria a denunciada.

Na situação dos autos, excluir a médica da lide neste estágio do processo, além de não trazer vantagem alguma ao consumidor, irá postergar o ressarcimento que a denunciada poderá ter de efetuar ao Hospital denunciante que, como se viu, também está protegido pelo princípio da celeridade e economia processual.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

Capítulo III

AÇÃO COLETIVA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR

AÇÃO COLETIVA – LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* – ASSOCIAÇÃO

(STJ, 4.ª T., REsp. n. 132.063/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 10.02.1998, *RSTJ* 113/277)

RECURSO ESPECIAL N. 132.063 – RS
(Registro n. 97.00336719)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrentes: Cidadania – Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão e outros

Recorrido: Fiat Administradora de Consórcios Ltda.

Advogados: Jorge Alberto Harm Krieger e outros, e Marlene Chiaradia e outros

EMENTA

Código de Defesa do Consumidor – Ação coletiva – Legitimidade *ad causam* – Associação – Consórcio.

A associação que tem por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor dos participantes desistentes de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica dos interesses de consorciados.

Art. 82, IV, do CDC.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento,

nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Brasília-DF, 10 de fevereiro de 1998 (data do julgamento)

Ministro BARROS MONTEIRO, Presidente
Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

Cidadania – Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão, e mais João Carlos Teixeira e Zóia Chomenko propuseram ação coletiva de reparação de danos ao consumidor contra a Fiat Administradora de Consórcios Ltda. "para haver a restituição das parcelas pagas pelos consorciados desistentes dos grupos 1046 e 0213, corrigidas monetariamente pelo IGP-M, acrescidas de juros moratórios". Citada, a ré contestou a ação, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* da Cidadania – Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão. No mérito, pediu fossem descontados do valor a ser devolvido a taxa de administração e o fundo de reserva, incidindo juros apenas a contar da citação. O Ministério Público manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela procedência da ação, deduzida a taxa de administração. Na sentença, o MM. Juiz *a quo* rejeitou a preliminar e julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento das custas e honorários fixados em 20% sobre a condenação.

Inconformada, a ré apelou e a egrégia 9.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> "Consórcio. Ação coletiva. Interesses individuais homogêneos.
>
> Consorciados desistentes. Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão. Ilegitimidade.
>
> A defesa coletiva pela violação a interesses individuais homogêneos por associações pressupõe a existência de correspondência entre estes e a finalidade institucional. Ilegitimidade da Cidadania – associação de Defesa dos Direitos do Cidadão para ajuizar ação coletiva na defesa de desistentes de grupo de consórcio em face da abrangência e da generalidade de seus objetivos.
>
> Recurso provido." (fl. 1.635)

Rejeitados os embargos de declaração, Cidadania – Associação de Defesa dos Direitos do Cidadão ingressou com recursos extraordinário e especial, este pela

alínea *a*, alegando afronta aos artigos 81, 82, inciso IV, e 91 da Lei n. 8.078/1990. Sustenta a sua legitimidade ativa *ad causam*, tendo em vista que fora constituída há mais de um ano para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo CDC, requisitos exigidos pelo mencionado Código. Muito embora não tenha fundamentado o recurso na alínea *c*, comprova dissídio jurisprudencial.

Com as contrarrazões, o tribunal de origem indeferiu o processamento do recurso extraordinário e admitiu especial, subindo os autos a este egrégio STJ.

À fl. 1.753, a recorrente requereu a juntada de procuração concedendo-lhe poderes de representação de alguns dos integrantes dos grupos de consórcio objeto da presente ação.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator):

Ao dispor sobre a legitimidade *ad causam* para a propositura de ação coletiva de defesa de interesses individuais homogêneos, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 82, assim estabelece:

> "Art. 82. Para os fins do art. 100, parágrafo único (isto é, para o exercício de defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas), são legitimados concorrentemente:
>
> [...]
>
> IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear."

A lei não faz nenhuma exigência quanto à especificidade dos fins da instituição, não impondo como requisito para a sua legitimidade processual que tenha por objetivo a defesa dos interesses violados em uma determinada relação jurídica. O v. acórdão entendeu que somente uma associação criada para a defesa e interesse dos consorciados atenderia à prescrição legal, o que exigiria a cada tipo de contrato de consumo a formação de uma entidade para defesa dos envolvidos naquela espécie de relação: associação para defesa dos prejudicados na execução de contrato de administração de consórcio, de compra e venda, de prestação de serviços, de fornecimento e construção de bens, de financiamento bancário, de importação etc.

Se fosse assim, ação coletiva – que se constitui em útil inovação do nosso sistema processual, destinada a evitar desgastante repetição de demandas sobre direitos individuais homogêneos e que não tem sido utilizada nos limites de sua virtualidade –, em poucos casos poderia servir de meio eficaz à defesa do consumidor, dando-se à lei interpretação oposta ao enunciado legal: são direitos básicos do consumidor a facilitação de defesa de seus direitos (art. 6.º, VII).

No caso dos autos, a entidade autora tem como finalidade "a defesa dos direitos do cidadão como consumidor", o que é suficiente para legitimá-la à propositura de ação coletiva de consorciados desistentes dos dois grupos a que se refere a inicial, em busca da devolução das parcelas pagas, direito que tem sido reiteradamente recusado pelas administradoras, apesar da Súmula n. 35. Sabendo-se da existência de centenas de ações no mesmo sentido, teimosamente trazidas até a última instância, nada mais conveniente do que reunir os interesses em uma ação coletiva para defesa dos direitos dos participantes de um ou mais grupos instituídos pela mesma administradora.

O receio de ampliar os casos de legitimação está muita vez amparado na dúvida sobre o uso que dela será feito em juízo, mas a exigência de proliferação dessas entidades não ajudará na sua fiscalização e controle, em juízo e fora dele. De qualquer modo, o próprio Código contém normas garantidoras da boa-fé processual, que vão desde a garantia da participação do Ministério Público até o disposto no seu art. 87.

Posto isso, conheço do recurso, por ofensa ao art. 82, IV, do CDC e lhe dou provimento para restabelecer a sentença, mantida a redução da verba honorária.

É o voto.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Acompanho o Sr. Ministro-Relator, assinalando que se trata de um caso ainda não apreciado nesta Turma, e provavelmente neste Tribunal. E o faço pelos fundamentos de S. Exa., notadamente pela circunstância de que, no caso, a associação se dirige também à defesa do consumidor.

ASSOCIAÇÃO – DEFESA DOS ASSOCIADOS – AÇÃO COLETIVA – TRANSPORTE AÉREO – TAXA ADUANEIRA

TJSP, 6.ª Câm. Dir. Privado, Ap. n. 269.643-2, Rel. Des. Testa Marchi, ac. de 21.11.1996, *JTJSP* 188/138

LEGITIMIDADE DE PARTE – Ativa – Associação – Defesa de interesses de empresas que congrega – Autorização pelos artigos 29 do Código de Defesa do Consumidor e 21 da Lei Federal n. 7.347, de 1985 – Preliminar rejeitada.

TRANSPORTE – Aéreo – Mercadorias importadas – Taxa – Exigência para o desembaraço aduaneiro – Incidência sobre serviços não efetivamente prestados – Ofensa à ordem econômica – Artigo 3.º da Lei Federal n. 8.158, de 1991, e Código de Defesa do Consumidor – Ação procedente – Recurso não provido.

Apelação Cível n. 269.643–2 – São Paulo – Apelante: Deutsche Lufthansa A. G. – Apelada: Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea e Comissárias de Despachos – ACTC.

ACÓRDÃO

Transporte Aéreo – cobrança de "taxas" para o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas – Ilegalidade – Apelo improvido.

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

A respeitável sentença de fls. 232/236, com relatório adotado, julgou procedentes as ações principal e cautelar para declarar a ilegitimidade, bem como a inexigibilidade da cobrança das taxas **houses** e **master** para a entrega dos conhecimentos aéreos de importação. Apela a vencida visando a reforma do julgado, insistindo na preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* da autora; também em preliminar arguida a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide, sem que fosse colhida a prova oral requerida. Na mérito bate-se pela improcedência da ação em face da legalidade da cobrança da "taxa" de desconsolidação cobrada.

Contrarrazões às fls. 271/308.

Novos documentos vieram às fls. 312 e segs. com manifestações das partes.

Às fls. a recorrente pede a intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

1. Envolvendo a lide apenas particulares, tendo por objeto interesse financeiro também de natureza exclusivamente privada, torna-se desnecessária a interveniência do órgão do Ministério Público, requerida pela apelante.

2. Afasta-se a alegada ilegitimidade ativa *ad causam* da autora, a qual está defendendo os interesses das empresas que congrega e que são agenciadoras de cargas aéreas e comissárias de despachos, estando autorizada pelo artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei n. 7.347, de 1985, podendo agir na defesa dos direitos e interesses de seus associados.

3. Repele-se, por igual, a preliminar de cerceamento de defesa, uma vez que, cuidando-se de questão unicamente de direito, era absolutamente desnecessária a produção de prova em audiência.

4. Quanto ao mérito, também improcede o recurso.

A cobrança da "taxa" para cada conhecimento aéreo de importação liberado, é abusiva, eis que o frete já vem quitado no país de origem. Não é a apelante quem procede ao desembaraço aduaneiro. Apenas transporta a mercadoria. A exigência das taxas **house** ou **master** infringe a ordem econômica, notadamente o disposto no artigo 3.º da Lei n. 8.158, que tem plena aplicação na espécie.

5. Resumindo, é fora de propósito o condicionamento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas ao pagamento das "taxas **house** e **master**", por

incidir sobre serviços que não foram efetivamente prestados, o que vem contrariar o Código de Defesa do Consumidor.

6. Por tais fundamentos nega-se provimento ao apelo para que subsista, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a respeitável sentença apelada.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Munhoz Soares (Presidente) e Ernani de Paiva (Revisor), com declaração de voto vencedor.

São Paulo, 21 de novembro de 1996.

TESTA MARCHI, Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO
VENCEDOR DO DES. ERNANI DE PAIVA

A matéria aduzida à guisa de preliminar foi bem analisada no voto do eminente Relator.

No mérito, impõe-se a confirmação do decisório de Primeiro Grau.

Com efeito, o frete foi pago no país de origem e, por ocasião do desembaraço da mercadoria, nada é devido à transportadora, pois a obrigação da empresa aérea vai até o momento do depósito da carga no local designado para a entrega (Código Comercial, artigo 101).

Destarte, eventual serviço de "desconsolidação de carga", atribuído pelo Fisco à empresa aérea, não pode ter remuneração suplementar, porque a atividade extraordinária se inclui no próprio serviço de frete por ela executado e pago com antecipação.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO PROPOSTA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC) – PLANOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR – ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

TJ-SP, 1.ª Câm. Cív., Ap. n. 205.533-1/0, Rel. Des. Euclides de Oliveira, ac. de 14.09.1993, *RT* 703/72

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimação para propor ação civil pública contra empresas mantenedoras de planos de assistência médica e hospitalar objetivando a invalidade de reajustes das mensalidades por elas impostos a seus filiados, vez que inexistentes interesses coletivos justificadores da ação, ao contrário, sendo a hipótese de sujeitos eventualmente prejudicados e plenamente determinados e com objetivos claramente divisíveis, isto é, cuida-se de situação onde se tem uma multiplicidade de eventuais prejudicados, com interesses próprios e individuais, de modo que cada um (ou mesmo em consórcio ativo) deve se valer das ações comuns.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 205.533-1/0, da comarca de São Paulo, em que é apelante IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, sendo apelados Goldon Shield Assistência à Saúde S/C Ltda., Sociedade de Beneficência Santa Cruz, PLASC – Plano de Saúde Santa Cruz, AMESP – Assistência Médica de São Paulo Ltda., Beneficência Médica Brasileira S/A, Hospital e Maternidade São Luiz, SAMCIL S/A – Serviço de Assistência Médica ao Comércio e Indústria, Associação Auxiliadora das Classes Laboriosas, CONAS – Cobertura Nacional de Saúde S/A Ltda. Blue Special Card Internacional de Saúde S/C Ltda., e Cred Med Assessoria de Vida e Saúde S/C Ltda.: Acordam, em 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

O julgamento teve a participação dos Des. Renan Lotufo (pres., sem voto), Alexandre Germano e Luís de Macedo, com votos vencedores.

São Paulo, 14 de setembro de 1993

EUCLIDES DE OLIVEIRA, relator com a seguinte declaração de voto:

1. Cuida-se de ação civil pública movida pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – contra empresas mantenedoras de planos de assistência médica e hospitalar, objetivando o reconhecimento de ilegalidade de conduta das rés, por ofensa a interesses coletivos ou difusos consistente no reajuste das mensalidades pelo aumento do número de BTN's dos contratos originais, superando a inflação e os índices legalmente permitidos.

A r. sentença de fls., aclarada a fls., cujo relatório adoto, julgou extinto o processo por carência decorrente de ilegitimidade de parte ativa.

Apelação do vencido, insistindo na tese de violação a direitos coletivos ou difusos, em amparo à pretensão anulatória dos reajustes procedidos pelas rés, assim pleiteando a reforma do julgado.

Oferecidas contrarrazões.

Manifestou-se o Ministério Público, em ambos os graus, pelo provimento.

O recurso foi distribuído à 15.ª CC, que dele não conheceu por declinar da competência, em razão da matéria, operando-se a redistribuição a esta 1.ª Câmara.

Esse o relatório.

2. A entidade autora, como sociedade civil destinada a promover a defesa do consumidor, tem legitimação para propor ação civil pública, com fundamento no art. 5.º da Lei n. 7.437/1985.

Resta saber se a hipótese dos autos comporta essa classificação, em face do que se discute: invalidade de reajustes impostos pelas rés aos seus filiados, nas mensalidades de planos de saúde.

Concluiu pela negativa o MM. Juiz, e com acerto, ao distinguir dos interesses coletivos, justificadores da ação civil pública, os interesses de uma coletividade de indivíduos determinados ou determináveis: "Aqui, ao contrário do que se constitui pressupostos da ação civil pública, é hipótese de sujeitos eventualmente prejudicados e plenamente determinados e com objetivos claramente divisíveis, isto é, cuida-se de situação onde se tem uma multiplicidade de eventuais prejudicados, com interesses próprios e individuais, de modo que cada um (ou mesmo em consórcio ativo) deve se valer das ações comuns" (fls.).

Com efeito, a espécie não se enquadra em quaisquer das previsões genéricas do art. 129, III, da CF, ou do art. 5.º da Lei n. 7.347. Nem cabe invocar disposição da Lei n. 8.078/1990 (CDC), porque posterior ao ajuizamento da presente ação.

Vale repisar que não se abrange no conceito de "coletivo" o interesse correspondente apenas à soma justaposta de vontades individuais, mera adição de interesses, sem intrínseco entrosamento relacional entre eles, como no caso de credores relativamente a devedor comum. Ao invés, e por conceituação sociológica, coletivo é o "interesse da massa mais homogênea, que sintetiza e unifica os seus movimentos sociais em direção a objetivos comuns do grupo".

No mesmo sentido a lição de Camargo Mancuso, lembrada em acórdão da 4.ª Câmara Civil deste Tribunal (Ap. Civ. n. 153.203-1, Rel. Des. Ney Almada, *in* **RJTJSP** 136/38): "Um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo", porque "a essência permanece individual" (*Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para agir*).

Preleciona Celso Bastos que "interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduos e o Estado" (*A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 40).

Em suma, cabe à associação autora a titularidade ativa na defesa de interesses realmente coletivos, como dos difusos, pela sua transindividualidade e inegável colorido social. Sua atuação se justifica, em tais casos, como garantia da defesa dos consumidores e da própria ordem pública. Não assim, porém, em se cuidando, como na hipótese, de direitos subjetivos de certo grupo social, contratantes conhecidos e certos com interesses específicos e distintos, frente à sociedade da qual fazem parte, e cujos atos, querendo, poderão questionar *motu proprio*.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ASSOCIAÇÃO – DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS DE SEUS ASSOCIADOS

STJ, 1.ª T., REsp. n. 142.863/RS, Rel. Min. José Delgado, ac. de 04.09.1997, *RSTJ* 103/79

RECURSO ESPECIAL N. 142.863 – RS
(Registro n. 97.0054652-7)

Relator: O Sr. Ministro José Delgado

Recorrente: União Federal

Recorrida: Associação dos Magistrados do Trabalho da Quarta Região – AMATRA

Advogado: Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

EMENTA

Processual Civil. Associação dos magistrados. Legitimidade para defesa de interesses coletivos de seus associados.

1. A associação dos magistrados detém legitimidade para defesa dos interesses coletivos dos seus associados.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 04 de setembro de 1997 (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente

Ministro JOSÉ DELGADO, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO:

A União Federal interpõe o presente recurso especial (fls. 160/172), com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão (fl. 158) proferido pela 4.ª Turma do TRF da 4.ª Região, assim ementado:

"*Previdenciário. Contribuição previdenciária. Majoração percentual. Artigo 9.º da Lei n. 8.162/1991. Inconstitucionalidade declarada pelo STF.*

1. Legitimidade da Associação dos Magistrados para defender interesses coletivos de seus associados.

2. Majoração de percentual da contribuição previdenciária de seis para doze por cento sobre os vencimentos dos magistrados. Inaplicabilidade do artigo 9.º da Lei n. 8.162/1991. Legislação específica (Lei Complementar n. 35/1979).

3. Declaração de inconstitucionalidade do artigo 9.º da Lei n. 8.162/1991 pelo Excelso Pretório.

4. Apelação improvida."

Sustenta a recorrente negativa de vigência aos artigos 267, VI, do CPC, 1.º e 21 da Lei n. 7.347/1985 e 81, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 8.078/1990.

A parte recorrida, em contrarrazões (fls. 177/178), pugna pela manutenção do aresto atacado.

Admitido o especial por despacho (fl. 180) da Exma. Sra. Vice-Presidente do TRF da 4.ª Região, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator):

Examina-se especial interposto contra acórdão que reconheceu a possibilidade jurídica da ora recorrida, através de ação civil pública, defender interesses coletivos de seus associados aduzindo, em resumo, que não obstante não se possa ter como coletivo o direito invocado na presente demanda, tem-se que a possibilidade jurídica do pedido dá-se pela natureza individual homogênea, igualmente amparada pela Lei n. 7.347/1985, em razão de seu artigo 21, acrescentado pela Lei n. 8.078/1990.

O presente especial não comporta provimento.

Ao meu julgar, afiguram-se corretas e bem lançadas as razões despendidas pelo digno prolator do voto condutor do aresto atacado, pelo que, ao adotá-las como razão de decidir, transcrevo-as (fls. 148/149):

> "A autora titula o direito invocado como coletivo, buscando arrimo no inciso IV, do artigo 1.º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), introduzido pelo artigo 110, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), *verbis*:
>
> "Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:
>
> I – ao meio ambiente;
>
> II – ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico, turístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

Com razão, a ré verbera a inexistência, *in casu*, de direito coletivo a ser protegido, mas, ao revés, uma soma de direitos subjetivos dos magistrados. Sustenta, com base em digressão doutrinária, que "um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo" (Mancuso, Rodolfo C. "Interesses difusos – conceito e legitimação para agir". *RT*/40).

Cumpre ressaltar que a conceituação de direitos coletivos não é deixada ao alvedrio dos doutos, mas dela se ocupa a lei: "os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base" (Lei n. 8.078/1990, art. 81, II).

Ora, o vínculo funcional que une os magistrados à União Federal, a toda evidência, não se amolda ao conceito de "relação jurídica-base" para os efeitos do código de consumidor. O mesmo, porém, não se diga quanto aos direitos individuais homogêneos, "assim entendidos os decorrentes de origem comum" (Lei n. 8.078/1990, art. 81, III). A origem do direito invocado na ação é a mesma, ou seja, a aplicação da Lei n. 8.162/1990 aos substituídos. Poder-se-ia argumentar que os direitos individuais homogêneos não foram abrangidos pelo artigo 1.º, da Lei n. 7.347/1985, não podendo, consequentemente, receber sua proteção. Entretanto, esse provável cochilo legislativo é facilmente contornável pela interpretação sistemática da Lei n. 8.078/1990, e, em especial, do seu artigo 117, que acrescentou à Lei n. 7.347/1985 o comando que segue:

"Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor."

E isto porque a primeira disposição de tal Título III, disciplinador da defesa do consumidor em juízo, abrange, paralelamente à defesa dos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos (artigo 81, III).

Assim, se é verdade que o direito invocado na presente ação não possui natureza coletiva, menos verdadeiro não é que a possibilidade jurídica do pedido se dá pela sua natureza individual homogênea, igualmente amparada pela Lei n. 7.347/1985, após a cirurgia que lhe foi imposta pela Lei n. 8.078/1990" (*sic*).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"O sistema consagrado na Lei n. 8.078/1990 outorga legitimidade às pessoas jurídicas arroladas no art. 82 para o exercício da ação coletiva – não somente para a liquidação e execução da sentença dela resultante" (*In* **RSTJ** 54/280).

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

AÇÃO COLETIVA – ASSOCIAÇÃO CIVIL

STJ, 3.ª T., REsp. n. 226.803/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, ac. de 10.09.2002, *DJU* 18.11.2002, p. 210; *LEXSTJ* 160/68

RECURSO ESPECIAL N. 226.803-SP (1999/0072546-8)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC

Advogados: Flávia Lefevre Guimarães e outros

Fernando Mathias Baptista

Recorrido: Interclínicas Assistência Médica Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda.

Advogado: José Carlos Vilibor e outros

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 10 de setembro de 2002 (data do julgamento)

MINISTRO ARI PARGENDLER, Presidente e Relator

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor propôs ação ordinária contra Interclínicas – Assistência Médica, Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda. (fl. 02/22).

O MM. Juiz de Direito Dr. Edison Tetsuzo Namba julgou o processo extinto sem julgamento de mérito, com base nos seguintes fundamentos:

> "*... respeitando opiniões doutrinárias em contrário, bem como decisão em sentido oposto igualmente, falta legitimidade ativa para o autor.*
>
> *[...]*

O art. 5.º, inciso XXI, coloca que: 'as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente' (Constituição Federal).

O art. 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, coloca a dispensa da Assembleia autorizadora apenas para os fins do art. 100, caput*, do mesmo diploma legal, ou seja, para promover a liquidação e execução de indenização devida.*

Na espécie, não há comprovação da autorização noticiada e não há liquidação ou execução de possível indenização.

Além do que, não se trata de interesse coletivo, geral ou individual homogêneo e, sim, de interesse individual e individualizável.

Assim, não comporta a defesa por entidade associativa" (fl. 216/217).

A Egrégia Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o eminente Desembargador Marco César, manteve a sentença, nos termos do acórdão assim ementado:

"*Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Ação contra empresa mantenedora de planos de assistência médico-hospitalar, sustentando que esta estava corrigindo indevidamente o preço da prestação de serviços, e postulando que fosse condenada, em favor de todos os seus associados com a ré contratante, a reajustálos segundo os critérios expostos pelo autor – ilegitimidade* ad causam *ativa reconhecida em primeiro grau, que se mantém*" (fl. 273).

Opostos embargos de declaração (fl. 278/279), foram rejeitados nos seguintes termos:

"*... a insistência dos presentes embargos em estarem presentes na propositura da ação interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, explícita e fundamentadamente disposto no v. acórdão embargado em contrário, traz aos mesmos inequívoca natureza infringente, que a tal espécie de recurso a lei não admite*" (fl. 288).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, com base no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, por violação aos artigos 81, parágrafo único, inciso III, e 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor (fl. 312/336).

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor propôs ação contra Interclínicas – Assistência Médica, Cirúrgica e Hospitalar S/C Ltda. para, em defesa de seus associados, ver declarado "*o aumento abusivo imposto sobre as mensalidades dos planos de assistência médica, por ocasião da conversão dos preços para URV's*", com a devolução do que foi pago a maior (fI. 320).

Tanto em primeira, quanto em segunda instância, foi acatada a preliminar de ilegitimidade ativa da entidade coletiva para defender "*interesses individuais e individualizáveis*" (fl. 217).

O recurso especial se insurge contra esse entendimento, sustentado que "*os interesses discutidos nesta ação são típicos direitos individuais homogêneos, pois derivam de um mesmo fato – o aumento abusivo imposto sobre as mensalidades dos planos de assistência médica, em ocasião da conversão dos preços para URV's – ensejado por uma mesma empresa – Interclínicas*" (fl. 320).

De fato, esta Egrégia Terceira Turma, ao julgar caso análogo, aquele de que trata o REsp. n. 286.732, RJ, da relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, decidiu que "*É cabível a ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde*" (*DJU* 12.01.01).

A Egrégia Quarta Turma também tem precedente nesse sentido, admitindo serem interesses individuais homogêneos aqueles relacionados com o "reajuste de prestações de Plano de Saúde".

Agora, reconhecida essa natureza aos interesses postos em juízo, não há como negar a legitimidade ativa *ad causam* de IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, consoante se extrai do artigo 81, parágrafo único, inciso III combinado com o artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de lhe dar provimento para que, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, o MM. Juiz de Direito prossiga no julgamento da causa.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IDEC

STJ, 4.ª T., REsp. n. 253.589/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 16.08.2001, *DJU* 18.03.2002, p. 255

RECURSO ESPECIAL N. 253.589-SP (2000/0030690-8)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Banco Itaú S/A

Advogado: Alexandre de M. Wald e outros

Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC

Advogado: Josué de Oliveira Rios e outros

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Caderneta de poupança. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade do IDEC. Cabimento da ação. Correção monetária. Janeiro/1989. Eficácia *erga omnes*. Limite.

– A relação que se estabelece entre o depositante das cadernetas de poupança e o banco é de consumo, e a ela se aplica o CDC.

– Cabe ação civil pública para a defesa do direito individual homogêneo.

– O IDEC tem legitimidade para promover a ação.

– A eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário.

– A correção monetária do saldo de poupança em janeiro/1989 deve ser calculada pelo índice de 42,72%.

– Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros ALDIR PASSARINHO JUNIOR, BARROS MONTEIRO e CESAR ASFOR ROCHA votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Brasília-DF, 16 de agosto de 2001 (data do julgamento)

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Relator

RELATÓRIO

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor propôs ação civil pública contra o Banco Itaú S/A, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, visando à cobrança de diferença de atualização e rendimentos em depósitos de caderneta de poupança de seus associados, relativos a janeiro de 1989.

Na contestação, o Banco pediu a improcedência da inicial, ao mesmo tempo em que suscitou a preliminar de litispendência, falta de relação de consumo entre as partes, carência da ação e ilegitimidade ativa do IDEC. Requereu, ainda, a denunciação da lide à União Federal.

Julgado procedente o pedido, após afastadas as preliminares, apresentou o Banco embargos de declaração, rejeitados.

O Banco apelou, e a eg. Décima Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo rejeitou as preliminares, indeferiu a denunciação da lide e negou provimento ao recurso:

> "*Cobrança – Legitimação ativa – Ação promovida pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) em benefício de associados que pretendem diferença de correção monetária em cadernetas de poupança – Legitimação admitida – Análise da jurisprudência – Decisão confirmada – Recurso do banco improvido*" (fl. 478).

Desprovidos os embargos declaratórios, o Banco manifestou recursos extraordinário e especial, este fundado em ambas as alíneas. Alega negativa de vigência aos arts. 93 e 535 do CPC; 6.º da LICC; 1.º e 5.º da Lei n. 7.347/1985; 2.º, 3.º, § 2.º, 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990; 17 da Lei n. 7.730/1989 e 16 da Lei Complementar n. 35/1979, bem como dissídio jurisprudencial com as apelações 38.377-7 TJPR e 258.063-2/1 TJSP e com os REsps. n. 36.504/GO, 29.771/RS, 24.557-0/RS e 43.055-0/SP. Sustenta a nulidade do v. acórdão que rejeitou os embargos de declaração, com isso mantidas as omissões e contradições do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, dentre elas, a impropriedade da ação, caracterização de operação de consumo, ilegitimidade ativa em decorrência de determinação constitucional, aspectos da Lei 7.730/1989 e aplicação do CDC aos contratos celebrados antes de sua vigência. Alega inexistência de violação ao direito adquirido dos poupadores e, ainda, que o CDC não pode ser aplicado aos contratos celebrados anteriormente a 1991. Afirma o descabimento da ação civil pública, só utilizável para defesa dos direitos coletivos e difusos, não para direitos individuais homogêneos; o contrato de depósito bancário não é operação de consumo, sendo o direito dos poupadores individual, divisível e disponível. Suscita a ilegitimidade do IDEC, pois seu estatuto não lhe atribui competência para defender direito dos poupadores, por não se tratar de relação de consumo. Defende a aplicação do artigo 17 da Medida Provisória n. 32, convertida na Lei n. 7.730/1989, "reconhecendo sua incidência imediata, inclusive porque o regime legal da correção monetária deve ser aquele do dia do pagamento (30.º dia), quando a referida legislação já estava em vigor." Alega, ainda, incompetência do Juiz Estadual para proferir decisão *erga omnes*, estendendo os efeitos da sentença a todo o território nacional. Requer a redução do percentual da condenação, declarando-se que o índice adequado para a correção de janeiro de 1989 deve ser de 42,72%, deduzido o quanto já foi pago pelo recorrente. Sustenta a inexistência de direito adquirido ao índice previsto na legislação anterior, para as contas renovadas após o dia 15.01.89, data em que estava em pleno vigor a MP 32/1989 (Lei n. 7.730/1989), conforme a jurisprudência mansa e pacífica deste STJ. Pede que cada parte arque com os honorários advocatícios e dividam as custas judiciais, conforme o art. 21 do CPC, tendo em vista que o pedido do recorrido, com base em 70,28%, foi provido apenas em parte, ficando vencido no restante.

Sem as contrarrazões, o Tribunal de origem admitiu o processamento somente do especial, subindo os autos.

O Banco Itaú peticionou (fls. 1.032/1.033), solicitando o sobrestamento do feito até o julgamento do REsp. n. 106.888/PR na Segunda Seção, que trata de questão análoga.

É o relatório.

VOTO

O MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR:

1. Inexistiu a apontada omissão, pois o r. acórdão decidiu, na extensão necessária, os temas relacionados com a propriedade da ação, caracterização da relação como sendo de consumo, aplicação do CDC e legitimidade ativa do autor.

2. Quanto ao mais, o recorrente tem razão apenas em parte:

a) o Idec tem legitimidade ativa para a defesa dos interesses dos seus associados, como tem sido decidido em outros recursos:

"*O IDEC tem legitimidade para promover ação civil pública para defesa dos interesses de seus consorciados, aplicadores em cadernetas de poupança, para definição dos índices de correção dos saldos.*

Recurso não conhecido" (REsp. n. 198.807/SP, 4.ª Turma, de minha relatoria, *DJ* 20.08.2001).

"*Ação civil pública. Código de Defesa do Consumidor. Consórcio. Associação. Legitimidade de parte ativa.*

– A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, visto cuidar-se aí de interesses individuais homogêneos.

– A aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, condiciona-se a que o Tribunal fundamente o cunho meramente protelatório dos embargos de declaração.

Primeiro recurso especial não conhecido. O segundo conhecido, em parte, e provido" (*REsp. n. 222.569/SP, 4.ª Turma, Rel. o em. Ministro Barros Monteiro,* DJ *27.08.2001*).

"Caderneta de poupança. IDEC: legitimidade ativa para cobrar diferenças relativas ao mês de janeiro de 1989. Legitimidade passiva do banco depositário. IPC de 42,72%.

1. Seguindo orientação adotada pela 2.ª Seção, no julgamento do REsp. n. 106.888/PR, Relator o Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha, com ressalva do meu posicionamento, as entidades de proteção ao consumidor, ante a existência de relação de consumo, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública contra instituições financeiras para que os poupadores recebam diferenças de remuneração de cadernetas de poupança eventualmente não depositadas nas respectivas contas.

2. A instituição financeira depositante é parte passiva legítima para responder pelas diferenças de rendimentos nas cadernetas de poupança no período de janeiro de 1989.

3. Os critérios de remuneração estabelecidos no artigo 17, inciso I, da Lei n. 7.730/1989 não têm aplicação às cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15.01.89. Entretanto, o IPC de janeiro de 1989, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, corresponde a 42,72%, não a 70,28%.

4. Recurso especial conhecido e provido parcialmente" (*REsp. n. 170.078/SP, 3.ª Turma, rel. o em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,* DJ *01.10.2001*).

b) trata-se de *direito* individual homogêneo, podendo, por isso, ser perseguido em ação coletiva, como já expus no REsp. n. 38.176/MG, sobre mensalidades escolares, situação assemelhada à dos autos:

"*O interesse defendido é coletivo, assim como definido no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do CDC: 'interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'. Discorrendo sobre eles, e acentuando a diferença com os interesses difusos, escreveu Kazuo Watanabe: 'Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.*)'" (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, p. 506).

São interesses metaindividuais, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a douta Prof.ª Ada Pellegrini Grinover. "São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contrataste indivíduo versus *indivíduo, nem indivíduo* versus *autoridade, mas que é típica das escolhas políticas"... "Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores*" (A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: **Direito do Consumidor**. n. 5/206).

[...]

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos

ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

"A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores" (**A Tutela dos Interesses Difusos**. p. 105).

Tratando de caso assemelhado aos dos autos, escreveu o Prof. Nelson Nery Jr.: "O direito perseguido pelo Ministério Público nesse caso do AI n. 127.154-1, aqui analisado poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os" (Cód. Bras. de Defesa do Consumidor, p. 622).

c) a relação que se estabelece entre o banco e o depositante em caderneta de poupança é uma relação de consumo, conforme recente decisão da eg. 2.ª Seção:

"Recurso especial. Processual civil e Direito do Consumidor. Contrato de caderneta de poupança. Defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Dispensa de pré-constituição pelo menos há um ano. Impossibilidade da ação coletiva superada. Litisconsórcio ativo. Admissão.

– O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança.

– Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

– A inclusão de litisconsortes, na ação civil pública, segue as regras do Código de Processo Civil, sendo admitida, de regra, apenas em momento anterior à citação da ré. Na presente hipótese, contudo, constou expressamente da petição inicial o pe-

dido de publicação do edital para a convocação dos interessados, o que somente se deu após a citação, por inércia do magistrado de primeiro grau. Não se pretendeu alterar o pedido ou a causa de pedir, sendo aberta vista à parte contrária, que teve a oportunidade de se manifestar sobre a petição e os documentos a ela acostados, de forma que não houve qualquer prejuízo para o exercício de sua ampla defesa, sendo-lhe assegurado o contraditório. Destarte, admissível, ante as peculiaridades do caso e apenas excepcionalmente, o litisconsórcio ativo após a citação.

– Recurso especial conhecido e provido" (*REsp. n. 106.888/PR, 4.ª Turma, rel. o em. Ministro Cesar Asfor Rocha*).

d) os poupadores tinham o direito de receber a remuneração pelo IPC em janeiro de 1989, conforme remansosa jurisprudência:

"*Econômico. Processual civil. Banco depositário. Legitimidade. Caderneta de poupança. Denunciação da lide ao Banco Central do Brasil. Descabimento. Correção monetário. Critério. IPC de janeiro de 1989 (42,72%). Prescrição dos juros. Inexistente.*

I – Pertence ao banco depositário, exclusivamente, a legitimidade passiva ad causam *para as ações que objetivam a atualização das cadernetas de poupança pelo índice inflacionário expurgado pelo Plano Verão (MP n. 32 e Lei n. 7.730/1989).*

II – Rejeitada a denunciação da lide ao BACEN.

III – O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989 aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72% (Precedente: REsp. n. 43.055-0/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU *20.02.95).*

IV – Descabida a prescrição quinquenal dos juros com base no art. 178, parágrafo 10, inciso III, do Código Civil.

V – Recurso especial conhecido e desprovido" (*REsp. n. 299.432/SP, 4.ª Turma, rel. o em. Ministro Aldir Passarinho Junior,* DJ *25.06.2001*).

"*Recurso especial. Processual civil. Lei federal. Ofensa não configurada. Plano de previdência privada. Desligamento. Resgate das contribuições. Cabimento. Parcelas pagas pela empresa patrocinante. Descabimento da restituição. Correção monetária. Janeiro de 1989. IPC de 42,72%.*

– Ofensa aos artigos 458, II, 165 e 535, I e II, do CPC não configurada.

– Não é possível devolver o que não foi desembolsado pelo empregado. A devolução, efetivamente, só pode alcançar a parte que foi paga pelo empregado demitido e que interrompe o sistema de aposentadoria complementar. No caso, não se pode falar de salário indireto, à medida que o ingresso no plano é facultativo e que a poupança destina-se a uma complementação do valor da aposentadoria, para isso concorrendo o empregado diretamente, por sua livre e espontânea vontade (*REsp. n. 157.993-DF, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito,* DJ *17.05.99*).

– A Corte Especial decidiu que o índice que reflete a real inflação do mês de janeiro de 1989 é o IPC de 42,72% (*REsp. n. 43.055-SP, Relator o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,* DJ *20.02.95*).

– Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (*REsp. n. 148.902/RJ, 4.ª Turma, rel. o em. Ministro Cesar Asfor Rocha,* DJ *04.09.2000*).

"Agravo regimental – Recurso especial – Caderneta de poupança – IPC Janeiro de 1989 – percentual de 42,72%.

I – Consolidado na jurisprudência deste STJ o entendimento no sentido de que para janeiro de 1989 o percentual do IPC é de 42,72%.

II – Regimental improvido" (*AGR/REsp. n. 158.640/SP, 3.ª Turma, rel. o em. Ministro Waldemar Zveiter,* DJ *12.03.2001*).

e) o IPC não é de 70%, como deferido, mas de 42,72%, e nesse ponto procede o apelo:

"Direito Econômico. Correção monetária. Janeiro/1989. 'Plano Verão'. Liquidação. IPC. Real índice inflacionário. Critério de cálculo. Art. 9.º, I e II, da Lei 7.730/1989. Atuação do Judiciário no plano econômico. Considerações em torno do índice de fevereiro. Recurso parcialmente provido.

I – Ao Judiciário, uma vez acionado e tomando em consideração os fatos econômicos, incumbe aplicar as normas de regência, dando a essas, inclusive, exegese e sentido ajustados aos princípios gerais de direito, como o que veda o enriquecimento sem causa.

II – O divulgado IPC de janeiro/1989 (70,28%), considerados a forma atípica e anômala com que obtido e o flagrante descompasso com os demais índices, não refletiu a real oscilação inflacionária verificado no período, melhor se prestando a retratar tal variação o percentual de 42,72%, a incidir nas atualizações monetárias em sede de procedimento liquidatório.

III – Ao Superior Tribunal de Justiça, por missão constitucional, cabe assegurar a autoridade da lei federal e sua exata interpretação" (*REsp. n. 43.055/SP, Corte Especial, rel. o em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,* DJ *20.02.95*).

"Processual civil. Embargos de divergência. Caderneta de poupança. Correção monetária. IPC de Janeiro de 1989. 42,72%. Tema pacificado. Súmula n. 168/STJ.

– A jurisprudência deste Superior Tribunal consolidou, em definitivo, o entendimento no sentido da aplicação do percentual de 42,72% relativo ao IPC do mês de janeiro de 1989 na atualização monetária dos saldos das cadernetas de poupanças (REsp. n. 43.055-0/SP, Corte Especial, Relator Min. Sálvio de Figueiredo).

– Embargos de divergência não conhecido" (*EREsp. n. 154.975/SP, Corte Especial, rel. o em. Ministro Vicente Leal,* DJ *04.09.2000*).

f) quanto aos efeitos, quer o Banco fiquem limitados aos contratos celebrados no âmbito da jurisdição do Tribunal.

Também aqui procede a irresignação, nos termos da Lei n. 9.494/1997, do seguinte teor:

> "*Art. 2.º O art. 16 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *'Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada* erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova'.*"

Muito se tem debatido sobre a ação civil pública, o foro competente quando interessa a mais de um estado e o efeito *erga omnes* da sentença de procedência. Na situação atual, tenho que a melhor solução é a que permite a propositura da ação perante o Juízo estadual, ainda quando houver interesse de cidadãos residentes em mais de um estado, com limitação da eficácia *erga omnes* ao território do tribunal que julgar o recurso ordinário.

A solução tem o inconveniente de exigir o ajuizamento da mesma ação em mais de um Estado, ao mesmo tempo em que não dá eficácia geral ao julgamento proferido em juízo sobre uma relação jurídica que se repete em muitos lugares do país.

Ocorre que as desvantagens de entendimento diverso são maiores: a exigência de propositura da ação em Brasília, para demandas com reflexo em mais de um Estado, dificultaria sobremaneira o acesso à justiça e limitaria a um juízo – muitas vezes distante da realidade da causa – a decisão sobre os interesses coletivos de todo o país. De outra parte, assegurar eficácia em todo o território nacional para a sentença proferida em ação civil pública permitiria que um processo instaurado em qualquer juízo tivesse efeito sobre todas as relações objeto da ação, em todo o Brasil, o que poderia ensejar surpresas e abusos.

Por isso, parece melhor, sistema processual atual, que seja limitada a eficácia da sentença ao território do Estado onde proferida.

Assim, conheço em parte, quanto ao índice aplicável em janeiro de 1989 e à limitação da extensão o efeito *erga omnes* ao âmbito territorial da jurisdição do egrégio Tribunal paulista.

É o voto.

RETOMADA DE JULGAMENTO

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR:

Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente Relator, com a ressalva do meu ponto de vista em relação à legitimidade do IDEC, porque votei vencido no

precedente que discutiu essa questão na Segunda Seção. Mas, uma vez uniformizada a matéria, curvo-me à decisão majoritária. Entendo que, relativamente à resolução do Banco Central, ela não tem o escopo de transformar a natureza da questão, já que essa matéria tem tratamento legal e, se assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça na interpretação da lei ordinária, não se pode voltar atrás simplesmente pela edição de um ato infralegal.

Em relação ao índice já fixado pelo eminente Ministro-Relator, ele está em consonância com a decisão da Seção, havendo também um precedente no sentido de se regionalizar essa decisão nas ações civis públicas, porque não teria sentido, efetivamente, em se tratando de uma Corte estadual, que essa decisão tomada a respeito se estendesse por todo o território nacional, em razão de se tratar de Justiça estadual.

Acompanho o eminente Relator, conhecendo em parte do recurso e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento.

MÉRITO

RETOMADA DE JULGAMENTO

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator no que diz respeito à legitimidade do IDEC e à redução do percentual correspondente e ao IPC. Inclino-me também a restringir o efeito *erga omnes* ao território a que se estende a jurisdição do Tribunal.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMPETÊNCIA EM CASO DE DANO AO CONSUMIDOR EM ESCALA NACIONAL

STJ, 4.ª T., REsp. n. 712.006/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. de 05.08.2010, *DJe* 24.08.2010

RECURSO ESPECIAL N. 712.006-DF
(2004/0178455-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Ford Motor Company Brasil Ltda.

Advogados: Ana Paula Rodrigues Guimarães e Outro, Celso Caldas Martins Xavier e Outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios

EMENTA

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO CONSUMIDOR EM ESCALA NACIONAL. FORO COMPETENTE. EXEGESE DO ART. 93, INCISO II, DO CDC.

1. O alegado dano ao consumidor que compra veículo automotor, com cláusula de garantia supostamente abusiva, é de âmbito nacional, porquanto a garantia de que se cogita é a fornecida pela fábrica, não por concessionária específica, atingindo um número indeterminado de consumidores em todos os Estados da Federação.

2. No caso, inexiste competência exclusiva do Distrito Federal para julgamento de ações civis públicas cuja controvérsia gravite em torno de dano ao consumidor em escala nacional, podendo a demanda também ser proposta na capital dos Estados da Federação, cabendo ao autor a escolha do foro que melhor lhe convier.

3. Cumpre notar que, muito embora o inciso II do art. 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta – não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo –, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa.

4. Com efeito, tendo sido a ação distribuída a uma vara cível do Distrito Federal, obtendo inclusive sentença de mérito, não poderia o Tribunal *a quo*, de ofício, por ocasião do julgamento da apelação, declinar da competência para a comarca de Vitória/ES, porque, a um só tempo, o autor, a quem cabia a escolha do foro, conformou-se com a tramitação do processo no Distrito Federal, e porque entre Vitória/ES e o Distrito Federal há competência concorrente para o julgamento da ação, nos termos do art. 93, II, do CDC, não podendo haver tal providência sem a manifestação de exceção de incompetência.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 05 de agosto de 2010 (data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. O Ministério Público do Estado do Espírito Santo ajuizou em face de Autolatina Brasil S/A – sucedida por Ford Motor Company Brasil Ltda. – ação civil pública, com escopo de impugnar cláusula contratual alusiva a garantia de veículos automotores oferecida aos consumidores, contendo duas condições de implementação (dois anos de garantia ou cinquenta mil quilômetros rodados), ao argumento de que a cláusula violaria o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

O Juízo de Direito da Comarca de Dores do Rio Preto/ES, ao qual foram distribuídos os autos, acolheu preliminar arguida pelo réu e declinou da competência para uma vara cível do Distrito Federal (fls. 60/62). Posteriormente, reconsiderou a decisão e rejeitou a preliminar de incompetência (fls. 99/103), decisão esta que foi uma vez mais reconsiderada, para reconhecer a incompetência absoluta daquele juízo e declinar para uma das varas cíveis do Distrito Federal (fls. 140/145).

O Juízo de Direito da 3.ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF julgou improcedente o pedido deduzido na ação civil pública (fls. 186/191). Em grau de apelação, todavia, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de ofício, declinou da competência para uma vara cível da comarca de Vitória/ES, nos termos da seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 93, II. USUÁRIOS DE VEÍCULOS. RESSARCIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO NACIONAL OU REGIONAL. COMPETÊNCIA. FORO DA CAPITAL DO ESTADO OU DO DISTRITO FEDERAL. Proposta ação civil pública – no interesse dos usuários de veículos – por dano ao consumidor, de âmbito nacional ou regional (art.93, II, do CDC), é competente para julgamento do feito o foro da capital do Estado onde tenha ocorrido o dano, sendo, para tanto, equiparado ao foro do Distrito Federal (Precedentes da Corte Superior de Justiça) (fl. 224).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 263/273). Sobreveio recurso especial, apoiado na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de que resta evidente a incompetência absoluta do juízo de qualquer comarca do Estado do Espírito Santo, porquanto o dano de que cogita a inicial estender-se-ia por todo o território nacional, circunstância que atrai a competência do Distrito Federal. Contra-arrazoado (fls. 294/302), o especial foi admitido (fls. 304/305). O Ministério Público Federal, mediante parecer subscrito pelo il. Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso, opina pelo improvimento do recurso (fls. 317/322).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cuida o recurso especial de saber qual o foro competente para o julgamento de ação civil pública em que se discute legalidade de cláusula contratual alusiva à garantia da marca, firmada em contrato de adesão para compra de veículos automotores.

A ação foi ajuizada inicialmente na comarca de Dores do Rio Preto/ES, havendo declínio de competência para uma vara cível da circunscrição judiciária de Brasília/DF, onde recebeu sentença de mérito.

Em grau de apelação, todavia, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios anulou a sentença e, uma vez mais, declinou da competência para uma das varas cíveis da comarca de Vitória/ES.

3. Conforme se dessume dos autos, o alegado dano ao consumidor que compra veículo automotor, com cláusula de garantia supostamente abusiva, é de âmbito nacional, porquanto a garantia de que se cogita é a fornecida pela fábrica, não por concessionária específica, atingindo um número indeterminado de consumidores em todos os Estados da Federação.

Nesse passo, aplica-se o inciso II do art. 93 do CDC, assim redigido:

> Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
>
> [...]
>
> II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A exegese conferida por esta Corte ao dispositivo invocado é no sentido de que inexiste competência exclusiva do Distrito Federal para julgamento de ações civis públicas cuja controvérsia gravite em torno de dano ao consumidor em escala nacional, podendo a demanda também ser proposta na capital dos Estados da Federação.

Nesse sentido, confiram os precedentes:

> COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE CONSUMIDORES. INTERPRETAÇÃO DO ART. 93, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO DE ÂMBITO NACIONAL.
>
> Em se tratando de ação civil coletiva para o combate de dano de âmbito nacional, a competência não é exclusiva do foro do Distrito Federal. Competência do Juízo de Direito da Vara Especializada na Defesa do Consumidor de Vitória/ES.
>
> (CC n. 26.842/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. p/ o Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Seção, j. em 10.10.2001, *DJ* 05.08.2002, p. 194)

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR, ART. 93, II. A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.
>
> (CC n. 17.532/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, j. em 29.02.2000, *DJ* 05.02.2001, p. 69)

4. Com efeito, entre os foros competentes, **cabe ao autor** a escolha daquele que melhor lhe convier para o ajuizamento da ação civil pública.

Nesse sentido, é o magistério de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, que, citando o entendimento de HUGO NIGRO MAZZILLI, afirma: "Tratando-se de danos efetivos ou potenciais a interesses transindividuais, que atinjam *todo o País*, a tutela coletiva será de competência de uma vara do Distrito Federal ou da Capital de um dos Estados, **a critério do autor**" (**Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**: Lei n. 7.347/1985 e legislação complementar. 10 ed. São Paulo: **RT**, 2007. p. 78).

No mesmo sentido, o voto do em. Ministro CESAR ASFOR ROCHA no julgamento paradigma (CC n. 26.842/DF), segundo o qual "sendo o dano de âmbito nacional, a ação poderá ser proposta em qualquer Estado-Membro ou no Distrito Federal, no que mais conveniente for ao autor".

A E. Segunda Turma se pronunciou no mesmo sentido:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. ART 2.º DA LEI N. 7.347/1985. ART. 93 DO CDC.
>
> 1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor.
>
> Inteligência do artigo 2.º da Lei n. 7.347/1985 e 93, II, do CDC.
>
> 2. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg na MC n. 13.660/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª T., j. em 04.03.2008, *DJe* 17.03.2008)

Em outras hipóteses em que há competência concorrente, a jurisprudência também não vacila em entregar ao autor a faculdade de escolha do foro, *verbis*:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL DA MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR DA CAUSA. INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. INEXISTÊNCIA DE VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL NO FORO DE DOMICÍLIO DO AUTOR. EXISTÊNCIA DE VARA FEDERAL COMUM. COMPETÊNCIA RELATIVA. [...]

> 3. Interpretando os arts. 3.º, § 3.º e 20, da Lei n. 10.259/2001, pode-se concluir que, no caso em tela, onde não tenha sido instalada Vara do Juizado Especial Federal, **há competência concorrente entre o Juízo Federal comum do foro do domicílio do autor e o Juízo do Juizado Especial Federal mais próximo, para processar e julgar as causas submetidas ao rito daquela lei, ficando a critério do autor da ação a escolha do foro territorial competente.**
>
> 4. Outrossim, como se trata de competência territorial relativa, não pode ser declarada de ofício, nos termos do art. 112 do Código de Processo Civil e do enunciado da Súmula n. 33/STJ.
>
> 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Feira de Santana – SJ/BA, o suscitado.
>
> (CC n. 91.578/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, j. em 28.05.2008, *DJe* 03.06.2008)

Cumpre notar que, muito embora o inciso II do art. 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta – não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo –, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa.

Assim, porque se cogita de incompetência relativa – entre o Distrito Federal e as varas das capitais dos Estados-Membros –, não pode haver declinação de competência, de ofício, como fez o acórdão recorrido.

Ainda mais quando já houve, como no caso em exame, sentença de mérito, sem impugnação, no ponto, por qualquer das partes litigantes.

5. A ação civil pública foi ajuizada no distante ano de 1996 na comarca de Dores do Rio Preto/ES, foro esse absolutamente incompetente (art. 93, inciso II, do CDC), razão pela qual deveria mesmo o juízo declinar de ofício da competência. Assim, o feito tramitou na circunscrição judiciária de Brasília/DF, foro competente para tanto, e com isso se conformaram autor e ré, tanto que o Ministério Público do DF ratificou a inicial e o juízo aceitou o prosseguimento da demanda, culminando com a sentença de improcedência.

Com efeito, tendo sido a ação distribuída a uma Vara Cível do Distrito Federal, obtendo inclusive sentença de mérito, não poderia o Tribunal *a quo*, de ofício, por ocasião do julgamento da apelação, declinar da competência para a comarca de Vitória/ES, porque, a um só tempo, o autor, a quem cabia a escolha do foro, conformou-se com a tramitação do processo no Distrito Federal, e porque entre Vitória/ES e o Distrito Federal há competência concorrente para o julgamento da ação, nos termos do art. 93, II, do CDC, não podendo haver tal providência sem a manifestação de exceção de incompetência.

6. Por essas razões, deve o Tribunal de Justiça do Distrito Federal apreciar o recurso de apelação do Ministério Público, porquanto inexiste incompetência absoluta a ensejar a declinação para foro diverso.

7. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para, afastando a incompetência suscitada, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para que proceda ao exame do recurso de apelação.

É como voto.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

STJ, Corte Especial, EREsp. 1.192.577/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, ac. 21.10.2015, *DJe* 13.11.2015

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.192.577 – RS (2014/0246972-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Embargante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Advogados: Rafael Raphaelli; Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Embargado: Sociedade Dr Bartholomeu Tacchini – Plano de Saúde Tacchimed

Advogados: Tiago B Turra e outro(s) Eduardo Heitor Porto e outro(s)

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária.

2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos **necessitados econômicos**, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a **necessitados jurídicos**, não necessariamente carentes de

recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do **curador especial**, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do **defensor dativo** no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o **direito à saúde**. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por **idosos**, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII ("*Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do* ***Idoso***"): "*A família, a sociedade e o* ***Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas****, assegurando sua participação na comunidade,* ***defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida***."

4. "*A expressão 'necessitados' (art. 134,* caput*, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os* hipervulneráveis *(isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no* Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de* minus habentes *impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana*" (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, *DJe* 13/04/2012).

5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ("*Art. 5.º – Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:... II – a Defensoria Pública*").

6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconhecera a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes provimento, por unanimidade, conheceu e deu provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy

Andrighi, Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Convocada a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presente o Dr. Rafael Raphaelli, Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Presidente

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ: Trata-se de embargos de divergência opostos pela DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL em face de acórdão da Quarta Turma, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, e ementado nestes termos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.*
>
> *1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530). Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito.*
>
> *2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com*

efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art. 5°, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental.

4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica – "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134) –, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro.

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade.

7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5°, § 3°, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9° da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes.

9. Recurso especial provido."

Alega a Defensoria Pública Embargante que "*o entendimento adotado pela Colenda 4ª Turma no julgamento do recurso especial em tela diverge da orientação adotada em julgados das Turmas da 1ª Seção*", apontando os seguintes arestos paradigmas:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 13 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. LEI 7.347/85. PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. LEGITIMIDADE ATIVA. LEI 11.448/07. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública contra regra em edital de processo seletivo de transferência voluntária da UFCSPA, ano 2009, que previu, como condição essencial para inscrição de interessados e critério de cálculo da ordem classificatória, a participação no Enem, exigindo nota média mínima. Sentença e acórdão negaram legitimação para agir à Defensoria.

2. O direito à educação, responsabilidade do Estado e da família (art. 205 da Constituição Federal), é garantia de natureza universal e de resultado, orientada ao "pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade" (art. 13, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 7 de julho de 1992), daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial. Ao juiz, mais do que a ninguém, compete zelar pela plena eficácia do direito à educação, sendo incompatível com essa sua essencial, nobre, indeclinável missão interpretar de maneira restritiva as normas que o asseguram nacional e internacionalmente.

3. É sólida a jurisprudência do STJ que admite possam os legitimados para a propositura de Ação Civil Pública proteger interesse individual homogêneo, mormente porque a educação, mote da presente discussão, é da máxima relevância no Estado Social, daí ser integral e incondicionalmente aplicável, nesse campo, o meio processual da Ação Civil Pública, que representa "contraposição à técnica tradicional de solução atomizada" de conflitos (REsp 1.225.010/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2011).

4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, caput, *da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população – aos pobres sobretudo – nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível.*

5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo stricto sensu *ou difuso, pois sua legitimidade ad causam, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo).*

6. "É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa

humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais" (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011).

7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública." (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, *DJe* 13/04/2012.)

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.

1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.

2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3. Recursos especiais não providos." (REsp 912.849/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, *DJe* 28/04/2008.)

Pede o acolhimento dos embargos, "*para que prevaleça o entendimento adotado no primeiro paradigma invocado, adotando-se o critério de necessidade mais amplo do que o puramente econômico, ou, caso assim não se entenda, na hipótese de manutenção do entendimento restritivo de necessitados, a restrição imposta seja exigível apenas nas eventuais fases de liquidação e execução*" (fl. 1042).

A SOCIEDADE DR BARTHOLOMEU TACCHINI – PLANO DE SAÚDE TACCHIMED, ora Embargada, ofereceu impugnação às fls. 1130/1134, sustentando que "*não há correspondência entre as matérias, teses e argumentos debatidos no acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas dos embargos de divergência*" (fl. 1131).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou às fls. 1140/1145 pelo acolhimento dos embargos, consoante parecer assim ementado:

"1. Processual Civil e Administrativo. Embargos de Divergência. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Coletiva de Consumo. Sociedade Dr. Bartholomeu Tacchini – Plano de Saúde Tacchimed. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública. Defesa dos Necessitados.

2. Abusividade dos aumentos de referido plano quando aplicados em razão do advento da condição de idoso. Ocorrência.

3. Parecer do MPF pelo conhecimento e provimento dos Embargos de Divergência para o fim de prevalecer o entendimento amplo da vulnerabilidade que legitima a atuação da Defensoria Pública, conforme entendimento traçado no aresto paradigma invocado da 2ª Turma no Resp 1.264.116/RS, da Relatoria do Ministro HERMAN BENJAMIN."

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

No caso dos autos, a DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL ajuizou **ação civil pública** arguindo abusividade dos aumentos do PLANO DE SAÚDE TACCHIMED, em razão da condição de idoso.

O Juízo de primeiro grau deferiu a **antecipação de tutela**, determinando que a Recorrente, ora Embargada, se abstivesse em reajustar os planos de saúde de seus contratados com idade superior a 60 anos.

Contra a decisão foi interposto **agravo de instrumento**. O Desembargador Relator, monocraticamente, negou provimento ao recurso, ensejando **agravo regimental**. A Sexta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento ao recurso, acolhendo a preliminar de ilegitimidade da Defensoria Pública.

Seguiu-se a oposição de **embargos infringentes**, que foram acolhidos pelo Terceiro Grupo Cível da Corte Estadual, para reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública.

A Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, deu provimento ao **recurso especial**, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, consignando o entendimento de que "***A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos,*** *sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas.* ***No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas"*** (fl. 1015; grifei).

Em conclusão, entendeu o **acórdão embargado** que, "*ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado*" (fl. 1017).

Inconformada, a DEFENSORIA PÚBLICA gaúcha opõe **embargos de divergência**, sustentando que "*o entendimento adotado pela Colenda 4ª Turma no julgamento do recurso especial em tela diverge da orientação adotada em julgados das Turmas da 1ª Seção*" (fl. 1039). Aponta os seguintes arestos paradigmas: REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, *DJe* 13/04/2012; e REsp 912.849/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/02/2008, *DJe* 28/04/2008.

Pondera a Embargante que "*não apenas o conceito de necessitado teve diferente roupagem no v. Acórdão embargado em relação ao adotado no paradigma invocado, visto que neste abrangida explicitamente a situação de vulnerabilidade de idosos, o que, por si só, já justifica a legitimidade da Defensoria Pública no caso em exame, também houve divergência quanto à restrição da legitimidade da referida Instituição no manejo da Ação Civil Pública, admitida no v. Acórdão guerreado em relação a direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos apenas às pessoas notadamente necessitadas, em juízo concreto, não abstrato como admitido no paradigma trazido*" (fl. 1041).

De fato, o acórdão paradigma entendeu de forma mais abrangente o conceito de **necessitado**, ao admitir a legitimidade da Defensoria Pública. Ressaltou o voto-condutor do julgado paradigma que "*a expressão 'necessitados' (art. 134,* caput*, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os* hipervulneráveis *(isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado.*

Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de* minus habentes *impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana.*"

Como se vê, os dois julgados trataram da legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos – no acórdão embargado, em defesa de idosos contratantes de plano de saúde, em face de reajustes tidos por abusivos; no paradigma, de candidatos em processo seletivo de transferência entre universidades. E as soluções dadas aos casos, de fato, mostraram-se díspares, a ensejar a admissibilidade dos embargos de divergência.

A legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ações coletivas em defesa de **interesses difusos** é inquestionável, até porque, como bem ressaltou o voto-condutor do acórdão embargado, "*no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas*".

A controvérsia surge quando se trata de **interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos**, na medida em que há grupos determinados de lesados, individualmente identificáveis.

Assim, a questão está adstrita à interpretação do que vem a ser "necessitados" por "insuficiência de recursos", a fim de legitimar a atuação da Defensoria Pública, nos termos do inciso II do art. 5.º da Lei n. 7.347/1985, sob a luz dos arts. 5.º, inciso LXXIV, e 134 da Constituição Federal.

O **acórdão embargado** entende que, nesse caso, "*a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas*", conceito adstrito à condição econômica.

Já o **paradigma**, propugna por uma interpretação mais ampla, de modo a incluir entre os "necessitados" aqueles que se mostram vulneráveis ao poder econômico ou político, ainda que não sejam exatamente pobres.

Com a devida vênia daqueles que adotam entendimento contrário, creio que a melhor solução foi mesmo a do **paradigma**. Com efeito, extrai-se do ilustrado voto do Ministro Herman Benjamin a seguinte fundamentação, a qual adiro:

> "[...]
>
> *Ao se analisar a legitimação ad causam da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública referente a interesses e direitos difusos, coletivos* stricto sensu *ou individuais homogêneos, não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis.*
>
> *A ser diferente, bastaria ao universo dos sujeitos beneficiados incluir, direta ou reflexamente, um só abonado ou ricaço para a tutela solidarista ser negada a centenas ou milhares de necessitados, deixando-os à mingua diante de graves lesões de natureza supraindividual. Nesse sentido, já decidiu o STJ que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro* "tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial" *(REsp 555.111/RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma,* DJe *18.12.2006).*
>
> *Objeto da presente demanda, o direito à Educação é considerado questão da mais alta relevância, capaz de justificar a propositura da Ação Civil Pública, até mesmo pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso.*
>
> *Em verdade, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo* stricto sensu *ou difuso, sobretudo aqueles associados aos direitos fundamentais, pois sua legitimidade ad causam não se guia, no essencial, pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo), perspectiva essa que fez com que precedente do STJ ampliasse essa legitimidade para o ancho campo*

da dignidade humana: "a legitimatio ad causam *da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais" (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma,* DJe *2.2.2011, grifei)."*

A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos **necessitados econômicos**, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a **necessitados jurídicos**, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do **curador especial**, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do **defensor dativo** no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

O Legislador ordinário deixou explícita a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, a partir da edição da Lei n.º 11.448/07. Entretanto, como bem ressaltou o acórdão embargado, "*É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que* ***a* legitimatio ad causam *da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro*** *: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais"* (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, *DJe* 2.2.2011).

No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o **direito à saúde**. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por **idosos**, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII ("*Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do* ***Idoso***"): "*A família, a sociedade e o* ***Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas****, assegurando sua participação na comunidade,* ***defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida***."

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 ("*Art. 5.º – Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:... II – a Defensoria Pública*").

Conforme noticiado no Informativo n.º 784 do STF:

"No mérito, o Plenário assentou que a discussão sobre a validade da norma que reconhecera a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública, em típica tute-

la dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, ultrapassaria os interesses de ordem subjetiva e teria fundamento em definições de natureza constitucional-processual, afetos à tutela dos cidadãos social e economicamente menos favorecidos da sociedade. Ao aprovar a EC 80/2014, o constituinte derivado fizera constar o papel relevante da Defensoria Pública ('Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal'). Em Estado marcado por inegáveis e graves desníveis sociais e pela concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda seria o efetivo acesso à Justiça. Além disso, em Estado no qual as relações jurídicas importariam em danos patrimoniais e morais de massa por causa do desrespeito aos direitos de conjuntos de indivíduos que, consciente ou inconscientemente, experimentariam viver, o dever de promover políticas públicas tendentes a reduzir ou suprimir essas enormes diferenças passaria pela operacionalização de instrumentos que atendessem com eficiência às necessidades dos seus cidadãos. A interpretação sugerida pela autora desta ação tolheria, sem razões de ordem jurídica, a possibilidade de utilização de importante instrumento processual — a ação civil pública — capaz de garantir a efetividade de direitos fundamentais de pobres e ricos a partir de iniciativa processual da Defensoria Pública. Não se estaria a afirmar a desnecessidade de a Defensoria Pública observar o preceito do art. 5º, LXXIV, da CF, reiterado no art. 134 — antes e depois da EC 80/2014. No exercício de sua atribuição constitucional, seria necessário averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública.

Condicionar a atuação da Defensoria Pública à comprovação prévia da pobreza do público-alvo diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública — conforme determina a Lei 7.347/1985 — não seria condizente com princípios e regras norteadores dessa instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, menos ainda com a norma do art. 3º da CF. Se não fosse suficiente a ausência de vedação constitucional da atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos, inexistiria também, na Constituição, norma a assegurar exclusividade, em favor do Ministério Público, para o ajuizamento de ação civil pública. Por fim, a ausência de demonstração de conflitos de ordem objetiva decorrente da atuação dessas duas instituições igualmente essenciais à justiça — Defensoria Pública e Ministério Público — demonstraria inexistir prejuízo institucional para a segunda, menos ainda para os integrantes da Associação autora. ADI 3943/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 6 e 7.5.2015. (ADI-3943)"

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de divergência para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconhecera a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão.

É o voto.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASSOCIAÇÃO – DISPENSA DO REQUISITO TEMPORAL

STJ, 2ª T., REsp; 1.600.172/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, ac. 15.09.2016, *DJe* 11.10.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.600.172 – GO (2016/0110922-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Abracon Saúde Associação Brasileira de Defesa dos Consumidores de Plano de Saúde

Advogado: Raílo Alves Caixeta e outro(s)

Recorrido: Muriel Arantes Machado

Advogado: Marcelo de Souza Gomes e Silva e outro(s) –

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE ATIVA. EXPRESSA INCIDÊNCIA DO ART. 82, IV, DO CDC. REQUISITO TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRODUTO. GLÚTEN. DOENÇA CELÍACA. DIREITO À VIDA.

1. Trata-se de Ação Civil Pública com a finalidade de obrigar a parte recorrida a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína glúten.

2. É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico tutelado. (REsp 1.479.616/GO, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 3/3/2015, *DJe* 16/4/2015).

3. É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna.

4. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell

Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 15 de setembro de 2016(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás assim ementado:

> AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. ASSOCIAÇÃO CONSTITUÍDA HÁ MENOS DE 01 (UM) ANO. FATO NOVO INEXISTENTE.
>
> I.Para que as associações possam exercer a defesa de direitos difusos e coletivos perante o Poder Judiciário, exige-se que atenda aos seguintes requisitos: I) pré-constituição da entidade há mais de um ano, quando do manejo da demanda, e II) existência de pertinência temática, isto é, na adequação entre o objeto da ação coletiva e a finalidade institucional contida em seu estatuto social.
>
> 2. A legitimidade ativa da associação, para o ajuizamento de Ação Civil Pública, vincula-se à satisfação do requisito específico exigido pelo artigo 5o, inciso V, alínea "a", da Lei n° 7.347/85, consubstanciado na a pré-constituição há pelo menos 01 (um) ano. A comprovação deve ocorrer na ocasião do aforamento da demanda, sob pena de indeferimento da petição inicial.
>
> 3. A possibilidade de dispensa da constituição prévia da associação, prevista no artigo 5o, parágrafo 4o, da Lei n° 7.347/85, requer a demonstração do manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, qual seja, pela relevância do bem jurídico a ser protegido, não constatados na hipótese vertente, tendo em vista a ausência de urgência para o provimento da pretensão exordial.
>
> 4.Não infirmados pela parte agravante o& requisitos que embasaram a decisão recorrida, desmerece modificação o ato monocrático verberado. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A parte recorrente aponta, em Recurso Especial, violação do art. 82, IV, § 1º, do CDC e 5º, V, "a" e "b", da Lei 7.347/85, sob o fundamento de que, sendo relevante o bem jurídico tutelado pela presente ação, qual seja, a prestação de informações ao consumidor sobre a existência de glúten em alimentos, seria despicienda a exigência de constituição da associação recorrente (Abracon-Saúde) há mais de um ano para que esta ostentasse legitimidade ativa.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do Recurso

Especial (fls. 566-570/e-STJ).

É o **relatório.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 27.7.2016.

A irresignação merece prosperar.

A ora recorrente ajuizou Ação Civil Pública, com pedido de liminar, à luz da Lei 7.347/1985, com o intuito de obrigar a parte requerida a prestar informações em embalagens, rótulos e materiais de divulgação acerca de seus produtos alimentícios comercializados, em especial quanto à presença de glúten na composição, tendo em vista a segurança dos portadores da doença celíaca.

O Tribunal de origem entendeu que, pelo fato de a associação recorrente não estar constituída havia pelo menos um ano quando do ajuizamento da ação, não estaria preenchido o requisito do art. 5º, V, da Lei 7.347/85, razão pela qual declarou sua ilegitimidade ativa.

Extrai-se do acórdão objurgado que o entendimento do Sodalício *a quo* não está em consonância com a orientação desta Corte Superior.

Frise-se, *ab initio,* que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre recurso análogo ao que ora se discute, interposto pela mesma associação, que foi assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE ATIVA. EXPRESSA INCIDÊNCIA DO ART. 82, IV, DO CDC. REQUISITO TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRODUTO. GLÚTEN. DOENÇA CELÍACA. DIREITO À VIDA.
>
> 1. Cuida-se de ação coletiva com a finalidade de obrigar empresa a veicular no rótulo dos alimentos industrializados que produz a informação acerca da presença ou não da proteína denominada glúten.
>
> 2. **É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico tutelado.**
>
> **3. É fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna.** 4. Recurso especial provido. (REsp 1479616/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, *DJe* 16/04/2015)

Na oportunidade, o Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, consignou:

> A ora recorrente tem legitimidade ativa para a propositura da presente ação coletiva, que versa acerca de manifesto interesse social, qual seja o direito à saúde e à segurança alimentar.
>
> As ações civis públicas, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao tutelarem direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam a

otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante de suas sentenças (REsp nº 978.706/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/9/2012, *DJe* 5º/10/2012).

Pode-se aferir a **gravidade da doença celíaca** por meio da descrição das suas causas e diagnóstico:

> *"A **doença celíaca** é um transtorno autoimune do intestino delgado que ocorre em pessoas geneticamente predispostas de todas as idades a partir de meados da infância.*
>
> ***Os sintomas incluem dor e desconforto no sistema digestivo, obstipação e diarreia crónicas, atraso do desenvolvimento fisiológico em crianças, anemia e, embora seja possível que estes sintomas não se cheguem a manifestar e tenham também sido descritos sintomas noutros órgãos.** Muitas das pessoas com a doença apresentam insuficiência de vitaminas devido à diminuição da capacidade do intestino delgado em absorver de forma eficaz os nutrientes dos alimentos [...]"* (http://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a_cel%C3%ADaca).

É, portanto, uma doença autoimune, que afeta o intestino delgado interferindo diretamente na absorção de nutrientes essenciais ao organismo como carboidratos, gorduras, proteínas, vitaminas, sais minerais e água, decorrente da intolerância permanente ao glúten em pessoas geneticamente predispostas.

Conforme a fonte supracitada, "*atualmente, o único tratamento eficaz é uma dieta isenta de glúten durante toda a vida*", pois não existem medicamentos capazes de impedir as lesões e que o corpo ataque o intestino na presença de glúten. Daí a importância da informação nas embalagens de alimentos comercializados de que é "isento de glúten" ou qual a quantidade ministrada da proteína. Isso porque, se porventura uma pessoa com doença celíaca consumir alimentos com glúten ou traços de glúten, a ingestão poderá provocar uma inflamação crônica apta a impedir a absorção de nutrientes.

Além do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, que estatui uma *"obrigação geral de informação"* ao consumidor, a Lei nº 10.674/2003 prevê, em seu art. 1º, que "*Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições 'contém Glúten' ou 'não contém Glúten', conforme o caso*".

Dessa forma, por versar a ação sobre direitos individuais homogêneos, a solução do feito não se limita aos membros da associação autora, haja vista abranger todos os consumidores submetidos às mesmas condições descritas nos autos.

Portanto, muito embora o art. 5º, inciso V, "a" da Lei nº 7.347/1985 disponha que a associação deverá estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil, o requisito formal pode ser dispensado quando presente, como na hipótese, interesse social de um grupo indeterminável de interessados, como prevê o parágrafo 4º do referido dispositivo legal, bem como o art. 82, § 1º, do CDC.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, já reconheceu a legitimidade de associação que complete um ano de existência no curso do processo, conforme o princípio da economia processual:

> "Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa.
>
> – Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor.
>
> – **Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo**. *Recurso especial não conhecido*" (REsp 705.469/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2005, *DJ* 1º/08/2005 – grifou-se).

A ABRACON foi oficialmente instituída em 21.5.2011 (e-STJ fl. 40) e o acórdão que julgou o agravo regimental em sede de apelação foi proferido em 16.7.2013 (e-STJ fls. 163-172), ou seja, mais de dois anos após a constituição da associação, motivo pelo qual incide o entendimento supramencionado no caso concreto.

Citem-se ainda os seguintes precedentes quanto à dispensa do requisito temporal de constituição na presença de relevante interesse social:

> "AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.
>
> 1 – **É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido**.
>
> 2 – O § 3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei nº 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.
>
> *3 – Recurso especial não conhecido*" (REsp 706.449/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/05/2008, *DJe* 09/06/2008 grifou-se).

> "CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇA DE RENDIMENTOS. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

DISPENSA DO REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

– Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.

– O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

– A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.

– Orientação imprimida pela c. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 106.888/PR).

Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito" (REsp 145.650/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 1º/04/2004, *DJ* 14/06/2004 – grifou-se).

Aliás, nesse mesmo sentido, em sede de agravo regimental, já se posicionou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em hipótese análoga referente à associação ora recorrente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEASING. ***ABRACON. LEGITIMIDADE ATIVA. EXPRESSA INCIDÊNCIA DO ART. 82, IV, DO CDC.*** *TAXA JUDICIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DE SUA EXIGÊNCIA. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DA LEI 7.347/85. ARGUMENTOS QUE NÃO INFIRMAM AS CONCLUSÕES ANTERIORMENTE EXPENDIDAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO*" (AgRg no REsp 1.366.200/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/02/2014, *DJe* 07/03/2014 – grifou-se).

Naquela ocasião, o Ministro Sanseverino recordou que Pedro da Silva Dinamarco havia se manifestado no seguinte sentido:

"[...] Além disso, os substituídos na ação civil pública por associações não são apenas seus associados, como poderia resultar de uma leitura fria do art. 5º, XXI, da Constituição Federal. Assim, quando ajuizada uma ação civil pública relacionada a interesses individuais homogêneos, todas as pessoas da sociedade que se encontrarem naquela determinada situação fática poderão ser beneficiadas pela eventual procedência da demanda". (*in Ação Civil Pública,* Ed. Saraiva, 2001, pág. 245)

Assim, o cumprimento do requisito da pré-constituição de pelo menos um ano da instituição para conferir à associação condições legais de defesa de um determinado grupo pode ser dispensado pelo juiz quando manifesto o interesse social da sociedade, aferível pela dimensão ou característica do dano, ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido, como prevê o art. 5º, § 4º, da Lei nº 7.347/1985, não podendo a ABRACON ter cerceada sua atuação neste caso.

Ademais, afere-se o cumprimento da "pertinência temática", ou seja, correspondência entre a finalidade institucional da associação e o bem objeto da lesão ou da ameaça, porquanto um dos principais objetivos da recorrente, como se comprova em seu estatuto, no art. 2°, "g" (e-STJ fl. 22), é a promoção da segurança alimentar e nutricional. O risco que os consumidores celíacos correm por falta de informação e advertência nos produtos industrializados pela recorrida está diretamente relacionado à razão de ser da ABRACON.

Ora, o caso concreto versa acerca de interesses individuais homogêneos, conhecidos como transindividuais, referindo-se a um grupo determinável de pessoas, no caso, os doentes celíacos, cujos interesses excedem sobremaneira o âmbito estritamente individual, tendo em vista as circunstâncias de fato de origem comum (incolumidade da saúde). Assim, a relação consumerista subjacente e divisível é pertinente a todo indivíduo que adquira produtos alimentícios no mercado de consumo e que tenha suscetibilidade à referida proteína.

Com efeito, atualmente se admite que as ações coletivas, quando propostas por uma associação, *longa manus* da coletividade, pressupõem uma legitimação prévia, oriunda do fim institucional relativo à tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, dentre outros), cujos interesses dos seus associados podem se sobrepor ao requisito da constituição temporal, formalidade superável em virtude da dimensão do dano ou relevância do bem jurídico a ser protegido e cuja defesa coletiva é ínsita à própria razão de ser da requerente.

Em verdade, cumpre um mandamento constitucional, pois o art. 196 prevê que a "*saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à* ***redução do risco de doenças*** *e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Com efeito, outra não foi a conclusão do parecer ministerial:

> "[...] **Na verdade, a proteção almejada pelo autor da ACP abrange um conjunto de bens jurídico relevantes.**
>
> O direito de informação em questão visa garantir outros inestimáveis aos consumidores: **a saúde alimentar, e, em última análise, a própria vida**. Isso porque as pessoas intolerantes à proteína glúten são acometidas de doença celíaca.
>
> Sobre o tema, explica o estudo publicado no jornal médico inglês The Lancet 4 que esta doença 'afeta a superfície dos intestinos da pessoa' e, em consequência, 'a capacidade de absorção dos nutrientes vitais de todos os alimentos fica afetada'.
>
> 25. O estudo conclui que a 'não observância de uma dieta severa aumenta ainda mais os riscos de morte', que tem 'a principal causa pelo linfoma não Hodgkin, um tipo de câncer'.
>
> Importante ressaltar que o único tratamento conhecido até agora é justamente 'uma dieta totalmente isenta de glúten', que, por óbvio, depende da informação quanto a presença da proteína nos alimentos.

> ***Tais direitos – saúde e vida – são exaustivamente protegidos em todos os graus hierárquicos do sistema normativo brasileiro, dado não apenas a relevância que possuem, mas também seu caráter de indisponibilidade***" (e-STJ fls. 222-223 – grifou-se).

Sob a ótica do direito público, o risco da falta de informação a que está submetido o consumidor celíaco, hipervulnerável por natureza, também já foi objeto de julgamento nesta Corte no REsp nº 586.316 (*DJe* 19/3/2009), de relatoria do Ministro Herman Benjamim, que considerou pertinente o pedido formulado pelo Procon quanto à necessidade de advertência dos malefícios do glúten em embalagens de produtos alimentícios, sob pena de sanções administrativas.

Por fim, consigne-se que a concessão da legitimidade às associações e entes afins para a propositura da ação civil pública visa, em última análise, mobilizar a sociedade civil para participar de questões de ordem pública, coadunando-se com a ideia de Estado Democrático de Direito, ao facilitar, por meio do Poder Judiciário, a discussão de eventual interesse público, ampliando o acesso daa sociedade civil à Justiça.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o recurso especial, ante a manifesta legitimidade ativa da ABRACON, e determino o retorno dos autos para o processamento da demanda.

Dessarte, são irreprocháveis os fundamentos do *decisum* supracitado, que devem ser adotados *in totum* para solução da presente demanda, devendo-se considerar que é dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico tutelado.

Com efeito, é fundamental assegurar os direitos de informação e segurança ao consumidor celíaco, que está adstrito à dieta isenta de glúten, sob pena de graves riscos à saúde, o que, em última análise, tangencia a garantia a uma vida digna.

Por tudo isso, **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**

Capítulo IV

TUTELA PROVISÓRIA EM AÇÃO CIVIL

INTERESSES COLETIVOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

STF, 2.ª T., RE n. 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, ac. de 01.09.1996, *Revista de Direito do Consumidor* 23-24/257

EMENTA

Interesses coletivos. Legitimidade ativa do Ministério Público. Anuidade escolar.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso III, considera os chamados interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos os decorrentes de origem comum. A mensalidade escolar se constitui em interesse nitidamente homogêneo, porquanto nasce de uma mesma origem e é aplicada a todos os usuários da escola. Como os interesses homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, o Ministério Público, com amparo no art. 129, II, da Constituição Federal de 1988, tem legítima capacidade postulatória ativa para propor a ação civil pública, na defesa de um grupo lesado pela estipulação abusiva de anuidades escolares.

RELATÓRIO

O Sr. Min. Maurício Corrêa:

O Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento nos arts. 129, III, da CF, e 4.º, 5.º, 11 e 12 da Lei n. 7.347, de 24.07.1985, ajuizou ação civil pública, consistente em medida cautelar satisfativa, contra a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, entidade de ensino estabelecida em São Vicente, naquele Estado, que neste recurso figura como recorrida, objetivando fazer com que tal entidade se adéque às normas de reajustes dos encargos educacionais legalmente fixados pela autoridade competente, no caso, pelo Conselho Estadual de Educação, decorrente de autorização legal.

2. Esclarece em sua inicial que "a obediência, quanto ao estrito cumprimento das disposições legais, é de interesse transindividual, haja vista não comportar exceções, bem assim pelo fato de refletir também a situação daqueles consumidores, indetermináveis" que viessem a integrar o corpo discente do estabelecimento.

3. O juízo de primeira instância concedeu a liminar postulada (f. do 1.º volume) e no mérito rejeitou a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pela requerida, e julgou procedente a ação (f. do 2.º volume), para o fim de determinar que a ré se limitasse a cobrar os valores homologados pelo Conselho Estadual de Educação.

4. Inconformada com esse entendimento, interpôs a Associação Notre Dame de Educação e Cultura recurso de apelação (f. do 2.º volume), reiterando a preliminar de ilegitimidade de parte do Ministério Público, e o Tribunal de Justiça, julgando o recurso (f. do 2.º volume), acolheu a preliminar reiterada, negando legitimidade ativa ao *Parquet* para representar os interessados de pais de alunos, dos próprios alunos de escolas particulares e terceiros, extinguindo o processo, consoante o disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, concluindo o *decisum*, *verbis*:

"Com efeito, esta é uma demanda judicial, definição acaciana sem dúvida. Sendo uma demanda judicial devem as partes, porque o não excepciona a lei, fazer-se representar por advogado, profissional de curso superior, regularmente inscrito nos quadros de seu órgão de classe (arts. 67 e 68 da Lei Federal n. 4.215, de 27.04.1963). O advogado, verdadeiramente, juntamente com o Ministério Público e a Magistratura, compõe e integra o tripé jurisdicional, elemento indispensável à administração da Justiça que é (art. 68, *in fine*, da lei citada).

De perquirir-se então do porquê da dispensa de sua presença nestes autos, bipolarizados entre Magistrado e Ministério Público, presentes apenas os advogados da associação docente-recorrente.

O Ministério Público, notável estamento fiscalizador da lei, numa multitude de hipóteses, pode e deve intervir, inclusive sob pena de nulidade. Essa intervenção vem se alargando e atingiu sua culminância com a edição da última Carta Magna, onde largo o elenco de suas responsabilidades (consulte-se o art. 129 e seus incisos e parágrafos da Constituição Federal de 1988).

Aqui dá-se o *Parquet* por legitimado na esteira do mandamento ínsito no inc. III do art. 129 susomencionado, *verbis*: 'Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:... III. Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.'

Os interesses, pois, dos alunos e/ou seus genitores ou responsáveis encartar-se-iam entre os difusos ou coletivos, ao lado daqueloutros interesses da sociedade, de proteger sua fauna e flora, meio ambiente, patrimônio público e social.

Como argumenta o *Parquet*, dentre os serviços e direitos de relevância pública se agigantam aqueles ligados a educação, que é, no dizer do constituinte, 'direito de todos e dever do Estado e da família – art. 205 da Carta Magna', nítida aí a legitimidade ativa da instituição, pois que promovendo a garantia de direitos constitucionalmente assegurados (Constituição, art. 209).

Derradeiramente, justifica-se a comparência ao *Parquet* porque da ação civil pública sempre participa ele ao menos nos *custos legis*.

Também o recente Código de Direitos do Consumidor justificaria a intervenção da esforçada instituição (Código, art. 91, parágrafo único, incs. I e II).

Quanto aos interesses em jogo, são efetivamente difusos, na medida em que não se restringem a esfera de interesses de número finito de indivíduos, senão a toda a coletividade, alcançada pelo resultado que vier a ser ditado, não se sabendo bem quais segmentos dessa coletividade. Daí a titulação – difusos – no sentido de indistintos e indeterminados. De fato, de tal grandeza o alcance da difusão, que o dedicado Promotor de Justiça, o Dr. Maurício Lins Ferraz, oficiando nos autos da Apelação Cível n. 152.203-1, fls. 176, chega a dizer em sustento da amplitude do conceito, que de tão lato chega a alcançar, *verbis*: '...os alunos atuais e todos aqueles que vierem a integrar o corpo discente da escola, até porque, pelo atual sistema de estipulação de preços para os serviços prestados pelos estabelecimentos de ensino do país, a fixação presente de valores serve e servirá de base de cálculo para os preços futuros, o que atingirá um número cada vez maior de usuários dos serviços educacionais'.

Dito de outra maneira, o que aqui ficar decidido atinge os atuais alunos, seus irmãos não escolarizados, os nascituros, os filhos dos atuais alunos, irmãos, seus netos, bisnetos e todos os vindouros, até a enésima geração ou o fim dos tempos...

Maior abarcamento, já se vê, é impossível.

Sob a ótica desse criativo Promotor, aqui e sempre que se envolve o *Parquet* em ações que tais, prorrogada a jurisdição do feito a incerto e sempre crescente número de pacientes jurisdicionados.

Não parece ter sido essa em verdade a intenção do legislador constituinte, que de uma penada teria assim erigido o *Parquet* em Curador e *custos legis* universal, sem oitiva dos beneficiados, dispensado o concurso ou ao menos a presença obrigatória do advogado, visto que levado o alcance do posicionamento ministerial às suas culminâncias, todo e qualquer interesse pode ser tido e rotulado de difuso, na esteira do que disse alguém alhures, que tudo que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta...

Por outro lado não pode realmente o *Parquet* exercer o *munus* que a lei concedeu ao advogado, pena de insuportável usurpação e virtual obsolescência da nobre atividade, relegada que estaria ao rol das excentricidades das partes, não se vislumbrando por que alguém – refere-se aqui os não pobres no sentido da lei – iria procurar e pagar um advogado, se pode ter seus interesses superiormente e gratuitamente defendidos por uma instituição do porte do Ministério Público, de indiscutível ascendência moral e festejável nível intelectual.

Isto posto, merece o r. decisório guerreado reparos.

Acolhe-se a matéria preliminar levantada em sede recursal, para negar-se legitimação ativa ao *Parquet* para representar os interesses de pais de alunos, dos próprios alunos de escolas particulares pagas e terceiros. Extingue-se o processo consoante o dispositivo ínsito no art. 267, VI, do CPC" (f.).

5. Interpostos embargos de declaração (f., 2.º volume), foram eles rejeitados (f., 2.º volume). Daí o presente recurso extraordinário (f., 2.º volume), com fundamento no art. 102, III, *a*, da CF, por violação ao seu art. 129, III. No que interessa, diz o recorrente (f., 2.º volume):

> "[...] a análise exclusivamente privatística do v. acórdão, de cunho individualista, inspirado no liberalismo, que teve seu apogeu no século passado, não mais se coaduna com as exigências da sociedade hodierna, que reclama novas conceituações e classificações para os direitos dela decorrentes.
>
> Nem se diga que a classificação da relação jurídica existente entre alunos e escola, subentendida no v. acórdão como de natureza obrigacional, se contraponha aqueloutra de interesses difusos ou coletivos. Notadamente com relação ao direito do consumidor, que tanto pode ser público (direito à saúde, com tipificação de condutas ofensivas como crime; fechamento de indústria como apenação administrativa) como privado (relação contratual, proteção contra cláusulas abusivas, indenização por dano pelo fato do produto etc.). O direito do consumidor, como normalmente envolve categoria determinada de consumidores, é de índole coletiva.
>
> O que deveria ter sido notado pelo v. acórdão, *concessa maxima venia*, é que aos termos 'difuso' e 'coletivo' se contrapõe a noção de direito 'individual'. Somente isto. E o Ministério Público não está defendendo direito individual de uma pessoa física determinada, mas de toda a 'classe', de toda a 'categoria' de consumidores de determinado serviço (mensalidades escolares), contra os abusos cometidos por entidade privada que exerce função típica do poder público e de relevância pública: o ensino.
>
> Tivesse o *Parquet* ajuizado ação em favor de Tício ou Caio, aí sim poder-se-ia falar em ilegitimidade ativa de parte. Não no caso dos autos.
>
> E ao Ministério Público se conferiu legitimidade para defender, por meio de ação civil pública, os direitos *coletivos* (art. 129, III, CF).
>
> A simples menção a interesses difusos e coletivos no art. 129, III, foi feita com o intuito de alargar a conceituação dos interesses que podem ser defendidos pelo Ministério Público, por meio de ação civil pública, interesses esses ainda que não meramente relacionados com o patrimônio público e social ou com o meio ambiente que, aliás, eram os já protegidos, especificamente, pela Lei n. 7.347/1985.
>
> O argumento interpretativo correto deve ser pela finalidade de ampliação que o art. 129, III, quis dar ao cabimento da ação civil pública.
>
> O direito de impugnar os ilegais reajustes de mensalidades escolares, em desrespeito às normas de poder público, *é coletivo*, porque existe relação jurídica base entre os alunos e seus pais e o grupo mantenedor da escola. Acresce, ainda, que os alunos e seus pais formam coletividade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, circunstância importante e decisiva para caracterizar esse interesse como coletivo.

O papel do Supremo Tribunal Federal no exame dessa questão é de relevância máxima, pois estará a Corte decidindo sobre o conceito de interesses e direitos coletivos e difusos, incorporados no texto constitucional pela norma do art. 129, III, e que estão, hoje, a reclamar uma definição do Pretório Excelso."

6. O extraordinário foi admitido na origem (f.). Vindo os autos a esta Corte, neles se manifestando o Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradoria-Geral da República, então em exercício, Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer (fl.), que tem a seguinte ementa:

"Ministério Público. Legitimação *ad causam*. Ação Civil Pública.

Aumento de mensalidades escolares.

Parecer pelo provimento do recurso."

É o relatório.

VOTO

O SR. MIN. MAURÍCIO CORRÊA (Relator):

1. A matéria constante deste extraordinário está devidamente prequestionada de forma expressa e inequívoca, pois desde a postulação da inicial lastreou-se o pleito na faculdade outorgada ao Ministério Público para agir na proteção dos interesses coletivos, a que se refere o art. 129, III, da CF. Tal fundamento constitucional foi objeto de análise na sentença, no aresto impugnado, além do que consignado nos embargos declaratórios interpostos. Foi o apelo, ademais, admitido pelo então 3.º Vice-Presidente do Tribunal *a quo*.

2. O acórdão questionado, acolhendo preliminar suscitada no recurso de apelação manifestado pela recorrida, negou legitimidade ativa ao *Parquet* para a ação civil pública consistente em medida cautelar satisfativa de interesse de pais de alunos e dos próprios alunos de escolas particulares pagas, ajuizada com a finalidade de compelir a Associação Notre Dame de Educação e Cultura a adequar-se às normas de reajustes dos encargos educacionais legalmente fixados pela autoridade competente, no caso, pelo Conselho Estadual de Educação, com base na Lei n. 8.030/1990.

3. Como se viu do relatório, o mencionado acórdão recorrido não reconheceu ao *Parquet* a necessária legitimidade *ad causam* para a postulação da ação, porque em se tratando de mensalidades escolares poderiam elas ser objeto de irresignação de cada um dos interessados no respectivo aumento havido como ilegal, dado o caráter individual da obrigação, invadindo assim área de atuação profissional do advogado.

4. Com efeito, vem o Ministério Público cada vez mais se destacando na escalada da organização do Estado, sobretudo no campo da proteção dos interesses difusos e coletivos. Como ressalta José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12.ª ed., revista, 1996, Malheiros, pp. 553-558), "a Constituição de

1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei n. 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como *órgão de cooperação nas atividades governamentais*. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda n. 1/1969 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

5. Resulta daí estarem as funções institucionais do Ministério Público relacionadas no art. 129 da Constituição, do qual emerge como *titular* da ação penal, da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, *difusos* e *coletivos*, e da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

6. A ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985, recebeu *status* constitucional no art. 129 da Lei Magna de 1988, ao determinar que entre as funções institucionais do Ministério Público se insere a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

7. Deixando de lado o exame histórico do aparecimento no ordenamento jurídico nacional da proteção estatal sobre esses direitos, verifico que a partir da Lei n. 7.347, de 24.07.1985, os direitos *difusos* e *coletivos* passaram a integrar o complexo das funções do Ministério Público, como na hipótese dessa lei que assegurou ao *Parquet*, em seu art. 1.º, a respectiva defesa por meio desse rito processual, ao proclamar o inc. V desse dispositivo a viabilidade do procedimento "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".

8. Posteriormente, com o advento da nova ordem constitucional, ficou expresso que dentre as competências do Ministério Público estariam aquelas pertinentes à promoção do "inquérito civil e *a ação civil pública*, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses difusos e coletivos*" (CF, art. 29, inc. III).

9. Restou ampliada a atuação do órgão ministerial para albergar esses interesses, consolidandoa ainda mais ao determinar o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei n. 8.078, de 11.09.1990, em seu art. 81, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

> "I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

10. E no mais recente diploma acerca do tema, que é a Lei n. 8.625, de 12.02.1993, veio o seu art. 25, IV, *a*, dimensionar ainda mais o conceito do que é interesse coletivo, atribuindo ao Ministério Público a competência para a sua defesa.

11. Como se sabe, o termo *difuso*, já do domínio público nos dias de hoje, não foi criado modernamente, visto que tem a sua origem na doutrina romanística. Vittorio Scialoja já se referia ao conceito de *difuso*, no século passado, ao mencionar que "direitos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que tem por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade" (*Procedura Civile Romana*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1932, § 69, p. 345). Àquela ocasião, todavia, não se havia estabelecido a diferença entre direitos difusos e coletivos, não obstante alguns desses direitos sendo coletivos fossem rotulados implicitamente como difusos. Por isso mesmo Massimo Villone já houvesse concebido que interesse difuso é "uma personagem absolutamente misteriosa" (**La Colocazzione Institucionale dell'interesse difuso in La Tutela Degli Interessi Difusi nel Diritto Comparato**. Milão: Giuffrè, 1976. p. 73).

12. Hoje as fronteiras dos dois interesses estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica. Portanto, a indeterminidade seria a característica fundamental dos interesses difusos, e a determinidade, aqueles interesses que envolvem os coletivos.

13. Teori Albino Zavascky classifica esses direitos, sob o aspecto *subjetivo*, os *difusos* como transindividuais, como aqueles que não têm titular individual, sendo que a ligação entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância de fato; e os *coletivos*, também transindividuais, com determinação relativa de seus titulares, ou seja, que não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos nasce de uma relação jurídica-base. Definido o conceito dessa forma, seriam difusos, por exemplo, as vítimas do uso de um determinado remédio, que vendido a uma clientela indeterminada, fosse nocivo à saúde; e *coletivos* aqueles que, constituídos em grupos ou categorias, fossem objeto de certo ato que violasse direitos desses grupos ou categorias, razão pela qual Péricles Frade conceituou-os como aqueles que "têm como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, dirigindose aos fins institucionais dos grupos (**Conceito de Interesses Difusos**. 2. ed. RT, p. 39).

14. Nessa mesma esteira posiciona-se Édis Milaré: "Embora a distinção entre interesses difusos e interesses coletivos seja muito sutil – por se referirem a situações em diversos aspectos análogos – tem-se que o principal divisor de águas está na titularidade, certo que os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela tam-

bém indeterminada mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico dos interesses coletivos ausente nos interesses difusos" (**A Ação civil pública na nova ordem constitucional.** Saraiva, 1990. p. 27-28).

15. Da mesma forma, apenas com fundamentação distinta, é a opinião de Alcides A. Munhoz da Cunha (A Evolução das Ações Coletivas no Brasil. In: **RePro** 77/224-235); Kazuo Watanabe (**Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense.** Forense, p. 185-196) e tantos outros.

16. No entanto, ao editar-se o Código de Defesa do Consumidor, pelo seu art. 81, inc. III, uma outra subespécie de direitos coletivos fora instituída, dessa feita, com a denominação dos chamados interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

17. Por tal disposição vê-se que se cuida de uma nova conceituação no terreno dos interesses coletivos, sendo certo que esse é apenas um *nomen iuris atípico* da espécie direitos coletivos. Donde se extrai que interesses homogêneos, em verdade, não se constituem como um *tertium genus*, mas sim como uma mera modalidade peculiar, que tanto pode ser encaixado na circunferência dos interesses difusos quanto na dos coletivos.

18. Por isso mesmo Kazuo Watanabe (Ob. cit. p. 196), que integrou a comissão que apresentou os estudos preliminares da então proposta do Código do Consumidor, haver afirmado que, no ponto, são "interesses ou direitos individuais homogêneos, os de origem comum, permitindo a tutela deles a título coletivo. Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal", endossando igual escólio Hugo Nigri Mazzini (**A Defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. Saraiva, 1995. p. 10), para quem "os interesses individuais homogê-neos, em sentido lato, na verdade não deixam de ser também interesses coletivos".

19. Quer se afirme na espécie interesses *coletivos* ou particularmente interesses *homogêneos*, stricto sensu, ambos estão nitidamente cingidos a uma mesma relação jurídica-base e nascidos de uma mesma origem comum, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque incluem grupos, que conquanto atinjam as pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais, no sentido do alcance da ação civil pública, posto que sua concepção finalística destina-se à proteção do grupo. Não está, como visto, defendendo o Ministério Público subjetivamente o indivíduo como tal, mas sim a pessoa enquanto integrantes desse grupo. Vejo, dessa forma, que me permita o acórdão impugnado, gritante equívoco ao recusar a legitimidade do postulante, porque estaria a defender interesses fora da ação definidora de sua competência. No caso agiu o *Parquet* em defesa do grupo, tal como definido no Código Nacional do Consumidor (art. 81, incisos II e III) e pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12.02.1993), cujo art. 25, inc. IV, letra *a*, o autoriza como titular da ação, dentre muitos, para a proteção de *outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos*.

20. E a respeito dessa nota que caracteriza os interesses difusos e coletivos, a transindividualidade e indivisibilidade, anotou J. C. Barbosa Moreira que os interessados nessa relação, tal qual a dos autos, "se põem numa mesma espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade" (A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro, *Ajuris* 328/2), aduzindo, a propósito, Ada Pellegrini Grinover, acerca dos interesses coletivos, no círculo protegido pela tutela estatal, que "a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade" (**A Problemática dos Interesses Difusos**. Max Limonad, p. 31).

21. Tal é a hipótese que não pressinto inconstitucionalidade da parte final do dispositivo, como chegou a dizê-lo Ives Gandra da Silva Martins, em artigo que escreveu para a revista *Ciência Jurídica*, n. 62, pp. 10-22, tendo-a como afrontadora ao inc. III do art. 129 da Carta da República, pois em verdade o Ministério Público está por esse mecanismo credenciado a defender os interesses coletivos, interesses esses que são os dos autos e consignados no preceito constitucional e regulamentados pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 25, IV, *a*) e pelo Código do Consumidor (art. 81, II e III).

22. Não paira nenhuma dúvida que a recorrida autorizou o aumento das mensalidades *contra legem*, sendo certo inclusive que há farta prova nos autos de que não se obedeceu à legislação da época quando se reuniu a comunidade escolar, através da Associação de Pais e Mestres, descumprindo-se nuclearmente o que então determinava a Lei n. 8.030/1990, que disciplinava a forma das cobranças das respectivas mensalidades.

23. Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do *Parquet* pela propositura da ação civil pública.

24. Estaria o MPE extrapolando as suas atribuições? Parece-me que não, pois dessa forma procedendo o fez com base no dispositivo constitucional do art. 129, inc. III, da Carta Política, que a ele assegura a proteção de outros *interesses difusos e coletivos*, e fundadamente assim estava legitimado não só pela norma constitucional, senão pelo próprio Código do Consumidor e por sua Lei Orgânica, que ao MP cometeram, dentre outros, o dever de proteger os *direitos coletivos*.

25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há um *objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a*

todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, *que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base*.

26. Coincidentemente, Alcides A. Munhoz da Cunha, ao discorrer sobre interesses coletivos (A Evolução das Ações Coletivas no Brasil, **RePro** 77/224-235, cita exemplo de todo semelhante ao caso dos autos; diz ele: "Situação similar ocorrerá quando se estiver diante de pretensão de pais de alunos de determinado estabelecimento particular de ensino, visando à redução das mensalidades escolares daquele estabelecimento especificamente. Aí, além de manterem vínculos jurídicos com a escola (pois são os responsáveis pela matrícula etc.), está-se tutelando os interesses daqueles que compõem o corpo de pais de alunos daquele estabelecimento, independentemente de existir ou não associação de pais. A pretensão pode ser no sentido de se rever os critérios das mensalidades escolares de todos os estabelecimentos de ensino de determinado Município, de determinada região, de determinado Estado ou de todo o país".

27. Evidencia-se, *quantum satis*, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos, porquanto *nascidos de uma mesma origem*, ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, *com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola*; por conseguinte *homogêneos*, porque na verdade *todos da mesma natureza*; e como homogêneos são uma *subespécie de interesses coletivos*, como antes abordei, *legítima é a capacidade postulatória do recorrente*.

28. Ao mencionar a norma do art. 129, III, da CF, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a "outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o *Parquet* mais do que impelido a promover a ação, *pelo dever de ofício*, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de *bens ligados à educação*, amparados, como se sabe, *constitucionalmente*, como *dever do Estado e obrigação de todos* (CF, art. 205).

29. Hoje, bem organizadas as Escolas, através de seus entes sindicais, rara é a Medida Provisória ou outra norma qualquer, de tantas quantas já foram editadas, quando entendem serem elas prejudiciais aos seus propósitos, que não sejam alvo de irresignação por parte dessa categoria. O mesmo acontece no que diz respeito aos alunos, em que, fiscalizando ativamente esse setor, têm os Partidos Políticos, sobretudo o PC do B, agido contra normas que entendem inconstitucionais ou ilegais.

30. Antes, contudo – a ação é datada de 20.09.1990 –, não havia o próprio Supremo Tribunal Federal consolidado os seus atuais precedentes sobre as entidades arroladas no art. 103 da CF que detêm legitimidade e pertinência generalizada para o ajuizamento da ação direta, circunstância que fazia mais vigilante, nesse campo, a iniciativa ministerial, hoje praticamente inexistente pelo controle concentrado que se perfaz perante esta Corte.

31. Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a *própria natureza do bem protegido* que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta, por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da *capacidade postulatória para a ação civil pública*, quando o bem que visa a resguardar se insere na órbita dos *interesses coletivos*, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, *recomenda o abrigo estatal*.

32. Assim, conheço do recurso extraordinário interposto e lhe dou provimento para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUMENTO NAS MENSALIDADES ESCOLARES – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO

STJ, 3.ª T., REsp. n. 108.577/PI, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. de 04.03.1997, *RSTJ* 99/223

RECURSO ESPECIAL N. 108.577-PI
(Registro n. 96.0059673-5)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí

Recorrido: Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado do Piauí – SINEPI

Advogados: Dr. José do Egito Ferreira de Oliveira e outros

EMENTA

Ação civil pública. Aumento nas mensalidades escolares. Legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público.

1. As Turmas que compõem a 2.ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedentes da Corte Especial.

2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir aumentos abusivos nas mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, fundamental à comunidade e definido pela própria Constituição Federal como direito social.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro-Relator. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 04 de março de 1997 (data do julgamento)

Ministro COSTA LEITE, Presidente

Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Piauí, com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra Acórdão proferido pela 1.ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Piauí, com a seguinte ementa:

"É parte ilegítima para propor Ação Civil Pública que verse sobre majoração de mensalidade escolar o Ministério Público, em virtude de não envolver questões de interesses difusos, mas individuais" (fls. 394).

Alega o recorrente que o Tribunal *a quo* contrariou as normas dos artigos 25, IV, *a*, da Lei n. 8.625/1993; 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990; 1.º, II, e 5.º da Lei n. 7.347/1985 que, segundo entende, legitima o *Parquet* a intentar a presente ação civil pública contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado do Piauí, na qual se busca impedir aumentos nas mensalidades escolares nos meses de junho e julho de 1995. Para comprovar a divergência jurisprudencial, traz julgados desta Corte (fls. 403 a 415).

Houve contrarrazões (fls. 468 a 483) e o especial foi admitido (fls. 485 a 488).

Opina a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Roberto Casali, pelo conhecimento e provimento do recurso, por se tratar de interesses individuais homogêneos (fls. 495 a 500).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (Relator):

O Ministério Público do Estado do Piauí, pelo Serviço de Defesa Comunitária – Decom, propôs ação civil pública contra o Sindicato das Escolas Particulares do Piauí e suas filiadas com o propósito de obstar aumentos nas mensalidades escolares, que seriam abusivos, nos meses de junho e julho de 1995 (fls. 02 a 08).

A liminar foi deferida (fls. 47 a 50) e a ação julgada procedente em primeiro grau (fls. 327 a 334), vindo o Tribunal *a quo* a reformar a sentença ante a ilegitimidade ativa *ad causam* extinguindo o processo (fls. 394 a 400).

Preliminarmente, as Turmas que compõem a 2.ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares, conforme já decidido pela Egrégia Corte Especial nos seguintes julgados: CC n. 11.437-0SP, Rel. Min. José Dantas, *DJ* 24.04.1995; EREsp. n. 50.059-MG, Rel. Min. Hélio Mosimann, *DJ* 13.05.1996; EREsp. n. 39.757-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 25.03.1996; EREsp. n. 38.176-MG, Rel. Min. William Patterson, *DJ* 25.03.1996.

No mérito, penso estar com razão o recorrente, cuja legitimidade começa a ser desenhada na Constituição Federal que, no art. 129, inciso III, dispõe:

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> [...]
>
> III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"

Em consonância com o preceito constitucional, o legislador editou a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12.02.1993), estabelecendo no art. 25, inciso IV, alínea *a*, o seguinte:

> "Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
>
> [...]
>
> IV – promover o inquérito civil e ação civil pública, na forma da lei:
>
> **a**) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, *ao consumidor*, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, *coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos*" (grifo meu).

Não há dúvida de que os alunos ou seus pais sejam consumidores, assim definidos no art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), e, tampouco, que os aumentos das mensalidades escolares, mormente quando abusivos e excessivos, afetam o direito fundamental à educação, classificado na Cons-

tituição Federal como direito social (art. 6.º), e não simples direito individual, por estar intimamente ligado ao futuro da própria nação.

Sob este prisma, a importância e a natureza do direito ora protegido seriam suficientes para justificar a atuação direta do Ministério Público como guardião da sociedade. Mas, devo ir além para demonstrar que a legislação infraconstitucional favorece o acolhimento da legitimidade ativa do recorrente.

Assim, vejamos agora o que estabelece o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), *verbis*:

> "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
>
> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III – interesses ou direitos individuais, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

A hipótese dos autos refere-se, na verdade, a interesses coletivos definidos no inciso II acima reproduzido e não a "interesses ou direitos individuais homogêneos" (inciso III, supracitado). É que o aumento das mensalidades escolares, regido por normas de ordem pública, é geral, afetando pais e alunos ligados a estabelecimentos de ensino particulares filiados ao Sindicato réu, havendo, então, o interesse comum e indivisível em afastar a majoração do custo educacional.

De qualquer forma, o Ministério Público é órgão ativamente legitimado para propor ação, face à essencialidade do direito à educação, aliás indisponível, e aos graves reflexos que os aumentos abusivos nas mensalidades escolares possam vir a acarretar.

Sobre o tema, HUGO NIGRO MAZZILLI leciona, *verbis*:

> "Na ação civil pública ou coletiva, em defesa do consumidor, a atuação do Ministério Público deverá levar em conta o tipo de interesse e o tipo do pedido.
>
> Tratando-se da defesa de interesses difusos, pela abrangência dos interesses, a atuação do Ministério Público sempre será exigível. Já em matéria de interesses coletivos e de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público atuará sempre que: a) haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano (mesmo o dano potencial); b) seja acentuada a relevância do bem jurídico a ser defendido; c) esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico.

Assim, se a defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar de defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público.

Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, de consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição.

A atuação do Ministério Público em defesa de interesses individuais de consumidores poderá ocorrer quando a questão diga respeito a questões de saúde, educação, ou outras matérias indisponíveis ou de grande relevância social. Assim, tanto é problema do promotor de justiça zelar pelo acesso à educação de centenas ou milhares de menores, como de apenas uma única criança; tanto lhe é relevante a comercialização de milhares de ampolas de um medicamento prejudicial à saúde, como a de uma só.

Tivemos alguns precedentes de atuação intensificada do Ministério Público, na defesa de consumidores. Embora sem terem tido êxitos diversos 'pacotes econômicos' (p. ex., o Plano Cruzado, destinado a controle de remarcação e de aumentos indevidos, cf. Decretos-leis n. 2.283, 2.284/1986, ou o Plano Collor etc.), na ocasião bem se viu o importante papel que pode desempenhar o Ministério Público no atendimento e defesa do consumidor. Inúmeras ações, na área civil e criminal, foram na época ajuizadas em prol da defesa do interesse público ou de interesses difusos e coletivos ligados à proteção dos consumidores (desrespeito ao congelamento de preços, ao tabelamento, abuso do poder econômico etc.)

Desde que, sem quebra da ordem constitucional, se empreenda uma reforma séria e competente na economia, o Ministério Público por certo terá em mãos meios de zelar pelo respeito aos direitos do consumidor, não só nas implicações penais (crimes contra a economia popular), como nas implicações cíveis (ação civil pública ou coletiva)" (**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 7. ed. Saraiva, 1995. p. 115 a 117).

A propósito, entendo como oportuno trazer agora, parte do voto que proferi no Recurso Especial n. 58.682-8-MG, no qual demonstrei a legitimidade do Ministério Público para propor ações de considerável relevância social. Confira-se:

"Pois bem, a Lei n. 7.347/1985 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e dá outras providências.

E o art. 1.º marca o seu alcance:

"Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta lei sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I. ao meio ambiente;

II. ao consumidor;

III. a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV. a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V. por infração da ordem econômica."

A Lei n. 8.625/1993 dispõe, *verbis*:

"Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;"

O art. 21, da lei regulamentadora da ação civil pública, acrescido pelo art. 117 do Código de Defesa do Consumidor, manda aplicar à defesa dos direitos individuais os dispositivos do Código citado que regem a defesa do consumidor em juízo.

Porém, a exegese já feita foi a de que os mencionados direitos individuais homogêneos só podem ser postulados via ação civil coletiva quando afetos a uma relação de consumo.

Assim, manifestou-se este Tribunal sobre o tema:

"Processual Civil. Ação civil pública visando impedir o aumento de imposto predial. Ilegitimidade do Ministério Público.

A Lei n. 7.347/1985 disciplina o procedimento da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor (meio ambiente etc.), incluindo sob a sua égide, os interesses e direitos individuais homogêneos.

A lei de regência, todavia, somente tutela os "direitos individuais homogêneos", através da ação coletiva, de iniciativa do Ministério Público, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.

O Ministério Público não tem legitimidade para promover a ação civil pública na defesa do contribuinte do IPTU, que não se equipara ao consumidor, na expressão da legislação pertinente, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço como destinatário final e não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo.

In casu, ainda que se trate de tributo (IPTU) que alcança considerável número de pessoas, inexiste a presença de manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, para perlavar a legitimação do Ministério Público.

Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante" (REsp. n. 57.465-PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *DJ* 19.06.1995).

Em seu voto, o ilustre Ministro-Relator, com lucidez, ponderou, *verbis*:

> "É certo, todavia, que o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985, introduzido pelo art. 117 do CDC, inclui, como passíveis de proteção através da ação civil pública, '*os interesses ou direitos individuais homogêneos*'. *Não é menos certo, entretanto, numa interpretação sistemática da legislação supracitada, que 'os interesses e direitos individuais homogêneos' somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. É que a Lei n. 7.347/1985, a começar da sinopse com que é encimada, 'disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor' (meio ambiente etc.). E, ainda quando, no seu artigo 21, permite o uso da ação coletiva para a defesa 'dos interesses coletivos e individuais', faz remissão expressa do Título III, do Código de Defesa do Consumidor. Pretendeu, pois, a lei, explicitar, com a remissão (ao CDC), 'que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos possuidores. Vale dizer: não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente*'. É este o entendimento prevalecente na doutrina: 'os interesses ou direitos individuais podem ser também objeto de defesa coletiva, enquanto significativos de interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor (ou seus sucessores), que tenham tido origem ou causa comum, no que diz com fatos geradores de tais interesses ou direitos individuais... São esses interesses ou direitos defensáveis a título coletivo, porque devem ser desprezados e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada consumidor... Quanto a estes aspectos pessoais diferenciados, próprios de cada situação concreta, de cada consumidor (vítima ou sucessor), de forma preferencial, poderão vir a ser postulados pelos próprios interessados, o que deve ocorrer na liquidação da sentença genérica, proferida no processo de conhecimento'" (Conf. ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM. **Código do Consumidor Comentado**. p. 380).

Os direitos individuais homogêneos reivindicados nestes autos não se inserem em relações de consumo.

Na vertente hipótese, o Ministério Público postula em prol de aproximadamente setecentas pessoas humildes e portadoras de sequelas contraídas em trabalho penoso e sem as precauções devidas, face à inércia do recorrido. É bom frisar que a questão numérica é apenas ilustrativa.

Os interesses são individuais, sem dúvida, mas a origem única da patologia recomenda a defesa coletiva dos mesmos em um só processo sob o pálio do recorrente, pela relevância social atribuída aos interesses homogêneos, que, no caso, podem ser equiparados aos coletivos. Ademais, o princípio da economia processual também recomenda a conclusão, evitando-se centenas de demandas com o mesmo objetivo.

Aliás, o recorrente bem identificou o interesse social relevante quando argumentou, *verbis*:

> "Na realidade, ao propor ação deste porte, identificou o apelante o claro e insofismável *interesse social*, haja vista que 'a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto, geralmente, ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde, ou à segurança de pessoas; ocorre, também, quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária, ou pelo menos, conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público; ocorre, ainda, quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, um sistema econômico, social ou jurídico' (MAZZILLI, Hugo Nigro. In: **RT** 682/26).
>
> Negar, destarte, a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa dos interesses dos trabalhadores das insalubres minas que compõem a Mineração Morro Velho, de maneira a permitir que todos sejam civilmente indenizados pelos danos físicos a estes causados, é contrariar toda esta sistemática traçada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que mantém, entre si, ampla e proveitosa integração.
>
> O interesse social de garantir a este número expressivo de pessoas – presumidamente hipossuficientes do ponto de vista econômico – o acesso de justiça é um dos compromissos implicitamente conferidos ao *Parquet* pelo legislador constituinte.
>
> Desta maneira, avulta, sobremaneira, a função do Ministério Público enquanto órgão destinado à defesa do regime democrático e da ordem jurídica."

Conforme leciona **Marcelo Pedroso Goulart** *et alii* (O Ministério Público e a defesa do regime democrático e da ordem jurídica, XVII Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos, edição Associação Paulista do Ministério Público, 1989, p. 45):

> "Na defesa do regime democrático, não se compreende que a atuação funcional dessa instituição – tão adequadamente ubicada no seio da sociedade civil – possa privilegiar a aplicação do direito concebido numa perspectiva positivista e distanciado da realidade socioeconômica, apoiado em princípios racionalistas que visam perpetuar a ideologia da minoria dominante com a exclusão e o sacrifício da imensa maioria integrante das classes dominadas.
>
> A atuação do Ministério Público, então, na defesa da ordem jurídica há de buscar a efetivação do direito como instrumento de transformação social levada a efeito segundo a ótica da ideologia reinante na sociedade como expressão de sua hegemonia, de forma a concretizar os anseios de participação das classes dominadas no processo político.
>
> Na defesa da ordem jurídica o Ministério Público atuará como veículo cambiante dos valores plasmados hegemonicamente no âmbito da sociedade civil, internalizandoos na superestrutura, mediante atuação que possa estabelecer perfeita sintonia com a base material.
>
> É nesse mister que a instituição, responsável pelo acesso das classes dominadas à justiça, atuará no aforamento de questões coletivas envolvendo conflitos de classe e na

> mediação desses mesmos conflitos enquanto órgão incumbido da criação e aplicação do direito para harmonizar-se dos multiplicados antagonismos sociais, nos moldes da tecnologia do consenso."

Crê-se que, sempre será possível ao Ministério Público promover a defesa dos direitos individuais homogêneos quando dali se extrair um interesse social relevante, visto que entre a coletividade atingida, a grande maioria não teria, por motivos econômicos, como recorrer individualmente ao Poder Judiciário.

Releva notar que o Ministério Público não faz uso indiscriminado, arbitrário e abusivo do instituto da substituição processual, como faz crer o acórdão embargado.

A Instituição, ao identificar o interesse social que deva ser levada à apreciação do Judiciário, o faz de modo isento e amparado pela lei.

Assim, a partir do momento em que restou constatado uma série de lesões físicas que comprometem e debilitam a integridade físico-psíquica dos trabalhadores da Mineração Morro Velho, uma comunidade significativa de pessoas ficou completamente despossuída espiritual e materialmente.

Inegável, então, que o embargante atuasse em favor destes humildes e pobres seres humanos, de modo a lhes garantir, no mínimo, que suas pretensões fossem canalizadas ao Judiciário, a fim de que pudessem ter de volta o direito à saúde, a uma correta *qualidade de vida* no ambiente do trabalho. Enfim, que recuperassem a *dignidade humana*.

Não fosse assim, certamente nunca as vítimas teriam condições de bater às portas da justiça (fls. 3.128 a 3.130).

Em precedente da 1.ª Turma, REsp. n. 49.272-6-RJ, publicado no *DJ* 17.10.1994, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ficou assentado, *verbis*:

> "*Processual Civil. Ação civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de iluminação pública. Possibilidade.*
>
> A Lei n. 7.345, de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).
>
> É princípio de hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. O artigo 21 da Lei n. 7.345, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei n. 8.078/1990) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e 'direitos individuais homogêneos', legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/1990).
>
> Os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu con-

> junto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – "a ação coletiva".
>
> O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as Leis Municipais n. 25/1977 e 272/1985 são anteriores à Constituição do Estado, justifica, também, o uso da ação civil pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.
>
> Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso, da ação civil pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime."

Anote-se, como fez exaustivamente o especial, que a doutrina mais moderna recomenda a presença do Ministério Público, em casos como o presente, no polo ativo, na linha do preceito constitucional próprio do art. 127, que cobre a defesa dos interesses sociais.

Mestre **José Carlos Barbosa Moreira** assinala essa direção do processo civil no trecho que se segue, *verbis*:

> "Mas não terminam aí os motivos que poderiam contribuir para inquietar o nosso hipotético observador. De um lado, ele verifica que as reformas legislativas dos últimos anos propendem, de modo geral, a dar maior relevo à participação dos órgãos públicos no processo civil. No direito pátrio, o fenômeno é gritante, e por mais de um aspecto, veem-se consideravelmente reforçados e ampliados os poderes do juiz na direção, não apenas formal, mas também material, do pleito; sobretudo depois das reformas levadas a cabo em 1994, cresce para o órgão judicial, em variados tópicos, a margem de discrição, enquanto aumenta o número de hipóteses em que se abre possibilidade de atuar de ofício, e até decidir fora dos limites dos *petita partium*. Além disso, alarga-se em medida notável o âmbito de atividade do Ministério Público, investido por sucessivos diplomas legais de legitimação para agir em juízo na defesa de direitos e interesses que nem sempre ultrapassam as divisas do terreno privado. Se o observador quisesse valer-se de nomenclatura clássica, embora nem sempre isenta de ambiguidade, poderia dizer que o processo civil brasileiro se vai colorindo, em áreas a cada dia mais extensas, de tonalidades inquisitórias; ou, para evitar mal-entendidos, que nele a componente publicística vai tendendo a ocupar espaço após espaço e a deixar campo restrito para o jogo de poder de disposição dos particulares" (**Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, 1995, p. 311/312).

Na mesma direção, EDIS MILARÉ, invocando o magistério de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, assinala, *verbis*:

> "[...] paulatinamente, o Ministério Público se vem tornando um agente ou um 'representante' processual de todos quantos possam sofrer lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira

> aplicabilidade da lei. À medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhes asseguram... Lutando por um ideal que, diretamente, não é seu, o Ministério Público como que realiza uma obra e uma cruzada de altruísmo, sem que se possa atribuir a seus membros nem mesmo a ambição, aliás justa, das recompensas financeiras dos advogados. Daí a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiçá, anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe 'promover' o bem-estar, a segurança, a legalidade, a justiça na coletividade" (Edis Milaré, **A ação civil pública na nova ordem constitucional**, Saraiva, 1990, fls. 32).

Também **Milton Flaks**, cuidando dos instrumentos processuais de defesa coletiva, mostrou a ampliação do cabimento da ação civil pública, que nasceu inspirada nas **public actions** e nas **class actions** do direito norte-americano, nos termos seguintes, *verbis*:

> "25. Promulgado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), as suas disposições finais introduziram importantes alterações na lei básica disciplinadora da ação civil pública, inclusive para ajustá-la à amplitude que lhe deu a vigente Constituição, promulgada posteriormente.
>
> 26. Com efeito, não poderia a ação civil pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988 que é função do Ministério Público promover 'a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos' (art. 129, n. III), **tout court** (e não os 'interesses coletivos ou difusos indicados em lei').
>
> Em abono desse entendimento observe-se que, quando a Constituição autorizou a lei a estabelecer limitações, o que fez expressamente. Assim, ao cuidar da legitimidade ativa, preceituou: 'A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei' (art. 129, § 1.º).
>
> 27. Dentre as alterações introduzidas na Lei da Ação Civil Pública pelo Código de Defesa do Consumidor, merecem destaque as seguintes:
>
> a) restabeleceu o inciso IV do art. 5.º da Lei n. 7.347/1985, precisamente o dispositivo vetado pelo Presidente da República, para estender a ação civil pública a 'qualquer outro interesse difuso ou coletivo' (art. 110);
>
> b) em consequência, transformou a ação civil pública em instrumento hábil para defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros;
>
> c) determinou que se aplicasse à defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos a disciplina processual instituída pelo Código do Consumidor para a defesa deste em Juízo (art. 117);

d) como resultado, facultou que na ação civil pública se postule não só a condenação do réu a se abster de uma conduta ilícita, como também a compor danos individualmente causados;

e) e tudo isso sem embargo, no caso de insucesso da demanda coletiva, de cada lesado pleitear individualmente a composição do respectivo prejuízo, reabrindo o debate sobre a ilicitude da conduta do réu" (*Revista de Direito Administrativo*, 190/65, Rio, Renovar).

Na realidade, a interpretação que se está acolhendo para prover o especial e afastar a ilegitimidade do Ministério Público leva na devida consideração o interesse social que cabe ao Ministério Público defender a partir da matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição Federal) e que se encontra delineado na legislação infraconstitucional própria.

Para ilustrar, menciono os seguintes precedentes da Egrégia Quarta Turma deste Tribunal:

"Processual Civil. Ação civil pública. Mensalidades escolares. Ministério Público. Interesse coletivo. Legitimação ativa. Doutrina. Precedentes. Recurso provido.

I – Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social.

II – Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania" (REsp. n. 34.155-MG, 4.ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* 11.11.1996).

"*Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade de parte.*

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar. Precedentes da 4.ª T.. Recurso especial conhecido e provido para afastar a carência de ação" (REsp. n. 68.141-3/RO, 4.ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 23.10.1995).

"*Ação civil pública*. Interesses coletivos. Legitimidade ativa. Ministério Público. Anuidade escolar.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação da anuidade escolar.

Recurso conhecido e provido" (REsp. n. 38.176/MG, 4.ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 18.09.1995).

"*Ação civil pública. Ministério Público.*

Legitimidade tem o Ministério Público para a ação civil pública em prol de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento de ensino.

Recurso especial atendido.

Unânime" (REsp. n. 39.757-MG, 4.ª T., Rel. Min. Fontes de Alencar, *DJ* 24.04.1995).

Por todo o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação cível.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO:

Creio que teria razão o acórdão se a regulamentação legal da matéria se cingisse ao invocado artigo 1.º da Lei n. 7.347, em que se cogita de interesses difusos ou coletivos. A hipótese em julgamento não se insere entre esses. Trata-se de direitos individuais homogêneos.

Ocorre que a Lei da Ação Civil Pública veio a sofrer modificação relevantíssima. O Código de Defesa do Consumidor nela incluiu a norma, consubstanciada no seu atual artigo 21, que claramente estendeu a possibilidade de aquele tipo de ação coletiva referir-se também àquela classe de direitos.

Cumpriria, em tese, passar à questão constitucional. O tema, entretanto, já foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal e, como base no que decidiu, limito-me a reconhecer a constitucionalidade.

Acompanho o Relator.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MENSALIDADES ESCOLARES – MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERESSE COLETIVO – LEGITIMAÇÃO ATIVA

STJ, 4.ª T., REsp. n. 34.155/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. de 14.10.1996, *Revista de Direito do Consumidor*, 22/171

EMENTA

1 – Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social.

2 – Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dandolhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os

Ministros Barros Monteiro, César Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Fontes de Alencar.

Brasília, 14 de outubro de 1996 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Presidente e Relator.

EXPOSIÇÃO

O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Trata-se de "ação civil pública" ajuizada pelo MP do Estado de Minas Gerais contra a Beneficência Franciscana, mantenedora do Colégio Frei Orlando, para:

> "Suspender a cobrança ou o recebimento de mensalidades escolares que contenham parcela de repasse de aumento de professores relativo à decisão do TRT, acórdão TRT-DC-45/91.
>
> Devolver ou creditar, acrescido de juros e correção, para ser descontado na mensalidade do próximo mês, qualquer valor recebido em razão de repasse relativo decisão do TRT, acórdão TRT-DC-45/91.
>
> Receber sem acréscimo de qualquer gravame (multa, juros, correção) as mensalidades do mês de junho por ventura em atraso, mensalidades que deverão ser fixadas conforme determinado no item 2 deste pedido, estabelecendo, para tanto, um prazo de 05 (cinco) dias para a quitação, contados da efetiva publicidade que o requerido deverá dar dos termos desta decisão.
>
> Pagar, em caso de descumprimento da ordem judicial, a Multa Mensal de 100 (cem) salários mínimos, a favor do Fundo Nacional de Bens Lesados.
>
> Recolher a favor do Fundo Nacional de Bens Lesados o quádruplo dos valores porventura recebidos em razão de repasse para mensalidades escolares, relativos à decisão TRT-DC-45/91, acrescidos de juros e correção aferidos à data do efetivo recolhimento.
>
> Pagar custas processuais.
>
> Pagar honorários advocatícios, devendo estes serem recolhidos ao Fundo Nacional de Bens Lesados".

Na sentença, que afastou a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do MP, foi julgado improcedente o pedido.

A E. 6.ª Câm. Civ. do TAMG negou provimento à apelação do autor, alterando o dispositivo da sentença para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa, extinguir o processo sem julgamento do mérito.

Foi interposto recurso especial, fundamentado na alínea *a*, argumentando-se com ofensa aos arts. 81, parágrafo único, e 82, II, da Lei n. 8.078/1990.

Contra-arrazoado foi o recurso admitido na origem.

Tendo afirmado suspeito o Sr. Min. Eduardo Ribeiro, vieram-me os autos por redistribuição.

O ilustre representante do *Parquet* federal, após manifestar-se, no mérito, pelo conhecimento e provimento do recurso, fez juntar aos autos pronunciamento no sentido de haver competência interna da 1.ª Seção, uma vez que, no REsp. n. 37.171-6-SP, versando matéria idêntica, houve declinação da competência por parte do Sr. Min. Nilson Naves, "demonstrando que casos similares foram julgados pela 1.ª Seção".

É o relatório.

VOTO

O SR. MIN. SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator):

1. *Preliminarmente*, quanto à questão da competência *ratione materiae*, não vislumbro razões para que sejam os autos encaminhados à E. 1.ª Seção.

A competência interna em razão da matéria é fixada em função da natureza da relação jurídica controvertida, cuja delimitação é dada pelo pedido e pela causa de pedir.

A questão aqui versada concerne à execução do contrato de prestação de serviços de ensino, avençado entre consumidores e instituições educacionais particulares. A circunstância de que o funcionamento dessas entidades seja submetido à "autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público" e subordinem-se elas às "normas gerais da educação nacional" (art. 209 da CF), não desfiguram a natureza privada da avença ou da controvérsia sobre ela formada.

Enquadra-se, portanto, a espécie, no art. 9.º, § 2.º, **RISTJ**, *verbis*:

> "À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos atinentes ao Direito Privado, compreendidos, dentre outros, os relativos:
>
> II – Às obrigações em geral de direito privado, mesmo quando o Estado participar do contrato."

2. No pertinente ao *mérito*, argumenta-se com negativa de vigência dos arts. 81 e 82 do CDC, em face da decretação da ilegitimidade ativa *ad causam* do MP, ao fundamento de não se cuidar de interesse difuso ou coletivo, entendido esse último como aquele "da coletividade como um todo".

O recorrente afirma que "o CDC confere plena legitimidade ao MP para defender os interesses dos consumidores, sejam aqueles de cunho difuso, coletivo ou individual homogêneo".

A questão já foi enfrentada por esta 4.ª T. mais de uma vez. Assim ao julgar a relatoria do Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar o REsp. n. 38.176-2/MG, ementou:

> "Ação civil pública. Interesses coletivos. Legitimidade ativa. MP. Anuidade escolar.
>
> O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, na defesa de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimento escolar, visando à fixação da unidade escolar.
>
> Recurso conhecido e provido."

Esse acórdão foi tomado por unanimidade, colhendo-se do voto condutor:

"O v. acórdão recorrido, ao reconhecer a ilegitimidade do autor, negou vigência ao disposto no art. 82, inc. I, do CDC, que atribuiu ao MP legitimidade para promover a defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo, através de ação coletiva, sejam eles interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, assim como definidos no parágrafo único do art. 81.

No plano constitucional, a Lei Maior atribuiu ao MP 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de *outros interesses coletivos*' (art. 129, III). Ainda prescreveu que a ordem econômica está fundada, entre outros, no princípio de defesa do consumidor (art. 170, inc. V), e que o ensino, sendo livre à iniciativa privada, está condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional (art. 209).

Trata-se, no caso, de ação coletiva proposta para a defesa do interesse da comunidade de pais e alunos do Colégio Arnaldo, com o propósito de impedir o aumento das mensalidades escolares. O interesse defendido é coletivo, assim como definido no art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC; 'interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'. Discorrendo sobre eles, e acentuando a diferença com os interesses difusos, escreveu Kazuo Watanabe: 'Nas duas modalidades de interesses ou direitos coletivos, o traço que os diferencia dos interesses ou direitos *difusos* é a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)' (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** p. 506).

São interesses *metaindividuais*, que não são nem públicos nem privados, mas interesses sociais, como ensina a d. Prof.ª Ada Pellegrini Grinover: 'São interesses de massa, de configuração coletiva, caracterizados por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo *versus* indivíduo, nem indivíduos *versus* autoridade, mas que é típica das escolhas políticas'... 'Novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas. E multiplicam-se as associações dos consumidores, defesa da ecologia, de amigos de bairros, de pequenos investidores' (A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: **Direito do Consumidor** 5/206). Enquanto essas associações não se organizam, enquanto não se fortalece a consciência da cidadania, como recomenda a ilustrada mestra, oficia subsidiariamente o MP como

titular das ações coletivas. Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se só houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do eminente Prof. José Carlos Barbosa Moreira, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

'A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar aí a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu há dois séculos e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores' (**A tutela dos interesses difusos**. p. 105).

Tratando de caso assemelhado aos dos autos, escreveu o Prof. Nelson Nery Jr.: 'O direito perseguido pelo MP nesse caso do AI n. 127.154-1, aqui analisado poderia ser considerado coletivo, em face da relação jurídica base que existe entre uma das partes (grupo mantenedor da escola) e alunos e seus pais. Mas não é só. O direito seria coletivo porque os alunos e seus pais, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que se tiver o controle do quadro completo do alunado ou em que se puder dimensionar o universo desses consumidores, quantificando-os e qualificando-os' (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. p. 622).

Registro que este Tribunal já examinou a mesma questão em julgados anteriores, inclinando-se pela ilegitimidade (REsps. n. 37.171 e 35.644, relator eminente Min. Garcia Vieira; REsp. n. 47.019, Rel. eminente Min. César Rocha). Parece-me, *data venia*, melhor a corrente contrária."

Discorrendo sobre o tema escreveu, com a segurança habitual, o Procurador de Justiça paulista Hugo Nigro Mazzilli (**A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. Saraiva, 1995. cap. 4, n. 14, citando **RT** 668/52):

"Quanto à defesa de interesses coletivos, em sentido estrito, e de interesses individuais homogêneos, cremos deva firmar-se uma interpretação finalística. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público."

Ainda desta Turma, unânime, e sob a relatoria, o REsp. n. 70.997-SP, especificamente sobre mensalidades escolares:

"Ação Civil Pública. Ministério Público. Mensalidade escolar. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública acerca de fixação e cobrança de mensalidades escolares."

Em síntese, descortina-se na espécie a presença do interesse coletivo, sabido que no Código de Defesa do Consumidor a expressão "coletivo" tem conceito mais abrangente, devendo, ademais, ser perquirido caso a caso, notadamente sob o ângulo da relevância social (confira-se, ainda no tema, WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In*:* **As Garantias do cidadão na justiça**, coletânea. São Paulo: Saraiva, 1993. n. 13).

Por tais razões, conheço do recurso e lhe dou provimento para que, superada a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* do MP, seja processado o feito como de direito.

MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFESA DE INTERESSES DE ADQUIRENTES DE UNIDADES EM CONJUNTO HABITACIONAL AMEAÇADAS DE RUÍNA

TJSP, 2.ª Câm. Dir. Privado, AI n. 261.450-1, Rel. Des. Cezar Peluso, ac. de 23.04.1996, *JTJSP* 192/227

Agravo de Instrumento n. 261.450-1 – Leme

Agravante: Concima S.A. Construções Civis

Agravado: Ministério Público

EMENTA

O Ministério Público tem legitimação extraordinária para propositura de ação coletiva, em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando sejam estes indisponíveis, ou, sendo embora disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente importância social, como os de adquirentes de unidades de conjunto habitacional, cujos vícios de construção lhes ameaçam a todos a integridade física.

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, em negar provimento ao recurso.

1. Inconsistente o recurso.

Não se conhece da primeira questão, relativa à competência, porque, suscitada mediante exceção ritual e assim decidida, constitui objeto de impugnação específica por agravo autônomo (Agravo de Instrumento n. 263.585-1-1), que será julgado pelo órgão competente.

Na segunda, a qual concerne à arguição de ilegitimidade ativa *ad causam*, não tem razão a ora agravante, cujo argumento básico radica em que, cuidando-se de pedido de tutela de interesses individuais disponíveis, não estaria legitimado para a ação coletiva o representante do Ministério Público.

E não o tem, porque o erro original, que contamina todo o raciocínio da ora agravante, nasce da desconsideração absoluta do verdadeiro interesse substantivo por tutelar, que não é o valor patrimonial inerente ao hipotético descumprimento dos contratos de construção de unidades habitacionais certas e identificáveis, senão a **preservação da integridade física** dos adquirentes.

É claríssima, ao propósito, a petição inicial, no aludir, como circunstância elementar da *causa petendi* e signo de comprometimento da estabilidade dos imóveis e da incolumidade física dos moradores, ao fato de as casas apresentarem, por culpa da construtora, ora recorrente, nas paredes e nos pisos, rachaduras que se supõem graves, além de o barranco, que corta os terrenos, estar, por falta de obras adequadas, sob risco de erosão e desmoronamento.

E é não menos clara no caráter exemplificativo do relato, o qual não se circunscreve aos defeitos dalgumas das mais quatrocentas casas do conjunto habitacional. Só isto basta, aliás, por repelir a bisonha preliminar de inépcia, que não há.

Vê-se, daí, que a hipótese não se reduz à defesa imediata de simples interesses patrimoniais pertencentes a sujeitos determinados e sem nenhuma relevância social, como seriam, *verbi gratia*, os oriundos de inadimplemento corriqueiro de negócios jurídicos de construção, a cujos contraentes, prejudicados em sua fazenda, pesaria o ônus de, na medida da disponibilidade dos direitos e da divisibilidade dos objetos, se valerem das ações de que disponham. O de que se cuida é, antes, da necessidade teórica de proteção de interesses, individuais, sim, mas **indisponíveis**, porque se entendem com a **integridade física** das pessoas, cuja situação comum, que dita a natureza homogênea dos direitos afirmados, vem do fato de residirem todas no mesmo conjunto habitacional, onde se situa a fonte do perigo que lhes ameaça a vida.

Ora, não há nenhuma dúvida de que o Ministério Público tem, por assento constitucional expresso (artigo 127, *caput*, da Constituição da República), legitimidade para promover ação coletiva tendente a resguardar, ou a recompor, interesses comuns e indisponíveis de grupo de pessoas determinadas. É o que, a título de defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, especifica a legislação infraconstitucional (artigo 92 c.c. os artigos 81, parágrafo único, inciso III, e 82, inciso I, da Lei n. 8.078, de 11.09.1990), incidente no caso.

E, ainda quando não fora este, como é, de interesses **indisponíveis**, em nada sofreria com isso a legitimação do Ministério Público para a causa, cuja importância social é manifesta, porque, de acordo com a leitura ajustada à vocação constitucional do organismo, "a tutela de direitos transindividuais não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses

privados são vistos e tratados em sua **dimensão social** e **coletiva**, sendo de grande importância política a solução jurisdicional de conflitos de massa. Assim, foi exatamente a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (artigo 129, inciso IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-se sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no artigo 127 da Constituição. Quando muito, poder-se-ia exigir, caso a caso, que se aferisse a relevância social do objeto da demanda coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, para reconhecimento da legitimação do Ministério Público" (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 4. ed. 2.ª tir. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 545-546, destaques do original).

Tal exigência, a da aferição *in concreto* da presença, ou não, do **interesse social** legitimante, parece, aliás, menos concessão retórica que necessidade prática, pois decorre da própria fluidez semiológica da expressão, a qual constitui **standard legal**, e cujos limites denotativos, semelhantes, senão idênticos, aos de **interesse público** (veja-se a regra homóloga do artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil), são intencionalmente vagos (o sistema omite norma que lhe defina o uso) e, como tais, prestam-se a colher as mutações históricas dos fatos e valores que a condicionam no plano jurídico. Juízo absoluto da existência de interesse social que justifique o reconhecimento de legitimação extraordinária do Ministério Público, em defesa de interesses individuais disponíveis, quando não o preestabeleça a lei, isso, via de regra, só é possível nas particularidades do caso (ZAVASCKI, Teori Albino. O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos. In*:* **Revista de Informação Legislativa**, v. 30/183-184).

A tese correta consiste, pois, em que não é lícito ao Ministério Público tutelar, mediante ação coletiva, interesses privados, "a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o **interesse social**" (WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense.. In*:* **As Garantias do Cidadão na Justiça**. coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1993. p. 187, n. 4, destaques do autor). Ou, enunciada de modo inverso e mais explícito: o Ministério Público tem legitimação extraordinária para propositura de ação coletiva, em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando estes, sendo embora disponíveis, expressem valores jurídicos de transcendente importância social, isto é, valores que, por sua elevada importância para a organização jurídica da sociedade, em certo momento histórico, transcendem o nível dos interesses particulares. E a razão, óbvia e curta, é porque está, aí, a velar, *in apicibus*, por um interesses social qualificado.

Outra coisa não reconheceu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao decidir: "mesmo que disponível o interesse individual homogêneo, é de se admitir a legitimação extraordinária do **Parquet** para a propositura da ação coletiva quando a matéria, disciplinada no ordenamento jurídico, é de tal relevância e de tal dimensão que alcance a esfera jurídica da coletividade" (do voto do Ministro Torreão Braz, no Recurso Especial n. 38.176-2-MG, **RT**, v. 723/287, 1.ª col.).

Como então, abstraindo-lhe a indisponibilidade e a irrenunciabilidade intrínsecas ao modo de ser da pessoa humana (cf. DE CUPIS, Adriano. **I Diritti della Personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982. p. 111 e segs., e DEL RIO. José Manuel Lete. **Derecho de la Persona.** Madrid: Tecnos, 1986. p. 179, **B**), supor que, pelo só fato de o risco comum provir do descumprimento de negócios jurídicos celebrados por um número, aliás significativo, de pessoas individualizadas, seu direito à incolumidade física, à vida em suma, não figuraria um dos valores supremos da ordem social (artigo 5.º, *caput*, da Constituição da República)?

Coisa tão manifesta não podia escapar à doutrina, a qual, com inteira pertinência ao caso, há muito notou que às vezes "a defesa de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isso geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à **saúde** ou à **segurança** das pessoas" (MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 121, n. 4, grifos nossos. Cf., *ibidem*, p. 49, n. 1, e p. 117, n. 3. E, ainda, do mesmo autor, Das Ações Coletivas em Matéria de Proteção ao Consumidor – O Papel do Ministério Público. In: **Justitia**. v. 160/163).

É o que basta.

Por fim, não há decadência alguma do inquérito civil, cuja instauração não está sujeita a prazo preclusivo.

2. Do exposto, negam provimento ao recurso. Custas *ex lege*.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores J. Roberto Bedram e Vasconcellos Pereira.

São Paulo, 23 de abril de 1996

CEZAR PELUSO, Presidente e Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PLANO DE SAÚDE – MENSALIDADE – REAJUSTE – MINISTÉRIO PÚBLICO – *LEGITIMATIO AD CAUSAM* – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

TAMG, 6.ª Câm. Cív., Ap. n. 215.934-8, Rel. Juiz Baía Borges, ac. de 26.03.1998, *RJTAMG* 70/57

O representante do Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando impedir a majoração de preços das mensalidades de plano

de saúde, tendo em vista o disposto nos arts. 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990, sendo irrelevante tratar-se de ato praticado contra determinado grupo de pessoas, pois o pedido visa à proteção do direito difuso ou transindividual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 215.934-8, da Comarca de Juiz de Fora, sendo apelante Ministério Público do Estado de Minas Gerais e apelada Unimed/JF – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., acorda, em Turma, a Sexta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, em **dar provimento**.

Presidiu o julgamento o Juiz Pedro Henriques (Revisor) e dele participaram os Juízes Baía Borges (Relator convocado) e Francisco Bueno (Vogal).

Belo Horizonte, 26 de março de 1998

JUIZ BAÍA BORGES:

"Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por sua Curadoria de Defesa do Consumidor de Juiz de Fora, ajuizou ação civil pública objetivando obstar a majoração de preços das mensalidades praticadas pela Unimed – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., daquela cidade.

A sentença de fls. 165-170 julgou extinto o processo acolhendo a preliminar de ilegitimidade ativa do Órgão do Ministério Público para a propositura da ação.

A questão que se enfrenta nos presentes autos tem gerado controvérsia, existindo decisões em sentidos diferentes. A tendência, no entanto, é de que a jurisprudência se firme no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade deferida nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, para propor ação visando à defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores, podendo ser exercida quando se tratar de interesses e direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum. Não importa, pois, que a ação civil pública tenha como base um ato praticado contra um determinado grupo de pessoas, como é o caso dos autos, pois o pedido tem por objetivo a proteção do direito difuso ou transindividual.

Comentando o art. 81 da Lei n. 8.078/1990, o Professor Francisco Cavalcanti assim se manifesta:

"A tutela de direitos e interesses que extrapolam o meramente individual vem se ampliando no mundo moderno, criando inclusive 'legitimação extraordinária' para defesa de interesses difusos, transindividuais ou coletivos, com afastamento, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, da regra do art. 6.º do Código de Processo Civil. O primeiro procedimento para defesa ampla desses direitos difusos

e coletivos existente no Brasil foi a Lei n. 7.347, de 24.07.1985 (Lei de Ação Civil Pública), pois a ação popular que a precedeu tem, na verdade, objeto mais restrito, conforme se constata do art. 1.º da Lei n. 4.717, de 29.06.1965" (In: **Comentários ao Código de proteção ao consumidor**).

Hugo Nigro Mazzilli preleciona que:

"Cabe hoje a defesa de qualquer interesse difuso, ou coletivo, por meio da ação civil pública ou coletiva. O CDC e a LACP complementam-se reciprocamente: em matéria de defesa de interesses coletivos ou difusos, um é de aplicação subsidiária para o outro.

Inexiste, pois, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos. Além das hipóteses já expressamente previstas nas diversas leis para a tutela judicial desses interesses (defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das crianças e adolescentes, das pessoas portadoras de deficiência, dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários, de interesses ligados à defesa da ordem econômica ou à livre-concorrência) – qualquer outro interesse difuso ou coletivo pode ser defendido em juízo, seja pelo Ministério Público, seja pelos demais legitimados do art. 5.º da LACP e do art. 82 do CDC" (**A Defesa dos interesses difusos em juízo**. p. 42).

A ação proposta defende interesses de enorme relevância social, quais sejam, interesses de configuração coletiva, e o representante do Ministério Público tem legitimidade para atuar em sua defesa, através de ação civil pública.

A propósito, em caso não exatamente igual mas que, *mutatis mutandis*, pode ser invocado aqui, esta Câmara, quando do julgamento da Apelação Cível n. 139.440-1, relatada pelo hoje Desembargador Sérgio Resende, veio a dar pela ilegitimidade do Ministério Público, tendo o egrégio STJ dado provimento ao recurso especial então interposto, concluindo pela sua legitimidade (REsp. n. 34.1557-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Por tal razão, dou provimento ao recurso para que, superada a questão da ilegitimidade ativa, seja dado ao feito o regular prosseguimento.

Custas, *ex lege*."

JUIZ PEDRO HENRIQUES:

"O meu ponto de vista anterior está sendo vencido pelas decisões superiores, de forma que acompanho, integralmente, o voto do eminente Relator e dou provimento ao recurso para que, superada a questão da legitimidade ativa do Ministério Público, seja dado ao feito regular processamento."

JUIZ FRANCISCO BUENO:

"De acordo."

MINISTÉRIO PÚBLICO – MEDIDA CAUTELAR – DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS – LIVROS E DOCUMENTOS – APREENSÃO DE CUNHO SATISFATIVO – INADMISSIBILIDADE

TJSP, 1.ª Câm. Cív., Ap. n. 159.266-1/2, Rel. Des. Euclides de Oliveira, ac. de 12.05.1992, *RT* 690/65)

Embora a Constituição Federal atribua ao Ministério Público apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás, com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).

Bastava a exibição dos documentos e livros em juízo, para a obtenção das xerocópias autenticadas que o Ministério Público entendesse necessárias, como aliás deve ter providenciado, objetivando instruir a ação de dissolução. Como, também, era plausível se efetuasse o preventivo exame pericial contábil dos papéis.

Afora tais providências, nada mais justifica a permanência das coisas em depósito, por importar em abusivo cerceamento ao exercício do próprio comércio, dificultando o controle das operações contábeis de empresa. A atividade empresarial há de ser respeitada, enquanto não determinada judicialmente a dissolução da sociedade, nas vias judiciais certas (ação principal, em curso).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 159.266-1/2, da comarca de São Paulo, em que é apelante Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., sendo apelado Ministério Público: Acordam, em 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, em indeferir o pedido de instauração de incidente de uniformização de jurisprudência e dar parcial provimento ao recurso e, por maioria de votos, rejeitar toda a matéria preliminar.

1. Medida cautelar de apreensão e depósito de livros e documentos, requerida pelo Ministério Público, como preparatória de ação de dissolução da empresa Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., sob alegação de vícios na sua constituição, por ausência de capital e inexistência de objeto social, além de irregularidades e fatos suspeitos à administração da sociedade.

A r. sentença de fls. 978, cujo relatório se adota, repeliu preliminares de ilegitimidade de parte ativa e de prescrição, e julgou procedente o pedido, mantendo a eficácia da medida liminar até o julgamento final da ação principal.

Apelação da requerida (fls. 983), insistindo na preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para propositura da ação, conforme pareceres que junta; argumenta, ainda, com a falta dos pressupostos para concessão da cautelar; e conclui por reclamar decreto de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou a improcedência da ação.

Oferecidas contrarrazões, em sustento à decisão recorrida.

Vieram aos autos novos elementos documentais.

O parecer da d. Procuradoria de Justiça é pelo desprovimento.

Após iniciado o julgamento, com adiamento a requerimento o Des. Revisor, intervieram novos procuradores da apelante, sendo por um deles requerida a instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Esse o relatório.

2. Não é caso de Uniformização de Jurisprudência.

Observa Theotônio Negrão, na nota 12 ao art. 476 do CPC, que "não se conhece de pedido da parte, se deficientemente instruído, sem indicação de repertório de jurisprudência ou certidão dos acórdãos divergentes" (*RJTJSP* 37/114, *JTA* 39/149, *RP* 4/407, em. 198 – *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 21. ed. RT, p. 266).

Conforme já decidiu o Eg. STJ, "o órgão julgador dispõe de uma margem de discrição, no exame da conveniência e da oportunidade de admitir o incidente, por vezes suscitado com invocação a aresto divergente isolado, ou já superado no tempo" (STJ, 4.ª T., REsp. n. 1.865-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 03.04.1990, não conheceram, v.u., *DJU* 30.04.1990, p. 3.528, 2.ª col., em.).

Cumpria ao requerente demonstrar a divergência sobre o tema debatido na causa, em situações análogas. Ao invés, trouxe à colação hipóteses inteiramente diversas, sem qualquer paralelo com a ação de dissolução de sociedade antevista na cautelar sob exame.

Com efeito, aos precedentes invocados se relacionam ação civil pública para determinar limites de cobrança de mensalidades escolares (Ap. n. 162.175-1, da 4.ª Câmara Civil deste Tribunal), e ações de responsabilização de ex-administradores de instituição financeira após o levantamento de sua liquidação extrajudicial (AI n. 46.301 e Ap. n. 128.684-1, da 6.ª Câmara Civil; Ap. n. 117.649-1, da 5.ª Câmara Civil), sendo que em todas se deu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público.

Como se analisará adiante, tais hipóteses não guardam relação com a destes autos, fundada em outra causa de pedir, fundamentação legal própria e objeto distinto.

De ser indeferido, pois, o requerimento de instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

3. A preliminar diz com a falta de legitimidade do Ministério Público para a ação proposta.

Lastreada em pareceres de eminentes juristas, e assistida por uma plêiade de advogados de reconhecido talento e admirável apuro técnico (fatores de inegável enriquecimento ao debate da causa), sustenta a apelante que não há motivo para atuação daquele órgão fiscalizador, desde que cessada a liquidação extrajudicial do COMIND, e tendo em vista que remanescem apenas interesses privados de credores, a serem satisfeitos mediante providências de cobrança de créditos de difícil recebimento, que lhes foram repassados por acordo. Não caberia ao Ministério Público representar certos credores descontentes, contra os interesses de milhares de outros acionistas que veem na sociedade apelante o único meio de obterem o ressarcimento dos prejuízos que tiveram com a liquidação do COMIND. Aduz que não se confundem, os direitos creditórios, passíveis de cobrança pelas vias judiciais próprias, com os interesses coletivos ou de natureza difusa a que aludem dispositivos da Constituição Federal e de leis especiais.

Sobre intervenção e liquidação extrajudicial, dispõe a Lei n. 6.024, de 13.03.1974, no art. 46, parágrafo único, que o órgão do Ministério Público proporá ação obrigatoriamente dentro em 30 dias, para apuração da responsabilidade dos ex-administradores.

Seria de questionar se a competência do mencionado órgão se prorrogaria mesmo após o levantamento da liquidação pelo Banco Central. A resposta tem sido negativa, por se entender que "a legitimação do Ministério Público, que é extraordinária, nasce e perdura em virtude da liquidação. Cessada esta, as questões remanescentes tornam-se individuais, em relação às quais cada um tem sua legitimação específica para discuti-las". Desse teor o parecer do Procurador de Justiça Vicente Greco Filho, acolhido por acórdão unânime da 8.ª Câmara Civil deste Tribunal, na Ap. cível n. 132.932-1, de que foi relator o Des. Fonseca Tavares (cópia a fls. 1.001-1.008).

Igual conclusão fora esposada por Cláudio Ferraz de Alvarenga, ex-Procurador-Geral da Justiça, em artigo publicado na *Revista Justitia*, v. 1240/253-280. Mais jurisprudência, colhe-se da *RJTJSP* 93/262, e de acórdão unânime da 2.ª Câmara Civil deste Tribunal, Relator o Des. Costa de Oliveira, na Ap. n. 137.720-1 (cópia à fls. 1.194).

Todavia, os precedentes não se aplicam ao caso dos autos. Aqui, não se pede a responsabilização de ex-administradores do Banco antes submetido a intervenção e liquidação extrajudicial. A pretensão é voltada contra a empresa-ré, que nada tem a ver com o COMIND, mas foi instituída com o propósito de atender aos interesses dos antigos credores daquela instituição financeira, visando o cumprimento do acordo para satisfação dos créditos pendentes.

Não se trata, por outro lado, de ação de cunho reparatório, ou de cobrança a favor de determinado número de credores, ou mesmo para que todos venham a se beneficiar com os recebimentos a que têm direito. Para providência dessa natureza não estaria legitimado o Ministério Público, por inapto à representação de meros

interesses individuais, cuja somatória não se confunde com interesses de cunho coletivo.

A presente medida cautelar foi requerida com propósito diverso. Visa a apreensão de documentos e livros contábeis da empresa instituída para representar os interesses dos credores, por vícios em sua constituição e desvio da finalidade. Daí o propósito de dissolução judicial da sociedade, a constituir objeto da ação principal. Resta ver se subsiste, sob esse enfoque, a legitimação de atuação do Ministério Público.

Equivocada a menção da r. sentença (fls. 978) ao art. 82, III, do CPC. A intervenção do Ministério Público, aí, se restringe à fiscalização, e não como autor, em causas de interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Sem pertinência, também, a invocação feita na inicial aos arts. 206, II, "b", da Lei das Sociedades Anônimas, e ao art. 670 do CPC de 1939.

O primeiro faculta requerimento de dissolução de sociedade anônima a acionistas dissidentes que representem 5% do capital social: não há dizer que o Ministério Público possa representá-los ou agir como se substituto processual; e sequer prova existe de que a ação tenha sido proposta em nome de acionistas com aquele aporte de capital.

A norma do antigo Código, de vigência mantida pelo art. 1.218, VII, do atual, refere-se a dissolução, por iniciativa do Ministério Público, de sociedade civil, que promova atividade ilícita ou imoral; sem aplicação, pois, à hipótese dos autos, em que se pretende medida acautelatória para dissolução de sociedade comercial.

Restam, porém, outros fundamentos para legitimar a atuação do Ministério Público, cuja função institucional foi alargada pela Constituição Federal de 1988, abrangendo a promoção de ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Quando se pretende, como objeto de ação justificadora de cautelar, a dissolução de sociedade anônima, por alegada ausência de capital social, falta de objeto, e irregularidades administrativas prejudiciais ao universo de credores, não se está agindo em nome de interessados certos ou fracionáveis. A intenção assume contornos maiores, pela abrangência de interesses coletivos, uma vez que indivisível a *meta optata*. Não se pode dissolver a empresa para uns e resguardá-la com relação a outros. Essa indivisibilidade do objeto de interesse, que a doutrina põe em devido destaque, significa que entre os cotitulares se forma, "por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir sequer idealmente, onde acaba a quota de cada um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade"

(BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In: Temas de Direito Processual.* Rio de Janeiro, 3.ª série, p. 195).

Em análoga situação, de cautelar movida contra a empresa Participações Dezenove de Novembro S.A., oriunda da antiga Associação Dezenove de Novembro, de onde também se originou a apelante, destinando-se, aquela, à defesa de interesses dos credores do antigo Banco Auxiliar (enquanto a apelante se restringe aos credores do Banco COMIND), decidiu a Eg. 8.ª Câmara Civil deste Tribunal pela admissibilidade de cautelar movida pelo Ministério Público, mantendo liminar que deferiu a busca e apreensão de livros da empresa. Foi no AI n. 152.132, de São Paulo, rel. o Des. Franklin Nogueira (cópia extraída dos autos do AI n. 149.027-1, desta 1.ª Câmara, fls. 902), concluindo-se que "patente a indivisibilidade do objeto do interesse (de dissolução desta sociedade), a caracterizá-lo como coletivo. Há sem dúvida, entre os cotitulares, 'aquela comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir sequer indiretamente, onde acaba a quota de cada um e onde começa a do outro'. Não se trata, em absoluto, de interesse creditício de cada um deles, exercitável contra a empresa devedora, mas sim do interesse de todos na dissolução desta sociedade anônima".

De outra parte, veja-se que a intervenção direta do Ministério Público é prevista na Lei n. 7.913/1989, a fim de apurar danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, aqui se enquadrando, em sentido lato, os participantes do mercado de capitais como acionistas, sem a restrição que a apelante pretende opor sob o argumento de que seria uma sociedade anônima de capital fechado.

Por último, bem anotou o MM. Juiz que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.09.1990) assegurou legitimidade concorrente ao Ministério Público para exercer em Juízo a defesa de interesses coletivos transindividuais, a saber, interesses de natureza indivisível de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (arts. 81, II, 82 e 90).

A esse respeito, observa a Prof.ª Ada Pellegrini Grinover que a Lei n. 7.347/1985, ao dispor sobre a ação civil pública, cuidava somente da defesa do consumidor e do ambiente, em sentido lato, e no estrito âmbito dos interesses difusos e coletivos, ou seja, quando se tratasse de bens indivisíveis. Todavia, o Código de Defesa do Consumidor ampliou a abrangência da referida lei, determinando sua aplicabilidade a todos os interesses difusos e coletivos (art. 110) e, ainda, criando uma nova ação coletiva, para a tutela dos que denominou "interesses ou direitos individuais homogêneos", ao lado dos "interesses transindividuais". Quanto ao Ministério Público, ressalta a ilustre jurista que, "muito embora a Constituição lhe atribua apenas a defesa de interesses individuais indisponíveis (art. 127), além dos difusos e coletivos (art. 129, III), a relevância social da tutela coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos levou o legislador ordinário a conferir ao MP e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda, mesmo em se tratando de interesses ou direitos disponíveis. Em conformidade, aliás,

com a própria Constituição, que permite a atribuição de outras funções ao Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX); e a dimensão comunitária das demandas coletivas, qualquer que seja seu objeto, insere-as sem dúvida na tutela dos interesses sociais referidos no art. 127 da Constituição" (artigo em *O Estado de São Paulo*, caderno de Justiça, edição de 14.12.1991, sob o título Ação coletiva fortalece proteção).

Reconhecida a competência funcional do Ministério Público para os fins objetivados na ação principal, manifesto que se acha igualmente legitimado ao ajuizamento do correspondente processo preparatório.

Rejeitada, pois, a preliminar do recurso.

4. No mérito, a apelação é de ser provida em parte, para que se restrinjam os efeitos da medida cautelar.

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público, para apreensão de todos os livros, balanços, documentos contábeis e escriturais da sociedade, por notícia de operações fraudulentas aos interesses de credores do extinto Banco COMIND, que se achava sob o regime de liquidação extrajudicial.

Levantada a intervenção pelo Banco Central, mediante aprovação de acordo para satisfação das dívidas, formou-se uma sociedade civil para representação dos credores, sob o nome de Associação Dezenove de Novembro, depois transformada na empresa apelante – Dezenove de Novembro Empreendimentos S.A., cuja atuação, segundo as investigações efetuadas pelo Ministério Público, se revestia de sérias irregularidades, exigindo sua dissolução judicial.

Tais os fundamentos da medida preparatória. Concedida a liminar (fls. 188), viu-se cumprida mediante entrega de livros e documentos em Cartório (relação a fls. 967-969).

Embora chamada de "apreensão e depósito", a medida se efetivou como verdadeira "busca e apreensão", nos moldes dos arts. 839 e ss. do CPC. Basta conferir o teor da decisão agravada.

A propósito, observe-se que o art. 844, III, do referido Código, possibilita, como procedimento próprio, a exibição judicial da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei. Exibição, frise-se, e não apreensão de caráter definitivo, com aparência de verdadeiro arresto dos bens.

Mas não se alegue faltar ao caso dos autos específica previsão legal, porque restrita a possibilidade de apreensão de livros do comerciante, segundo os arts. 17 a 20 e 290 do Código Comercial, ou o art. 105 da Lei das Sociedades Anônimas.

Como bem elucida Humberto Theodoro Júnior, após distinguir as hipóteses de medidas preparatórias e satisfativa, não é correto limitar a admissibilidade da busca e apreensão apenas nos casos excepcionais de expressa previsão legal. Res-

salta que "essa limitação só é válida para os casos de busca e apreensão satisfativa (não cautelar)", afirmando que "para o Código a medida está subordinada, como qualquer outra providência cautelar, aos pressupostos gerais da tutela cautelar, que genericamente se veem no art. 798, isto é, fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito outra lesão grave e de difícil reparação" (*Processo Cautelar*. 8. ed. Leud, p. 278).

No mesmo sentido a lição de Sérgio Sahione Fadel, *Código de Processo Civil Comentado*, v. IV/262.

Conquanto presentes, de início, os pressupostos específicos da ordem de apreensão dos documentos, pelo fundado receio de dano jurídico (*periculum in mora*), e interesse na salvaguarda dos direitos de terceiros atingidos por suposta atuação irregular da empresa-ré, a apurar-se na prestação jurisdicional definitiva (*fumus boni juris*), deu-se, no caso, um elastério excessivo à medida, transformando-a de meramente assecuratória da definição de uma situação de fato, pelo exame da documentação apreendida, em apreensão de cunho satisfativo, pela definitividade do depósito das coisas em poder do Juízo.

Possibilitou-se à apelante, é certo, o livre exame dos documentos guardados em Cartório. Mas não é abertura suficiente ao livre exercício da atividade comercial. Mesmo porque não pode a serventia transmudar-se em sucursal ou apêndice dos escritórios da empresa.

Bastava a exibição dos documentos e livros em Juízo, para as xerocópias autenticadas que o Ministério Público entendesse necessárias, como aliás deve ter providenciado, objetivando instruir a ação de dissolução. Como, também, era plausível se efetuasse o preventivo exame pericial contábil dos papéis.

Afora tais providências, nada mais justifica a permanência das coisas em depósito, por importar em abusivo cerceamento ao exercício do próprio comércio, dificultando o controle das operações contábeis de empresa. A atividade empresarial há de ser respeitada, enquanto não determinada judicialmente a dissolução da sociedade, nas vias judiciais certas (ação principal, em curso).

De inteira pertinência os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, na esteira de ilustres processualistas modernos, para que se reconheça o caráter instrumental do processo, e se empreste o sentido de "utilidade" ao conceito de "necessidade", como fundamento do interesse de agir no emprego da ação adequada à tutela de um direito.

Em suma, não se verificam os requisitos para perpetuação da medida, impondo-se a cessação de seu cunho satisfativo, mediante devolução dos documentos e livros apreendidos.

5. Para esse fim, dá-se *parcial provimento à apelação*, indeferido o pedido de instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, e rejeitada a matéria preliminar, vencido, neste ponto, o 3.º Juiz.

O julgamento teve a participação dos Des. Álvaro Lazzarini, pres. sem voto, Gomes de Amorim, com voto vencedor, e Luís de Macedo, vencido, em parte.

São Paulo, 12 de maio de 1992

EUCLIDES DE OLIVEIRA, Relator

LUÍS DE MACEDO, vencido, com a seguinte declaração de voto:

Dou provimento ao recurso para reconhecer a ilegitimidade ativa do Ministério Público, prejudicado o exame das demais questões preliminares postas nos autos.

Cessada a liquidação extrajudicial do COMIND, remanescem interesses privados de credores, a serem satisfeitos mediante providências de cobrança de créditos de difícil recebimento. Associaram-se eles numa empresa, uma sociedade anônima, para esse fim. Consta que há cerca de 45.000 acionistas.

Alegando "irregularidades e fatos suspeitos ligados à administração da sociedade" (fls. 8), o Ministério Público, por meio da Curadoria Fiscal de Massas Falidas – Setor de Liquidações Extrajudiciais, ajuizou a presente medida cautelar de apreensão e depósito de livros e documentos contra referida sociedade anônima, anunciando como principal ação de responsabilidade civil, certo de que sua intervenção era do interesse de "uma coletividade determinada ou determinável da sociedade" (cf. fls. 11 e 12). Na verdade, a ação principal ajuizada veio a consistir em pedido de dissolução de sociedade.

A cautelar foi julgada procedente e daí o apelo da requerida, sendo a questão já anunciada a principal e decisiva a ser enfrentada, objeto de inúmeros estudos e pareceres juntados aos autos.

Parece já pacífico que o reconhecimento da ilegitimidade se impõe frente à Lei n. 6.024/1974, à Lei n. 6.404/1976 e ao art. 670 do CPC.

Discute-se, no entanto, diante dos termos do art. 129, III, da CF, Lei n. 7.913/1989 e Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Parece-me que, sob essa ótica, igualmente falta ao Ministério Público a legitimidade pretendida.

O dispositivo constitucional citado confere ao Ministério Público função de promover "o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Ora, o erudito parecer juntado aos autos da lavra da Prof.ª Ada Pellegrini Grinover demonstrou que as demandas coletivas brasileiras têm confessada origem nas *class actions* norte-americanas, que servem para a defesa coletiva de interesses e direitos, unitariamente tratados, quer no plano da tutela de bens indivisíveis, quer no de bens divisíveis; mas tanto para uns como para outros é necessária uma "comunhão de interesses", que torne possível a satisfação de todos os membros da classe, que devem ser titulares dos mesmos interesses e direitos. Está evidenciado

nos autos inexistir essa comunhão de interesses, pois não só nenhum credor interveio no processo como litisconsorte ativo, mas existe a manifestação de muitos acionistas contra a pretendida dissolução da sociedade.

Falta – ainda consoante a ilustre parecerista – à situação em exame o indispensável requisito da indivisibilidade, sem o qual não podem os interesses pretensamente defendidos ser caracterizados como coletivos. Na mesma ordem de raciocínio, a demanda não se destina a tutelar os direitos de cada um dos credores, divisivelmente considerados, não se cuidando, portanto, de interesses individuais homogêneos. Por fim, a identificação de direitos difusos resta prejudicada com a constatação de que a comunhão de interesses não surge de circunstâncias de fato, exclusivamente; antes, há evidente vínculo jurídico, "uma relação base que une os ex-credores do COMIND entre si e com a parte contrária, como acionistas da empresa Dezenove de Novembro Empreendimentos S/A".

Ainda há a considerar o importante fator de que o art. 129, III, da Constituição da República, fala em "inquérito civil e ação civil pública", certo que, como já destacado, o autor anunciou na inicial a propositura de futura ação civil pública; mas veio a ajuizar ação de dissolução de sociedade, não prevista naquele dispositivo.

Quanto à Lei n. 7.913/1989, com a devida vênia não há como equiparar os investidores no mercado de valores mobiliários a acionistas de sociedade anônima, especialmente esta última com as características da apelante. Nem esta tem suas atividades disciplinadas e fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários. A prevista participação do Ministério Público se justifica em função dos mesmos interesses já citados – difusos, coletivos e individuais homogêneos –, ausentes na espécie.

Ainda, inadmissível a lembrança ao Código de Defesa do Consumidor, sendo de anotar-se, com a devida vênia, que o eminente relator, ao defender tese contrária, admite que, sob essa ótica, se pretende defender interesses "de natureza indivisível", de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Já se viu que não se identifica, na espécie, o requisito da indivisibilidade.

De resto, será muito forçado equiparar o acionista ao consumidor, sendo este a "pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final"; na lição de Fábio Konder Comparato, é "aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários" (In: Ensaios e pareceres de direito empresarial**.** Cit. por Geraldo Vidigal e/ou Lei de defesa do consumidor. *Cadernos do Instituto Brasileiro de Ciência Bancária*, n. 22, p. 71). Ao passo que acionista é o titular de títulos representativos do valor da fração em que é dividido o capital social e da qual resulta seu direito de participar da vida da sociedade anônima (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 5. ed. Saraiva, 1975. n. 264, p. 314).

Para finalizar, anote-se que, em última análise, o que pretende o Ministério Público é influir em nítida questão de direito privado.

Supostas "irregularidades e fatos suspeitos ligados à administração da sociedade", tais como apresentados, não podem ficar expostos à ação, ainda que bem intencionada – não se discute isso –, do Ministério Público, por dizerem respeito apenas e tão somente aos próprios acionistas.

Esses os motivos pelos quais, com a devida vênia, prejudicadas as demais questões preliminares, julgo extinto o processo, sem exame do mérito, reconhecida a ilegitimidade do autor.

Vencido naquela questão preliminar, no mérito acompanho o relator para dar provimento parcial ao recurso.

MEDIDA CAUTELAR – AÇÃO PRINCIPAL – NÃO PROPOSITURA NO PRAZO LEGAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO

TJMG, 2.ª Câm. Civ., Ap. n. 57.397, Rel. Des. Rubens Eulálio, ac. de 29.09.1981, *RT* 565/201

APELAÇÃO CÍVEL N. 57.397 – CONTAGEM

Apelante: Industrial Arte Técnica S/A

Apelada: DIMETAL – Distribuidora de Metais Ltda.

É vedado ao juiz *a quo* decidir no processo cautelar o que só poderia ser discutido, equacionado e resolvido na ação principal.

Declara-se extinta a eficácia da medida cautelar e, por via de consequência, extinto o processo, por falta de objeto, se a ação principal não é proposta nos 30 dias seguintes à efetivação da medida preparatória.

ACÓRDÃO

Vistos etc.: Acorda, em Turma, a 2.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento à apelação.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 1981

FERNANDES FILHO, Presidente

RUBENS EULÁLIO, Relator

COSTA LOURES – DANILO FURTADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Des. Rubens Eulálio:

Conheço do recurso, por ser o próprio e que foi regularmente processado e preparado, dandolhe, porém, provimento por dois motivos: cuida-se de medida cautelar e, como tal, pressupõe a existência do processo principal (art. 796 do CPC). A sentença, como vem estampada nestes autos, não pode prevalecer, a um porque a medida cautelar não poderia ultrapassar os 30 dias de sua execução (CPC, arts. 806 e 808, I, combinados). Este prazo é fatal, peremptório e, pois, improrrogável. Ora, não proposta ação principal, impossível manter-se a medida além daquele prazo a sustação de protesto de cambial já deferida e executada.

Em segundo lugar, tem-se de convir que o MM. Juiz decidiu no processo cautelar o que lhe era lícito somente resolver na ação principal, que não foi sequer proposta.

Conforme preleciona Humberto Theodoro (*Comentários*. Forense, v. 5/143, n. 135): "Se a ação principal não é proposta nos 30 dias seguintes à efetivação da medida, esta automaticamente perde sua eficácia, independentemente de outra ação ou de sentença para revogá-la. Extingue-se *ipso jure*."

Com esse entendimento, provejo a apelação e declaro extinta a eficácia da medida cautelar e, via consequencial, declaro extinto o processo cautelar por falta de objeto, em razão de não ter sido proposta no prazo da lei a ação principal. Custas pela autora, como de lei.

O Des. Costa Loures:

Nenhuma provisão cautelar é autônoma, independente; por outro lado, nenhuma medida cautelar, pela sua acessoriedade a uma ação principal, pode durar indefinidamente em sua eficácia, ora a depender da propositura da ação principal – se posta em juízo como medida preparatória – quando a sua eficácia se limita ao prazo de 30 dias, se dentro de tal prazo não for ajuizada a ação condicionante; ora a durar enquanto não chegar a seu termo a ação principal, se proposta dentro daquele prazo fatal de 30 dias (CPC, arts. 806 e 808, I).

Ora, a autora apelada pediu a provisão cautelar de sustação de protesto e se esqueceu de propor a ação principal, passando a discutir no processo preparatório o que só poderia ser discutido, equacionado e decidido no processo daquela ação principal.

De resto, a acuidade do Juiz descobriu isto mesmo, quando deixou afirmado na sentença, *verbis*: "A ré não demonstrou qualquer interesse no sentido de protestar a letra de câmbio de fls., tudo indicando que a autora age corretamente ao se negar a aceitar. No entanto, somente em ação própria poderá se esclarecer se realmente a autora deve à ré" (fls.).

Nada obstante tais premissas, que reputo corretas, a surpresa: o Juiz tornou definitiva a provisão cautelar, como se tivesse julgado em definitivo a controvér-

sia indevidamente suscitada em torno do suposto crédito representado na letra de câmbio. Julgamento que, a toda evidência, não poderia ser feito senão no processo da ação principal, que não foi proposta.

Fundamentos pelos quais dou provimento ao apelo e casso a decisão recorrida para o fim de decretar a ineficácia da medida cautelar e julgar extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do CPC (impossibilidade jurídica do pedido).

Ressalvado fica à autora apelada o direito de obter, no curso da ação principal, a ser eventualmente proposta, nova sustação do protesto do título, como medida cautelar incidental. Custas como de lei.

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – PEDIDO OBJETIVANDO FORÇAR A MUNICIPALIDADE A CUMPRIR O CONTRATO CELEBRADO

TJSP, Ap. n. 49.687-1, 3.ª Câm. Cív., Rel. Des. Penteado Manente, ac. de 04.09.1984, *RT* 591/85

A pretensão de forçar a Municipalidade a cumprir o contrato celebrado refoge ao âmbito da medida cautelar, cuja finalidade é apenas evitar dano irreparável escorado em fumaça do bom direito, até que, por via própria, seja decidida a pendência existente de fato ou já em juízo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.687-1, da comarca de São Paulo, em que é apelante Traffic Assessoria e Comunicações S/C Ltda., sendo apelada a Municipalidade de São Paulo: Acordam, em 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Medida cautelar inominada proposta pela apelante visando contrato havido com a Prefeitura de São Paulo, e indeferida a inaugural com esteio no art. 295, I, c/c o parágrafo único, III, e 267, I do CPC com a extinção do processo.

Recorre a autora, sendo citada a ré que se manifestou nos autos.

2. O pedido, tal como formulado a fls. n. 29, "a" e "b", não poderia mesmo merecer atendimento.

O que se conclui da leitura da inaugural, e em especial desse período em destaque, é que pretende a apelante forçar a Municipalidade de São Paulo simplesmente a cumprir o contrato celebrado, pois pede que se "ordene à ré, até ulterior decisão, que não promova a licitação dos mesmos direitos..." – significa: que não promova uma nova licitação a respeito do mesmo objeto do contrato de fls., e ainda

que se ordene à ré "até ulterior decisão, que fique autorizada a autora a usar dos espaços que, contratualmente, lhe foram cedidos" – a soma dos dois itens, significa: ordenar à ré que cumpra o contrato.

Ora, tais medidas à evidência, não podem ser pleiteadas em medida cautelar onde se noticia da intenção do "ex adverso" justamente de não cumprir aquela avença. Tal pretensão refoge ao âmbito de uma simples medida cautelar cuja finalidade é apenas evitar dano irreparável escorado em fumaça de bom direito, até que, por via própria seja decidida a pendência existente de fato ou já em Juízo.

No caso, inexiste perigo de dano irreparável, uma vez que se litiga contra a Municipalidade de São Paulo e qualquer eventual direito que venha a assistir a apelante, resultante do contrato anunciado, poderia, em princípio, ser resolvido na forma indenizatória, se for o caso.

Outrossim, oportuna a lembrança da r. sentença do ensinamento de Hely Lopes Meirelles *in Direito Administrativo Brasileiro*, 2.ª ed., p. 236: "Nenhum particular, contratando com a Administração Pública, adquire direito à execução integral do contrato, ou às suas vantagens *in specie*, porque isto equivaleria a subordinar o interesse coletivo ao interesse privado. O direito do particular nos contratos administrativos é restrito à indenização dos prejuízos que a rescisão ou revogação, por conveniência do Poder Público, lhe acarretar". E mais adiante: "O que se reconhece à Administração é a faculdade de rescindir, modificar e revogar contratos administrativos, para atender **efetivamente** ao interesse público" (grifo do autor).

Assim, não será lícito ao Poder Judiciário que ordene a ré a cumprir o contrato; que a impeça de proceder a nova licitação sobre o mesmo objeto, e muito menos que ordene autorizar a apelante a usar dos espaços contratados.

Correta pois a r. decisão que julgou inepta a petição inicial, por traduzir pedido juridicamente impossível.

Nem se alegue que a Municipalidade de São Paulo, ao invés de rescindir o contrato, estaria a procurar "nulidade absoluta inexistente" (fls.) pois, se inexistentes, não serão obviamente encontradas, e se rescindido unilateralmente o contrato, a solução está aí dada por Hely Lopes Meirelles, e, se existentes, deverão os contratantes responder, cada um, com sua parte na responsabilidade, o que acontecerá quando e se constatadas.

3. Assim sendo, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento foi presidido pelo Des. Yussef Cahali e dele também participou o Des. Toledo César, ambos com votos vencedores.

São Paulo, 4 de setembro de 1984

PENTEADO MANENTE, Relator

MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO COLETIVA – DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – CLÁUSULAS ABUSIVAS

STJ, 4.ª T., REsp. n. 168.859/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. de 06.05.1999, *RF* 350/248

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro *versus* Chozil Engenharia Ltda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Brasília, 6 de maio de 1999

Barros Monteiro, Presidente

Ruy Rosado de Aguiar, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra Chozil Engenharia Ltda., objetivando a declaração de nulidade de cláusula inserida nos contratos de adesão de compra e venda de imóveis em incorporação, negociados no período compreendido entre 15.03.1994 e 10.10.1995, possibilitando a cobrança do resíduo inflacionário acumulado no período de 12 meses, além do reajuste normal da prestação, o que desrespeitaria a legislação pertinente ao Plano Real. Pleiteou, ao final, a condenação da ré à devolução do resíduo em dobro a todos os clientes que se habilitarem na fase executiva, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

O ilustre Juiz de Direito julgou o *Parquet* estadual carecedor do direito de ação, por ilegitimidade ativa.

O autor apelou e a eg. 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a sentença conforme a seguinte ementa:

"Ação ordinária.

Ação civil pública. Ilegitimidade ativa do Ministério Público quando a hipótese versar sobre direitos disponíveis.

Sentença confirmada" (f. 380).

O Ministério Público não se conformou e interpôs os recursos extraordinário e especial, este pelas alíneas *a* e *c* do art. 105, inciso III, da CF, indicando, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 51, § 4.º, 81, incisos I a III, e 82, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta sua legitimidade para a causa, identificando na ação interesses difusos consistentes na oferta pública feita em desconformidade com lei, além de interesses e direitos coletivos de todo o grupo de consumidores que aderiu aos ditos contratos, definindo-os como direitos individuais homogêneos pela sua origem comum, passíveis de serem coletivamente tratados e, portanto, indisponíveis pela relevância social que assumem.

Ofertadas as contrarrazões, os recursos foram admitidos na origem.

Nesta instância, o douto representante do MP federal opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR:

1. As duas Turmas da eg. Seção de Direito Privado têm se inclinado por aceitar a legitimidade do Ministério Público para promover ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos, quando configurado interesse público relevante:

"Processual civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra e venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade, doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: *a*) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); *b*) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; *c*) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II – Como já assinalado anteriormente (REsp. n. 34.155/MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o Processo Civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, através de uma única relação jurídica.

IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo" (REsp. n. 105.215/DF, 4.ª T,, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 18.08.1997).

"Recurso especial. Ação civil pública.

Legitimidade ativa do Ministério Público. Danos causados aos trabalhadores nas minas de Morro Velho. Interesse social relevante. Direitos individuais homogêneos.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido e provido" (REsp. n. 58.682/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 16.12.1996).

2. Essa orientação, no que se refere às relações de consumo, faz adequada aplicação do disposto na Lei n. 8.078/1990, cujo art. 82 expressamente atribui legitimidade ao Ministério Público para promover as ações coletivas enumeradas no art. 81, entre elas a exercida em defesa de interesses individuais homogêneos.

É certo que, versando sobre a competência do Ministério Público, o art. 127 da CR refere-se a interesses individuais indisponíveis e que a LOMP, em seu art. 25, nela inclui apenas as ações coletivas sobre direitos indisponíveis. Porém, a regra do art. 127 da CR "interesses individuais indisponíveis" tem seu complemento no art. 129 ("exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade"), e a LOMP, de edição posterior, inclui entre os instrumentos de atuação do Ministério Público, "propor ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos" (art. 6.º, XII). Isso está a evidenciar que as disposições normativas que se referem a direitos indisponíveis não são excludentes de outras hipóteses de intervenção do *Parquet*. Logo, o enunciado do art. 25 não deve ser apreciado como proibitivo de outras atividades previstas na lei, compatíveis com a finalidade do Ministério Público, que é a de manter o cumprimento da ordem jurídica.

A atuação do Ministério Público na propositura de ações coletivas deve ser explicada à luz do enunciado pela teoria institucional ou objetivista, que justifica a participação do ente estatal quando "as barreiras sociais para se judicializarem questões individuais são tão graves, que se legitima extraordinariamente entidades públicas a perseguir coletivamente, por exemplo, indenizações individuais, em uma representação artificial e aprioristicamente adequada, cuja finalidade é a eficácia da ordem jurídica no sentido de impedir uma prática lesiva por parte do réu, que se aproveita de condições sociais desfavoráveis das vítimas. Nesse último caso, a questão não é tanto reparar o dano, mas reprimir a atividade deletéria do réu. Um exemplo clássico é o processo State v. Levi Straus Co., cujo objeto era a violação de leis sobre concorrência que causou prejuízos a milhares de consumidores da ordem de US$ 2,00 apenas, sendo que a indenização real, deduzidos os custos do processo, foi de somente trinta centavos de dólar para cada indivíduo. É nítido, nesse exemplo, o caráter repressivo e não indenizatório da atuação do Estado" (Márcio Flávio Mafra Leal, "Teoria das Ações Coletivas e a Concretização de Novos Direitos Fundamentais", dissertação de mestrado, UnB/1997).

O interesse social dessa intervenção deflui da necessidade de ser cumprida a lei que regula atividade de importância crucial para a coletividade (mensalidade escolar, prestação da casa própria etc.), que deve estar protegida de práticas comerciais ilícitas e de contratos com cláusulas abusivas, o que deve ser preferentemente evitado. Se a prevenção não foi possível, que possa a infração ser de pronto reprimida através de providência judicial eficaz como o é a ação coletiva, especialmente quando a operação é massificada, com pluralidade de prejudicados, nem sempre em condições de enfrentarem uma demanda judicial. Os autos dão notícia de que ações idênticas foram exitosamente promovidas contra empresas que atuam no mesmo ramo e adotam o mesmo comportamento negocial. Eliminada a ação coletiva do Ministério Público, certamente tais condutas não só estariam sendo livremente praticadas, como ainda ampliadas, aprofundando a ilegalidade abusiva e aumentando o prejuízo dos cidadãos que com elas negociam.

O interesse pela atuação objetiva da ordem jurídica, que anima e caracteriza a intervenção ativa do Ministério Público em ações dessa natureza, fundamenta a competência que lhe foi atribuída pela lei ordinária para a propositura de ações coletivas.

"Cortar a possibilidade de sua atuação, na fase em que vive a nossa sociedade, será cercear o normal desenvolvimento dessa tendência de defesa de interesses metaindividuais e impedir, através da negativa de acesso à Justiça, o reiterado objetivo das modernas leis elaboradas no país.

A aversão a estes novos instrumentos processuais, que surgiram exatamente para atender a novas expectativas e necessidades sociais, mantém-nos sempre presos ao modelo clássico da ação individual, como se houvesse o interesse individual. Lembro, a propósito, as palavras do em. Professor José Carlos Barbosa Moreira, no encerramento de sua aula inaugural na Universidade do Rio de Janeiro:

'A filosofia do egoísmo, que impregnou a atmosfera cultural dos últimos tempos, não concebe que alguém se possa deixar mover por outra força que o interesse pessoal. Nem faltou quem ousasse enxergar a regra de ouro: a melhor maneira de colaborar na promoção do bem comum consistiria, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus próprios interesses. O compreensível entusiasmo com que se acolheu, há dois séculos, e se cultua até hoje, em determinados círculos, essa lição de Adam Smith, explica o malogro da sociedade moderna em preservar de modo satisfatório bens e valores que, por não pertencerem individualmente a quem quer que seja, nem sempre se veem bem representados e ponderados ao longo do processo decisório político-administrativo, em geral mais sensível à influência de outros fatores' (**A Tutela dos Interesses Difusos.** p. 105)" (voto no REsp. n. 175.645).

O em. Prof. Nelson Nery Jr. assim explicou a legitimação do *Parquet*: "O que legitima o MP a ajuizar a ação na defesa de direitos individuais homogêneos não é a natureza desses mesmos direitos, mas a circunstância da sua defesa ser feita por meio de ação coletiva. A propositura de ação coletiva é de interesse social, cuja defesa é mister institucional do MP" (NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria. **CPC Comentado** 3. ed. p. 1.141).

3. Até aqui estou sustentando que, mesmo na hipótese de ser classificada a ação no inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/1990 (direitos individuais homogêneos), haveria de ser reconhecida a legitimidade do MP porque autorizado na lei e presente o interesse social cuja defesa é compatível com a sua finalidade institucional.

Porém, situações assemelhadas já foram incluídas no inciso II do dispositivo acima mencionado (coletivos, transindividuais e de natureza indivisível), onde mais claramente transparece a legitimidade ativa do MP, conforme já ficou decidido no eg. Supremo Tribunal Federal, no RE n. 163.231/SP, sendo Relator o em. Ministro Maurício Corrêa, versando ação sobre mensalidade escolar:

"Tal é a hipótese que não pressinto inconstitucionalidade da parte final do dispositivo, como chegou a dizê-lo Ives Gandra da Silva Martins, em artigo que escreveu para a *Revista Ciência Jurídica*, n. 62, pp. 10 a 22, tendo-a como afrontadora ao inciso III, do art. 129 da Carta da República, pois em verdade o Ministério Público está por esse mecanismo credenciado a defender os interesses coletivos, interesses esses que são os dos autos e consignados no preceito constitucional e regulamentados pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 25, IV, *a*) e pelo Código do Consumidor (art. 81, II e III)."

No RE n. 185.360/SP, o mesmo eg. Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do em. Min. Carlos Velloso, de 20.02.1998, assim decidiu:

"Constitucional. Ação civil pública. Mensalidades escolares. Ministério Público. Legitimidade. Lei n. 8.078, de 1990, art. 2.º, parágrafo único. Lei n. 8.625, de 1993, art. 25, CF, art. 129, III.

I – Ação civil pública que tem por objeto a fixação e pagamento de mensalidades escolares: os interesses ou direitos daí decorrentes podem ser classificados como coletivos: legitimidade do Ministério Público para propor a ação civil pública, mesmo porque, considerados esses direitos como individuais homogêneos, têm vinculação com o consumo, ou podem os titulares do direito ser considerados como consumidores: Lei n. 8.078/1990, art. 2.º e seu parágrafo único.

II – RE conhecido e provido" ("Jurisprudência Civil do Supremo Tribunal Federal", organizada por Gracindo Filho, Zeidler e Cleto, p. 82).

4. Posto isso, conheço do recurso, tanto por ofensa ao disposto na Lei n. 8.078/1990, arts. 81, parágrafo único, III, e 82, I, como por dissídio com os paradigmas invocados, e lhe dou provimento para afastar a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MIN. CÉSAR ASFOR ROCHA:

Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro-Relator, sem me comprometer com a tese.

DECISÃO

A eg. 4.ª Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

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

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro e César Asfor Rocha.

Capítulo V

EXECUÇÃO EM AÇÃO COLETIVA

EXECUÇÃO COLETIVA – ASSOCIAÇÃO

STJ, 1.ª T., REsp. n. 848.868/DF Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. de 15.05.2008, *DJe* 01.07.2008

RECURSO ESPECIAL N. 848.868-DF (2006/0100044-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: União

Recorrido: Federação Brasileira de Hospitais

Advogado: José Guilherme Villela

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. NULIDADE DECLARADA EM RECURSO ORIGINADO DA MESMA DEMANDA COM OBJETO MAIS AMPLO, QUE ENGLOBA A VALIDADE DE TODA A EXECUÇÃO. JULGAMENTO SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro José Delgado (votovista), julgar prejudicado o recurso especial por perda de objeto, nos termos da reformulação de voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (voto-vista), Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro José Delgado.

Prestaram esclarecimentos sobre matéria de fato Dra. FLÁVIA MARTINS AFFONSO, pela recorrente, e Dr. JOSÉ GUILHERME VILLELA, pela recorrida.

Brasília, 15 de maio de 2008.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região que, em execução de sentença proposta pela Federação Brasileira de Hospitais contra a União Federal, reconheceu à exequente o direito de executar em nome próprio o valor estabelecido na sentença condenatória, devido a hospitais a ela filiados, sem prejuízo da retenção do imposto de renda, na alíquota de 3% (três por cento), reformando, portanto, decisão interlocutória que determinara fosse trazida aos autos "relação completa dos hospitais (já relacionados na inicial) a serem beneficiados, indicando o valor individual para possibilitar a confecção dos alvarás" (fl. 49). Decidiu o acórdão, no que importa ao presente recurso, que (a) a demanda versa sobre direito individual, uma vez que se discute a representação processual de empresas filiadas de entidade associativa, albergada no artigo 5.º, inciso XXI, da CF, na qual os pedidos e os beneficiários são certos e determinados; (b) a questão relativa à legitimidade da recorrida para representar as empresas hospitalares na ação de cobrança originária já se encontra preclusa; (c) a entidade associativa em questão detém legitimidade processual para representar seus filiados, na condição de substituta processual, inclusive no processo de execução; (d) cabe à União ficar atenta e apontar, através de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, eventual duplicidade de pagamento em razão de ser o titular beneficiário de ação coletiva e individual; e (e) "não seria razoável exigir-se que a Federação Brasileira de Hospitais, tendo demandado contra a União por longos anos, fique privada de executar a quantia que foi reconhecida no processo de conhecimento, no qual o direito dos hospitais a ela filiados assumiu caráter definitivo" (fl. 481).

Opostos embargos de declaração pela União (fls. 535-541), foram rejeitados (fls. 542546). Em suas razões recursais (fls. 548-571), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) artigo 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não se pronunciou acerca dos dispositivos apontados como violados; e (b) artigos 95, 97 e 98 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), porquanto (I) o fato de o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, no julgamento do processo de conhecimento, ter decidido pela legitimidade ativa da Federação Brasileira de Hospitais não impede que a questão seja novamente debatida no processo de execução;

(II) a atuação da entidade, na qualidade de substituta processual, em ação coletiva para defesa de interesses homogêneos, limita-se à fase de conhecimento, uma vez que a execução somente pode ser processada mediante a iniciativa do titular do direito material; e (III) no caso de não exigência de procuração com poderes específicos para o levantamento de valores, "será possível que a entidade hospitalar relacionada no rol de substituídos informe ao juízo da ação particular que não autorizou à FBH a receber seu crédito, situação que poderá ensejar a duplicidade de pagamento de um mesmo objeto" (fl. 563).

Em contrarrazões (fls. 618-633), a recorrida alega, em preliminar, a ausência de impugnação de um dos fundamentos suficientes do acórdão recorrido e, no mérito, pugna pela manutenção do julgado.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial (fls. 670-674).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. No caso dos autos, foi isso o que ocorreu: o Tribunal de origem, bem ou mal, posicionou-se sobre todas as questões apresentadas, decidindo-as inteiramente e com fundamentação adequada.

2. Conforme referem as razões de recurso, esta 1.ª Turma já teve oportunidade de decidir o seguinte:

> "CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE CONTAS DO FGTS. LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES SINDICAIS. NATUREZA E LIMITES. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO AFIRMADO E DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA DEMANDA. DISTINÇÕES.
>
> 1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se trate de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencialidade com os fins institucionais do Sindicato demandante.
>
> 2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.
>
> 3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença

condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir 'documento essencial à propositura da ação' com 'ônus da prova do fato constitutivo do direito'. Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp. n. 487.202, 1.ª T., Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 24.05.2004).

No caso, a questão que se põe vai mais além da que diz respeito à legitimidade ativa para executar. Independentemente de estar ou não a exequente legitimada, ou de poder ou não atuar em regime de substituição processual, isso não dispensa o exame de uma questão mais profunda e mais importante, que constitui o verdadeiro cerne do debate: a que diz respeito à necessidade de individualizar subjetivamente e quantificar materialmente as obrigações e as correspondentes prestações que estão sendo executadas.

Ora, não há dúvida de que a sentença exequenda não contém tal individualização: ela não especifica o conteúdo das relações obrigacionais subjacentes à causa. Em outras palavras: embora dela conste o valor global do feixe de obrigações objeto da demanda, ela não fez juízo específico e, portanto, não tratou da situação individual de cada um dos mais de quatro mil substituídos processuais, que são os verdadeiros titulares do direito material. Não há dúvida, portanto, que a sentença assim proferida é sentença genérica, que fez juízo apenas sobre o que os direitos subjetivos individuais submetidos a julgamento têm em comum. Aliás, caso a demanda tivesse por objeto também a situação individual de cada um dos substituídos no processo, é certo que isso impediria que esses substituídos promovessem ações individuais para haver os seus créditos. Haveria aí, inquestionavelmente, situação de litispendência. E, como é público e notório, há centenas e centenas de ações individuais promovidas por hospitais, em todo o País, com esse mesmo e específico objeto, sendo que em muitas delas a prestação já foi atendida, seja em virtude de sentença, seja por medidas antecipatórias de tutela.

Considerando, portanto, que a sentença proferida na demanda aqui em exame não fez juízo a respeito da situação particular dos substituídos processuais, titulares do direito material nela reconhecido, é indispensável que tal juízo seja promo-

vido na fase subsequente. Nisso residem, justamente, as características típicas das ações coletivas, movidas em regime de substituição processual, para tutelar direitos individuais homogêneos: a da repartição da atividade cognitiva, em que, numa primeira fase, há juízo sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos (dela resultando, consequentemente, uma sentença genérica), e, numa fase posterior, promove-se a identificação, subjetiva e material, dos direitos reconhecidos. Pedimos licença para reproduzir o que a respeito escrevemos em sede doutrinária:

> "A tutela de direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, procedimento especial com quatro características fundamentais. Primeira, a repartição da atividade cognitiva em duas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios. A segunda característica da ação coletiva é a legitimação ativa por substituição processual: a demanda, na sua primeira fase, é promovida por órgão ou entidade autorizada por lei para, em nome próprio, defender em juízo direitos individuais homogêneos. Apenas na segunda fase (ação de cumprimento) é que a legitimação se dá pelo regime comum da representação. A terceira característica diz respeito à natureza da sentença, que é sempre genérica: limitando-se a demanda ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais, a correspondente sentença de mérito fica também restrita aos mesmos limites. Ela fará juízo apenas sobre o *an debeatur* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeatur* (= a natureza da prestação devida). Os demais elementos indispensáveis para conferir força executiva ao julgado – ou seja, o *cui debeatur* (= quem é o titular do direito) e o *quantum debeatur* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) – são objeto de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase). A quarta característica da ação coletiva é a da sua autonomia em relação à ação individual, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva, e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva" (*Processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 286).

Esse é o regime disciplinado nos artigos 95 a 98 da Lei 8.078/1990, aplicável não apenas às ações coletivas fundadas em relações de consumo, mas também, por analogia, às demais ações coletivas movidas em regime de substituição processual envolvendo direitos individuais homogêneos (*Processo coletivo*, cit., p. 195).

Independentemente da discussão a respeito da natureza da legitimação ativa para essa segunda fase, é certo que ela não pode ser dispensada, sob pena até

mesmo de comprometer um requisito essencial de toda e qualquer execução: o da existência de um título executivo líquido, certo e exigível (CPC, art. 586). E a identificação do titular do direito material, bem como a exata quantificação da prestação a ele devida, constituem, indubitavelmente, elementos indispensáveis do título executivo.

Aliás, há outras implicações nessa questão. Não se pode negar ao devedor executado o direito de saber a quem está pagando e quanto está pagando, e de obter de quem recebeu a correspondente quitação dos valores pagos. É imposição indispensável até mesmo para fins contábeis e fiscais. Se esse procedimento de identificação não for feito nesse momento, perante o Poder Judiciário, é de se perguntar quando, onde e por quem ele seria feito. Em se tratando de recursos públicos, a identificação do credor, com a individualização do seu crédito e do pagamento a ele feito, atende a um cuidado especial de preservar a legitimidade dos gastos. Nas circunstâncias do caso, esse cuidado é ainda mais importante, em face da situação, pública e notória, de que muitas das entidades hospitalares que aqui figuram como substituídos processuais já receberam o valor do seu crédito ou mantêm execuções individuais com essa finalidade. Atender à pretensão da Federação exequente na amplitude pretendida significará, portanto, não a mera possibilidade, mas a efetiva certeza de um pagamento em grande medida indevido.

3. Isso posto, dou provimento ao recurso especial.

EXECUÇÃO COLETIVA – SINDICATO

STJ, 1.ª T., AgRg no Ag n. 1.399.632/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, ac. de 04.12.2012, *DJe* 10.12.2012

AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.399.632-PR (2011/0029556-3)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Agravante: União

Agravado: Jorge Antônio Romão e outros

Advogados: João Luiz Arzeno da Silva

Marcelo Trindade de Almeida e outro(s)

Interes.: Fundação Nacional de Saúde – FUNASA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que "os Sindicatos agem em juízo na qualidade de substitutos processuais, tendo ampla legitimidade ativa para agir tanto nos feitos cognitivos quanto nas liquidações, como, ainda, nas execuções" (REsp. n. 1.225.034/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª T., *DJe* 22.10.2012).

2. Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de dezembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de agravo regimental interposto pela UNIÃO contra decisão de minha relatoria que negou provimento ao seu agravo de instrumento, ao fundamento de que: (a) o Tribunal *a quo* não incorreu em ofensa ao art. 535 do CPC; (b) o sindicato da categoria possui legitimidade para propor ação executiva; (c) a prescrição quinquenal deve ser aplicada a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública.

Sustenta a agravante, repisando as anteriores alegações, que o sindicato não possui legitimidade para interpor protesto interruptivo do prazo prescricional da ação executiva.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim concebida (fls. 1.088/1.092e):

> Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitiu, na origem, recurso especial manifestado, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região assim ementado (fls. 865/869e):

RECURSOS REPETITIVOS. APELAÇÃO. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STJ. SERVIDORES. 28,86%. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. MP 1.704/1998. RENÚNCIA. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA ÚNICA. VALORES DEVIDOS. CÁLCULOS. PROVA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. MP 583/1994. COMPENSAÇÃO.

1. O prazo prescricional da execução é o mesmo que o da ação de conhecimento, sendo este de 5 anos, consoante o entendimento uniformizado pela 3.ª Seção do STJ e Súmula 150 do STF.

1.1. A edição da Medida Provisória 1.704/1998 implicou a ocorrência de renúncia tácita da prescrição, nos termos do artigo 191 do Código Civil vigente. Assim considerado, e observando que a execução foi interposta em novembro de 2007, bem menos de 5 anos portanto após 30.06.2003, consoante o entendimento do STJ no REsp. n. 990.284/RS, nega-se provimento aos recursos da FUNASA e da União no ponto, porquanto não consumada a prescrição da pretensão executiva.

2. Juros de mora: "A ação coletiva que deu origem ao título executivo foi ajuizada anteriormente à edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001. O parâmetro a ser considerado para fins de aplicação ou não da referida medida provisória é a data do ajuizamento da ação de conhecimento, e não da ação de execução. Precedentes do STJ.

2.1. Por isso, o art. 1.º-F, da Lei 9.494/1997, que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, é de ser aplicado tão somente às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor.

Constatado que a ação coletiva que deu origem ao título executivo foi ajuizada 1995, portanto anteriormente à edição da Medida Provisória n. 2.180-35/2001, os juros de mora devem ser fixados em 12% ao ano.

3. O STF, em recente precedente, manifestou-se contrário à Repercussão Geral em Recurso Extraordinário, na matéria relativa a honorários advocatícios em execução de sentença proferida em ação coletiva:

"HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NÃO EMBARGADA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 420.816. RECURSO EXTRAORDINÁRIO RECUSADO.

1. O tema constitucional examinado no Recurso Extraordinário n. 420.816, redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, estava restrito à redução interpretativa do art. 1.º-D da Lei n. 9.494/1997 (Medida Provisória n. 2.180-35/2001) para tornálo aplicável apenas às execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública (art. 730 do Código de Processo Civil).

2. É infraconstitucional a questão do enquadramento jurídico da execução de sentença proferida em ação coletiva contra a Fazenda Pública ao disposto no art. 730 do Código de Processo Civil.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Supremo Tribunal Federal.
4. Recurso extraordinário recusado" (RE n. 599.903-RG/RS, Repercussão Geral no

Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.08.2009, *DJe* 171, divulg. 10.09.2009, public. 11.09.2009).

3.1. Nestes termos, reconsidero a posição anteriormente adotada, para alinhá-la ao entendimento manifestado no âmbito do STJ, através da Súmula 345, *verbis*: "São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas".

3.2. Com relação aos honorários advocatícios da execução e dos embargos, reposiciono meu voto para acompanhar a jurisprudência recente do eg. STJ, que pacificouse no sentido de reconhecer a possibilidade de cumulação de honorários advocatícios na ação executiva e na ação incidental de embargos à execução. Precedentes.

4. A Lei 1.060/1950, em seu art. 4.º, parágrafo 1.º, prevê a hipótese de presunção de pobreza do requerente pela simples afirmação dessa condição. Compete a quem se opõe à concessão do benefício o ônus de provar que o requerente tem condições de arcar com as despesas processuais sem comprometer o atendimento de suas necessidades básicas.

4.1. Esta Corte tem entendido que é cabível a concessão da AJG, mediante a simples afirmação da parte que não tem condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, desde que o requerente do benefício não perceba rendimentos líquidos superiores a 10 (dez) salários mínimos.

4.2. No caso, a prova produzida nos autos, a exemplo fls. 215, 243, 271, 306, 353, 398, 447, demonstra que os embargados todos percebiam renda líquida mensal inferior ao parâmetro estabelecido por esta Turma à concessão do benefício postulado (10 salários mínimos).

5. Eventuais reajustes concedidos na MP 583/1994 (Lei n. 9.367/1996) aos embargados, uma vez constatados na fase de liquidação de sentença, devem ser compensados. Precedentes do STJ, interpretando a decisão do STF no ED ROMS 22.307-7/DF.

6. Quanto aos cálculos elaborados pela contadoria judicial e acolhidos pelo Juízo (fls. 498/516):

6.1. Valores devidos ao embargado José C. Moreno: Observando-se as fichas financeiras deste embargado, constata-se que ele evoluiu na carreira da classe C-VI, em 1992, para B-II em 1993 e para B-IV, 1994, tendo evoluído ainda no ano de 1995 da classe B-V para A-I. Estas evoluções foram acompanhadas por majoração em seu vencimento básico. Neste sentido, e a exemplo do acerto dos cálculos da contadoria, observandose a sua ficha financeira de 1993, nota-se que seu vencimento básico passou de Cr$ 3.074.669,00 em fevereiro deste ano para Cr$ 3.299.672,00 em março, resultando em um aumento de 7,32%. O residual devido a partir de janeiro de 1993 seria então de 20,07%, tal como corretamente apurado pela contadoria judicial à fl. 503. Seguindo a experiência judicante em processos desta espécie (aplicação das máximas da experiência, CPC, art. 335), o reposicionamento administrativo de mais de um padrão dentro do mesmo ano (de 1992 para 1993 e de 1993 para 1994) aponta para a natureza compensável daqueles, porquanto decorrentes da aplicação das Leis n. 8.627/1993 e n. 8.622/1993. Do mesmo modo, o avanço de mais de um padrão por ano (desconsiderada a progressão ordinária por tempo de serviço) indica a natureza também compensável, de reposicionamento, do reajuste decorrente. Raciocí-

nio diverso tornaria obrigatória a conclusão de que as citadas progressões, além de um padrão por ano, teriam se dado por mera liberalidade da Administração, o que importaria em notável violação ao princípio da legalidade que a vincula e submete, sendo também tal raciocínio contrário àquilo que normalmente acontece em casos desta espécie (é dizer, a Administração não costuma pagar valores a servidores por mera liberalidade, isto é, sem fundamento legal para tanto) – art. 335, CPC, aplicação das máximas da experiência.

6.2. Valores devidos ao embargado Luiz Carlos Ferreira: observando-se as fichas financeiras deste embargado, constata-se que ele evoluiu na carreira da classe C-IV, em 1992, para C-VI em 1993 e para B-II, 1994, tendo evoluído ainda no ano de 1995 da classe B-III para B-V em 1996. Estas evoluções foram acompanhadas por majoração em seu vencimento básico. Novamente, aplicando-se as máximas da experiência (CPC, art. 335), o reposicionamento administrativo de mais de um padrão dentro do mesmo ano (de 1992 para 1993, 1993 para 1994, de 1995 para 1996) aponta para a natureza compensável destes.

6.3. Valores devidos ao embargado Otílio de Oliveira: as fichas financeiras deste embargado mostram que ele não evoluiu na carreira em 1993, tendo ficado na classe D-V (a mesma em que estava em 1992), tendo evoluído apenas em 1994 à classe C-IV; em 1995 evoluiu da classe C-V para B-I em 1996. Estas evoluções foram acompanhadas por majoração em seu vencimento básico. Mais uma vez, o reposicionamento administrativo de mais de um padrão por ano aponta para a natureza compensável destes. Aplicação das máximas da experiência (CPC, art. 335).

6.4. Valores devidos ao embargado Marcos Knopak: as fichas financeiras deste embargado demonstram que em 1993 ele não evoluiu na carreira, tendo ficado na classe D-V (a mesma em que estava em 1992), tendo evoluído apenas em 1994 à classe C-IV; em 1995 evoluiu da classe C-V para B-I em 1996. Estas evoluções foram acompanhadas por majoração em seu vencimento básico. Mais uma vez, o reposicionamento administrativo de mais de um padrão por ano aponta para a natureza compensável destes. Aplicação das máximas da experiência (CPC, art. 335).

6.5. Impugnação da FUNASA aos cálculos acolhidos: "Consiste dever da embargante, ao alegar excesso na execução, impugnar de forma específica e fundamentada os cálculos apresentados pelo embargado/exequente, especificando eventual erro na conta, não bastando mera alegação genérica de excesso de execução". Precedentes. Ao contrário do que foi feito pelas embargantes, os cálculos elaborados pela contadoria sustentamse na prova dos autos (fichas financeiras, relatórios de evolução funcional). Assim, considerando que os cálculos acolhidos pelo r. juízo estão suportados na prova dos autos, somado ao final ao fato de que a União e a FUNASA em suas manifestações não trouxeram qualquer elemento concreto que sustentasse suas assertivas (segundo a experiência judicante em processos desta espécie; aplicação das máximas da experiência, CPC, art. 335), têm-se por improcedentes seus apelos neste ponto.

7. Apelos parcialmente providos. Sucumbência inalterada. Sustenta a agravante, nas razões de seu recurso especial inadmitido, ofensa aos arts. 535, II, do CPC, aduzindo que, a despeito da oposição de embargos de declaração, as omissões apontadas no aresto impugnado não foram sanadas. Ademais, aponta contrariedade aos arts. 1.º do

Decreto 20.910/1932 c.c 95 e 97 da Lei 8.078/1990 e 202, II, do Código Civil, alegando que, uma vez que o sindicato da categoria não possui legitimidade para propor ação executiva, não poderia, dessa forma, ter sido interrompido o prazo prescricional para a execução. Outrossim, defende que o sindicato não possui legitimidade para interpor protesto interruptivo do prazo prescricional da ação executiva. Aponta, ainda, contrariedade aos arts. 10 do Decreto 20.910/1932 e 206, § 2.º, do CC, asseverando que, na espécie, deve-se aplicar a prescrição bienal, uma vez que os valores pleiteados possuem natureza alimentar. No agravo de instrumento, aduz que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial encontram-se presentes, repisando, no mais, seus argumentos. Contraminuta às fls. 1.060/1.077e. Decido. De início, tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, não se devendo confundir "fundamentação sucinta com ausência de fundamentação" (REsp. n. 763.983/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., *DJ* 28.11.2005). Quanto à legitimidade, os sindicatos, de acordo com o art. 8.º, III, da Constituição Federal, possuem ampla legitimidade para defenderem em juízo os direitos da categoria, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, sendo dispensável a autorização expressa dos substituídos (Precedentes do STF e do STJ). Portanto, não há falar em ilegitimidade do sindicato visto que a sua capacidade abrange, também, a liquidação e execução de título judicial. Nesse sentido: RE 214668/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 23.08.2007. No tocante à prescrição bienal, cumpre registrar que "É entendimento desta Corte que a prescrição quinquenal prevista no art. 1.º do Decreto 20.910/1932 deve ser aplicada a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, independentemente da natureza da relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e o particular" (EDcl no REsp. n. 1.205.626/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., *DJe* 04.03.2011).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Nesse mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CAUSA INTERRUPTIVA. REINÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. JUROS. ART. 1.º-F DA LEI N. 9.494/1997.

1. É de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional para propositura de ação executiva contra a Fazenda Pública, em conformidade com a Súmula n. 150/STF, o qual só poderá ser interrompido uma única vez, recomeçando a correr pela metade, resguardado o mínimo quinquenal, nos termos da Súmula 383/STF.

2. De acordo com a orientação do STF e do STJ, os sindicatos possuem ampla legitimidade para defender em juízo os direitos da categoria, não apenas na fase de conhecimento, mas também em liquidação e em execução de sentença. A hipótese é de substituição, e não de representação processual, razão pela qual é desnecessária a autorização dos substituídos.

3. A Corte Especial do STJ entende que o art. 1.º-F da Lei 9.494/1997, incluído pela MP 2.180-35/2001 e alterado pelo art. 5.º da Lei n. 11.960/2009, "tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação" (EREsp. n. 1.207.197/RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 02.08.2011). Essa é a jurisprudência confirmada pela Corte Especial, ao julgar o REsp. n. 1.205.946/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, em 19.10.2011.

4. Agravo regimental parcialmente provido para reconhecer a incidência imediata do art. 1.º-F da Lei n. 9.494/1997, incluído pela MP n. 2.180-35, de 24.08.2001, com a redação alterada pelo art. 5.º da Lei n. 11.960, de 29.06.2009, vedada a retroatividade à sua vigência (AgRg no AREsp. n. 33.861/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., *DJe* 23.05.2012).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.

EXECUÇÃO COLETIVA – POSSIBILIDADE

STJ, 3ª T., REsp. 880.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 02.09.2008, *DJe* 16.09.2008

RECURSO ESPECIAL N. 880.385-SP (2006/0124980-2)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A – BCN

Advogado: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outros

Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC

Advogado: Dulce Soares Pontes Lima e outros

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE QUE A EXECUÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS SEJA PROMOVIDA POR ASSOCIAÇÃO NA QUALIDADE DE REPRESENTANTE DE SEUS ASSOCIADOS. A SENTENÇA CONDENATÓRIA COLETIVA PODE, EM CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS, SER LIQUIDADA POR CÁLCULOS, PRESCINDINDO-SE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE LIQUIDAÇÃO. A PENHORA DEFERIDA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PODE RECAIR SOBRE VALORES QUE ESTA TENHA EM CONTA-CORRENTE.

– Na representação a associação age em nome e por conta dos interesses de seus associados, conforme autoriza o art. 5.º, XXI, CF, diferentemente do que ocorre na substituição processual.

– Sendo eficaz o título executivo judicial extraído de ação coletiva, nada impede que a associação, que até então figurava na qualidade de substituta processual, passe a atuar, na liquidação e execução, como representante de seus associados, na defesa dos direitos individuais homogêneos a eles assegurados. Viabiliza-se, assim, a satisfação de créditos individuais que, por questões econômicas, simplesmente não ensejam a instauração de custosos processos individuais.

– Diante das circunstâncias específicas do caso, a execução coletiva pode dispensar a prévia liquidação por artigos ou por arbitramento, podendo ser feita por simples cálculos, na forma da antiga redação do art. 604, CPC.

– A jurisprudência desta Corte, além de repelir a nomeação de títulos da dívida pública à penhora, admite a constrição de dinheiro em execução contra instituição financeira. Precedentes.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti e Ari Pargendler votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília-DF, 02 de setembro de 2008 (data do julgamento)

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por BCN – Banco de Crédito Nacional S.A., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo.

Ação: Trata-se de execução provisória proposta pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em face do recorrente. Pretende-se a execução de acórdão proferido pelo extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e que condenou o recorrente a pagar aos associados do IDEC o índice de 42,72% para a correção de valores depositados em caderneta de poupança no mês de janeiro de 1999. O IDEC afirma que seus associados seriam titulares de um crédito total de R$ 815.562,92.

Decisão: Após a nomeação à penhora de 443 letras financeiras do tesouro (LFTs), fato impugnado pelo IDEC, o juízo em primeiro grau de jurisdição determinou o bloqueio, em dinheiro, de valores que se encontrassem à disposição do recorrente.

Acórdão: O Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente. Confira-se:

> *"Ação civil pública promovida pelo IDEC para a cobrança da diferença entre a inflação apurada no mês de janeiro de 89 e o índice creditado nas contas ou depósitos em poupança no mês subsequente Procedência. Execução provisória, eis que pendentes de julgamento recursos às Cortes Superiores para se definir os limites subjetivos da coisa julgada, se circunscrita à Capital de S. Paulo, nos limites da jurisdição do magistrado que proferiu a sentença ou* erga omnes. *Este tribunal decidiu que valeria* erga omnes. *Legitimidade do IDEC para a execução (Lei n. 8.078/1990, arts. 97, 98 e 100). Execução que está sendo levada a efeito em proveito de 115 associados do IDEC, cujos extratos foram exibidos, com os respectivos cálculos.*
>
> *Desnecessidade de prévia liquidação dos valores devidos. Execução que depende apenas de cálculos aritméticos, elaborados e exibidos pelos poupadores (CPC, art. 604). Penhora que deve recair sobre numerário do banco. Instituição que revela expressivo lucro anual, sem que possa negar a existência de dinheiro em caixa. Penhora resgatáveis apenas em 2006, quando o juiz tem de dar rápida solução ao litígio que se arrasta desde 1994 (CPC, arts. 125, II, e 620). Penhora do dinheiro mantida. Recurso não provido."*

Embargos de Declaração: Opostos pelo recorrente e rejeitados pelo Tribunal de origem.

Recurso Especial: Sustentou haver negativa de vigência aos seguintes dispositivos da legislação federal: (i) arts. 81, 82, 83, 97, 98 e 100, CDC, assim como art. 267, § 3.º, CPC, diante da ilegitimidade ativa; (ii) arts. 13, Lei n. 7.347/1985, 125, 535, 604, 618, 620, 648, 655, CPC, 68, Lei n. 9.069, e 6.º, Lei Complementar n. 105/2000. Afirmou haver dissídio pretoriano.

Recurso Extraordinário: Interposto pelo recorrente a fls. 1.554 e seguintes.

Juízo Prévio de Admissibilidade: Apresentadas contrarrazões (fls. 1.591/1.613), o Tribunal de origem negou provimento ao Especial. Dei provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise do Especial, determinando a subida dos autos ao STJ.

Parecer do Ministério Público Federal: O Procurador da República, Aurélio Virgílio Veiga Rios, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a controvérsia a examinar a legalidade da execução coletiva promovida por associação de consumidores e do bloqueio de valores em contas correntes da instituição financeira recorrente.

I. Violação ao art. 535, CPC

Da análise do acórdão recorrido, infere-se que o Tribunal *a quo* de fato enfrentou os pontos suscitados pelo recorrente como omissos, tanto que integram o objeto do próprio recurso especial e serão enfrentados logo adiante. Não há que se falar, assim, em violação ao art. 535, CPC.

II. Legitimidade Ativa

O Tribunal de origem afirmou a legitimidade ativa da associação exequente nos seguintes termos:

> *"Nos termos do art. 100 da Lei n. 8078/1990 (CDC), decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Acrescenta o parágrafo único que o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n. 7.347, de 24.06.1985. No caso, entretanto, não se trata de indenização, mas de cobrança de valores indevidamente sonegados pelo Banco o IDEC promove a execução no interesse de 115 de seus associados. Cada um deles, a partir das fls. 1.116, apresentou documento indicando o número e agência da respectiva conta, o valor em depósito em janeiro de 89 e a diferença reclamada. Esclarece o art. 100 do CDC que as pessoas indicadas no art. 82 só poderiam propor a ação de execução em favor do fundo se não fosse proposta a ação de execução pelos interessados, beneficiários da condenação. Não se trata de execução em favor do fundo, mas em proveito dos poupadores lesados pelo Banco. A legitimidade do IDEC decorre, ainda, do disposto nos arts. 82, 83, 97 e 98 do CDC."*

O recorrente sustentou, então, que a associação de consumidores não detém legitimidade ativa para iniciar a execução coletiva, havendo, assim, violação aos arts. 81, 82, 83, 97, 98 e 100, CDC, assim como art. 267, § 3.º, CPC, e art. 13, LACP. Na visão do recorrente, a legitimidade extraordinária, atribuída às associações para o ajuizamento de ações coletivas (ou civis públicas), não se estende à execução de tais julgados. A execução, em seu entender, deverá ser feita individualmente, por cada um daqueles que foram beneficiados com a decisão judicial. Somente após o decurso de um ano após o trânsito em julgado ou após a sentença de liquidação, seria possível a execução coletiva. Ademais, a execução coletiva haveria de destinar seu produto ao fundo fluido de que trata o art. 13, Lei n. 7.347/1985.

O Recurso Especial não versa, portanto, sobre a legitimidade da associação autora para o ajuizamento da ação de conhecimento, mas apenas para a execução do julgado. Não se discute, ainda, a abrangência territorial do título executivo. Trata-se apenas de examinar se a associação autora pode representar seus associados no processo de execução.

Delimitada a questão, sua solução, necessariamente, passa pela correta interpretação do art. 97, CDC.

É razoável afirmar que os interesses difusos e coletivos não se individualizam jamais, pois a indivisibilidade é de sua essência, e, por isso, submetem-se sempre a uma execução coletiva. Não havendo outros legitimados, só aquelas entidades indicadas no art. 82, CDC, podem, efetivamente, iniciar o processo de liquidação e execução.

Note-se, entretanto, que os interesses individuais homogêneos, como o próprio nome indica, são individuais e divisíveis por natureza, recebendo tratamento processual coletivo por questões de política judiciária. Sendo assim, as vítimas detêm inegável legitimidade ativa para liquidar e executar aquilo que lhes foi assegurado por sentença caso tal conduta lhe convenha.

Extremadas essas duas situações, restaria saber se as entidades indicadas no art. 82 podem exercer algum papel na execução de uma sentença que tenha reconhecido a existência de direitos individuais homogêneos.

Em que pese alguma dificuldade inicial, fato natural dado o caráter inovador da tutela coletiva, não há hoje dúvida sobre a conclusão de que a legitimidade ativa das associações para a propositura de ações coletivas, *lato sensu*, assenta-se sobre dois institutos diversos: a substituição processual e a representação processual.

Diferentemente do que ocorre na substituição, na representação a associação não atua em nome próprio, mas, ao contrário, age em nome e por conta dos interesses de seus associados. Note-se que o STF vem reconhecendo que a atuação por representação encontra amparo na própria Constituição Federal (art. 5.º, XXI) (conf. RMS n. 21.514, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 18.06.1993).

Assim, se a atuação da associação no processo de cognição pauta-se pela substituição, nada impede que ela passe a atuar, na liquidação e execução, como representante. O universo de representados pode ser menor que o de substituídos, mas mesmo assim a solução atende à necessidade de que a proteção jurisdicional se torne concreta.

Com efeito, após a sentença, pode-se constatar que o valor ínfimo dos valores atribuídos a cada vítima não justifica o ônus econômico que envolve o processo de liquidação e execução. Por isso, de forma consentânea com as diretrizes que orientam o processo coletivo, deve-se admitir a execução coletiva, com base na representação processual, como a única forma idônea de pulverizar o custo do processo, autorizando a satisfação dos direitos individuais reconhecidos por sentença.

No processo sob julgamento, o pedido de execução envolve um total de R$ 815.562,92, mas, entre as pessoas representadas pelo exequente, há algumas que detêm contas com crédito inferior a R$100,00. Exigir a liquidação e execução individual pode, portanto, representar uma pá de cal sobre as conquistas que o processo coletivo representa.

A lição de Ada Pellegrini Grinover corrobora tal entendimento ao reconhecer que *"o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumeradas no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores"* (Vv. Aa. Código Brasileiro de

Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 817).

Nesta linha, não se sustenta o argumento exposto no Recurso Especial segundo o qual a execução coletiva só seria possível nos termos do art. 100, CDC, ou seja, após decorrido o prazo de um ano sem habilitação de credores interessados e desde que o produto da indenização se destine ao fundo fluido de que trata o art. 13, LACP. Não há dúvida que essa visão ignora o mandamento constitucional segundo o qual as associações podem agir como representantes processuais de seus associados.

Observo, por fim, que o recorrente pretende demonstrar que os correntistas em questão não outorgaram à recorrida qualquer autorização específica. Essa é, no entanto, uma discussão que exige o reexame de provas e que, por isso, é vedada ao STJ por força de sua Súmula n. 7.

III. Necessidade de Liquidação da Sentença

O Tribunal de origem considerou desnecessária a liquidação por artigos e por arbitramento. Entendeu-se que a determinação do valor da condenação dependeria apenas de cálculo aritmético e, nos termos do art. 604, CPC, não teria havido qualquer ilegalidade na execução iniciada pelo IDEC.

O recorrente vem sustentando, entretanto, que a execução não poderia ter sido deflagrada sem que houvesse prévia liquidação individual em que cada indivíduo prove sua condição de vítima. O Recurso Especial aventou, então, a violação aos arts. 3.º, 604, 618, I, CPC, bem como aos arts. 95, 97, 98, 99 e 100, CDC.

A leitura atenta do art. 98, CDC, revela que a sentença proferida em ação coletiva sempre é ilíquida. Todavia, o CDC não determinou um procedimento específico de liquidação. Assim, na lei, nada há que impeça a liquidação por simples cálculos.

Se é certo que muitas sentenças coletivas exigem processo de liquidação em que se prove a condição de vítima, como é o caso de acidentes ambientais, há outras hipóteses em que o procedimento prévio de liquidação revela-se desnecessário, como se verifica no processo sob julgamento.

Os representados pelo IDEC nesta execução apresentaram documentos que indicam o número e agência da respectiva conta, bem como o valor em depósito em janeiro de 89. Daí, para que se chegue ao valor devido basta uma simples operação matemática com planilha de cálculo. Certamente, a situação poderá ser diversa se outros beneficiados pela sentença não puderem comprovar sua condição de vítima com extratos ou documentos. Diante da diversidade de situações fáticas postas no processo coletivo, não se pode ler a lei de forma restritiva, como se ela estivesse a exigir sempre a liquidação por artigos.

Ressalte-se que o recorrente não sofrerá prejuízo processual com o procedimento aceito pelo Tribunal de origem, pois poderá, em sede de embargos do devedor, arguir a defesa que entender necessária.

Desta forma, o acórdão recorrido não violou a legislação federal ao aceitar a aplicação à hipótese do art. 604, CPC, então vigente.

IV. Arts. 125, II, 620 e 655, CPC

O Recurso Especial impugna, ainda, o bloqueio de valores em conta corrente, insistindo na nomeação à penhora de Letras Financeiras do Tesouro.

Observe-se, entretanto, que o STJ em diversas oportunidades enfrentou a questão da nomeação à penhora de Letras Financeiras do Tesouro, concluindo ser justa a recusa do credor em aceitá-las (Conf. AgRg no REsp. n. 904.528/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 12.04.2007; REsp. n. 860.411/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 08.11.2007). Nesse mesmo sentido, esta Terceira Turma asseverou que *"a jurisprudência desta Corte, além de repelir a nomeação de títulos da dívida pública à penhora, admite a constituição* [sic] *de dinheiro depositado em instituição financeira*" (AgRg no Ag n. 709.528/ES, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 22.05.2006).

O processo de execução passou a ser pautado por um novo paradigma, segundo o qual a rápida consecução do resultado assegurado pelo direito material é a tônica que impregna os atos processuais. Justamente por isto, não há que se falar em violação ao art. 620, CPC, pelo simples fato de haver a penhora sobre dinheiro.

Ir além deste exame certamente exigiria o reexame de fatos e provas, pois só assim se poderia infirmar a conclusão do acórdão recorrido. Com efeito, *"o entendimento pacífico da 3.ª e 4.ª Turmas do STJ é que a verificação dos motivos que justificaram a rejeição dos bens oferecidos à penhora demandam, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento vedado nos termos da Súmula n. 7 do STJ"* (AgRg no Ag n. 777.351/SP, Terceira Turma, minha relatoria, *DJ* 27.11.2006; no mesmo sentido, AgRg no Ag n. 748.470/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 11.09.2006).

Forte em tais razões, NÃO CONHEÇO do Recurso Especial.

EXECUÇÃO COLETIVA – ATUAÇÃO DO SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL

STJ, Corte Especial, ERESp. 760.840/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, ac. de 04.09.2009, *DJe* 14.12.2009

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP. N. 760.840-RS (2009/0083780-2)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Embargante: Sindicato dos Servidores Federais do Rio Grande do Sul – SINDSERF/RS

Advogado: Felipe Carlos Schiwingel e Outro(s)
Embargado: União

EMENTA

Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Dissonância entre entendimentos recentemente manifestados no âmbito da Corte Especial. Legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de direitos individuais homogêneos. Reconhecimento, pelo STF, da atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores, tanto durante o processo de conhecimento, como na fase de liquidação ou cumprimento de sentença. Acolhimento de tal entendimento também no âmbito do STJ. *A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp. n. 1.082.891/RN; AgRg no EREsp. n. 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp. n. 847.319/RS; EREsp. n. 901.627/RS). O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE n. 193.503/SP; RE n. 193.579/SP; RE n. 208.983/SC; RE n. 210.029/RS; RE n. 211.874/RS; RE n. 213.111/SP,* **Informativo de Jurisprudência/STF** *n. 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestado pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a ideia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo. Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido.*

Embargos de divergência conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes provimento, no que foi acompanhado pelos votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp e Eliana Calmon, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passa-

rinho Junior, Gilson Dipp e Eliana Calmon votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves, Cesar Asfor Rocha e Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2009 (data do julgamento)

Ministro ARI PARGENDLER
Presidente

Ministra NANCY ANDRIGHI
Relatora

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

I – Delimitação da controvérsia

Cinge-se a lide em definir se o sindicato, em cumprimento de sentença proferida em processo coletivo, atua na condição de substituto processual, independente da autorização dos seus filiados, ou na condição de representante processual, munido de mandato específico. Cumpre esclarecer que o presente processo trata de discussão a respeito de direito individual homogêneo dos servidores civis federais. E, na hipótese em análise, o debate a respeito da condição em que atua o sindicato, na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva, está sendo travado em tese, porquanto levantado na sentença da ação de conhecimento. Não há, pois, nenhum incidente processual em questionamento, senão a necessidade de autorização específica para que o embargante prossiga no cumprimento da sentença.

II – O fundamento do acórdão recorrido

No julgamento do recurso especial, a 1.ª Turma do STJ posicionou-se no sentido de admitir a atuação do sindicato no cumprimento da sentença coletiva tão somente na condição de representante legal de seus filiados, dependendo, para tanto, de autorização específica. O entendimento adotado está fundado em acórdão anterior, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (REsp. n. 487.202/RJ, *DJ* 24.05.2004), que, por sua vez, baseou-se no voto-vista proferido pelo Min. Nelson Jobim, no acórdão proferido pelo Plenário do STF no RE n. 213.111/SP, *DJ* 24.08.2007. O acórdão paradigma, fazendo referência ao RE n. 214.668/SP, de relatoria do Min. Carlos Velloso, Relator para acórdão. Min. Joaquim Barbosa, considerou que o sindicato pode atuar, na liquidação e cumprimento da sentença coletiva, na condição de substituto processual dos filiados, independentemente, portanto, de autorização específica.

III – Precedentes da Corte Especial

A matéria não é nova no âmbito desta Corte Especial. Contudo, em que pese a existência de precedentes recentes, ela não se encontra pacificada. Com efeito, no ano de 2009 podem-se selecionar quatro oportunidades nas quais a questão foi enfrentada. Em primeiro lugar, em 06 de maio de 2009, a Corte Especial, ao julgar o EREsp. n. 1.082.891/RN (Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 21.05.2009), estabeleceu que, tanto para o processo de conhecimento, como para o processo de execução, a atuação do sindicato se dá na qualidade de **substituto processual**. Tal julgamento seguiu a orientação fixada pelo STF no julgamento do RE n. 213.111/SP. Eis a ementa do julgado:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO* LATO SENSU."
>
> *1. O cerne da controvérsia gira em torno da legitimidade dos sindicatos para atuar na fase executiva do processo coletivo* lato sensu. *Consoante recente entendimento consignado no âmbito da Quinta e Sexta Turmas desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados.*
>
> *2. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.*
>
> Estive ausente no julgamento desse processo.

Pouco tempo depois, em 28 de maio de 2009 e 17 de junho de 2009, a Corte Especial enfrentou novamente a questão, manifestando-se contudo em sentido contrário. Com efeito, no julgamento dos EREsp. n. 847.319/RS e 901.627/RS (ambos de relatoria do il. Min. LUIZ FUX, com acórdãos publicados, respectivamente, nos *DJes* 10.08.2009 e 06.08.2009), a Corte Especial estabeleceu que a atuação dos sindicatos, na execução das ações coletivas, dar-se-ia, não na qualidade de substituto processual, mas de **representante processual**. Eis a ementa de um dos referidos julgados:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL.
>
> *1. Os sindicatos ostentam legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença, proferida em ação condenatória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual. Precedentes do STF:RE n. 210029/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.08.2007; e RE n. 193.503/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.08.2007 e do STJ: REsp. n. 876.812/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 01.12.2008; AgRg no REsp. n. 926.608/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 02.08.2007; REsp. n. 692.987/RS, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 04.12.2006; REsp. n. 637.837/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.03.2005.*

2. Os sindicatos ostentam legitimatio ad causam *extraordinária, na qualidade de substitutos processuais (art. 6.º do CPC), para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, como dispõe o art. 8.º, III, da CF.*

3. A Lei n. 7.788/1989 estabelece, em seu art. 8.º, que as entidades sindicais poderão atuar como substitutas processuais da categoria que representam, por isso que assente a autorização legal, revela-se desnecessária a autorização expressa do titular do direito subjetivo.

4. Embargos de Divergência desprovidos."

Votei com o il. Min. Relator no julgamento do EREsp. n. 847.319/RS. Não participei do julgamento do EREsp. n. 901.627/RS por força de licença médica. Depois disso, novamente a questão foi apreciada por esta Corte Especial, desta vez mediante agravo interno e novamente inverteu-se a orientação. Trata-se do AgRg nos EREsp. n. 1.077.723/RS (Rel. Min. Feliz Fischer, *DJe* 13.08.2009) no qual, invocando-se o precedente formado no julgamento do já citado EREsp. n. 1.082.891/RN, novamente o sindicato foi considerado substituto processual dos trabalhadores, inclusive em sede de execução coletiva. Não participei do julgamento desse processo, novamente em virtude de licença médica. Eis a ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE CONFRONTO DE TESES. INVIABILIDADE DOS EMBARGOS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. SÚMULA N. 168/STJ.

I – É inviável o conhecimento de embargos de divergência quando não houver confronto de teses jurídicas entre os vv. Acórdãos confrontados.

II – Não houve, no v. acórdão recorrido, discussão acerca da natureza jurídica da intervenção do sindicato na fase executiva, se representante ou substituto processual.

III – Demais disso, a orientação assentada por esta E. Corte Especial, secundando o entendimento do c. Pretório Excelso, é no sentido de que 'os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais, quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados'."

(EREsp. n. 1082891/RN, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 21.05.2009)

Vê-se, portanto, que há incerteza quanto a orientação da Corte Especial sobre a matéria, o que justifica sua discussão e pacificação, de maneira definitiva.

IV – O posicionamento do STF quanto à matéria

As duas linhas de precedentes desta Corte Especial sobre o assunto, tanto defendendo a legitimidade do sindicato como substituto processual, como defendendo-a como mero representante dos trabalhadores, invocam, como razão de decidir, o posicionamento do STF quanto a matéria. Assume relevo, portanto, analisar os

precedentes nos quais o posicionamento do Supremo se pacificou. No Informativo de Jurisprudência n. 431/STF noticia-se o julgamento conjunto de uma série de recursos extraordinários sobre o assunto: RE n. 193.503/SP, RE n. 193.579/SP, RE n. 208.983/SC, RE n. 210.029/RS, RE n. 211.874/RS e RE n. 213.111/SP, todos eles tendo como relator originário o il. Min. Carlos Velloso e como relator para acórdão o il. Min. Joaquim Barbosa. Pelo que se depreende desse informativo, a posição que prevaleceu, por maioria, no Plenário do Supremo, é a de que há *"ampla legitimidade ativa* ad causam *dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos de seus integrantes"*. A posição minoritária, que restou vencida, capitaneada pelos il. Min. Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie (que já fora exposta nos Informativos/STF n. 330 e 439), defendia que a atuação do sindicato como substituto processual deveria ser restringida *"às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas no processo de conhecimento, asseverando que, para a liquidação e execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador"*.

O debate que se travou no STF acabou por se intensificar, notadamente, porque os defensores de cada uma das correntes em disputa partiram de pressupostos completamente diferentes para formar sua convicção. Com efeito, basearam-se em argumentos de índole *eminentemente técnicoprocessual* os ministros que defenderam a ideia de que, na liquidação e execução de sentenças de condenação genérica em ações coletivas, os sindicatos atuam como meros *representantes* do trabalhador. Basearam-se, por outro lado, em argumentos de índole *eminentemente social* os ministros que defenderam a ampla atuação do sindicato como *substituto processual*, tanto no processo de conhecimento, como na liquidação e execução do julgado. Respeitando-se a escolha de pressupostos dos ministros que defenderam cada uma dessas correntes de pensamento, os argumentos a partir de então desenvolvidos, tanto num sentido, como no outro, são de difícil impugnação. A título exemplificativo, são *tecnicamente* irretocáveis os argumentos utilizados pelo il. Min. Cézar Peluso, em seu voto no sentido da impossibilidade de atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores na execução da sentença genérica:

> *"O processo de execução envolve, de regra, uma complexidade irredutível, decorrente da individualidade de cada caso. Isto é, não existem dois empregados credores que se encontrem em situações absolutamente idênticas na execução. Pode ser até diferença de horas de contratação, por exemplo, mas duvido muito que haja coincidência absoluta nesses casos. Portanto, na fase de execução, como essa complexidade é irredutível, é preciso que se examine caso por caso. É impossível execução coletiva de direitos individuais."*
>
> [...]
>
> *"A hipótese, equiparável, nas consequências funestas, à do chamado litisconsórcio multitudinário, hoje proscrito (art. 46, § único, do CPC), inviabilizaria a aplicação, em grau*

*mínimo que fosse, do princípio da imediatidade entre o juiz e a fonte das provas, sem a qual não se produziria cognição (*cognitio*) adequada, em profundeza e amplitude, às especificidades de cada um de múltiplos direitos controvertidos. Estaria, com isso, comprometido o exercício frutífero da atividade jurisdicional, em dano do prestígio do Poder Judiciário e de garantia constitucional do réu (art. 5.º, incs. LIV e LV, da CF), cujo direito de defesa, nas suas variadas expressões dentro da estrutura do contraditório, acabaria, na prática, sacrificado, porque obrigado a opor-se, no mesmo feito, a uma infinidade de pretensões distintas, deduzidas em cúmulo objetivo. Mas, sobretudo – e tal perspectiva parece-me determinante a quem predique exegese expansiva ao art. 8.º, inc. III, inspirada em visão aparente de defesa generosa dos trabalhadores –, estariam sacrificadas as posições processuais destes mesmos, enquanto substituídos, cujas alegações e elementos de prova, adaptadas, como não pode deixar de ser, a cada situação particular, se diluiriam e aniquilariam na massa caótica dos atos processuais! Numa síntese, legitimação extraordinária irrestrita, suscetível de abranger defesa de direitos e interesses individuais heterogêneos e ilimitados, significaria aberta contradição com a própria* ratio iuris *do art. 8.º, inc. III, preordenado a favorecer, dentro do processo, os trabalhadores substituídos. Processo tumultuário não é coisa que convenha a ninguém muito menos a trabalhadores cuja inferioridade econômico-social tende a norma a compensar!"* Argumentação irrebatível do ponto de vista estritamente técnico, chama a atenção para *"o* ***problema da própria autodeterminação do cidadão****. Supor essa autonomia dos sindicatos, sem limites, na verdade, é transformar isso numa república sindical; é mais do que isso: é desvalorizar a ideia de autodeterminação que está presente em toda a Constituição"*, posteriormente complementando: *"Nesse sentido, parece certo que o sindicato, na qualidade de substituto processual, não poderá praticar atos de disposição dos direitos estritamente individuais dos trabalhadores por ele representados. E esse problema surgirá justamente no momento processual em que os direitos individuais postulados em juízo perdem o seu caráter comum ou homogêneo, individualizando-se conforme a situação específica de cada trabalhador."* Para o il. Min. Gilmar Mendes, *"nas ações por danos a direitos individuais homogêneos, o aspecto coletivo da tutela cessa no momento da prolação da sentença condenatória genérica. A liquidação e a execução são tipicamente individuais"*.

A opção por argumentos predominantemente processuais, contudo, não prevaleceu no Supremo. Em mais de uma oportunidade, o il. Min. Joaquim Barbosa, quando instado a discutir a matéria sob a ótica do processo civil, ressaltou que as *"objeções são de ordem processual, e não me impressiono com objeções de ordem processual"*, para, posteriormente, proclamar que *"argumentos processuais [...] não me parecem aptos a nulificar o que está dito expressamente na Constituição. Se adotarmos essa tese, estaremos não só restringindo o acesso à justiça, claro, sob a ótica processual, e não constitucional. Estaremos criando uma fragilidade adicional que a Constituição quis eliminar com conceder ao sindicato a substituição processual"*. Havia, na defesa desses argumentos, a ideia de que *"a Constituição deve ser servida pelo direito ordinário, e não este se servir da Constituição"*, como ressaltou o il. Min. Ayres Brito em seu voto.

Em síntese, naquela oportunidade, acabou por prevalecer a pretensão à máxima realização dos princípios constitucionais, consoante ponderou o il. Min. Marco Aurélio, no voto que proferiu:

> *"É de se perguntar, a partir do bom senso: a quem interessa obstaculizar, na execução, a substituição? A quem interessa obstaculizar a substituição pelo sindicato dos integrantes da categoria justamente diante de algo que não deveria ocorrer se estivéssemos em estágio cultural mais adiantado: o descumprimento de uma decisão judicial, lei entre as partes, transitada em julgado? Não sei a quem socorreria essa visão, mas, evidentemente, haverá o envolvimento de inadimplentes quanto ao que decidido após o exercício, à exaustão, do direito de defesa. Peço vênia àqueles que entendem de maneira diversa para fazer a leitura da nossa amada Constituição Federal de forma a lhe conferir, quanto à substituição processual prevista no inciso III do artigo 8.º, a maior eficácia possível. Quem sabe, assim, ter-se-á, realmente, a possibilidade de lograr a entrega da prestação jurisdicional no tempo razoável requerido, hoje, expressamente – e já era requerido, antes, implicitamente –, pela Carta da República."*

V – A solução da controvérsia

Tendo em vista a pacificação do tema no âmbito do STF, não há como se manter, nesta Corte, o entendimento preconizado nos já citados EREsps. n. 847.319/RS e 901.627/RS, em que pesem os judiciosos argumentos de ordem processual que os sustentam.

Conforme asseverado pelo embargante, legislação específica autoriza as entidades sindicais a atuarem na condição de substitutos processuais da categoria, sem qualquer restrição (art. 3.º, Lei n. 8.073/1990). Da leitura conjunta com o que dispõem os arts. 97 e 98 do CDC verifica-se que a execução coletiva pode ser promovida pelos legitimados a ajuizar a ação de conhecimento. E, se ao sindicato é autorizado o ajuizamento de ação coletiva, razão não há para obstar que ele também atue no cumprimento da sentença proferida.

No que toca às garantias constitucionais, não é dado ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu. Assim, diante do contexto legal e constitucional da atualidade, que prima pela celeridade e efetividade processuais, a fim de alcançar uma prestação jurisdicional rápida e efetiva, não há lugar para restringir, nestes termos, a garantia constitucional de atuação dos sindicatos na defesa dos interesses e direitos individuais e coletivos da categoria. Essa interpretação, contudo, não afasta a necessidade de que a execução coletiva indique, individualmente, o credor substituído e o valor devido.

Forte em tais razões, DOU PROVIMENTO aos embargos de divergência para que prevaleça a orientação seguida por esta Corte por ocasião do julgamento do EREsp. n. 1.082.891/RN, no sentido de que os sindicatos podem atuar assim na ação coletiva de conhecimento como no cumprimento da sentença proferida, na condição de substitutos processuais.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA PELOS LEGITIMADOS – *FLUID RECOVERY*

STJ, 4ª T., REsp. 1.156.021/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, ac. 06.02.2014, *DJe* 05.05.2014

RECURSO ESPECIAL Nº 1.156.021 – RS (2009/0171773-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Linear Componentes Eletronicos Ltda e Outros

Recorrido: Marcelo Marques Milano

Advogado: Sem representação nos autos

Recorrido: Danúbio Silveira Dias

Advogado: Everton Pereira de Mattos

Recorrido: Elvio Dias Milano

Advogado: Antonio Mario Arpini

Recorrido: José Carlos Exequiel Figueira

Advogado: Joscelia Bernhardt Carvalho

Recorrido: Arlete Furtado Gomes –

Sucessão Advogado: Carmelina Leite Borges

EMENTA

AÇÃO COLETIVA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) – PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS – IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Hipótese: liquidação de sentença genérica, proferida nos autos de ação coletiva, requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão indeferida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que seria necessária, previamente,

a publicação de editais em jornais de ampla circulação – obrigação determinada aos réus da demanda coletiva, na sentença condenatória.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação coletiva, a sua atuação como custos legis não é obrigatória, pois, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno enquanto instituição, razão pela qual, uma vez figurando como parte do processo, é dispensada a sua presença como fiscal da lei.

2. Nos termos do artigo 100, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida", hipótese denominada reparação fluida – fluid recovery, inspirada no modelo norte-americano da class action.

2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica-se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento.

2.3. Todavia, no caso em tela, observa-se que não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que "no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente à fl. 982, e-STJ]", ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva. Assim, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, *DJe* 05/09/2012

3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do

Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Presidente

MINISTRO MARCO BUZZI

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – ora recorrente – interpôs agravo de instrumento, a fim de ver reformada decisão interlocutória proferida pelo magistrado de primeiro grau, na qual fora indeferido o pedido de liquidação da sentença genérica – prolatada nos autos da ação coletiva que ajuizou em face de LINEAR COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA e seus sócios DANUBIO SILVEIRA DIAS, ELVIO DIAS MILANO, MARCELO MARQUES MILANO, JOSÉ CAROS EXEQUIEL FIGUEIRA E ARLETE FURTADO GOMES, tendo em vista a configuração de práticas comerciais abusivas, in casu, o desenvolvimento de uma espécie de consórcio irregular, a partir do qual os consumidores interessados adimpliam parcelas mensais, sem que, ao final, fossem entregues os respectivos produtos.

Narrou o agravante, em síntese, que, após o transcurso de mais de um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, requereu sua liquidação e posterior reversão do valor apurado a determinado fundo, pedido indeferido sob fundamento de que deveriam ter sido publicados, de forma prévia, editais em dois jornais de ampla circulação, conforme preceituado na sentença.

Nesse sentido, argumentou que a determinação de publicação de editais em jornais de ampla circulação – obrigação destinada aos réus da ação coletiva – não pode condicionar a possibilidade de liquidação e execução do julgado, requeridas com base no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, afirmou que a cientificação dos consumidores ocorreu com a publicação regular de edital, juntado à fl. 871 dos autos.

O Tribunal de origem, ao julgar o agravo de instrumento, negou-lhe provimento, mantendo o decisum do magistrado singular, em acórdão sintetizado na ementa ora transcrita:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. MP. TRÂNSITO EM JULGADO. HABILITAÇÃO DOS CONSUMIDORES. LIQUIDAÇÃO. ARTIGO 100 DO CDC E SEU § ÚNICO. MARCO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO. CONDICIONAMENTO À PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA PELOS RÉUS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AS PARTES. DECISÃO MANTIDA. A ação coletiva de consumo, em defesa de direitos individuais homogêneos, conduz a uma sentença genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados às vítimas, ainda não identificadas. A liquidação promovida pelo MP, quando o produto da indenização deverá reverter para um Fundo, é residual, terá cabimento somente na hipótese de não ocorrer habilitações. Antes, é dever do magistrado e do autor coletivo promover ampla divulgação da sentença, através de sua publicação em jornal local de grande circulação e/ou através das entidades de defesa do consumidor, sob pena de tornar-se inócua a condenação. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso. (fl. 1308, e-STJ)

Inconformado, o agravante interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

Nas razões do apelo extremo (fls. 1322 – 1329, e-STJ), aponta o recorrente a existência de violação ao disposto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Discorre, inicialmente, acerca da importância do instituto da reparação fluida (fluid recovery) como mecanismo para impedir a impunidade do causador do dano. Em seguida, aduz ser suficiente, nas ações coletivas, a regular publicação da sentença por meio de edital, o que afirma ter sido feito na hipótese.

Por fim, sustenta que o prazo previsto no art. 100 do CDC deve ter como marco inicial a mencionada publicação ou o trânsito em julgado, razão pela qual deve ser dado prosseguimento à liquidação requerida.

Não foram apresentadas contrarrazões (cf. certidão fl. 1331, e-STJ).

Admitido o processamento do recurso na origem (fls. 1334-1338, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): A insurgência recursal veiculada no apelo extremo merece prosperar em parte, nos termos a seguir expostos.

1. De início, cumpre esclarecer que a demanda subjacente ao recurso especial consiste em ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, razão pela qual se dispensou a intervenção do Parquet Federal como custos legis, entendida como prescindível, nestas hipóteses, pela jurisprudência desta Corte.

Sobre o tema, confira-se:

> ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.
> 1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei. [...] (REsp 1183504/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, *DJe* 17/06/2010; grifou-se)

Nesse sentido, ainda: REsp 1042223/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, *DJe* 19/02/2009;

Esclarecido o ponto, procede-se à apresentação e delimitação da controvérsia que será objeto do presente voto.

2. A ação coletiva no bojo da qual fora proferida a sentença genérica que se pretende liquidar foi ajuizada pelo Parquet do Estado do Rio Grande do Sul em face dos ora recorridos – pessoa jurídica, bem como seus sócios (desconsideração da personalidade jurídica) –, tendo em vista a verificação de práticas comerciais abusivas e publicidade enganosa, imputadas à LINEAR COMPONENTES ELETRÔNICOS LTDA.

A sentença condenatória genérica, confirmada pela Corte estadual em sede de apelação cível, estabeleceu, em sua parte dispositiva, (i) a manutenção da indisponibilidade de bens; (ii) a condenação dos réus a indenizarem os consumidores lesados; (iii) a determinação de que os réus não mais praticassem as condutas abu-

sivas detectadas no processo, bem assim a impossibilidade de constituírem outra sociedade ou firma individual; (iv) a condenação dos réus a fazerem publicar, às suas expensas, em dois jornais de ampla circulação local, o dispositivo da sentença. Nos exatos termos do decisum:

> Isto posto, JULGO PROCEDENTE a ação e: MANTENHO a indisponibilidade de bens já decretada e efetivada; CONDENO os requeridos a indenizarem os consumidores lesados, material e moralmente, em valor a apurar-se em liquidação por arbitramento; CONDENO os réus a nunca mais praticarem as condutas abusivas detectadas no processo, com apoio no art. 81, I, do CDC; CONDENO os demandados a, enquanto não verificado o ressarcimento, não mais comercializarem qualquer tipo de produto ou serviço, não constituindo, ainda, outra sociedade ou firma individual; e, por fim, CONDENO os requeridos, às suas expensas, a fazerem publicar, em dois jornais de ampla circulação local, o dispositivo da presente sentença. [...] (fl. 1196, e-STJ; grifou-se)

O não cumprimento desta última obrigação – publicação do dispositivo da sentença em dois jornais de ampla circulação local – foi o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para indeferir o pedido de liquidação do julgado – formulado pelo autor da demanda coletiva, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista, outrossim, o transcurso de mais de um ano do trânsito em julgado, que se deu em 31/03/2007, consoante certificado à fl. 1257, e-STJ.

Com efeito, a controvérsia instaurada por meio deste apelo extremo tem por objeto, em última análise, a interpretação do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor – em que se positivou a fluid recovery (reparação fluida), inspirada, em parte, no modelo norte-americano da class action for damages –, notadamente no que se refere ao termo inicial do prazo ali consignado e, ainda, quanto às implicações da obrigação a que foram condenados os réus, isto é, de publicação do dispositivo da sentença, ao aludido prazo.

Neste particular, inicialmente se faz necessário transcrever o enunciado normativo constante do mencionado dispositivo legal, qual seja:

> Art. 100. Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.
>
> Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

Da leitura do referido dispositivo infere-se, de plano, a omissão legislativa quanto ao termo inicial do prazo ali estabelecido, de modo a terem surgido, no âmbito doutrinário, algumas correntes objetivando elucidar a problemática, o que será objeto de análise ao longo deste voto.

No entanto, previamente, com o escopo de melhor examinar a questão jurídica posta, importante tecer algumas ponderações sobre a execução da sentença genérica nas ações coletivas e, outrossim, sobre o próprio instituto da reparação fluida (fluid recovery).

3. A execução da sentença proferida em ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos é disciplinada nos artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser promovida pelas vítimas, seus sucessores, bem como pelos legitimados extraordinários (substitutos processuais elencados no art. 82 do CDC). Assim, poderá o cumprimento ser (i) individual, (ii) individual realizado de forma coletiva (art. 98 do CDC) ou (iii) coletivo propriamente dito (art. 100 do CDC).

Acerca do tema, elucidativa a lição esboçada por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

> A obrigação de uma sentença genérica (obrigação de pagar quantia, responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, art. 91 *caput* do CDC, direito individuais homogêneos) pode ser individual, proposta pelo próprio indivíduo ou pelos legitimados extraordinários coletivos (denominada como coletiva pela lei, mas que, em verdade, é uma execução individual plúrima), ou coletiva, no caso de execução da fluid recovery, (Curso de Direito Processual Civil. v. 4. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 393)

É essa última hipótese de execução/cumprimento de sentença que guarda maior pertinência ao caso ora em análise, pois deverá ser precedida de fase de liquidação coletiva, o que foi objeto do requerimento formulado pelo órgão ora recorrente, indeferido pelas instâncias ordinárias.

O referido procedimento afigura-se imprescindível, uma vez que a sentença de procedência na ação coletiva – ajuizada para reparação de danos envolvendo direitos individuais homogêneos – é, via de regra, genérica, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, portanto, insere-se o instituto da reparação fluida (fluid recovery), positivado no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade consiste em evitar que a sentença proferida nos autos da ação coletiva se torne inócua, deixando impune o fornecedor que atuou ilicitamente, nos casos em que não haja habilitação dos consumidores lesados e interessados ou que esta tenha se dado em número incompatível com a gravidade do dano.

As supracitadas hipóteses são apresentadas pela autora Ada Pellegrini Grinover, nos seguintes termos:

> [...] o legislador brasileiro não descartou a hipótese de a sentença condenatória não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas, ou então de os interessados que se habilitarem serem em número incompatível com a gravidade do dano. A hipótese é

> comum no campo das relações de consumo quando se trate de danos insignificantes em sua indivisibilidade mas ponderáveis no conjunto: imagine-se, por exemplo, o caso de venda de produto cujo peso ou quantidade não corresponda aos equivalentes ao preço cobrado. O dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado. Foi para casos como esses que o *caput* do art. 100 previu a *fluid recovery*. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 913; grifou-se)

Trata-se, em essência, de instrumento para garantir a utilidade do provimento obtido por meio da ação coletiva, ainda que não tenha havido habilitação das vítimas ou que essa tenha se dado em número insuficiente.

O procedimento em tela, no entanto, é caracterizado pelos aspectos da eventualidade e subsidiariedade, possuindo hipótese bastante restrita de aplicação, isto é, após o transcurso do prazo de 1 (um) ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

Cumpre destacar, neste ponto, a característica da subsidiariedade, pois, diversamente do que ocorre na fase cognitiva da ação coletiva ajuizada para defesa de interesses individuais homogêneos, em que o objeto afigura-se indivisível, quando se trata de pleitear efetivamente a reparação do dano, essa indivisibilidade é superada pela necessária individualização dos prejuízos, com a apuração da extensão das lesões sofridas por cada uma das vítimas/interessados.

Nesse sentido é a lição delineada por Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

> Essa forma diferenciada de execução [fluid recovery] deve ser considerada como uma anomalia do sistema, só devendo tomar lugar quando as execuções individuais não tiverem sido oferecidas em número compatível com a gravidade do dano. Insista-se mais uma vez que, tendo o direito individual homogêneo natureza de direito individual, as execuções devem ser individuais, valendo-se o sistema da execução por fluid recovery apenas subsidiariamente. (Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. São Paulo: Método, 2012, p. 659)

Há, assim, na fase de cumprimento da sentença, tornando-se como ponto central o dano pessoal experimentado, uma gradação de preferência: a legitimidade individual (ordinária) antecede a legitimidade coletiva, que passa então a ser subsidiária daquela.

4. Estabelecidas essas premissas eminentemente teóricas, procede-se ao enfrentamento da controvérsia instaurada por meio do presente apelo extremo, isto é, o termo inicial do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, considerando, ademais, a peculiaridade que circunda o caso em comento, qual

seja a existência de condenação dos réus à publicação do dispositivo da sentença em jornais de ampla circulação local.

A fim de elucidar a questão, saliente-se, de início, que os desenvolvimentos doutrinários majoritários orientam-se no sentido de que o transcurso do lapso temporal ânuo tem como marco inicial a data do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica, o qual já haveria se operado no caso em tela.

Seguindo essa linha, destaca-se o autor Marcelo Abelha Rodrigues, em ensaio específico sobre o instituto da fluid recovery, a saber:

> Esta possibilidade, de exercício de ação, será no prazo de um ano exatamente seguinte ao trânsito em julgado da sentença condenatória genérica a que alude o art. 95 do CDC. A partir daí poderá ser proposta a ação de reparação fluida, cujo produto destinar-se-á ao FDDD (fundo federal para defesa dos direitos difusos). (Ponderações sobre a fluid recovery do art. 100 do CDC. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.461; grifou-se)

No mesmo sentido, lecionam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

> [...] o art. 100 prevê uma legitimação extraordinária subsidiária: só é permitido ao ente coletivo instaurar a liquidação coletiva, após um ano do trânsito em julgado da sentença condenatória genérica. Além disso, aqui há liquidação verdadeiramente coletiva: apura-se um montante devido a vítimas indeterminadas (exatamente porque não requereram a sua liquidação individual), que será revertido ao FDD. (Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. v. 4. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 377)

No entanto, sobre este ponto específico, necessário analisar, ainda, outro aspecto que particulariza o caso em tela: a condenação dos réus em fazer publicar, às suas expensas, o dispositivo da sentença condenatória em dois jornais de ampla circulação local e suas implicações quanto ao termo inicial do referido prazo.

Consoante já mencionado, a Corte de origem condicionou o início do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor ao cumprimento, pelos réus, da obrigação de publicar, às suas expensas, o dispositivo da sentença em dois jornais de ampla circulação local.

Contudo, forçoso reconhecer a impossibilidade de tal condicionamento, mormente por se tratar de obrigação de fazer a ser cumprida pelos réus da demanda.

Isto porque o estabelecimento desta condição, em se tratando de obrigação a ser cumprida pelos réus da ação, poderia conduzir à delonga na tramitação do feito, impondo ao autor da demanda o requerimento de providências destinadas a compelir os réus ao cumprimento da obrigação, a qual, por ser de natureza fungível, nos termos do artigo 461, § 1º, do Código de Processo Civil, poderia até mesmo ser convertida em perdas e danos, a seu requerimento, desvirtuando, por-

tanto, a própria finalidade de sua determinação – cientificação dos lesados – e, da mesma forma, impossibilitando o pedido de reparação fluida, que, a despeito da subsidiariedade que lhe é inerente, de acordo com o já mencionado, reveste-se de importante finalidade, isto é, transfere à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, preservando a vontade da Lei de impedir o enriquecimento sem causa do empreendedor que atente contra as normas jurídicas de caráter público.

Ressalte-se, ainda, que a determinação do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, citado pelo Tribunal local na fundamentação do acórdão, preceitua somente a necessidade de publicação de edital no órgão oficial, nestes termos: "Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor." (grifou-se), não fazendo referência, portanto, à necessidade de publicação do edital em jornais locais.

Ao comentar o referido dispositivo [artigo 94 do CDC], salienta Ada Pellegrini Grinover que houve a dispensa de publicação em jornal local, porquanto dispendiosa e, outrossim, por pouco acrescentar à notícia do órgão oficial, destacando, ainda, a necessidade de divulgação via rádio e televisão, a cargo dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

> **O Código do Consumidor dispensa a publicação em jornal local, por ser dispendiosa e pouco acrescentar à notícia do órgão oficial, enquadrando-se ambas na categoria de scientia ficta.**
>
> Em contrapartida, o art. 94 orienta no sentido da ampla divulgação da propositura da ação pelos meios de comunicação social – rádio e televisão –, de que encarrega os órgãos de defesa do consumidor, quais sejam, os órgãos federais, estaduais e municipais, bem como as entidades provadas de defesa do consumidor, integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (art. 105 do Código). (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 902; grifou-se)

Nesse contexto, infere-se que o estabelecimento da efetivação da obrigação de fazer, destinada aos réus da demanda, enquanto condição para o início do prazo a que alude o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como medida desprovida de amparo legal, sendo inviável, ainda, depreendê-la por meio de técnicas hermenêuticas; aliás, do próprio comando da sentença condenatória genérica também não é possível extrair tal vinculação.

Em última análise, referido condicionamento poderá consubstanciar-se em determinação prejudicial à própria efetividade de processo, pelas razões já expostas – possibilidade de conversão em perdas e danos e impossibilidade de requerimento da reparação fluida.

Desse modo, embora louvável a determinação para que os réus publicassem, em jornais de ampla circulação local o dispositivo da sentença, tal medida caracteriza-se como complementar/adicional, não podendo condicionar o início do mencionado prazo.

5. No caso sob exame, embora afastado o condicionamento estabelecido pelas instâncias ordinárias e transcorrido mais de um ano do trânsito em julgado, não é possível, de plano, deferir o pedido de liquidação e execução do julgado, nos termos pretendidos, porquanto, in casu, não se verifica a publicação de edital, no órgão oficial, relativo ao conteúdo da sentença, o que constitui óbice à habilitação dos interessados e, consequentemente, inviabiliza a pretensão de execução individual do julgado coletivo.

De fato, não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que "no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente à fl. 982, e-STJ]", ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva, consoante determinado no despacho de fls. 979-980, e-STJ:

> Edital de Citação nos termos do art. 94 do CDC
>
> [...]
>
> Objeto: Citação dos possíveis interessados para se habilitarem, querendo a teor do que dispõe o art. 94 do CDC. [...] (fl. 982 e 1350, e-STJ)

À evidência, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença condenatória, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à habilitação dos interessados na fase de execução/liquidação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, ainda que já decorrido mais de um ano do trânsito em julgado.

Neste particular, importante repisar que o processo coletivo tem como característica a efetivação da tutela jurídica de direitos referentes à coletividade. Contudo, tendo em vista a possibilidade de individualização do interesse/objeto, bem assim de determinação dos seus titulares, faculta-se às vítimas ou seus sucessores que venham a requerer o cumprimento, de forma individual, do julgado.

Desse modo, imprescindível a cientificação dos interessados, por meio da divulgação da sentença condenatória, para efetivação do provimento jurisdicional, ainda que tenha sido vetado o artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor, que previa: "Art. 96. Vetado – Transitada em julgado a sentença condenatória, será publicado edital, observado o disposto no art. 93."

Ademais, consoante salienta Ada Pellegrini Grinover, o fundamento do veto do artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor foi a remissão equivocada, no enunciado encaminhado à publicação, ao artigo 93, quando a referência correta seria ao artigo 94 do diploma consumerista. Nesse contexto, sustenta a citada autora a imprescindibilidade de proceder à divulgação da sentença condenatória, nos moldes estabelecidos pelo artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, a saber:

> **A razão do veto foi a remissão errônea do dispositivo, no texto enviado à sanção, ao art. 93, quando a referência correta seria ao art. 94.**
>
> Qual o prejuízo do veto para a ampla publicidade da sentença condenatória entre seus beneficiários?
>
> **Que a divulgação é imprescindível, não se discute. Se a medida já é aconselhável na propositura da ação, quando a referência correta seria ao art. 94, pelas razões já expostas nos comentários ao art. 94, ela se torna absolutamente necessária quando se trata de dar conhecimento às vítimas e a seus sucessores do trânsito em julgado da sentença condenatória, com a finalidade de possibilitar a habilitação destes no processo, por intermédio do processo de liquidação.**
>
> Mas que o art. 96 colocava obrigatoriamente, de maneira didática, **ainda se sustenta, pela interpretação sistemática dos demais dispositivos do Código.** O art. 100 fixa o prazo de um ano, após o que, se não houver habilitações em número compatível com a gravidade do dano, proceder-se-á à liquidação e execução da sentença condenatória, para recolhimento ao fundo da fluid recovery [...]. Ora, é evidente que o juiz deverá proceder à intimação da sentença e esta, no caso em tela, só poderá dar-se por meio de editais, devendo o juiz socorrer-se, por analogia, do disposto no art. 94. [...] (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 905; grifou-se)

Sobre o tema, interessante destacar o seguinte precedente desta Quarta Turma, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em que, embora consignada a premissa de que o termo inicial do referido prazo dá-se com o trânsito em julgado, reconheceu-se a impossibilidade de o Ministério Público requerer a liquidação/execução do julgado com base no artigo 100 do CDC, quando não publicado edital para cientificação dos consumidores acerca do conteúdo da sentença exequenda, o que se traduziria em óbice à sua habilitação:

> PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDÊNCIA DA LEGITIMIDADE DAS VÍTIMAS OU SUCESSORES. SUBSIDIARIEDADE DA LEGITIMIDADE DOS ENTES INDICADOS NO ART. 82 DO CDC. [...]
>
> 3. Não obstante ser ampla a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva, admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC, o art. 97 impõe uma

gradação de preferência que permite a legitimidade coletiva subsidiariamente, uma vez que, nessa fase, o ponto central é o dano pessoal sofrido por cada uma das vítimas.

4. Assim, no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela.

5. O art. 98 do CDC preconiza que a execução "coletiva" terá lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização devida em sentença de liquidação, a qual deve ser – em sede de direitos individuais homogêneos – promovida pelos próprios titulares ou sucessores.

6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá – se for o caso – após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilicitamente de arcar com a reparação dos danos causados.

7. No caso sob análise, não se tem notícia acerca da publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença exequenda, o que constitui óbice à sua habilitação na liquidação, sendo certo que o prazo decadencial nem sequer iniciou o seu curso, não obstante já se tenham escoado quase treze anos do trânsito em julgado.

8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípuo dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível.

9. Recurso especial provido.

(REsp 869583/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, *DJe* 05/09/2012; grifou-se)

Assim, conquanto seja necessário acolher a pretensão recursal no sentido de afastar o condicionamento estabelecido pelas instâncias ordinárias, não é possível, de plano, deferir o pedido de liquidação do julgado, nos termos pretendidos, porquanto necessária a publicação, no órgão oficial, do edital relativo ao conteúdo da sentença. Destaque-se, por oportuno, que a providência constante do artigo 94

do Código de Defesa do Consumidor – publicação de edital em órgão oficial – é passível de ser requerida e cumprida independentemente da atuação do devedor, in casu, dos réus da ação coletiva.

6. Do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, a fim de afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo da publicação de edital em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do mesmo diploma, consoante fundamentação deste voto; em consequência, determino o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja expedido o mencionado edital, sem o qual não se opera o início do prazo em comento. É como voto.

Capítulo VI

AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS CAUSADOS PELO FATO DO PRODUTO – CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

STJ, 3ª T., AgRg no AREsp. 589.798/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 20.09.2016, *DJe* 23.09.2016

AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 589.798 – RJ (2014/0247025-8)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Agravante: Light Serviços de Eletricidade SA
Advogados: Jose Roberto de Albuquerque Sampaio e Outro(s)
Bárbara Van Der Broocke de Castro e Outro(s)
Raul Gonçalves Baptista
João Gabriel Maffei e Outro(s)
Marcella Faria de Mendonça
Agravado: David James Mclaughlin
Agravado: Sarah Nicole Lowry
Advogados: Gustavo Benjamim Birenbaum e Outro(s)
Alice Moreira Franco
Daniel de Vicq Acioli Moura

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE BUEIRO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESE NÃO RESTRITA À RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. ACIDENTE DE CONSUMO. ARTS. 12 E 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Ainda que não tenham participado diretamente da relação de consumo, as vítimas de evento danoso dela decorrente sujeitam-se à proteção do Código de Defesa do Consumidor.

2. A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor não se restringe à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo também aplicável nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC).

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S.A. contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial.

Entendeu-se, na oportunidade, que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veda a denunciação da lide na hipótese de responsabilidade civil por acidentes de consumo (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor).

A agravante afirma, em síntese, que os autores, na relação jurídica que deu origem ao ajuizamento desta demanda, não podem ser considerados consumidores por equiparação, sendo, pois, viável a pretendida denunciação da lide.

Ao final, requer o provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação indenizatória ajuizada contra LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE

S.A. em decorrência da explosão de um bueiro, indeferiu o pedido de denunciação da lide à Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro (CEG) por entender presente relação de consumo.

No ponto específico, o acórdão encontra-se em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Corte, de que, "*nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei n. 8.078/90, equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica*" (AgRg no REsp nº 1.000.329/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/8/2010, *DJe* 19/8/2010).

A propósito:

> *"CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. ADMINISTRADORA DE* SHOPPING CENTER. *EXPLOSÃO POR VAZAMENTO DE GÁS. CADEIA DE FORNECIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPREGADO DO FORNECEDOR. FIGURA DO CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ESPECÍFICA. DANOS MORAIS. VALOR. REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE RAZOÁVEL. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 2º, 3º, 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, 17 E 25 DO CDC; E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.*
>
> *1. Ação ajuizada em 13.04.1999. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.03.2013.*
>
> *2. Recurso especial em que se discute a extensão da figura do consumidor por equiparação prevista no art. 17 do CDC.*
>
> *3. Os arts. 7º, parágrafo único, e 25 do CDC impõem a todos os integrantes da cadeia de fornecimento a responsabilidade solidária pelos danos causados por fato ou vício do produto ou serviço.*
>
> ***4. O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação.*** *Todavia, caracterização do consumidor por equiparação possui como pressuposto a ausência de vínculo jurídico entre fornecedor e vítima; caso contrário, existente uma relação jurídica entre as partes, é com base nela que se deverá apurar eventual responsabilidade pelo evento danoso.*
>
> *5. Hipótese em que fornecedor e vítima mantinham uma relação jurídica específica, de natureza trabalhista, circunstância que obsta a aplicação do art. 17 do CDC, impedindo seja a empregada equiparada à condição de consumidora frente à sua própria empregadora.*
>
> *6. A indenização por danos morais somente comporta revisão em sede de recurso especial nas hipóteses em que o valor fixado se mostrar irrisório ou excessivo. Precedentes.*

7. Nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas verbas de sucumbência. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp nº 1.370.139/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/12/2013, *DJe* de 12/12/2013 – grifou-se)

"*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DANO EM EQUIPAMENTO HOSPITALAR. RAIO X. SEGURADORA. RESSARCIMENTO. AÇÃO REGRESSIVA. SUB-ROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 17 DO CDC IMPERTINENTE. OMISSÃO INEXISTENTE.*

[...]

2. A norma do art. 17 do CDC equipara aos consumidores (*bystanders*) o terceiro que, alheio à preexistente relação de consumo, sofre danos decorrentes do produto ou do serviço vinculado à mencionada relação.

3. Concretamente, (i) a pessoa jurídica de direito privado (hospital) adquiriu e importou o equipamento de Raio X, sendo, portanto, contratante, não terceiro, e (ii) o acórdão embargado, fundamentadamente, considerou inexistente relação de consumo, o que basta para afastar, em relação à indicada contratante, a aplicação da norma do art. 17.

4. Inexiste omissão que deva ser sanada relativamente a norma legal impertinente e não aplicável.

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no REsp nº 1.162.649/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 2/10/2014, *DJe* 10/10/2014 – grifou-se).

"*CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATROPELAMENTO POR COMPOSIÇÃO FÉRREA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.*

***1. O STJ entende possível a aplicação das normas do CDC nas relações entre o fornecedor e o consumidor por equiparação.** Precedentes.*

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp nº 1.334.527/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 7/4/2015, *DJe* 24/4/2015).

Quanto ao mais, não obstante esta Corte já ter adotado orientação diversa, predomina atualmente o entendimento de que o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, que veda a denunciação da lide nas ações ajuizadas contra comerciante por fato do produto, também é aplicável na hipótese de responsabilidade civil por acidentes de consumo.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. VEDAÇÃO DO ART. 88 DO CDC. DECISÃO MANTIDA.

1. 'A vedação à denunciação da lide nas relações de consumo refere-se tanto à responsabilidade pelo fato do serviço quanto pelo fato do produto' (AgRg no AREsp n. 472.875/RJ, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/12/2015, DJe 10/12/2015).

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 659.600/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 2/8/2016, *DJe* 9/8/2016).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. OBJETIVO. TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE A TERCEIRO. PRETENSÃO. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESE NÃO RESTRITA À RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. ACIDENTE DE CONSUMO. ARTS. 12 E 14 DO CDC. INCIDÊNCIA.

1. A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor não se restringe à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC).

2. É descabida a denunciação quando há unicamente a pretensão de transferir responsabilidade própria a terceiro.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.316.868/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/5/2016, *DJe* 12/5/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. DENUNCIAÇÃO À LIDE. VEDAÇÃO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte entende que a vedação da denunciação da lide nos processos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor não se restringe às hipóteses de responsabilidade de fato do produto (art. 12 do CDC), mas alcança a responsabilidade por acidentes de consumo. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.292.575/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/3/2016, *DJe* 17/3/2016).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

RESPONSABILIDADE CIVIL – FATO DO PRODUTO – RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE – RESP. 402.356/MA

STJ, 4ª T., REsp. 402.356/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. 25.03.2003, *DJU* 23.06.2003, p. 375

RECURSO ESPECIAL Nº 402.356 – MA (2001/0192783-3)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Fiat Automóveis S/A

Advogado: Jouglas Abreu Bezerra Junior e Outros

Recorrido: Jadiel Camelo de Oliveira

Advogado: Maria do Perpétuo Socorro Silva Moraes

Recorrido: Alvema – Alcântara Veículos e Máquinas Ltda

Advogado: Clayrton Erico Belini Medeiros e Outro

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AFASTADA. DECISÃO ANTERIOR IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO *EXTRA-PETITA*. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAIS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DESDE LOGO. QUANTUM. MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

II – Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

III – A fixação do dano moral não exige liquidação por arbitramento. Recomenda-se, na verdade, que o valor seja fixado desde logo, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.

IV – Na espécie, o valor do dano moral merece redução, por não ter o autor sofrido abalo à honra e nem sequer passado por situação de dor, sofrimento ou humilhação. Na verdade, os fatos ocorridos estão incluídos nos percalços da vida, tratando-se de meros dissabores e aborrecimentos.

V – Para fins de prequestionamento, é indispensável que a matéria seja debatida e efetivamente decidida pelo acórdão impugnado, não bastando a suscitação do tema pela parte interessada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido, em parte, o Ministro Aldir Passarinho Junior, que lhe dava provimento em maior extensão. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Fernando Gonçalves. Presidiu a Sessão o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 25 de março de 2003(data do julgamento).

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Relator

EMENTA

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

O primeiro recorrido ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais afirmando que adquiriu, junto à segunda recorrida, em 1/3/1997, por R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), automóvel "zero quilômetro", de fabricação da recorrente – Tempra SW. Sustentou o autor que o veículo padecia de vários defeitos originários de fábrica e aduziu que não foram eles reparados satisfatoriamente.

Em sentença, foi julgado procedente o pedido, condenando as rés, solidariamente, ao pagamento, pelos danos materiais, da quantia de R$ 30.500,00 (trinta mil e quinhentos reais), a ser corrigida a partir da data do ajuizamento da ação (24.11.98), acrescida de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos morais. No mesmo ato, o Juiz sentenciante concedeu a tutela antecipada, determinando o depósito, em 48 (quarenta e oito) horas, da condenação pelos danos materiais, sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Apelaram as rés, tendo o Tribunal de Justiça do Maranhão dado provimento ao recurso da concessionária, para excluí-la da relação processual, e provido parcialmente o apelo da FIAT, para reduzir o valor da tutela antecipada a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). O acórdão, a propósito, recebeu a seguinte ementa:

> "Processo civil. Apelação cível. Ação de ressarcimento de danos materiais e morais. Compra de veículo novo. Defeito de fábrica. Responsabilidade do fabricante. Exclusão da for-

necedora de serviços. Tutela antecipatória. Restituição da quantia paga. Aplicabilidade do art. 18 do CDC. Dano moral. Ocorrência. Honorários advocatícios. Manutenção.

1 – Quem não fabricou veículo automotivo com defeito, mas tão somente prestou serviços de oficina na qualidade de concessionária, não pode ser responsabilizada por suaS consequências danosas, devendo, pois, ser excluída da relação processual.

2 – É perfeitamente cabível a concessão de tutela antecipada determinando a restituição da quantia paga pelo veículo, quando este apresenta vício não sanado no prazo de trinta dias, conforme determina o art. 18, § 1º, I e II, do CDC.

3 – Qualquer alteração ao estado ideal da pessoa, provocada pelo procedimento inadequado ou irresponsável de outra, resultando mal-estar, desgosto ou desassossego, constitui causa suficiente para a obrigação de reparar o dano moral causado.

4 – Não há motivo para alterar o valor dos honorários advocatícios arbitrados, quando obedecidos os limites legais contidos no § 3º, art. 20, CPC.

5 – 1º apelo provido para excluir a apelante da lide, e 2º apelo parcialmente provido, apenas para reduzir o valor da tutela antecipada para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) corrigidos, em conformidade com o art. 18 do CDC".

Opostos embargos de declaração pelas rés, o Tribunal de origem rejeitou os da fabricante e acolheu os da concessionária, para condenar o autor ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, em razão de sua exclusão da relação jurídica processual.

Adveio recurso especial da FIAT, com alegação de dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 128, 460, 470, 473 e 588, CPC, 18 da Lei n. 8.078/90 e 1.553 do Código Civil de 1.916. Sustenta a recorrente que restou preclusa a análise da ilegitimidade da concessionária, uma vez ausente recurso contra a decisão proferida em audiência, que repeliu tal preliminar. Aduz que, de qualquer forma, são solidariamente responsáveis os fornecedores de produtos de consumo duráveis, aí incluído a concessionária de automóvel.

Afirma, ainda, que a tutela antecipada foi concedida em forma não requerida pelo autor e sem a exigência de caução. No mais, questiona o valor dos danos morais e argumenta que seria indispensável a liquidação por arbitramento para fins de apuração do *quantum*.

Com as contrarrazões, foi o recurso admitido.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA(Relator):

1. Em primeiro lugar, quanto aos arts. 470 e 473 do Código de Processo Civil, o recurso carece de pressuposto específico de admissibilidade, a saber, o prequestionamento.

Com efeito, nada disse o acórdão impugnado a respeito da preclusão, em razão da existência de decisão irrecorrida repelindo a preliminar de ilegitimidade.

Aplicável, assim, os enunciados 282 da súmula/STF e 211 da súmula/STJ.

2. Não fosse por isso, esta Corte tem entendimento firmado de que, "em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de matéria indisponível, inaplicável o enunciado n. 424 da sumula/STF à matéria que deve ser apreciada de oficio" (REsp n. 43.138-SP, *DJ* 29/9/97). Mais recentemente, também desta Turma, o REsp n. 343.750-MG(DJ 10/2/2003), de minha relatoria. Outra, outrossim, não é a orientação da Primeira Turma, retratada no REsp n. 232.187-SP (DJ 8/5/2000), da relatoria do Ministro José Delgado, com esta ementa, no que interessa: – "As questões de ordem pública decididas no saneador não são atingidas pela preclusão".

3. Dispõe o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que "os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam [...]".

Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo, pois é ele que detém e usa a marca em determinada região, presta assistência e vende as peças e produtos correspondentes.

No conceito de fornecedores, portanto, também se inclui a concessionária de veículo, como, aliás, restou decidido no REsp n. 286.202-RJ(DJ 19/11/2001), relator o Ministro Ruy Rosado, assim ementado, no particular:

> "Legitimidade passiva da concessionária, pela peculiaridade da comercialização que pratica e porque a ação foi intentada também com base no art. 18 do CDC".

4. Tratando-se de responsabilidade solidária, como se sabe, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, ademais, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

Na espécie, o acórdão impugnado, diante das circunstâncias do caso, concluiu não haver nexo de causalidade ente a conduta da concessionária com os danos sofridos pelo autor. Do voto-condutor do aresto, a propósito, colho:

> "Não se vislumbra dos autos que tenha a 1ª apelante causado danos ao apelado por defeito relativo à prestação dos serviços executados no seu veículo, mas tão somente efetuou a troca de uma peça autorizada pela fabricante FIAT.

> Responderia sim, a apelante, se houvesse realizado o serviço de de reparo e este apresentasse posteriormente vícios, ou mesmo se tivesse prestado informações inadequadas acerca dos serviços, fato este que não ocorreu.
>
> Nos termos do § 3º, do mencionado artigo [14], o fornecedor não responderá pelos defeitos quando, *in verbis:*
>
> '§ 3º – O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro'.
>
> Os supostos danos causados ao apelado, são decorrentes de vícios de qualidade de produto oriundos da fábrica e não de serviço. Este sim, poderia alcançar a 1ª apelante, nos termos do supracitado artigo.
>
> Dessa forma, a 1ª apelante não pode responder por prejuízos que não deu causa, até porque se houve troca de uma peça por outra de outro veículo, foi em decorrência de autorização recebida do fabricante, não podendo ser considerada culpada por ato de terceiro, cabendo unicamente a FIAT AUTOMÓVEIS S/A, figurar no polo passivo da demanda".

Mais adiante, quando do julgamento dos embargos de declaração, registrou o Colegiado de origem:

> "Na verdade, os autos estão a demonstrar a ocorrência de lesão capaz de constituir obrigação de indenizar, porém, a condenação deve alcançar somente a apelada/fabricante do veículo, pois, repita-se, a mesma lançou no mercado um carro com defeito de qualidade, conforme consta no referido laudo, além de autorizar a ALVEMA a efetuar a troca de uma peça por outra que descaracterizava o veículo, troca esta que jamais poderia ser autorizada pelo fabricante".

Nestes termos, não se impõe a inclusão da concessionária no polo passivo da ação.

5. Aduza-se que, na cadeia dos coobrigados, o comerciante eventualmente responsabilizado pelos danos causados por defeito original no produto terá ação de regresso contra a fabricante. Ou seja, em última análise, o fabricante será o verdadeiro responsável pela indenização. A respeito do tema, colho dos comentários de Zelmo Denari:

> "Se ao comerciante, em primeira intenção, couber a reparação dos vícios de qualidade ou quantidade – nos termos previstos no § 1º do art. 18 – poderá exercitar ação regressiva contra o fabricante, produtor ou importador, o âmbito da relação interna que se instaura após o pagamento, com vistas à recomposição do *status quo ante*" (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 5ª ed., p. 168).

6. Relativamente ao julgamento *extra-petita*, alega a recorrente que as instâncias ordinárias determinaram, em antecipação de tutela, o depósito do dinheiro e

não a entrega de outro veículo com as mesmas características do defeituoso, nos termos postulados pelo autor.

O acórdão impugnado, no entanto, não discutiu essa questão. A Turma julgadora, na verdade, ao repelir a argumentação da recorrente, limitou-se a afirmar que houve pedido de antecipação de tutela tanto na inicial como na réplica, mas nada disse a respeito da controvérsia posta neste apelo.

Nestes termos, também nesse ponto carece o recurso de requisito específico de admissibilidade, sabido que, para fins de prequestionamento, é indispensável que a matéria seja debatida e efetivamente decidida pelo acórdão impugnado, não bastando a suscitação do tema pela parte interessada.

7. A exigência de caução, por sua vez, restou observada pelo acórdão impugnado, como se vê do seguinte trecho de seu voto condutor:

> "Quanto a falta de caução, há que se ressaltar que o veículo, objeto da lide, foi devolvido à concessionária, estando à disposição da embargante, não havendo necessidade de nova caução".

8. Esta Turma tem prestigiado o entendimento de ser recomendável que o valor do dano moral seja fixado desde logo, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. Como afirmou o Ministro Athos Gusmão Carneiro nesta Corte,

> "o arbitramento feito pela Turma é pelo menos tão merecedor de acatamento quanto o arbitramento que possa ser feito, com imensa perda de economia processual, por um arbitrador que, ao fim e ao cabo, irá chegar a resultados semelhantes, guiado por juízo necessariamente subjetivo" (REsp n. 6.048-RS).

Precisamente no tema, igualmente decidiu esta Turma, sob a relatoria do Ministro Barros Monteiro:

> "Ao Juiz de Direito é permitido proceder ao arbitramento do montante indenizatório desde logo, independentemente de socorrer-se dos préstimos da prova pericial. Hipótese em que a fixação do quantum não se deu de modo aleatório, mas razoavelmente justificado" (REsp n. 50.940-SP, *DJ* 23.10.95).

Ademais, o próprio artigo 1.553 do Código Civil de 1.916, ao estabelecer que, "nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização", não limita o momento do arbitramento, ou seja, não impede que o juiz proceda à fixação do *quantum* desde logo, independentemente da produção de prova pericial, até porque desnecessário se torna a liquidação por arbitramento, considerando que não há padrão legal ou necessidade de perícia na fixação do *quantum* indenizatório por dano moral.

Certo é que o parágrafo único do art. 459, CPC, veda que a sentença seja ilíquida, quando o pedido for certo, mas não o contrário, como no caso.

9. O valor dos danos morais foi fixado em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido da correção monetária. A recorrente, de seu turno, não questiona o cabimento da indenização por danos moais, mas tão somente seu valor, afirmando que não foi observado o princípio da razoabilidade.

Como tenho enfatizado em diversos precedentes, a indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da lesão e deve servir também como medida educativa e desestimuladora de reincidências, obedecendo sempre aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Na espécie, os danos não tiveram repercussão fora da esfera individual, não tendo o autor sofrido abalo à honra e nem sequer passado por situação de dor, sofrimento ou humilhação. Na verdade, o fato ocorrido está incluído nos percalços da vida, tratando-se de mero dissabor e aborrecimento.

Nestes termos, tenho como medida justa a fixação da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser atualizada a partir da data deste julgamento.

No citado REsp n. 286.202-RJ(DJ 19/11/2001), que também envolveu indenização por defeito de fábrica em automóvel, os danos morais foram fixados em 20 (vinte) salários mínimos. Deixo de fixar este valor na espécie dos autos, registre-se, em razão de que, no precedente, diferentemente deste caso, o veículo chegou a ser reparado satisfatoriamente.

10. À luz do exposto, **conheço parcialmente** do recurso e, nesta parte, **dou-lhe provimento** para fixar os danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser atualizado a partir da data deste julgamento.

RESPONSABILIDADE CIVIL – DEFEITO DO SERVIÇO – SOLIDARIEDADE DE TODOS DA CADEIA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

STJ, 4ª T., REsp. 1.327.778/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, ac. 02.08.2016, *DJe* 23.08.2016

RECURSO ESPECIAL Nº 1.327.778 – SP (2011/0193579-7)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Sonda Supermecados Exportação e IMPORTAÇÃO LTDA

Advogado: Henrique Pereira da Cunha e Outro(s)

Recorrido: Maria Cristina Donadel Ribeiro Silva

Advogado: Victor Hugo Diniz da Silva e Outro(s)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ASSALTO CONTRA CARRO-FORTE QUE TRANSPORTAVA MALOTES DO SUPERMERCADO INSTALADO DENTRO DO *SHOPPING CENTER*. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS DA CADEIA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CONSUMIDOR *BYSTANDER*. ART. 17 DO CDC.

1. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, referindo-se ao fornecedor de serviços em sentido amplo, estatui a responsabilidade objetiva deste na hipótese de defeito na prestação do serviço, atribuindo-lhe o dever reparatório, desde que demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo (fato do serviço), do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genérica – força maior ou caso fortuito externo.

2. Nesse contexto consumerista, o campo de incidência da responsabilidade civil ampliou-se, pois passou a atingir não apenas o fornecedor diretamente ligado ao evento danoso, mas toda a cadeia de produção envolvida na atividade de risco prestada.

3. Ademais, a responsabilidade civil objetiva, por acidente de consumo, não alcança apenas o consumidor, previsto no artigo 2º do CDC, mas também, e principalmente, aqueles elencados no art. 17 do mesmo diploma legal.

4. Assim, é também responsável o Supermercado, instalado dentro de *shopping center*, em caso de assalto à transportadora de valores que retirava malotes de dinheiro daquele estabelecimento pela lesão provocada ao consumidor *bystander*, ocasionada por disparo de arma de fogo.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, após o voto-vista regimental do relator reconsiderando o voto anterior para negar provimento ao recurso especial interposto por SONDA SUPERMERCADOS EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA., por unanimidade, negar provimento ao recurso especial especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente), Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro Luis Felipe Salomão

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Maria Cristina Donadel Ribeiro Silva ajuizou ação de indenização em face do Grupo Zaffari – Cia. Zaffari Comércio e Indústria, da Protege – Proteção de Transporte de Valores e do Supermercado Sondas.

Na exordial, a autora relata que, "na tarde do dia 21 de agosto de 1999, estava ela, na companhia de seu marido e de sua filha, no *Shopping Center* Bourbon.

Quando todos se encontravam no 1º andar do Edifício, por voltar das 18h, foram atraídos pelo estampido de armas de fogo e, logo a seguir por outros tiros que passaram a eclodir no 1º andar do *Shopping*."

Afirma que ela e seus familiares puderam ver que funcionários da empresa Protege, cujo veículo se encontrava estacionado na parte externa do *Shopping*, estavam transportando sacolas de dinheiro, e que o tiroteio se desenvolvia entre esses empregados e assaltantes que pretendiam roubar os malotes.

Destaca que enquanto eles se arrastavam no chão em direção à loja mais próxima, a autora foi atingida por um projétil, que penetrou sua perna direita.

Informa que, enquanto aguardavam os primeiros socorros, seu marido lhe noticiava que meliantes pretendiam roubar malotes que funcionários da Protege haviam retirado do Supermercado Sondas, também localizado no 1º andar, e estariam transportando para o veículo, que se encontrava estacionado na lateral do *Shopping*.

Aduz que ficou evidenciada a imprudência dos réus: o Grupo Zaffari, em razão de sua condição de proprietário do *Shopping*, por permitir, sem qualquer regulamentação de horário, a retirada de dinheiro do supermercado, em pleno sábado, sem nenhum esquema prévio de segurança; o supermercado Sondas, pela falta de cautela ou segurança na retirada dos malotes, com percurso longo, sem utilização de elevadores, e passagem dos portadores entre os clientes das lojas; e a Protege, pela desatenção, imprudência e imperícia, de não preparar a retirada do dinheiro em horário menos movimentado.

Aponta que o disparo lhe causou sérios danos físicos, como a perda óssea de 5 cm da perna atingida. Após passar por algumas cirurgias, recentes exames atestaram que "a sequela de trauma do terço médio da diafase da tíbia e da fíbula. Fragmentos de densidade metálica não evidenciados na topografia. Desmineralização difusa calo ósseo de evidenciação radiológica, além de certo grau de atrologia dos tecidos moles." (fl. 10)

A Juíza de Direito da 12ª Vara Cível da comarca da Capital/SP homologou acordo celebrado entre a autora e os réus Cia Zaffari Comércio e Indústria e Protege – Proteção de Transporte de Valores, no qual ficou estabelecido que cada réu pagaria o equivalente a R$ 37.400,00 àquela. Além disso, julgou parcialmente pro-

cedente o pedido em relação ao corréu Supermercado Sondas, condenando-o ao pagamento de indenização pelo dano material e despesas médico-hospitalares, devidamente corrigida, e ao pagamento de indenização do dano moral no valor de R$ 60.000,00, com incidência de correção monetária e juros de mora desde a publicação da sentença.

Em seguida, Sonda Supermercados Exportação e Importação Ltda. e a autora Maria Cristina Donadel Ribeiro interpuseram apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual deu provimento parcial aos recursos, conforme ementa a seguir:

> Assalto contra carro forte que recolhia malotes de supermercado instalado em *shopping* com tiroteio que atinge frequentadora – Responsabilidade da administração do empreendimento, da empresa transportadora e também da empresa favorecida pelo serviço (a recorrente), sendo realizado acordo com as duas primeiras – Limite da indenização da terceira em correspondência com o que foi acordado com as demais – Juros a partir da data do ilícito (Súmula 54, do STJ) – Provimento, em parte, dos recursos.

Inconformado, o Supermercado Sonda opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo Tribunal de origem.

Sobreveio então recurso especial pelo Supermercado, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, apontando como afrontado o artigo 14, § 3º, incisos I e II, da Lei 8.078/1990. Assevera o recorrente que não há relação de consumo entre as partes, o que rompe com o liame obrigacional, já que o nexo de causalidade é elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil.

Aduz ainda que, mesmo assim, existiria excludente da responsabilidade civil, qual seja, o fato de terceiro.

Apresentadas contrarrazões ao recurso especial às fls. 781/790.

Crivo negativo de admissibilidade à fl. 792.

Interposto agravo ao recurso especial para esta Corte Superior, decidi dar provimento ao recurso para determinar sua conversão em recurso especial. (fl. 813)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia é relacionada a possibilidade (ou não) de responsabilizar civilmente Supermercado situado dentro de *Shopping Center*, pelo assalto à empresa transportadora de valores que retirava malotes de dinheiro de seu estabelecimento, e, nesse infortúnio, houve grave lesão à recorrida, atingida por disparo de arma de fogo.

O Tribunal de origem assim se posicionou:

> De acordo com o contrato de fl. 160, caberia à SONDA determinar as datas e horários pelo transporte de valores, competindo a empresa PROTEGE executar as ordens. O fato relatado nos autos e que prejudicou a vítima ocorreu no dia 21.8.1999 e não foi produzida prova alguma de ter a administração do *shopping* ingerência sobre estratégia que era empregada (antes do evento) para a coleta de dinheiro e valores. **A tese do recurso, baseada na excludente do dever de indenizar por falta de vínculo com a ocorrência, afronta os mais elementares princípios que informam o nexo de causalidade, pois além de ser a recorrente a única beneficiária do serviço perigoso que se realizava com a cumplicidade de todos e com constante ameaça da incolumidade física de clientes e frequentadores do *shopping*, era quem comandava e impunha as ordens dos horários e da maneira como se operaria a circulação dos seguranças com os malotes.** A prova oral não atingiu a certeza da participação direta e conclusiva da recorrente para que o dano se verificasse, de modo que sua exclusão representaria uma incoerência em termos da causalidade necessária.
>
> Não se permite, em face da teoria do risco e da consagração da responsabilidade objetiva prevista no art. 14, da Lei 8.078/90, isentar os envolvidos do dever de indenizar os danos. **A autora não estava em atividade de compra no supermercado quando foi atingida por uma das balas trocadas no tiroteio aberto para impedir o roubo, o que não modifica o regime jurídico da responsabilidade pela múltipla participação. Quando uma empresa assume espaço no conjunto de lojas e cria um sistema particular para um serviço de alto risco, como o de circulação de dinheiro e cheques, o faz consciente de que a modalidade da operação coloca em risco o contingente de pessoas que usam do complexo, como um todo, e não propriamente dos que circulam no espaço interno de sua loja.**
>
> A recorrente acusa seguranças do *shopping* pelo resultado (tiroteio) o que destoa da prova dos autos. É bem mais razoável concluir, pelos elementos recolhidos no inquérito, que a reação ocorreu da parte dos encarregados da PROTEGE, o que impede que se tome como culpa exclusiva da administração do *shopping*. E, ainda que paira incerteza como os fatos aconteceram, esse pormenor deve interessar ações entre as empresas e não diante do patrimônio físico e moral da pessoa que é vítima dos disparos e das balas que se perdem. O direito da autora independe da confirmação da culpa de agente e poderá ser exercido, como o foi, contra todos aqueles que integram a cadeia produtora do evento, notadamente quando a responsabilidade (pelo acordo homologado) não é particularizada, mas, sim, distinta. A recorrente está com razão quando pleiteia uma fragmentação na composição dos danos materiais, porque se são três integrantes do polo passivo, o dano material deverá ser repartido proporcionalmente, especialmente porque em relação a duas requeridas foi formalizado acordo integral, sem especificação do que era pago ou compensado. A recorrente deve pagar 1/3 das despesas comprovadas.

Conquanto a moldura fática englobe diversas relações que se estabeleceram por força do ato lesivo, apenas aquela que envolve o Supermercado deve ser analisada neste litígio, pois é a única que remanesce.

3. De fato, não raro os temas atinentes à responsabilidade civil se apresentam com alto grau de complexidade, haja vista a gama de acontecimentos adjacentes que interferem no evento danoso. Isso demanda do julgador cuidadosa análise das circunstâncias lesivas multifacetadas que ocorrem no cotidiano dos indivíduos.

Na presente demanda, houve assalto ao grupo de vigilantes que transportava malotes com dinheiro, recolhidos do Supermercado recorrente. Nessa ocasião, foi disparado projétil de arma de fogo que acabou atingindo a perna da recorrida, no instante em que transitava pelos corredores do *shopping* onde está situado o estabelecimento.

3.1. No ponto, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, referindo-se ao fornecedor de serviços em sentido amplo, estatui a responsabilidade objetiva deste na hipótese de defeito na prestação do serviço, atribuindo-lhe o dever reparatório desde que demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo (fato do serviço), do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas – força maior ou caso fortuito externo.

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa,** pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> [...]
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O tratamento que o Código confere a matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual ou o fato ilícito, para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não. (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113)

Entretanto, nem toda relação dentro da cadeia de eventos pode ser considerada relação de consumo.

Para isso, impende estabelecer, nesse ponto, premissas relevantes do caso concreto, para melhor contextualizar o deslinde da controvérsia.

A primeira proposição é a relação entre o supermercado e a empresa transportadora de valores, que se ligam por meio de contrato de prestação de serviço. A responsabilidade do transportador baseia-se no risco, defluindo do contrato de transporte uma obrigação de resultado. Para que isso ocorra, faz-se mister a colaboração de ambas as partes para a perfeita execução do contrato. Contudo, essa cooperação não deve se estender até a entrega do objeto ao destinatário final, pois se assim o fosse descaracterizaria a função da empresa guardiã dos malotes. Essa ajuda mútua tem um limite, qual seja, as imediações do estabelecimento contratante.

Em outras palavras, o dever de segurança do supermercado, no curso da operação de transporte de valores, ocorre desde o exato momento em que a empresa transportadora retira o dinheiro do cofre até os limites de sua porta. Cabe ao varejista oferecer não apenas local reservado para o deslocamento dos seguranças que portam os malores, mas também agentes de vigilância, a fim de prevenir qualquer ação criminosa no decorrer dessa atividade.

Deixando as dependências do mercado, a responsabilidade da segurança recai exclusivamente sobre a empresa transportadora. Dessa forma, é dever desta tomar todas as precauções possíveis para evitar interferências externas, como a possibilidade de furto e roubo.

Contudo, no presente litígio, ante à nuance circunstancial do caso – o fato de o Supermercado estar instalado dentro de um *shopping* –, a responsabilidade do traslado dos valores não mais parece ser exclusiva da empresa, mas sim concorrente com a administração do *shopping,* que também deve prestar a segurança tanto aos clientes que ali transitam, como de todos os lojistas.

Por essa peculiaridade, o plano operacional da empresa transportadora deve contemplar não apenas a logística junto ao supermercado, mas também informar ao *shopping* tal procedimento, para que este, em conjunto com a transportadora, elabore percurso estratégico, a fim de salvaguardar a integridade dos consumidores e colaborar para que a empresa contratada exerça atividade satisfatória e eficaz.

Nesse instante, a transportadora passa a configurar como fornecedora do serviço, e a partir dela é que se infere todo planejamento de execução do transporte ora contratado.

Na situação delineada no caso concreto, e com essas considerações, é perceptível que a então recorrida aparece como consumidora *bystander*, prevista no artigo 17 do CDC, ligada por meio de uma relação de consumo com o *shopping* e, de forma acessória, com a empresa transportadora, sendo que somente a partir desse momento é que se pode falar em acidente de consumo sofrido pela vítima.

3.2. Outra premissa a ser estabelecida advém dos conceitos de consumidor e fornecedor, que se encontram encartados, respectivamente, nos art. 2º e 3º do CDC:

Os arts. 2º e 3º do CDC, respectivamente, dispõem:

> Art. 2° **Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.**
>
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
>
> ---
>
> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° **Serviço** é qualquer **atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração**, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista**.

De forma extensiva, o Código de Defesa do Consumidor previu a figura do consumidor por equiparação, conforme se extrai do artigo 17:

> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, **equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento**.

Ao equiparar toda e qualquer vítima do acidente de consumo ao consumidor, o diploma consumerista fez avançar consideravelmente o ordenamento jurídico brasileiro, criando uma outra espécie de relação obrigacional, que não nasce nem do contrato nem do ato ilícito, mas do simples fato de um produto ou serviço, ainda que sem culpa do fabricante, ou seja, por uma ato lícito, causar danos a terceiros não consumidores *stricto sensu* (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51).

Com o artigo citado [art.17], o CDC expandiu sua abrangência para aqueles que são consumidores, mas que não participam direta ou ativamente da relação negocial (KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. *Op. Cit*., p. 51).

Com efeito, penso assim que a cadeia produtiva do serviço, apesar de ter se iniciado no Supermercado contratante, não pode alcançá-lo para fins de responsabilidade civil, pois, enquanto o serviço foi prestado em suas imediações, o recorrente ofereceu toda segurança possível, mantendo incólume a integridade de seus consumidores *stricto sensu*.

Isso significa que, tendo o evento danoso ocorrido nos corredores do *shopping,* este, em conjunto com a empresa transportadora, deve responder solidariamente perante a vítima pela lesão sofrida, sem que haja responsabilidade do Supermercado.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino explicou de forma lúcida a responsabilidade que recai sobre a pluralidade de causadores:

> Os danos sofridos pelo consumidor podem ter multiplicidade de causas, podendo, em consequencia, haver também uma pluralidade de agentes causadores. Em regra, todos os concausadores serão responsáveis solidários, mas eventualmente, pode ocorrer que o dano seja causado de forma independente por dois agentes. Além disso, existem situações em que não se consegue fixar exatamente, dentro de um grupo, quem foi o causador do dano [...].
>
> A teoria da causalidade conjunta ou comum é também denominada de concausalidade. Ocorre quando o resultado lesivo é fruto e fatos diversos que, isoladamente, não teriam eficácia suficiente para causar o dano [...].
>
> Não há dúvida de que, em face da solidariedade entre todos os concausadores, o prejudicado poderia tê-los acionado em conjunto ou qualquer deles isoladamente. Isso, porém, não libera o agente que não for acionado de sua responsabilidade pelo fato lesivo, podendo vir a ser acionado diretamente pelo próprio prejudicado em outra demanda ou pelos demais agentes em ação regressiva. O importante apenas é que o fato imputado ao agente demandado tenha sido uma das causas adequadas do evento. (*in Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268-269).

É certo verificar que não há razões para imputar o fato danoso sofrido pela recorrida ao supermercado, pelo simples fato de este ter contratado serviço de transporte de valores. Isso não o faz responsável pelo serviço prestado por terceiro, fora de suas dependências.

A questão se torna clara ao analisar o julgamento do Recurso Especial n. 1.372.889/SP, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no qual Sua Excelência imputa a responsabilidade ao recorrente, uma vez que o evento danoso ocorreu dentro da esfera de serviço por ele prestado, a conferir:

> RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. MORTE NAS DEPENDÊNCIAS DA ESTAÇÃO DE TREM. TRANSEUNTE ATINGIDO POR BALA PERDIDA ADVINDA DE TIROTEIO ENTRE SEGURANÇAS DA EMPRESA E ASSALTANTES QUE OBJETIVAVAM ROUBO DE CARRO FORTE. FATO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO CDC. CONSUMIDOR BYSTANDER. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO NÃO DEMONSTRADO. NEXO CAUSAL MANTIDO. PENSÃO POR MORTE DE FILHO MAIOR AOS GENITORES. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. TERMO FINAL DA PENSÃO POR MORTE. TABELAS DO INSS E IBGE. FORMAÇÃO DE CAPITAL. OPÇÃO DE INCLUSÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO DA EMPRESA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.
>
> 1. Polêmica em torno da responsabilidade civil das empresas demandadas pelos danos causados aos demandantes pela morte de seu filho na Estação Ferroviária da Lapa (São Paulo) atingido por um projétil de arma de fogo disparado durante um tiroteio

envolvendo assaltantes e seguranças das empresas recorrentes após tentativa de roubo a carro forte que recolhia valores no local.

2. O serviço apresenta-se defeituoso ao não atender à segurança legitimamente esperada pelo consumidor (art. 14, § 1º, CDC).

3. Atenta contra a segurança do consumidor a opção pelo uso de armas de fogo pelos prepostos da ré em confronto com meliantes, em local de intenso trânsito de pessoas, priorizando a recuperação do dinheiro roubado à integridade física dos consumidores que lá se encontravam.

4. Reação ao assalto, por parte dos seguranças das rés, resultou na morte de três pessoas, além de outras vítimas não fatais.

5. A regra do art. 17 do CDC, ampliando o conceito básico de consumidor do art. 2º, determina a aplicação do microssistema normativo do consumidor a todas as vítimas do evento danoso, protegendo os chamados "bystanders", que são as vítimas inocentes de acidentes de consumo.

6. Incidência do regime jurídico do CDC ao caso.

7. Aplicação do prazo prescricional de cinco anos, estabelecido no artigo 27 do CDC, por se tratar de acidente de consumo previsto no artigo 14 (fato do serviço) do CDC.

8. Inaplicabilidade da excludente do fato de terceiro, prevista no inciso II do parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, pois, para sua configuração, seria necessária a exclusividade de outras causas não reconhecida na origem. Súmula 07/STJ.

9. Pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela em que arbitrado com razoabilidade, considerando os aspectos do caso concreto, no montante de R$ 62.200,00 (sessenta e dois mil reais) para cada genitor pela morte do filho.

10. Pensão por morte de filho maior aos genitores. Necessidade de demonstração de dependência econômica em relação a vítima na época do evento danoso. Precedente específico do STJ. Reconhecimento da dependência pelo acórdão recorrido. Súmula 07/STJ.

11. O termo final da pensão estabelece-se pela conjugação entre a expectativa de vida com a dependência econômica do pensionista.

12. Não é absoluto o critério temporal de fixação do termo final na data em que a vítima completaria 65 anos, devendo ser aferido em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE. Precedentes específicos do STJ.

13. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da obrigatoriedade de constituição de capital para garantir o pagamento da pensão (art. 475-Q do CPC). Súmula 313/STJ.

14. Possibilidade de substituição da constituição de capital pela inclusão dos pensionistas na folha de pagamento da empresa, na hipótese do § 2º do art. 475-Q, do CPC, a ser avaliada pelo juízo da execução no momento do cumprimento de sentença.

15. RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.

(REsp 1372889/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/10/2015, *DJe* 19/10/2015)

Nessa ocasião, o Ministro Paulo de Tarso bem acentuou:

> Com efeito, o dano ocorreu quando a vítima encontrava-se na passarela de acesso à estação onde se deu o confronto entre os meliantes e os seguranças prepostos das rés e de onde partiu o tiro que a matou. Embora a vítima ainda não tivesse adquirido as passagens, caracterizando o contrato de consumo, **já havia ingressado na esfera de serviço prestado pelas rés, que deveria atender à segurança legitimamente esperada, o que não ocorreu, tipificando, assim, defeito na prestação do serviço (art. 14 do CDC).**

Desse modo, ressalta-se que o local em que a vítima se encontrava no instante em que ocorreu o infortúnio, ainda que sem adquirir qualquer produto ofertado pelo fornecedor imputado, possui grande relevância para também identificar o vínculo consumerista entre as partes. Todavia, não é isso que aconteceu no litígio em debate.

Ficou evidenciado no acórdão recorrido que a vítima não estava nas limitações do supermercado, conforme o seguinte trecho:

> A autora não estava em atividade de compra no supermercado quando foi atingida por uma das balas trocadas no tiroteio aberto para impedir o roubo. (fl. 749)

3.3. Apesar de a localização do consumidor ser a baliza para se estabelecer uma relação de consumo, também não há razões para equiparar a circunstância da presente contenda com aquelas em que há furto ou roubo dentro de estacionamento mantido pelo comerciante.

Nesses casos, este Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendendo ao afirmar que é de responsabilidade da empresa que mantém o estacionamento o ressarcimento pelo danos sofridos pelo consumidor, *in verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROUBO À MÃO ARMADA OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CASO FORTUITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o roubo à mão armada ocorrido nas dependências de estacionamento mantido por estabelecimento comercial não configura caso fortuito apto a afastar o dever de indenizar. Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 840.534/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, *DJe* 13/04/2016)

Além do proveito econômico que proporciona ao fornecedor, o estacionamento nada mais é do que uma extensão do estabelecimento comercial. Ou seja,

apesar de não estar no interior da empresa, a vítima que se encontra em ambiente adjeto àquele deve também ser considerado consumidor do mesmo comércio.

Dessarte, não há o perfazimento da relação de consumo entre a vítima e o supermercado recorrente, capaz de ensejar direito de indenizar deste fornecedor em relação à recorrida.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar a responsabilidade civil do recorrente, Supermercado Sonda, e em relação a ele julgar improcedente o pedido inicial. Fixo os honorários de advogado em R$3.000,00, observado, se for o caso, a gratuidade de justiça.

É como voto.

RESPONSABILIDADE CIVIL – VÍCIO DE QUALIDADE OU QUANTIDADE DO PRODUTO – SOLIDARIEDADE

STJ, 3ª T., REsp. 1.505.263/RS. Rel. Min. Moura Ribeiro, ac. 05.05.2015, *DJe* 13.05.2015

RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.263 – RS (2014/0260044-0)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Syncrofilm Distribuidora Ltda

Advogado: Sônia Regina Canale

Angelina Piccoli Agrifoglio e Outro(s)

Recorrente: Ebm Equipamentos Biomédicos Ltda

Advogado: Fernando Brilmann e Outro(s)

Recorrido: Severo Antônio Marina Daiprai

Advogado: Guilherme de Abreu e Silva Michelin e Outro(s)

Interes.: H Strattner e Companhia Ltda

Advogado: Maria do Carmo Timmers Colombo

EMENTA

CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSOS ESPECIAIS. DANO MORAL E MATERIAL. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO. IMPLANTE E RETIRADA DE DUAS PRÓTESES PENIANAS DEFEITUOSAS E QUE SE MOSTRARAM IMPRÓPRIAS PARA O FIM A QUE SE DESTINAVAM. PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 18 DO CDC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7

DO STJ. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA Nº 283 DO STF. DANO MORAL DEMONSTRADO. REVISÃO DO MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO SE MOSTRA EXCESSIVO OU IRRISÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. ALEGADA OFENSA AO ART. 538 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTEMPESTIVO. PRECLUSÃO TEMPORAL DAS TESES MERITÓRIAS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA DESNECESSÁRIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ARTS. 128 E 458 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL. MONTANTE FIXADO DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal *a quo* dirime a controvérsia de forma completa e fundamentada, embora de forma desfavorável à pretensão da recorrente.

2. Tendo o acórdão recorrido concluído pela incidência da responsabilidade solidária prevista no art. 18 do CDC porque a recorrente SYNCROFILM atuou na condição de importadora da segunda prótese fornecida em substituição da primeira, não é possível no recurso especial revisar tal entendimento sem afrontar diretamente o disposto na Súmula nº 7 do STJ.

4. A existência de fundamento autônomo inatacado e apto para manter a conclusão do aresto impugnado, qual seja, de que o defeito da segunda prótese também englobava o fato jurídico que embasou a pretensão indenizatória e por isso não se podia falar em ilegitimidade passiva, faz incidir o disposto na Súmula nº 283 do STF e implica o não conhecimento do recurso no ponto.

5. Tratando-se de hipótese de responsabilidade por vício do produto, pois ele não correspondeu à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização e fruição e como sobre isso não se insurgiu o recorrente, presente está a responsabilidade solidária do fornecedor prevista no art. 18 do CDC. Incidência, também, da 2ª parte do art. 942 do CC/02 e do art. 7º, parágrafo único, do CDC.

6. A jurisprudência desta Corte, nos casos em que fica comprovado o vício do produto com base no art. 18 do CDC, entende que a responsabilidade do fornecedor e do fabricante é solidária, cabendo ao consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da demanda. Precedentes.

7. Inviável, em recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu caracterizado o dano moral em razão de vício no produto, tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

8. Esta egrégia Corte Superior orienta que o valor estabelecido pela instância ordinária à título de indenização por danos morais somente pode ser aqui revisto nos casos em que o montante se mostrar excessivo ou irrisório, o que não ocorreu no caso em tela. Fora destas hipóteses incide também a Súmula nº 7 do STJ.

9. A jurisprudência desta Corte já proclamou que os embargos de declaração opostos por uma das partes não interrompem o prazo que a outra dispõe para apresentar os seus aclaratórios contra o mesmo acórdão. Precedentes.

10. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova, quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de elementos suficientes para formação da sua convicção. Prevalência dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento do juiz, que conferem ao julgador a faculdade de determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como a de indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. Precedentes.

11. Recursos especiais não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de maio de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por SYNCROFILM DISTRIBUIDORA LTDA. e EBM EQUIPAMENTOS BIOMÉDICOS LTDA. Com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim ementado:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRÓTESE PENIANA. VÍCIO DE*
>
> *QUALIDADE DO PRODUTO. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA.*

I – AGRAVO RETIDO. Impossibilidade de denunciação da lide em demanda que tutela direitos do consumidor. Art. 88 do CDC. Pleito de realização de provas que se mostram despiciendas para o deslinde da controvérsia, mormente considerando a ampla dilação probatória havia nos autos, não se verificando a necessidade das provas pretendidas, eis que os elementos constantes da demanda permitem o deslinde da controvérsia. Aplicação do art. 130 do CPC.

II – ILEGITIMIDADE PASSIVA. Em se tratando de responsabilidade por vício de qualidade do produto, todos os fornecedores respondem pelo ressarcimento dos vícios, como coobrigados e solidariamente. Tanto o fabricante como o comerciante possuem deveres perante o consumidor quanto à garantia de qualidade dos produtos, em ambos podem ser acionados judicialmente. Ilegitimidade passiva afastada.

III – DANOS MORAIS E MATERIAIS. Com efeito, havendo nos autos prova suficiente a indicar que o produto apresentou defeito que o tornou impróprio para o fim que se destina, bem como não logrando as demandadas comprovar qualquer das causas excludentes de responsabilidade previstas no art. 18 do CDC, o dever de reparação dos danos advindos pelo defeito do produto é impositivo. Danos morais ressarcidos. Inconteste a violação aos direitos da personalidade do autor decorrentes da frustração em ver solucionado o seu problema de disfunção erétil, diante do defeito apresentado nas duas próteses infláveis que se mostraram defeituosas, fazendo com que o autor fosse submetido a procedimentos cirúrgicos e exposto aos riscos inerentes, bem como às dores do pós-operatório, para após constatar a ineficácia das próteses, e a perda da confiança nas próteses infláveis, o que ensejou a opção em colocar a prótese semirrígida – pelo fundado receio de novamente a prótese inflável apresentar defeito –, a qual apresenta notória desvantagem à inflável, que trouxe limitações ao usuário e constrangimento pela natureza do dispositivo, fazendo com que necessitasse usar de artifícios para ocultar o volume sempre aparente. Os transtornos sofridos pelo demandante são visíveis, bem como a aflição, o desequilíbrio em seu bem-estar, diante do defeito apresentado nas próteses penianas apresentadas e todos os transtornos daí decorrentes. Tal sofrimento se constitui em agressão à sua dignidade, configurando o dano moral in re ipsa. Quantum indenizatório mantido nos termos da sentença.

IV – JUROS DE MORA. Os juros de mora da indenização por danos morais, sem se tratando de dano advindo de responsabilidade contratual, incidem a contar da última citação dos codemandados, nos termos do art. 219 do CPC.

V – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Honorários de sucumbência mantidos de acordo com o decisum proferido em primeiro grau, em observância aos parâmetros constantes nas alíneas do art. 20, § 3º, do CPC.

APELOS DESPROVIDOS. RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (e-STJ, fls. 1.022/1.023).

Opostos embargos de declaração, eles foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.074/1.79, 1.080/1.087, 1.123/1.126 e 1.141/1.145).

A primeira recorrente, SYNCROFILM DISTRIBUIDORA LTDA., se queixa de ofensa aos arts. 535, 3º e 12, § 3º, do CPC, 3º e 18 do CDC, 186, 884 e 944, parágrafo único, do CC/02, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta, em preliminar, que o acórdão não sanou os vícios apontados nos embargos de declaração. No mérito, afirma que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação indenizatória, pois não celebrou nenhum contrato com o recorrido, tendo atuado somente como meio para que a prótese chegasse até ele.

Imputa responsabilidade exclusiva da vendedora e importadora da primeira prótese, a empresa H Strattner. Afirma que comprovou que não colocou o produto defeituoso no mercado, o que exclui a sua responsabilidade no evento danoso, bem como argumenta que não está caracterizado o dano moral e defende a redução do valor da indenização a este título por se mostrar demasiadamente excessiva e desproporcional.

A segunda recorrente, EBM – EQUIPAMENTOS BIOMÉDICOS LTDA., reclama de ofensa aos arts. 128, 458 e 535 do CPC, 12 do CDC, 130, 332 e 431-A do CPC e 186, 187, 927 e 944, parágrafo único, do CC/02, além de dissídio jurisprudencial.

Alega, em preliminar, que o acórdão que rejeitou os embargos de declaração deve ser reformado para afastar a alegada intempestividade, pois os aclaratórios da outra parte suspenderam o prazo para interposição do seu recurso.

No mérito, afirma que é parte ilegítima para a ação e sustenta que houve cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do pedido de realização de prova essencial. Defende também a declaração de nulidade da perícia realizada porque dela não foi intimada, afirma que tem direito de requerer esclarecimentos acerca da prova técnica, bem como pleiteia a redução do valor da indenização. Contrarrazões dos recursos especiais (e-STJ, fls. 1.377/1.385, fls. 1.405/1.416 e 1.420/1.432).

Os recursos especiais não foram admitidos na origem. Os agravos em recurso especial foram providos para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por SEVERO ANTÔNIO MARINA DAIPRAI contra H STRATTNER E COMPANHIA LTDA., SYNCROFILM DISTRIBUIDORA LTDA., e EBM – EQUIPAMENTOS BIOMÉDICOS LTDA. Visando reparação por danos materiais e morais, por lhe terem fornecido produto defeituoso.

O autor narrou que adquiriu da primeira ré, H STRATTNER, uma prótese peniana inflável importada pela segunda, SYNCROFILM, e representada pela terceira ré, EBM, a qual foi substituída por ter apresentado mal funcionamento e lhe causado problemas de saúde por infecção. Disse que a segunda prótese também apresentou problemas, obrigando-o a implantar uma terceira semirígida, desconfortável e que lhe causa constrangimento.

Pediu ressarcimento do valor gasto na aquisição do produto defeituoso, mais honorários e despesas hospitalares, além do valor pago na aquisição da prótese fixa. Pleiteou, também, indenização por danos morais, pois passou pelo constrangimento de realização de cirurgias e por fim teve de implantar uma prótese semirígida, que o expôs a uma situação vexatória e lhe diminuiu a autoestima.

As rés contestaram o pedido.

A EBM afirmou sua ilegitimidade passiva pois somente comercializava o produto, cabendo à ré H STRATTNER a aquisição da prótese da importadora SYNCROFILM. No mérito, apontou a existência de erro médico na implantação da segunda prótese que não apresentava defeito, bem como se insurgiu contra o dano moral.

A H STRATTNER disse que somente vendeu a primeira prótese, já que a fabricante dela, Americans Medical System – AMS, passou a ser representada pela SYNCROFILM, e que quando houve a substituição não era mais a representante da AMS.

A SYNCROFILM alegou que o produto foi adquirido da H STRATTNER e que substituiu o primeiro por mera liberalidade, porque ele foi instalado no período em que atuava como representante da empresa AMS. No mérito, disse que a ruptura do tubo da prótese só pode ocorrer com o emprego de muita força ou com instrumento perfurante e afirmou que a infecção ocorreu por falta de assepsia no local da operação.

Os pedidos foram julgados procedentes em primeiro grau (e-STJ, fls. 873/881).

A preliminar de ilegitimidade passiva foi rejeitada pelo magistrado sob o fundamento de que existia relação contratual e que o vício de inadequação do produto disciplinada no art. 18 do CDC considera solidária a responsabilidade dos fornecedores, comerciantes e importadora. Acrescentou, ainda, que:

> *É legítima a responder pelo vício reclamado pelo autor a vendedora da primeira prótese defeituosa, H. Strattner, bem como a fornecedora da segunda prótese defeituosa, EBM, porquanto passou a ser representante do produto no Rio Grande do Sul a partir de 1996. Evidentemente não venha dizer a EBM que entregou a segunda prótese ao autor por mera liberalidade, já que, tendo assumido a revenda do produto, que adquiria da importadora Syncrofilm, que importava o produto fabricado pela American Medial Systems, tinha o dever contratual de garantir ao autor a troca do produto defeituoso* (e-STJ, fl. 876).

No mérito, o magistrado decidiu que as rés devem reparar os danos decorrentes do vício de inadequação do produto fornecido ao autor, pois não demonstraram que a falha decorreu de imperícia do médico cirurgião ou por mal uso pelo consumidor. Consignou, ainda, que:

> *[...] a prova pericial produzida, tanto médica realizada com o autor, como o exame técnico na segunda prótese, deixam evidente que o vício observado pelo consumidor, nas duas oportunidades em que* ***fez uso do produto fornecido pelas rés, era inerente ao***

produto, decorrendo de falha de fabricação e em nada se relacionando com o mau uso pelo autor ou mau procedimento do médico que implantou as próteses.

Com efeito, o perito médico que examinou o autor deixou extreme de dúvidas não ter a falha das próteses sido gerada por imperícia do profissional que realizou as duas cirurgias, vide fls. 569/576. Salientou o experto que o procedimento cirúrgico, nas duas implantações realizadas, foi adequado, tanto que as próteses chegaram a funcionar, por nove meses a primeira e por um ano a segunda. Fosse a falha atribuível ao cirurgião, não se verificaria regular funcionamento desde o início. Também afastou o perito a possibilidade de se terem verificados os defeitos de funcionamento por mau uso do produto pelo autor.

Ainda, trata-se de produto em relação ao qual se presume vida útil bem superior a nove meses ou um ano.

[...]

O problema no funcionamento das próteses, sim, teve origem intrínseca. O laudo da fl. 216, emitido pelo fabricante após análise da primeira prótese retirada do autor, constatou vazamento na tubulação, próximo à junção bomba-tubulação. Sobre a observância do fabricante de que pode ter sido danificada a prótese por instrumento pontiagudo, explica o médico perito que até é possível de ter havido tal perfuração quando da retirada da prótese, mas que na colocação não ocorreu; ao contrário, não teria normal funcionamento por nove meses (e-STJ, fls. 876/877).

As três foram condenadas solidariamente ao pagamento de indenização no valor de R$ 15.952,00 (quinze mil novecentos e cinquenta e dois reais) por danos materiais e a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) a título de danos morais.

Apelaram com os argumentos já apontados (e-STJ, fls. 907/915, 918/937 e 966/970).

Inconformadas com o não provimento dos recursos, seguiu-se a interposição dos apelos nobres, por duas delas, SYNCROFILM e EBM, que examinarei em separado.

I – Do recurso especial da empresa SYNCROFILM.

Não merece prosperar o recurso em relação a alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC, porque os embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* dirimido a controvérsia, embora de forma desfavorável a pretensão da recorrente, o que não importa ofensa a referida regra processual.

No mais, é cediço que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*.

O Tribunal *a quo,* de forma clara e fundamentada, consignou que a recorrente SYNCROFILM, na qualidade de importadora da segunda prótese forne-

cida em substituição da primeira – que também apresentou vício de qualidade – tinha responsabilidade solidária e portanto deveria figurar no polo passivo da demanda.

Para o colegiado local, a hipótese encontra arrimo no art. 7º, parágrafo único, do CPC, porque o desenvolvimento de atividade de importadora estava abrangida no conceito de *fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis* a que também faz menção o art. 18 do CDC, razão pela qual rejeitou as teses defensivas trazidas pela recorrente de que não tinha relação de consumo ou contratual com o autor ou que funcionou apenas como intermediadora entre ele e a fabricante da prótese, o que demonstra que efetivamente não houve ofensa ao art. 535, II, do CPC.

Por outro lado, insiste que não é parte legítima para figurar no polo passivo na demanda indenizatória pois não teve participação no negócio jurídico da venda da prótese peniana e por isso não obteve proveito econômico. Destaca que, por mera liberalidade, fez ponte entre o autor e a fabricante, AMS, pois a empresa que vendeu a primeira prótese, H STRATTNER, havia rescindido o contrato de distribuição que tinha com a AMS, a fabricante do produto.

Diz ainda que não se enquadra no conceito de fornecedora porque não fabricou, não comercializou, não distribuiu, não importou e não inseriu as próteses no mercado, bem como atribuiu responsabilidade exclusiva à empresa que importou e vendeu o produto, H STRATTNER, e à sua fabricante, AMS.

Observa-se das razões do apelo especial que a SYNCROFILM não se insurgiu quanto à aplicação do art. 18 do CDC que trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço, mas apenas quanto ao seu enquadramento como fornecedor sob o fundamento de que não era importadora do produto. Desse modo, como o Tribunal *a quo,* com base no conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que ela atuou na condição de importadora da segunda prótese fornecida em substituição da primeira, não é possível no recurso especial revisar tal entendimento sem afrontar diretamente o disposto na Súmula nº 7 do STJ.

Não bastasse, o colegiado local afirmou que o defeito da segunda prótese também englobava o fato jurídico que embasa a pretensão indenizatória, razão pela qual não podia se falar em ilegitimidade passiva. Tal fundamento, suficiente por si para manter o acórdão recorrido, não foi combatido nas razões do apelo especial, o que atrai a incidência da Súmula nº 283 do STF.

Ora, sendo a hipótese de responsabilidade por vício do produto, pois ele não correspondeu a legítima expectativa do consumidor quanto a sua utilização ou fruição e como sobre isso não se insurgiu a recorrente, presente está a responsabilidade solidária do fornecedor prevista no art. 18 do CDC.

A situação também se amolda com a regra contida na segunda parte do art. 942 do CC/02.

Convém registrar, por oportuno, que o conceito de fornecedor, como ensina RIZZATO NUNES, *é o gênero daqueles que desenvolvem atividades no mercado de consumo* e acrescenta que a norma do art. 18 do CDC *coloca todos os partícipes do ciclo de produção como responsáveis diretos pelo vício, de forma que o consumidor poderá escolher e acionar diretamente qualquer dos envolvidos, exigindo o seu direito* (***Curso de Direito do Consumidor,*** 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, p. 171). Isso ocorreu no caso, em que a ação foi direcionada contra o vendedor do produto defeituoso, o representante do fabricante no país e o importador, revelando o acerto na conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* quanto a legitimidade passiva para a ação.

A jurisprudência desta Corte, nos casos em que fica comprovado o vício do produto com base no art. 18 do CPC, entende que a responsabilidade do fornecedor e do fabricante é solidária, cabendo ao consumidor a escolha do que irá integrar o polo passivo da demanda. Nessa ordem de decidir, guardadas as devidas proporções, os seguintes julgados:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. VEÍCULOS AUTOMOTORES. VÍCIO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. FABRICANTE E FORNECEDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. [...]*
>
> ***2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do fornecedor e do fabricante, nos casos em que comprovado o vício do produto, é solidária. Precedentes.***
>
> *3. A análise das razões recursais e a reforma do aresto hostilizado, com a desconstituição de suas premissas, a fim de acolher a tese do recorrente acerca da ausência responsabilidade solidária do fabricante pelos danos do veículo adquirido com defeito, demandaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal (Súmula 7/STJ) e impede o conhecimento do recurso por ambas alíneas.*
>
> *4. Não cabe a revisão do valor arbitrado a titulo de dano moral quando a quantia se mostra razoável.*
>
> *5. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, a parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.*
>
> *6. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 533.426/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado aos 4/9/2014, *DJe* 12/9/2014).

> *CONSUMIDOR. CONTRATO. SEGURO. APÓLICE NÃO EMITIDA. ACEITAÇÃO DO SEGURO. RESPONSABILIDADE. SEGURADORA E CORRETORES. CADEIA DE FORNECIMENTO. SOLIDARIEDADE.*

1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação.

2. O art. 34 do CDC materializa a teoria da aparência, fazendo com que os deveres de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores, direitos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da cadeia de fornecimento.

3. No sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação. Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência.

4. O art. 126 do DL nº 73/66 não afasta a responsabilidade solidária entre corretoras e seguradoras; ao contrário, confirma-a, fixando o direito de regresso destas por danos causados por aquelas.

5. Tendo o consumidor realizado a vistoria prévia, assinado proposta e pago a primeira parcela do prêmio, pressupõe-se ter havido a aceitação da seguradora quanto à contratação do seguro, não lhe sendo mais possível exercer a faculdade de recusar a proposta.

6. Recurso especial não provido. (REsp nº 1.077.911/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/10/2011, *DJe* 14/10/2011).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA DE AUTOMÓVEL. CONCESSIONÁRIA. ENTREGA. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90.

1.– Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

2.– Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. *A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.*

3.– Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau, que julgou procedente a ação (e-Stj, fls. 169, autos originários, fls. 165). (REsp nº 1.155.730/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado aos 16/8/2011, *DJe* de 9/9/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO REDIBITÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

[...]

3. Imprescindibilidade da realização de prova pericial para aferir a existência de vício de qualidade no veículo. O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que possibilita ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos, ou seja, o julgador não está adstrito à prova que a parte entende lhe seja

mais favorável, mas pode formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos constantes dos autos.

5. Legitimidade passiva da insurgente. O entendimento assente desta Corte é no sentido de incidir o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor.

6. A indenização por danos morais fixada em quantum sintonizado ao princípio da razoabilidade não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 512.117/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado aos 2/2/2015, *DJe* de 19/2/2015).

RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. AQUISIÇÃO. DEFEITOS NÃO SOLUCIONADOS DURANTE O PERÍODO DE GARANTIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFICIENTE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. DECADÊNCIA. AFASTAMENTO. FLUÊNCIA DO PRAZO A PARTIR DO TÉRMINO DA GARANTIA CONTRATUAL.

1. Diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor.

2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos. Precedentes.

3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido. (REsp nº 547.794/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado aos 15/2/2011, *DJe* de 22/2/2011).

Nesta toada, a meu sentir, incide ao caso a Súmula nº 83 do STJ, também aplicada aos recursos especiais interpostos com base na alínea *a* do permissivo constitucional, que dispõe que *não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida*, devendo o acórdão recorrido ser confirmado porque está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

De outra parte, a tese da SYNCROFILM em torno dos incisos I, II e III do § 3º do art. 12 do CDC, ou seja, de que não pode ser responsabilizada pelo evento danoso, pois comprovou que não colocou o produto defeituoso no mercado, não foi discutida no acórdão recorrido e tampouco foi objeto dos embargos declaratórios opostos, de modo que não está presente o indispensável requisito do prequestionamento do tema federal, o que atrai a incidência da Súmula nº 282 do STF.

Noutro norte, a SYNCROFILM afirma que o abalo moral não ficou demonstrado, tendo ocorrido apenas um simples aborrecimento, sem que tivesse praticado ação ou omissão.

Sem razão também aqui.

O acórdão recorrido, com lastro na prova produzida nos autos, concluiu que ficou demonstrado o defeito em ambas as próteses penianas implantadas no autor, ora recorrido, que se mostraram impróprias para o fim a que se destinavam e atribuiu responsabilidade objetiva e solidária aos três demandados, reafirmando o dever de indenizar, inclusive a título de danos morais, com os seguintes fundamentos:

> *No caso dos autos, inconteste a violação aos direitos da personalidade do autor decorrentes da frustração em ver solucionado o seu problema de disfunção erétil, diante do defeito apresentado nas duas próteses infláveis que se mostraram defeituosas, fazendo com que o autor fosse submetido a procedimentos cirúrgicos e exposto aos riscos inerentes, bem como à dores do pós-operatório, para após constatar a ineficácia das próteses, e a perda da confiança nas próteses infláveis, o que ensejou na opção em colocar a prótese semirrígida – pelo fundado receio de novamente a prótese inflável apresentar defeito –, a qual apresenta notória desvantagem à inflável, trazendo limitações ao usuário e constrangimentos pela natureza do dispositivo, fazendo com que o autor necessite usar artifícios para ocultar o volume sempre aparente.*
>
> *Ora, visíveis os transtornos sofridos pelo demandante, bem como a aflição, o desequilíbrio em seu bem-estar, diante do defeito apresentado nas próteses penianas apresentadas e todos os transtornos daí decorrentes. Tal sofrimento se constitui em agressão à sua dignidade, configurando o dano moral in re ipsa* (e-STJ, fl. 1.039).

A pretensão de reforma do acórdão por suposta inexistência de danos morais na espécie exige necessariamente, para desconstituição de suas premissas, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível na via do recurso especial em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ, e impede o conhecimento do recurso especial por ambas as alíneas do permissivo constitucional.

Ainda que fosse possível superar o óbice sumular, o que não é caso, o recorrido sofreu indiscutível dano moral por obra dos fornecedores do produto defeituoso, pois teve de se submeter à cirurgias para implante e retirada de próteses penianas infláveis (duas de implante e duas de retirada da segunda também defeituosa), que se apresentaram impróprias para o fim a que se destinavam, com todos os riscos inerentes a qualquer procedimento cirúrgico.

Houve também o constrangimento causado pela necessária colocação de desvantajosa prótese semirrígida para solucionar sua disfunção erétil, pois ele perdeu a confiança, com toda a razão, nas próteses infláveis. A semirrígida era necessária porque foi removida parte do corpo cavernoso do pênis para implante das próteses infláveis, que, como visto, não funcionaram a contento, não podendo ficar, por óbvio, uma inútil cavidade no local.

A referida prótese é desvantajosa, pois além de volumosa, fica sempre na posição ereta, exigindo a utilização de roupas folgadas para disfarça-la.

Dessa forma, tais fatos, provocaram e provocam dor, sofrimento, angústia, receio, frustração e humilhação no autor, ora recorrido, causando-lhe indiscutível dano moral, de forma que não há o que reparar na conclusão a que chegou o acórdão recorrido.

Com a devida vênia da SYNCROFILM, tratar a presente hipótese como mero aborrecimento ou dissabor refoge dos parâmetros da razoabilidade, além de demonstrar insensibilidade, pouco caso e desrespeito com o sofrimento enfrentado pelo autor, beirando a má-fé processual e descaso com a dignidade humana.

No mais, a recorrente argumenta que o valor da indenização fixada a este título é exorbitante e desproporcional aos danos suportados pelo autor, pois o montante de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) foge dos parâmetros adotados pelos julgados do STJ e proporcionam um inegável enriquecimento indevido.

Esta egrégia Corte Superior, em razão da inexistência de critérios fixos e predeterminados na lei para a quantificação do dano moral, tem orientação de que a indenização para tal reparação deve ser suficiente para restaurar o bem-estar da vítima, desestimular o ofensor a repetir a falta, sem, contudo, lhe impor um enriquecimento sem causa, observando sempre a razoabilidade e a proporcionalidade.

Também há entendimento pacificado de que somente é possível a intervenção do STJ na revisão do *quantum* fixado na origem nos casos em que o montante se mostrar excessivo ou irrisório. Fora dessas hipóteses incide a Súmula nº 7 do STJ. Nesse sentido, confiram-se precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. CIRURGIA. IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> ***1. O entendimento deste Sodalício é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, uma vez que o valor estabelecido a título de reparação por danos morais não se apresenta ínfimo ou exagerado, à luz dos critérios adotados por esta Corte, a sua revisão fica obstada pela Súmula 7/STJ.***
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp nº 305.325/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado aos 2/5/2013, *DJe* de 17/6/2013).

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEÍCULO. SISTEMA DE SEGURANÇA (AIR BAG). DANO MORAL. OCORRÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS.*

SÚMULA Nº 7/STJ. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Inviável, em sede de recurso especial, modificar o acórdão recorrido que entendeu caracterizado o dano moral e a responsabilidade do fabricante do veículo por falha no funcionamento de segurança (air-bag), tendo em vista que a análise do tema demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado, nos termos da Súmula nº 7/STJ.

2. O valor fixado a título de indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que arbitrado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp nº 189.264/RN, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado aos 25/2/2014, *DJe* de 7/3/2014).

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. ALEGAÇÃO DE VALOR EXCESSIVO. QUANTIA FIXADA QUE NÃO SE REVELA EXORBITANTE. REVISÃO QUE DEMANDARIA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

1. A inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplente enseja o dano moral in re ipsa, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos.

2. Nos termos da jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, a revisão de indenização por danos morais só é possível em sede de recurso especial quando o valor fixado pelas instâncias locais se revelar exorbitante ou ínfimo, de modo a afrontar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, a impedir o conhecimento do recurso.

[...].

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 533.001/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado aos 4/9/2014, *DJe* de 11/9/2014).

Nessa marcha, orientando-me pelos critérios sugeridos pela jurisprudência desta Corte, entendo que o montante arbitrado na origem – R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) – se mostra razoável e proporcional para cumprir o caráter pedagógico da medida e a sua alteração demandaria o reexame dos fatos, incidindo, à causa, portanto, a Súmula nº 7 do STJ.

A peculiaridade do caso (implante e substituição de duas próteses penianas em razão de vício do produto e colocação de uma terceira prótese semirrígida) não me permitiu encontrar precedente semelhante nesta Corte para servir de parâmetro a justificar o *quantum* fixado. No entanto, alguns julgados sugerem que o valor da indenização não destoa dos parâmetros aqui adotados em casos análogos:

A – Indenização a título de dano moral no montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais) em razão de problemas decorrentes do implante de prótese de silicone:

> *CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. Danos morais resultantes de implantação de prótese de silicone; redução do valor da indenização. Recurso especial conhecido e provido em parte.* (REsp nº 534.998/AL, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma, julgado aos 24/4/2007, *DJ* de 1/8/2007).

B – Indenização a título de dano moral no montante de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em razão de problemas decorrentes de implante e reimplante de prótese de silicone que apresentaram problema de defeito no produto:

> *INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTROLE.*
>
> *1 – A indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando se apresentar, de um lado, manifestamente irrisório ou, de outro, visivelmente exorbitante.*
>
> *2 – A hipótese é de cirurgia para retirada de mamas, com a reconstituição mediante o implante de prótese de silicone.*
>
> ***3 – Houve necessidade de reimplante, algum tempo depois da primeira intervenção, porque uma das próteses se achava rompida, liberando substância perigosa e nociva ao organismo humano.***
>
> *4 – Definida a responsabilidade da empresa fornecedora do material, a indenização por dano de cunho extrapatrimonial, foi fixada em R$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), que se reduz para valor equivalente a 500 salários mínimos (R$ 150.000,00).*
>
> *5 – Recurso conhecido em parte e, nesta parte, provido.* (REsp nº 678.551/CE, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Rel. p. acórdão Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, julgado aos 25/10/2005, *DJ* de 20/2/2006).

Por fim, a SYNCROFILM diz que o acórdão recorrido, ao presumir a solidariedade, violou o art. 265 do CC/02.

No ponto, se registra a deficiência da fundamentação trazida no apelo especial em torno do referido dispositivo legal, pois não houve demonstração de como ele foi ofendido pelo acórdão recorrido, fazendo incidir ao caso a Súmula nº 284 do STF, que dispõe que *é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.* Não deve a SYNCROFILM se esquecer que solidariedade, de fato, como diz o art. 265 do CC/02, não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes. Ademais, o caso, colhe incidência do art. 7º, parágrafo único e 18 ambos do CDC e a segunda parte do art. 942 do CC/02.

Nessas condições, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial da SYNCROFILM DISTRIBUIDORA LTDA.

II – Do recurso especial da empresa EBM.

Este recurso especial, em princípio, somente será examinado no tocante a alegação de ofensa ao art. 538 do CPC, pelas razões a seguir.

A EBM não interpôs diretamente recurso especial após a publicação do acórdão recorrido, tendo optado por manejar embargos de declaração apontando suposta omissão no julgamento da apelação, mas o fez depois do julgamento pelo Tribunal *a quo* dos aclaratórios da outra recorrente, a SYNCROFILM.

Como os seus embargos de declaração não foram conhecidos por intempestividade (e-STJ, fls. 1.123/1.126), opôs novos aclaratórios afirmando a tempestividade dos anteriores, pois o prazo recursal estava interrompido por força do que dispõe o art. 538 do CPC, e pugnou pelo acolhimento do recurso e apreciação das questões postas nos embargos primitivos.

O recurso foi rejeitado pelo Tribunal *a quo* com a seguinte motivação:

> *[...]*
> *O art. 538 do Código de Processo Civil é claro ao dispor que os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.*
> *A publicação da Nota de Expediente que dá ciência aos litigantes do teor do julgamento do recurso de apelação possui prazo comum para oposição de embargos de declaração. A alusão à interrupção do prazo constante do artigo 538 do CPC, refere-se à interposição de eventual recurso que, não, a oposição de Declaratórios.*
> *Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça:*
> *O prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contados da publicação do julgado; consequentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. (STJ – RDDP 48/163: Corte Especial, REsp 330.090)*
> *Nesse diapasão, tendo o requerido EBM – EQUIPAMENTOS LTDA. opostos Embargos de Declaração na data de 25 de outubro de 2013 (fl. 924), quando a publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação ocorreu em 02 de julho de 2013 (fl. 888), a manutenção do julgamento de intempestividade dos embargos, objeto da presente insurgência, é medida que se impõe* (e-STJ, fls. 1.143/1.144).

Dessa forma, caso seja mantido o acórdão que julgou intempestivos os primeiros embargos de declaração da EBM, as questões de mérito trazidas no recurso especial não poderão ser examinadas em virtude da preclusão temporal. Por esse motivo, somente a questão relativa ao art. 538 do CPC será conhecida porque combate justamente a intempestividade daqueles embargos.

Pois bem. Observa-se do que foi exposto acima que a EBM não interpôs os embargos de declaração no prazo comum previsto no art. 536 do CPC para apontar eventual vício no acórdão julgou a apelação. Fê-lo somente após o julgamento dos

embargos de declaração opostos pela SYNCROFILM, de modo que, como bem consignou o acórdão recorrido, eles são intempestivos.

Com efeito, a jurisprudência desta egrégia Corte Superior tem orientação pacificada de que os embargos de declaração opostos por uma das partes não suspende o prazo que a outra dispõe para apresentar aclaratórios contra a mesma decisão. Nessa ordem de decidir, entre outros, os seguintes precedentes:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VÍCIOS DO ART. 535, CPC. ACÓRDÃO PRIMITIVO. INTEMPESTIVIDADE.*
>
> ***1. "Os Embargos de Declaração opostos por uma das partes não suspende o prazo que a outra parte dispõe para apresentar Embargos Declaratórios contra a mesma decisão" (AgRg nos EDcl no Ag 1.288.130/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25.5.2010,* DJe *14.6.2010).***
>
> *2. Embargos de declaração não conhecidos.*
>
> *(EDcl nos EDcl no EDcl no AgRg no AREsp nº 167.725/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado aos 10/6/2014, DJe de 1º/7/2014).*

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA NOVOS RECURSOS, EXCETO O DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA.*
>
> *[...]*
>
> ***3. Segundo entendimento da Corte Especial, os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição, por outros interessados, de embargos declaratórios contra a decisão já embargada.***
>
> *4. Embargos de divergência parcialmente conhecidos, e, neste ponto, improvidos.*
>
> (EREsp nº 722524/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado aos 9/11/2006, *DJ* de 18/12/2006).

> *AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA NOVOS RECURSOS, EXCETO O DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA CONTRA A MESMA DECISÃO – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO.*
>
> ***I – Os Embargos de Declaração opostos por uma das partes não suspende o prazo que a outra parte dispõe para apresentar Embargos Declaratórios contra a mesma decisão.***
>
> *II – O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.*
>
> *III – Agravo Regimental improvido.*
>
> (AgRg nos EDcl no Ag nº 1.288.130/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado aos 25/5/2010, *DJe* de 14/6/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROVÉRSIA ACERCA DO ALCANCE DA EXPRESSÃO "OUTROS RECURSOS", PREVISTA NO CAPUT *DO ART. 538 DO CPC.*

1. A Corte Especial deste Tribunal, ao julgar o REsp 330.090/RS (Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler,* DJ *de 30.10.2006, p. 210), pacificou sua jurisprudência no sentido de que "o prazo para a oposição dos embargos de declaração ao acórdão proferido no julgamento da apelação é comum a ambas partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contado da publicação do julgado. Depois disso, a parte silente nesse prazo não poderá ativar questão atinente ao julgamento da apelação, ainda que a outra tenha oposto embargos de declaração, deles resultando novo acórdão. O prazo subsequente deve ser aproveitado para esclarecer eventuais deficiências deste julgado, e não daquele referente ao julgamento da apelação, afetadas pela preclusão". Posteriormente, ao julgar os EREsp 722.524/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki,* DJ *de 18.12.2006, p. 278), a Corte Especial reafirmou o entendimento de que "os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição, por outros interessados, de embargos declaratórios contra a decisão já embargada".

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AG nº 923.502/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, julgado aos 27/11/2007, *DJ* de 10/12/2007).

Diante disso, observa-se que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual o efeito interruptivo dos embargos de declaração previsto no art. 538 do CPC não abrange os aclaratórios apresentados pela parte contrária contra o mesmo acórdão, pois o prazo para se buscar algum vício sobre o julgado é comum para todas elas, cabendo-lhes manejar os segundos embargos contra o aresto que julgou os primeiros.

Como os embargos de declaração opostos pela EBM (e-STJ, fls. 1.0901/1.098) foram intempestivos e não mereciam ser conhecidos, como efetivamente não foram, não há alegada ofensa ao art. 538 do CPC, única matéria passível de ser examinada nesse apelo especial, pois as outras referentes ao mérito foram atingidas, a meu sentir, pela preclusão temporal. Neste particular, convém lembrar, na linha da jurisprudência desta Corte que, sendo considerados intempestivos na origem, os embargos de declaração não têm o condão de interromper ou suspender o prazo recursal, sendo considerado intempestivo o recurso especial interposto após decorrido o prazo de 15 dias seguintes à publicação do acórdão da apelação. Nesse sentido: AgRg no HC 279.224/MA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, *DJe* 28/10/2013; AgRg no EDcl no REsp nº 1.198.031/SE, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, *DJe* de 14/4/2011, e AgRg no EDcl no RMS nº 1.595/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, *DJe* de 28/8/2014.

Registro que a recorrente EBM fez menção a recurso especial adesivo nas suas razões recursais. Contudo não encontrei a referida peça nos autos.

Caso seja possível ultrapassar a afirmada ocorrência da preclusão temporal, o que, a meu ver não será possível, melhor sorte não assistiria à recorrente.

Não houve ofensa ao art. 535 do CPC. É que como os primeiros embargos de declaração opostos por ela não foram conhecidos em razão da intempestividade, o acórdão recorrido não poderia examinar os seus fundamentos, de modo que não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou na presença de alguns dos vícios previstos no referido dispositivo legal.

No que tange aos arts. 128 e 458 do CPC, anoto que eles não foram discutidos na formação do acórdão recorrido, de modo que não está presente o indispensável requisito do prequestionamento, incidindo à espécie a Súmula nº 282 do STF.

De outra parte, a EBM diz que houve cerceamento de defesa pois postulou oportunamente a realização de prova – depoimentos pessoais dos demandados-, o que lhe foi negado pela instância ordinária.

Sobre o alegado cerceamento de defesa, o acórdão recorrido consignou:

> *Quanto ao pedido de oitiva dos demais demandados, não prospera o recurso, uma vez que tal prova mostra-se despicienda para o deslinde da controvérsia, mormente considerando a ampla dilação probatória havida nos autos, não se verificando a necessidade da prova pretendida, eis que os demais elementos constantes da demanda permitem o deslinde da controvérsia.*
>
> *Dispõe o art. 130 do Código de Processo Civil:*
>
> *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.*
>
> *Dessa forma, não se mostrando imprescindível para o deslinde da controvérsia a oitiva do depoimento pessoal das partes, nego provimento ao agravo retido de fls. 474/478* (e-STJ, fls. 1.029/1.030).

Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de produção de prova quando o magistrado, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de outras suficientes para formação da sua convicção.

Sobre o tema, prevalecem os princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento do juiz, que conferem ao julgador a faculdade de determinar as provas necessárias à instrução do processo, bem como a de indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL. CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO QUE DECIDIU A LIDE COM APOIO NAS PROVAS E FATOS COLIGIDOS NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. "Entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da lide, em razão das provas já produzidas no processo, não há que se falar em cerceamento de*

defesa, pelo indeferimento de prova pericial, a teor do art. 420, parágrafo único do CPC (Precedentes: REsp n.º 215.011/BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 05/09/2005)"

2. Nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, cabe ao magistrado, como destinatário da prova, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, sempre em busca de seu convencimento racional.

3. O juízo acerca da produção da prova compete soberanamente às instâncias ordinárias e o seu reexame, na estreita via do recurso especial, encontra óbice Súmula n° 7 do STJ. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp nº 594.106/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado aos 3/3/2015, *DJe* de 10/3/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AUTOS DE AÇÃO DE COBRANÇA – DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS.

1. A determinação da realização de provas, a qualquer tempo e sob o livre convencimento do magistrado, é uma faculdade deste, incumbindo-lhe sopesar sua necessidade e indeferir diligências inúteis, protelatórias ou desnecessárias.

2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a necessidade de produção de prova testemunhal, porquanto desnecessária ao deslinde da controvérsia, reputando inocorrente, portanto, a configuração de cerceamento de defesa. A revisão de tais conclusões pressuporia o reexame da matéria fático-probatória, providência vedada nesta fase recursal, consoante cristalizado na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp nº 451.754/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado aos 24/6/2014, *DJe* de 1º/8/2014).

No caso, como se observa da transcrição supra citada, o Tribunal de origem manteve a decisão singular que indeferiu a realização de diligência requerida anotando que a oitiva dos demais demandados não se mostrava necessária, pois as provas colhidas já eram suficientes para a solução da controvérsia.

Assim, na avaliação da necessidade de realização de determinada diligência probatória é mister que se observe o princípio do livre convencimento motivado, de maneira que a inversão do decidido sobre esse ponto, envolveria necessariamente o reexame de matéria probatória, pretensão vedada em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ. Nessa ordem de decidir, o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS NA

ORIGEM. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 2. AGRAVO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte quando devidamente demonstrado pelas instâncias de origem que o feito se encontrava suficientemente instruído, afirmando-se a presença de dados bastantes a formação do seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, autorizam o julgador a determinar as provas que entende necessárias à solução da controvérsia, bem assim o indeferimento daquelas que considerar desnecessárias ou meramente protelatórias. Precedentes.

2. Além disso, a revisão das conclusões alcançadas na origem, no sentido da devida instrução do feito e da inutilidade da produção das provas suscitadas pela parte, exigiria o reexame dos elementos fáticos da demanda, providência que encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula desta Casa. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp nº 644.549/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, *DJe* de 7/4/2015).

De outra parte, o acórdão recorrido afirmou que ocorreu a preclusão quanto ao pedido de esclarecimentos da perícia realizada, nos seguintes termos:

No que diz com o agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu os pedidos de esclarecimentos, deve ser mantida a sentença, uma vez que extemporânea, eis que as partes restaram devidamente intimadas da realização da prova pericial (fl. 649), o laudo pericial apresentado (fl. 678) e da complementação do laudo (fl. 709), de modo que preclusa a questão quanto aos pedidos de esclarecimentos. Ademais, a prova dos autos demonstra que a prótese periciada na segunda vez, efetivamente é a que foi implantada no autor em substituição à primeira, de modo que desnecessário o pedido de esclarecimentos (e-STJ, fl. 1.030)

No ponto, novamente, se verifica a incidência ao caso da Súmula nº 7 do STJ porque para modificar as premissas fáticas do acórdão recorrido e, por conseguinte, concluir de que não houve preclusão, demandaria necessariamente o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que não é possível de ser feito no apelo nobre em razão do óbice sumular indicado.

No mais, sustenta que é parte ilegítima para a causa pois não era nem fabricante e nem importadora da prótese, tendo somente solicitado ao importador que efetuasse a troca do produto.

Aqui, os fundamentos apresentados para rejeitar a alegação de ilegitimidade passiva da recorrente SYNCROFILM são pertinentes e adequados para afastar a pretensão da EBM de se ver excluída da responsabilidade solidária que lhe foi atribuída, com a observação de que o acórdão recorrido consignou que ela se enqua-

drava no conceito de fornecedor previsto no art. 14 do CDC pois atuou na condição de comerciante da prótese, conclusão que não pode ser revista na via eleita em razão da Súmula nº 7 do STJ.

Por fim, aduz que não pode ser responsabilizada pelo evento porque não violou nenhum direito do autor e não cometeu nenhum ilícito, bem como pugna pela redução do valor da indenização pois é exagerado e desproporcional.

Mais uma vez, até para não me tornar repetitivo, me reporto aos fundamentos utilizados no julgamento do recurso especial da SYNCROFILM, porque lá justifiquei o porquê da responsabilidade solidária e demonstrei que o valor fixado a título de danos morais não poderia ser revisto, já que observou a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como não se mostrou excessivo ou irrisório, incidindo, portanto, a Súmula nº 7 do STJ.

Nessas condições e, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos especiais das empresas SYNCROFILM DISTRIBUIDORA LTDA. e EBM EQUIPAMENTOS BIOMÉDICOS LTDA.

RESPONSABILIDADE CIVIL – TROCA DE MERCADORIA – PRAZO EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR

STJ, 3ª T., REsp. 1.459.555/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, ac. 14.02.2017, *DJe* 20.02.2017

RECURSO ESPECIAL Nº 1.459.555 – RJ (2014/0139034-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Lojas Americanas S/A

Advogados: Rodrigo Ribeiro e Outro(s)

Bruno Calfat

Gláucia Alves Correia e Outro(s)

Mariana Freitas Rodrigues

Jorge Luiz Silva Rocha e Outro(s)

Vivian Nabib Batatel e Outro(s)

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: os mesmos

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

FORNECEDOR. INTERMEDIAÇÃO. DESNECESSIDADE. ARTIGO 18, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBSERVÂNCIA.

1. Há julgamento *extra petita* quando decidida a causa fora dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial.

2. Ausência de norma cogente no CDC, que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal. Não se colhe dos autos nenhum comportamento abusivo da empresa recorrente, que permite a troca da mercadoria no prazo de 3 (dias) para beneficiar o consumidor diligente.

3. Na hipótese, não sendo reparado o vício pela assistência técnica no prazo de 30 (trinta) dias, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

4. No caso concreto, o Tribunal local, ao determinar que a empresa, a fim de sanar suposto vício, tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica, bem como retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local, de fato extrapolou os limites do pedido.

5. A Terceira Turma já concluiu que a disponibilização de serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, afasta o dever do fornecedor de intermediar o serviço, sob pena de acarretar delongas e acréscimo de custos.

6. Recurso especial da Lojas Americanas S.A. provido, prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial de Lojas Americanas S.A. e julgar prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA – Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de dois recursos especiais interpostos em apelação em ação civil pública

promovida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TROCA OU REPARO DE PRODUTO VICIADO.*
>
> *O Ministério Público pretende seja reprimida a prática de loja varejista de limitar prazo de troca a três dias.*
>
> *O artigo 26 da Lei nº 8.078/90 estabelece prazos de 30 e 90 dias para resolução do vício do produto.*
>
> *Solidariedade entre fornecedor e fabricante, que, no entanto, não impõe ao primeiro a obrigação de troca.*
>
> *A pretensão de indenização aos consumidores, individual ou coletivamente, não merece acolhida.*
>
> *PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO"* (e-STJ fl. 276).

Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo *Parquet* (e-STJ fls. 2-13) contra Lojas Americanas S.A. em virtude da limitação de troca dos produtos adquiridos no estabelecimento pelos consumidores a apenas 3 (três) dias corridos, contados da data da emissão da nota fiscal, informando que, após o transcurso desse prazo, incumbiria à assistência técnica credenciada a verificação de eventual vício e possível reparação do produto, eximindo-se, a partir de então, da responsabilidade perante terceiros.

Em sua inicial, o órgão ministerial afirma que tal conduta representaria "*latente abusividade*" (e-STJ fl. 4) à luz dos arts. 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor, que preveem o prazo de 30 (trinta) dias para o vício ser sanado, a solidariedade entre os fornecedores, bem como o prazo decadencial para reclamação dos infortúnios.

Ao final, requer:

(i) a condenação da ré, em caso de produto viciado, dentro do prazo legal exposto no art. 26 do CDC, a sanar o vício no prazo de 30 (trinta) dias e, não o fazendo, a conferir ao consumidor a escolha de uma das opções contidas no art. 18, § 1º, do CDC, sob pena de multa no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(ii) a condenação da ré a efetuar a troca de seus produtos duráveis dentro do prazo legal de 90 (noventa) dias (art. 26, II, do CDC), visto que comercializa produtos essenciais (art. 18, § 3º, do CDC), sob pena de multa no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais);

(iii) a condenação da ré a indenizar, da forma mais ampla possível, os danos materiais e morais causados aos consumidores individualmente considerados, como estabelece o art. 6º, VI, do CDC, e

(iv) a condenação da ré a reparar os danos materiais e morais causados aos consumidores, considerados em sentido coletivo, no valor mínimo de R$ 500.000,00

(quinhentos mil reais), corrigidos e acrescidos de juros, cujo valor reverterá ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados mencionado no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

A sentença proferida pela 3ª Vara Empresarial da Capital do Estado do Rio Janeiro (e-STJ, fls. 187-195) julgou improcedente a pretensão porque a rotina de troca de produtos adotada pela empresa ré, limitando-a em seu estabelecimento ao prazo de 3 (três) dias, não excluiria a possibilidade de o consumidor realizá-la também na forma do artigo 18 do Código de

Defesa do Consumidor, como se afere do seguinte trecho da sentença:

> *"[...] cuida-se de demanda coletiva embasada na alegação de que a ré oferece prazo de três dias para troca em suas lojas de produtos adquiridos em vício com o intuito de não cumprir com suas obrigações, em especial a do art. 18 do CDC.*
>
> ***Pelas provas dos autos**, em especial o depoimento pessoal do representante legal da ré e documentos de fls. 110/124, verifica-se que a política de troca da ré **não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC.***
>
> *As respostas das reclamações realizadas no sítio eletrônico www.reclameaqui.com (fls. 110/124) demonstram que a ré efetua a troca dos produtos mesmo após o prazo de três dias.*
>
> *Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que, dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua a troca e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto (fls. 133). Pelo exposto, julgo improcedente a pretensão autoral"* (e-STJ fls. 194-195 – grifou-se).

O Ministério Público estadual apresentou apelação (e-STJ fls.197-227) na qual reiterou que a conduta da apelada de condicionar a troca de produto viciado ao prazo de 3 (três) dias, descumprindo prazo legal de garantia estabelecido no art. 26 do CDC, já é capaz de lesionar o consumidor e legitimar a tutela coletiva.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acolheu em parte o recurso para condenar a ré na obrigação de receber e encaminhar à assistência técnica os produtos não duráveis e duráveis viciados, respectivamente, nos prazos de 30 (trinta) e 90 (noventa) dias, sob pena de multa de R$ 50,00 (cinquenta reais) para cada recusa indevida, mantendo a improcedência da pretensão indenizatória (e-STJ fls. 275-281).

Extrai-se do acórdão:

> *"[...] Logo, restou incontroverso que a Ré se recusava a receber os produtos viciados depois de três dias apesar de o artigo 26 da Lei nº 8.078/1998 estabelecer prazos de 30 e 90 dias.*
>
> *Como se sabe, o fornecedor tem responsabilidade solidária ao fabricante e, embora não tenha obrigação de trocar o produto, tem a de sanar o vício nesses períodos [...]*

Mas a recusa indevida, in casu, não configurou conduta apta a provocar danos aos consumidores, sejam individuais, sejam coletivos [...]" (e-STJ fls. 280-281).

Lojas Americanas S.A. opôs embargos de declaração alegando que

"[...] o Ministério Público Estadual, em sua Ação Civil Pública, apenas requereu que a Embargante fosse condenada nas seguintes obrigações: de ***sanar eventuais vícios de mercadoria*** *('b', fls. 12); de trocar os produtos dentro de determinados prazos ('c', fls. 12); indenizar eventuais danos materiais e morais causados ('d', fls. 12); reparar danos materiais e morais causados ('e', fls. 12) e pagar ônus de sucumbência ('h', fls. 12).*

*Assim é que, tendo restado completamente silente quanto ao intento de condenar a Embargada no dever de '****encaminhar à assistência técnica os produtos****', tal encargo não poderia ser imposto, por ato próprio, pelo Poder Judiciário.*

Como é cediço, é encargo da parte autora arrolar de forma expressa e taxativa todos os pedidos que intenta com a sua demanda, em atendimento ao artigo 282, IV do CPC/73" (e-STJ fls. 288-289 – grifou-se).

Por sua vez, o Ministério Público estadual também opôs embargos de declaração (e-STJ fls. 294-299) ao fundamento de que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem teria sido omisso quanto aos artigos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor pertinentes ao pedido de indenização por danos morais e materiais, individuais e coletivos.

Os embargos da empresa foram parcialmente acolhidos e os aclaratórios do Ministério Público estadual foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Demanda ajuizada a fim de que a Ré fosse condenada na obrigação de trocar produtos defeituosos no prazo legal e na de indenizar danos materiais e morais.

A responsabilidade do comerciante é solidária à do fabricante, que, nos prazos do Código de Defesa do Consumidor, é de efetuar o reparo do produto.

A condenação da Ré na obrigação de encaminhar o bem à assistência técnica não representa decisão extra petita, mas sim, adequação da pretensão à legislação.

Deve ser aclarada, no entanto, a decisão para estabelecer que 'receber' o produto significa, nas hipóteses daqueles de difícil remoção, o encaminhamento de técnico ao local ou a retirada do produto na residência.

Da mesma forma, deve restar consignado que se a Ré entender se tratar de caso de troca do produto, em vez de encaminhamento à assistência técnica, pode fazê-lo de plano.

A pretensão do Parquet de manifestação expressa sobre violação a artigos constitucionais e infraconstitucionais não encontra amparo jurisprudencial.

PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ, DESPROVIDO O DO AUTOR" (e-STJ, fls. 303-304 – grifou-se).

Inconformadas, as partes interpuseram recursos especiais.

Lojas Americanas S.A., em suas razões, aponta (e-STJ – fls. 313-322), com base no artigo 105, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, ofensa aos artigos 128, 293, 459, 460 e 515 do Código de Processo Civil de 1973, porque condenada em obrigação nunca requerida pelo Ministério Público estadual, o que caracterizaria, a seu ver, julgamento *extra petita* pelo Tribunal de origem.

O Ministério Público estadual aponta em suas razões (e-STJ fls. 329-342), com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, violação dos artigos 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, asseverando a falta de fundamentação, pela Corte estadual, para rejeitar a condenação da empresa em dano moral coletivo.

Sustenta a existência de contrariedade aos artigos 6º, VI e VII, 83, 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor para defender que a conduta omissa da empresa enseja a obrigação de reparar danos morais coletivos a fim de inibir a adoção de condutas semelhantes por outras fornecedoras, citando precedente desta Corte (REsp nº 1.269.494/MG). Afirma, em suma, ser

> *"[...] forçoso reconhecer que a conduta da recorrida em abster-se de receber os produtos defeituosos em seu estabelecimento comercial, orientando os consumidores a procurarem a assistência técnica autorizada, quando o produto ainda se encontra dentro do prazo de garantia, acarreta dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos a práticas comerciais abusivas"* (e-STJ fl. 341).

Com as contrarrazões (e-STJ, fls. 349-358 e 359-367), a Terceira Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso especial da ré e não admitiu o recurso especial do autor (e-STJ, fls. 371-380).

Inconformado (e-STJ, fls. 392-400), o Ministério Público interpôs recurso de agravo no qual aponta a existência de omissão no julgado local e a violação de dispositivos processuais, ressaltando existir questão federal de mérito que não desafiou a incidência das Súmulas nºs 282 e 284 do Supremo Tribunal Federal e nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, opinou pelo não provimento do recurso especial da ré e pelo conhecimento do agravo do Ministério Público estadual e provimento do respectivo recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

> ***"Constitucional. Processo Civil. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Troca ou reparo de produto viciado. Cadeia de fornecimento. Limitação do prazo legal de troca. Responsabilidade solidária esquecida. Ilegalidade. Condenação. Obrigação de fazer. Cumprimento da sistemática consumerista. Princípio da coextensão. Solução jurisdicional permitida. Dano moral coletivo. Enfeixamento. Boa-fé objetiva. Lealdade e cooperação. Caráter educativo. Possibilidade.***

A obrigação de fazer definida pelo acórdão atacado não desalinha do pedido exposto na inicial de sanar, conferir e trocar mercadorias viciadas. O pedido entrelaçado com seus fundamentos acolhe a prestação jurisdicional fincada em regra jurídica material em menosprezo. Não há quebra ao princípio da coextensão.

A Corte Estadual não proferiu sentença extra petita (fora do pedido do demandante) ou ultra petita (além daquilo que foi pedido), pois os artigos 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor fundamentam a obrigação determinada, vazada do pedido em prestação jurisdicional.

A condenação da empresa na obrigação de assumir sua responsabilidade solidária perante os consumidores em cadeia de fornecimento de mercadorias transparece cumprimento dos deveres de lealdade e de cooperação em relações de comércio.

O abandono do consumidor, que possui prazo legal adequado para troca de mercadorias, e, na satisfação da prestação comercial assumida, tanto pelo vendedor, como pelo fabricante, em responsabilidade solidária, permite não apenas a condenação no cumprimento de obrigação vertida da legislação social de aplicação como a condenação na reparação do dano moral coletivo pelo abuso que transmuda em ausência de proteção ao cidadão, no agir irresponsável, gerando insegurança.

O dano moral coletivo não necessita de prova da dor provocada aos consumidores.

Há lesão, há nexo, quando se desvirtua a proteção veiculada no normativo de regência para o consumidor, afetando uma massa de cidadãos.

A condenação em danos morais detém efeito preventivo, educativo e reparador porque inibe a perpetuação de condutas viciadas em detrimento de cada cidadão consumidor, formador de uma sociedade capitalista, solidária e democrática E não poderia ser diferente porque as relações jurídicas caminham para uma massificação, e a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do direito como forma de prevenir e reparar os conflitos sociais (Recurso Especial 1.269.494/MG).

A cadeia de fornecimento torna responsável aos fornecedores que lhe integram perante o consumidor. Há responsabilidade solidária para a qual adotar política de minoração de sua participação na cadeia retrata ilicitude que deve ser banida.

Não se buscava a efetividade do direito do consumidor, em ver os vícios dos produtos adquiridos celeremente vencidos, mas, se retirar da cadeia de responsabilização, diminuindo o campo de defesa do cidadão. Esquecidos restaram os deveres e a função social valorada pelo sistema pátrio na proteção constitucional do direito do consumidor.

Daí que o fulminar de princípios e regras que norteiam o direito do consumidor possui o condão de firmar dano moral coletivo, o qual transborda da ilegalidade perpetrada pela empresa ré em prática desleal.

Criar regramento particular que esmaece a legitimidade de normativo de proteção de direito social afeta uma massa de cidadãos em suas relações de consumo. Parecer pelo não provimento do recurso especial da ré e pelo provimento do agravo e recurso especial do autor" (e-STJ fls. 433-434).

O agravo em recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi reautuado como recurso especial, conforme decisão de fls. 454-459 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Passa-se à análise dos recursos especiais.

Recurso especial interposto por Lojas Americanas S.A: do julgamento *extra petita*

O recurso merece prosperar.

O Ministério Público estadual ingressou em juízo narrando suposta conduta ilegal da empresa recorrente ao conceder apenas 3 (três) dias para troca de produtos defeituosos, a contar da emissão da nota fiscal, impondo ao consumidor, após tal prazo, a procura de assistência técnica credenciada junto ao fabricante do produto para que realize a análise quanto à existência do vício. Essa é a causa de pedir eleita pela parte: a oferta de prazo exíguo para troca de bem como meio de se eximir da obrigação de responder pelo vício do produto.

Ao final, **formula pedido que vai além da causa de pedir**, qual seja, que a empresa recorrente observe o teor do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de não demonstrar, em nenhum momento, que a ré descumpre o mandamento legal.

Não há no CDC norma cogente que confira ao consumidor um direito potestativo de ter o produto trocado antes do prazo legal de 30 (trinta) dias. A troca imediata do produto viciado, portanto, embora prática sempre recomendável, não é imposta ao fornecedor.

A despeito da regra, a recorrente, presumindo a boa-fé objetiva do consumidor, assume ônus que não lhe é sequer exigível por lei, permitindo a troca do produto em 3 (três) dias, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Na inicial, o Ministério Público estadual reputa ofensivo ao sistema que não haja a troca do produto em 3 (três) dias e pretende, por meio da ação civil pública, que o CDC seja cumprido. Visa, por vias indiretas, apenas ratificar a lei em abstrato, a fim de ver a regra do art. 18 do mencionado diploma confirmada. Registre-se, por óbvio, ser desnecessária uma decisão judicial para confirmar que uma lei federal está em vigor, prática, aliás, que deve ser evitada pelo *Parquet*, pois não é a finalidade da sua atuação.

Não se colhe dos autos comportamento abusivo da empresa ré, ora recorrente.

Como se afere da sentença proferida às fls. 187-195 (e-STJ), o prazo de 3 (três) dias para a troca da mercadoria é um *plus* oferecido pela empresa, um benefício concedido ao consumidor diligente, que, porém, não é obrigatório.

Ademais, "*pelas provas dos autos, em especial o depoimento pessoal o representante legal da ré e documentos de fls. 110/124, verifica-se que* ***a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC"*** (e-STJ fl. 194 – grifou-se).

O juízo sentenciante, ao julgar improcedente o pedido, esclareceu que a ré, ora recorrente, efetua a troca de seus produtos de acordo com a previsão legal:

> *"[...] Ademais, em seu depoimento, o chefe de departamento de operações da empresa ré informou que,* ***dentro do prazo de trinta dias, em caso de defeito técnico atestado de modo legítimo, quando há negativa de troca pelo fabricante, a loja efetua e que em virtude de a ré não ter como diferenciar mau uso de vício de fabricação, necessita do contato anterior com o fabricante, salvo nos casos em que a própria empresa detecta lotes anteriores com defeitos técnicos do produto*** *(fls. 133)"* (e-STJ fl. 195 – grifou-se).

A empresa recorrente, no apelo nobre, não se conforma com sua condenação em segunda instância porque, no seu entender, a obrigação de fazer imposta teria sido diversa daquela solicitada pela parte autora, o que redundaria em ferimento a **preceitos processuais relacionados ao vício de decisão *extra petita*.**

No caso concreto, **houve julgamento *extra petita***, pois o Tribunal de origem exorbitou do pedido formulado na inicial ao determinar que a empresa, a fim de sanar o eventual vício, **tivesse que enviar, de forma direta e autônoma, o produto supostamente viciado à assistência técnica**, bem como **retirar os produtos de difícil remoção da residência do consumidor ou onde se encontrasse a mercadoria, encaminhando, se necessário, técnico ao local**. Essa obrigação de fazer destoa tanto da pretensão como da lei.

Registre-se que o tema já foi tratado nesta Corte quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.411.136/RS (*DJe* 10.3.2015), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no qual se discutiu acerca da responsabilidade do comerciante quanto à sua obrigação de interceder perante a assistência técnica em favor do consumidor. A Terceira Turma, por unanimidade, concluiu que, "*disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante,* ***a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva"***.

Eis a ementa do supracitado voto:

> *"DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEVER DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. INTERMEDIAÇÃO PELO COMERCIANTE. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO DOS FORNECEDORES E EQUIPARADOS. JUROS DE MORA. TERMO A QUO. CITAÇÃO NA DEMANDA COLETIVA. PRECEDENTES.*
>
> *1. Demanda em que se discute a responsabilidade do comerciante de intermediar a relação entre consumidor e assistência técnica disponibilizada pelo fornecedor.*

2. A boa-fé objetiva, alçada à condição de princípio geral de direito, transita incessantemente em duplo sentido, exigindo a conduta leal e cooperada, na relação de consumo entre consumidores e fornecedores.

*3. **A assistência técnica é caracterizada pela especialização do serviço prestado, com finalidade de correção de vícios de produtos comercializados.***

*4. **Sua organização eficaz e eficiente concretiza a proteção do consumidor em razão de produtos viciados postos no comércio, bem como o direito de reparação do vício no prazo legal de 30 dias garantido aos fornecedores e seus equiparados.***

*5. **Disponibilizado serviço de assistência técnica, de forma eficaz, efetiva e eficiente, na mesma localidade do estabelecimento do comerciante, a intermediação do serviço apenas acarretaria delongas e acréscimo de custos, não justificando a imposição pretendida na ação coletiva.***

6. "[...] 7. Recurso especial parcialmente provido" (REsp 1.411.136/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, *DJe* 10/03/2015 – grifou-se).

Ademais, de acordo com a legislação pátria, **que deve ser aplicada à espécie**, incumbe a Lojas Americanas S.A., observados os prazos do art. 26 do CDC, cumprir o mandamento constante do artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve que **se o vício do produto não for sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias pelo fornecedor, o consumidor poderá exigir, alternativamente e ao seu arbítrio**, as seguintes opções:

a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou

c) o abatimento proporcional do preço.

Portanto, constatado o defeito, **concede-se a oportunidade de o vício ser sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias**. O acórdão, ao determinar que a empresa se valesse da assistência técnica ou assumisse o ônus de buscar a mercadoria na residência do consumidor, extrapolou do pedido formulado na inicial.

É que, como estabelecido pelo precedente desta Corte, não sendo reparado o vício **pela assistência técnica**, o consumidor poderá exigir do fornecedor, à sua escolha, as três alternativas constantes dos incisos I, II e III do § 1º do artigo 18 do CDC.

Ora, o § 1º do art. 18 do CDC impõe, como primeira opção, que **seja sanado o vício de qualidade no prazo máximo de 30 (trinta) dias**, o que, de modo geral, **é realizado por meio da assistência técnica**, motivo pelo qual houve o alegado vício de julgamento, tendo em vista constar dentre os pedidos de fl. 12 a formulação de que a ré seja condenada a **sanar o vício dentro dos prazos legais.**

A exegese do artigo é clara: constatado o defeito, concede-se primeiro a oportunidade de sanar-se o vício no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sendo certo que a assistência técnica possui melhores condições para buscar a reparação do vício. No caso dos autos, **o Tribunal local, ao impor que a empresa assumisse, de pronto, os encargos inerentes à assistência técnica, extrapolou os liames do pedido posto na inicial, da legislação de regência e ainda deixou de se alinhar a precedente específico desta Corte**.

Extrai-se ainda dos autos que "*a política de troca da ré não exclui a possibilidade de o consumidor realizar a troca, na forma do art. 18 do CDC*" (sentença fl. 194 – e-STJ).

Portanto, após buscar a assistência técnica, caso não seja solucionado o problema, o consumidor poderá exigir, à sua escolha, as alternativas constantes no dispositivo supramencionado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial de Lojas Americanas S.A. para restabelecer a sentença de fls. 187-195 (e-STJ), restando prejudicado o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

É o voto.