



---

**Terceira Turma**



---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 66.683-MG  
(2021/0174707-0)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: B N R (Menor)

Repr. por: C M da S N

Recorrente: G N R

Advogados: Luciane Wagner - MG062571

Maria Isabella Rodrigues Gonçalves - MG088214

Recorrido: Â N R

Advogados: Alessandra Corrêa Pardini - MG065651

Suellen Maria de Azevedo - MG126823

Raquel Silva Nascimento - MG193787

---

**EMENTA**

Civil. Processual Civil. Recurso ordinário constitucional em mandado de segurança. Cabimento do *writ*, pelo credor, contra decisão que concede a ordem de *habeas corpus* favorável ao devedor. Possibilidade. Inexistência de contraditório ou intervenção do credor no *habeas corpus*. Restrições cognitivas que justificam o cabimento, sob pena de vulnerabilidade processual ao credor e ofensa à paridade de armas. Acórdão que obstou a prisão do devedor que se funda apenas na percepção pessoal de suficiência dos valores depositados e na quitação parcial da dívida. Manifesta ilegalidade e teratologia. Critérios para definição do valor do pensionamento definidos em anterior ação, na qual foram consideradas as possibilidades do devedor e as necessidades do credor. Reexame dessas circunstâncias ou consideração de fatos supervenientes em *habeas corpus*. Impossibilidade. Necessidade de ação revisional ou exoneratória, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Valor devido nominalmente elevado. Irrelevância. Particularidades da hipótese. Família com elevado padrão social e econômico. Valor que se acumulou por culpa exclusiva do devedor. Modificação judicial do rito eleito pelo credor para penhora e expropriação. Impossibilidade. Preenchimento dos requisitos legais. Segurança concedida.

1- O propósito recursal é definir se é teratológico ou manifestamente ilegal o acórdão que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem ao fundamento de que os depósitos realizados no curso da execução, em razão de seu elevado valor nominal, comprometeriam a urgência e contemporaneidade dos alimentos cobrados pelo rito da prisão.

2- É cabível mandado de segurança, impetrado pelo credor de alimentos, contra o ato judicial que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor, concede a ordem para obstar o cumprimento da ordem de prisão civil decretada com fundamento nos arts. 528 ou 911, ambos do CPC/15.

3- O excepcional cabimento do *writ* contra ato judicial na hipótese se justifica porque, no *habeas corpus* impetrado pelo devedor, não há a obrigatória integração do polo passivo pelo credor, tampouco lhe é deferido, em regra, a admissão como terceiro e, mesmo nas pontuais situações em que é admitido, apenas lhe é facultado interpor recursos excepcionais após a concessão da ordem, cuja cognição é constitucionalmente limitada.

4- Impedir a impugnação da decisão que concede *habeas corpus* pela via mandamental implicaria em colocar o credor de alimentos, materialmente vulnerável na relação jurídica alimentar, também em situação de vulnerabilidade processual, o que não se coaduna com o princípio da paridade de armas.

5- Na hipótese, o acórdão que concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do devedor de alimentos e que fora impugnado pelo mandado de segurança impetrado pelas credoras está eivado de manifesta ilegalidade e teratologia, pois fundado na exclusiva percepção pessoal de que os valores depositados pelo devedor, correspondentes a menos de 30% do valor devido, seriam suficientes para suprir as necessidades das credoras dos alimentos.

6- As circunstâncias fáticas sopesadas por ocasião do arbitramento dos alimentos não são, como regra, reexamináveis em *habeas corpus*, de modo que a prova acerca da superveniente modificação das possibilidades do devedor ou das necessidades do credor devem ser produzidas, sob o crivo do amplo contraditório e da ampla defesa, em ação revisional ou exoneratória de alimentos.

7- Hipótese em que, ademais, as credoras e o devedor possuem elevado padrão social e econômico, conforme atesta a prova documental pré-constituída, e o valor da dívida se avolumou por culpa exclusiva do devedor de alimentos que, além de inadimplente, ocultou-se para não receber a citação para pagamento dos alimentos por mais de 10 meses e somente efetuou o pagamento de parte dívida após a expedição do mandado de prisão.

8- A execução dos alimentos sob o rito da prisão, desde que presentes os seus pressupostos, é de livre escolha do credor, de modo que não pode o Poder Judiciário, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas, imiscuir-se na opção por ele manifestada e converter a execução sob o rito da prisão para o rito da penhora e expropriação, sob pena de grave ofensa ao art. 528, *caput*, do CPC/15.

9- Recurso ordinário constitucional conhecido e provido, para conceder a segurança e restabelecer a decisão que havia autorizado a prisão civil do devedor de alimentos.

### 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, conhecer e dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 11.3.2022

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por G N R e B N R em face de acórdão proferido pelo TJ/MG que denegou a segurança provimento ao agravo interno por elas interposto em face da denegou a ordem requerida.

*Ato coator*: acórdão que, por maioria de votos, concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do recorrido, A N R, devedor dos alimentos às recorrentes, ao fundamento de que o depósito de três parcelas (que totalizavam R\$ 30.132,14) e o adimplemento das demais após o mês de outubro/2018 seria suficiente para a subsistência das credoras, o que retiraria a urgência e contemporaneidade dos alimentos e, conseqüentemente, vedaria a possibilidade de uso da medida coercitiva da prisão civil (fls. 24/31, e-STJ).

*Mandado de segurança*: alega-se, em síntese, que o ato coator, acórdão que concedeu a ordem de *habeas corpus* em favor do devedor de alimentos, seria manifestamente ilegal e teratológica, na medida em que vedou a aplicação da medida coercitiva da prisão civil em dívida de alimentos atual, contrariando os arts. 528, *caput*, e 911, *caput*, ambos do CPC/15 (fls. 1/16, e-STJ).

*Acórdão TJ/MG*: denegou a ordem pretendida, nos termos do acórdão de fls. 292/303 (e-STJ), que ficou assim ementado:

Ementa: Mandado de segurança. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Presidente de Órgão Colegiado. Inocorrência. Mérito. Prisão civil. Devedor de alimentos. *Habeas corpus*. Ordem de soltura. Teratologia. Abuso ou ilegalidade. Não vislumbrados. Decisão legal. Segurança denegada.

Nos termos da jurisprudência dos tribunais superiores, o presidente de órgão colegiado, na condição de representante externo do órgão, tem legitimidade passiva para responder em juízo pelas decisões do órgão colegiado.

Não cabe a concessão da ordem em mandado de segurança interposto contra decisão proferida em sede de *habeas corpus* quando não se identificam sequer indícios de teratologia, ilegalidade ou abuso de poder na decisão questionada.

*Recurso ordinário*: as recorrentes sustentam, em síntese, as mesmas teses desenvolvidas na petição inicial do mandado de segurança (fls. 487/504, e-STJ).

*Ministério Público Federal*: opina pelo desprovimento do recurso ordinário constitucional (fls. 520/525, e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: O propósito recursal é definir se é teratológico ou manifestamente ilegal o acórdão que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem ao fundamento de que os depósitos realizados no curso da execução, em razão de seu elevado valor nominal,

comprometeriam a urgência e contemporaneidade dos alimentos cobrados pelo rito da prisão.

***Impossibilidade de vedação à prisão civil como técnica coercitiva. Alegada violação aos arts. 528, caput, e 911, caput, ambos do CPC/15.***

01) Inicialmente, é importante reafirmar o cabimento de mandado de segurança, impetrado pelo credor de alimentos, contra o ato judicial que, em *habeas corpus* impetrado pelo devedor de alimentos, concede a ordem para obstar o cumprimento da ordem de prisão civil decretada com fundamento nos arts. 528 ou 911, ambos do CPC/15.

02) Com efeito, dado que o *habeas corpus* é instrumento constitucional exclusivamente voltado à *tutela da liberdade* (na hipótese, do devedor de alimentos), não há a obrigatória integração do polo passivo pelo credor dos alimentos.

03) Ademais, anote-se que tampouco é deferido ao credor dos alimentos, em regra, a sua admissão como terceiro e, mesmo nas pontuais situações em é deferido o seu ingresso, somente poderá impugnar o eventual acórdão concessivo da ordem, como terceiro prejudicado, por intermédio de recurso especial ou extraordinário, que possuem profundas limitações constitucionais de cognição.

04) Diante desse cenário, o credor de alimentos, *materialmente vulnerável* na relação jurídica alimentar, é colocado em uma indiscutível situação de *vulnerabilidade processual*, na medida em que vê o devedor impetrar ação constitucional com o propósito de se esquivar de uma medida coercitiva pleiteada pelo credor sem que lhe seja facultado exercer o adequado contraditório, naquele processo, sobre as alegações deduzidas pelo devedor.

05) Assim, em atenção ao princípio da *paridade de armas*, há de ser facultada ao credor de alimentos a *possibilidade de impetração de mandado de segurança contra a decisão que suspenda a eficácia da decretação da prisão civil do devedor de alimentos*, respeitando-se, evidentemente, os limites cognitivos próprios da ação mandamental.

06) Superado essa questão, é preciso investigar se o acórdão proferido pelo TJ/MG naquele *habeas corpus* reveste-se de teratologia ou manifesta ilegalidade. A ordem foi concedida sob os seguintes fundamentos:

Em uma nova e detida análise detalhada dos autos, tenho que a concessão da ordem de *Habeas Corpus* é medida que se impõe, pelos motivos a seguir expostos.

Inicialmente, registra-se ser inconteste que o paciente deve, a título de pensão alimentícia, o valor de R\$128.039,25 (cento e vinte e oito mil e trinta e nove reais e vinte e cinco centavos), referente aos meses de novembro/2017 a novembro/2018.

Não obstante, observa-se que o paciente efetuou o depósito de R\$30.132,14 (trinta mil, cento e trinta e dois reais e quatorze centavos), relativo às três últimas parcelas vencidas, conforme comprovante de ordem n. 05, sendo este um valor que julgo suficiente para auxiliar, em caráter de urgência, nas despesas e necessidades das menores.

Ademais, de acordo com a petição acostada à ordem n. 52, o paciente afirma que vem realizado o pagamento integral da pensão alimentícia desde o mês de outubro/2018, perfazendo o montante de R\$90.012,44 (noventa mil e doze reais e quarenta e quatro centavos).

Nesse espeque, embora seja inegável a existência da dívida pretérita, registra-se que a verba há muito perdeu seu caráter alimentar, na medida em que as exequentes pleiteiam a cobrança de valores devidos de novembro de 2017 a novembro de 2018.

Diante deste cenário, e tendo em vista que o paciente se propõe a discutir a situação em que se encontra face às necessidades das alimentandas, me parece excessivo o uso da prisão, mormente considerando a ausência de contemporaneidade da dívida reivindicada.

07) A esse entendimento se contrapôs o voto vencido:

Peço vênia ao eminente Relator para divergir de seu posicionamento.

O *habeas corpus* só se mostra possível quando alguém se vê ameaçado, em sua liberdade, e em seu direito de ir e vir, por ato arbitrário e ilegal da autoridade.

No caso, a impetrante não descreve uma situação sequer, motivadora do pedido.

Na verdade, tudo o que está descrito na inicial diz respeito a ação de execução. Se há justificativa para o não pagamento ou para a não prisão, isso é questão a ser resolvida na execução, sendo certo que qualquer decisão ali lançada é atacável por recurso, havendo previsão de possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ou de deferimento de liminares, com a mesma urgência e eficácia do *habeas corpus*.

Destaque-se, a súmula de número 60, das Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal, então competentes para feito desta natureza, a confirmar que o *habeas corpus* não constitui meio apropriado para discutir questões próprias do processo civil, ali solucionáveis, como dito, por adequados recursos.



Na verdade, a medida agora escolhida constitui imprópria tentativa de transformar o *habeas corpus* em sucedâneo de recurso.

08) Para melhor contextualizar a questão, anote-se que as credoras dos alimentos, filhas do devedor (uma delas ainda civilmente incapaz), instauraram *cumprimento de sentença* da obrigação de prestar alimentos em 16/11/2017 (fls. 33/35), cobrando diferença entre o valor devido (R\$ 11.244,00) e o valor depositado pelo devedor (R\$ 1.500,00), bem como as parcelas que se vencerem no curso da execução.

09) O devedor de alimentos apenas foi citado em 28/09/2018, mais de 10 meses após o início do cumprimento, por hora certa diante da suspeita de ocultação certificada pelo Sr. Oficial de Justiça (fl. 37, e-STJ).

10) Em decisão de fls. 38/41 (e-STJ), o D. Juízo da 9ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte *rejeitou a justificativa* apresentada pelo devedor (dificuldade financeira) e *decretou-lhe a prisão pelo período de 30 dias*.

11) Apenas 05 dias após o decreto de prisão, o devedor efetuou o imediato pagamento do valor R\$ 30.132,44 (referente às três parcelas anteriores ao decreto de prisão, não as anteriores ao início da execução), tendo o juízo mantido a prisão civil justamente por verificar que *o valor depositado não correspondia sequer a 30% do débito* (fls. 45/46, e-STJ).

12) Dessa decisão, houve a interposição de agravo de instrumento pelo devedor (fls. 47/58, e-STJ), ao qual não foi atribuído efeito suspensivo (fls. 59/60, e-STJ). No plantão judiciário – e sem fazer referência ao anterior agravo –, o devedor de alimentos impetrou *habeas corpus* (fls. 61/69, e-STJ), cuja liminar foi indeferida (fls. 70/71, e-STJ).

13) Ato contínuo, foi impetrado *habeas corpus* nesta Corte (fls. 72/83, e-STJ), autuado sob o n. HC 487.154/MG, cuja petição inicial foi *liminarmente indeferida* por decisão desta Relatora publicada no DJe de 06/02/2019 (fls. 101/104, e-STJ), sob os seguintes fundamentos:

Em primeiro lugar, destaque-se que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser incabível *habeas corpus* impetrado contra decisão denegatória de liminar proferida pelo Relator no Tribunal de origem, sem que a questão tenha sido apreciada pelo órgão colegiado, nos termos da Súmula 691/STF. Neste sentido: AgRg no Habeas Corpus n. 296.770/SP, 3ª Turma, DJe 15/08/2014 e HC n. 182.207/SP, 3ª Turma, DJe 29/06/2011.

Ainda que se pudesse superar o óbice acima mencionado, fato é que a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que é inviável a apreciação

de fatos e provas relacionadas à capacidade econômica ou financeira do devedor dos alimentos pela via do *habeas corpus*, cuja finalidade precípua é examinar a existência de flagrante ilegalidade ou teratologia na ordem de prisão do devedor. Nesse sentido: HC 403.272/RO, 3ª Turma, DJe 04/10/2017; RHC 77.614/SP, 3ª Turma, DJe 15/12/2016 e HC 363.573/SP, 3ª Turma, DJe 25/10/2016.

Além disso, a jurisprudência desta Corte também consignou que o pagamento apenas parcial das parcelas vencidas no curso da execução é insuficiente, por si só, para impedir a prisão civil do alimentante. A esse respeito: HC 405.934/SP, 3ª Turma, DJe 31/08/2017, HC 374.764/SP, 3ª Turma, DJe 18/04/2017 e RHC 77.614/SP, 3ª Turma, DJe 15/12/2016.

Especificamente no que se refere às razões de decidir adotadas na decisão de fls. 184/187 (e-STJ), é preciso destacar, de antemão, que a hipótese em exame não se relaciona com alimentos devidos a ex-cônjuge, nem tampouco o valor é devido a pessoa capaz e maior, tornando evidentemente inaplicável os paradigmas citados na decisão que concedeu provisoriamente a ordem (HC 392.521/SP, 3ª Turma, DJe 01/08/2017 e Liminar em HC 413.344/SP, 4ª Turma, DJe 05/09/2017).

Na verdade, verifica-se que as alimentadas são menores, a dívida é relativamente recente (iniciou-se em Novembro/2017), possuindo, pois, presunção de atualidade e de urgência que não foram afastadas pelas alegações deduzidas pela impetrante.

De outro lado, não se pode olvidar que a dívida atingiu valor absoluto de grande monta - R\$ 128.000,00 - em virtude, exclusivamente, dos sucessivos inadimplementos do devedor, que, a despeito de alegar modificação de sua condição econômica, não obteve tutela antecipatória em ação revisional de alimentos que afirma ter ajuizado no ano de 2015, o que sugere, em princípio, ausência de verossimilhança e de plausibilidade de suas alegações.

Finalmente, embora o valor parcialmente quitado pelo devedor - pouco mais de R\$ 30.000,00, depositado após a ordem de prisão - impressione em números absolutos, não se pode olvidar que ele não corresponde sequer a 30% da dívida, que o núcleo familiar possui um diferenciado padrão de vida (o que, aliás, explica a fixação dos alimentos em 12 salários mínimos mensais) e as credoras, em pedido de reconsideração de fls. 93/181 (e-STJ), apresentaram elementos plausíveis no sentido de que se contraiu dívida de grande valor com o estabelecimento de ensino, o que, inclusive, impediria a rematrícula de ambas para o corrente ano.

14) Some-se a isso, ademais, o fato de que a declaração de imposto de renda do devedor de alimentos (fls. 122/129, e-STJ) atesta, *ictu oculi*, que o devedor de alimentos é *empresário* e possui *patrimônio bastante considerável* (mais de R\$ 1.500.000,00 – um milhão e meio de reais).

15) Diante desse cenário, salta aos olhos a flagrante *ilegalidade e teratologia* do acórdão do TJ/MG que *concedeu a ordem de habeas corpus* em favor do devedor de alimentos, eis que fundamentado, essencialmente, na *perspectiva pessoal de que o valor depositado pelo devedor seria suficiente* para custear as necessidades das credoras.

16) Ocorre que tais circunstâncias fáticas foram evidentemente sopesadas por ocasião do arbitramento dos alimentos, de modo que eventuais modificações da capacidade contributiva do devedor ou das necessidades das credoras devem ser examinadas, em regra, sob o crivo do *amplo contraditório* e da *ampla defesa*, em ação *revisional* ou *exoneratória* de alimentos.

17) Acrescente-se que o valor nominal do pensionamento, conquanto possa ser visto, em um primeiro momento, como excessivo, não prescinde do exame das circunstâncias específicas que justificaram seu arbitramento, especialmente porque, na hipótese, trata-se de *entidade familiar de elevado padrão social e econômico*, o que, por consequência, acarreta o natural *incremento das necessidades* das credores para a manutenção de determinado padrão de vida.

18) Anote-se, ademais, que a dívida se avolumou por *culpa exclusiva* do devedor, que deixou de depositar mensalmente o valor dos alimentos que havia sido judicialmente arbitrado e se ocultou, sistematicamente, da citação na execução por longo período, somente vindo a fazê-lo, e apenas *parcialmente*, quando estava na iminência de sofrer constrição em sua liberdade de locomoção.

19) Finalmente, não se pode olvidar que a execução dos alimentos sob o rito da prisão, desde que presentes os seus pressupostos, *é de livre escolha das credoras*, de modo que não pode o Poder Judiciário, ressalvadas hipóteses excepcionabilíssimas, imiscuir-se na opção por elas manifestada e converter a execução sob o rito da prisão para o rito da penhora e expropriação, sob pena de grave ofensa ao art. 528, *caput*, do CPC/15.

20) Por qualquer ângulo que se examine a questão, pois, constata-se a *manifesta ilegalidade e teratologia do acórdão que concedeu a ordem de habeas corpus* e, conseqüentemente, do acórdão recorrido, que negou a pretendida segurança.

### **Conclusão**

21) Forte em tais razões, *conheço e dou provimento* ao recurso ordinário constitucional, para conceder a segurança e restabelecer a decisão que havia autorizado a prisão civil do devedor de alimentos.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.727.950-RJ (2017/0140552-0)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Joao Gilberto Pereira de Oliveira - Sucessão

Recorrente: Isabel Gilberto de Oliveira - Sucessor

Advogados: Marco Tayah e outro(s) - RJ011951

Jose Marco Tayah e outro(s) - RJ067177

Sara Eliana Tayah e outro(s) - RJ068274

Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307

Recorrente: Joao Marcelo Weinert de Oliveira - Sucessor

Advogado: Deborah Sztajnberg - RJ086824

Recorrente: L C F G DE O - Sucessor

Repr. por: C W F P

Advogados: Luciano Vianna Araújo - RJ080725

Leonardo Orsini de Castro Amarante e outro(s) - RJ055328

Jacqueline Tardelli Moser - RJ185862

Recorrente: EMI Records Brasil Ltda

Advogados: Raphael Queiroz de Moraes Miranda - RJ095822

Antônio Pedro Raposo - RJ156565

Victor Willcox de Souza Rancano Rosa e outro(s) - RJ167658

Recorrido: EMI Records Brasil Ltda

Advogados: Raphael Queiroz de Moraes Miranda - RJ095822

Antônio Pedro Raposo - RJ156565

Victor Willcox de Souza Rancano Rosa - RJ167658

Recorrido: Joao Gilberto Pereira de Oliveira - Sucessão

Recorrido: Isabel Gilberto de Oliveira - Sucessor

Advogados: Marco Tayah e outro(s) - RJ011951

Jose Marco Tayah e outro(s) - RJ067177

Sara Eliana Tayah e outro(s) - RJ068274

Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307

Recorrido: Joao Marcelo Weinert de Oliveira - Sucessor

Advogado: Deborah Sztajnberg - RJ086824

Recorrido: L C F G DE O - Sucessor

Repr. por: C W F P

Advogados: Leonardo Orsini de Castro Amarante - RJ055328

Jacqueline Tardelli Moser - RJ185862

Interes.: Silvia Regina Dain Gandelman - Inventariante

Advogados: Marco Tayah - RJ011951

Jose Marco Tayah - RJ067177

Luciano Vianna Araújo e outro(s) - RJ080725

Susana Paola Barbagelata Kleber - RJ081132

Deborah Sztajnberg - RJ086824

Leonardo Orsini de Castro Amarante - RJ055328

Rafael Barud Casqueira Pimenta - RJ142307

Flávia Leticia Henriques Paranhos Garcia - RJ197248

---

#### EMENTA

Direito Civil, Processual Civil e Autoral. Ação de resolução de contrato e de obtenção de *masters* originais. Irresignação submetida ao NCPC. Recurso especial da EMI. Alegação de que estaria prescrita a pretensão do autor de obter os *masters* de suas canções originais. Causa de pedir relacionada aos direitos morais do autor. Imprescritibilidade da pretensão deduzida em juízo. Recurso especial de João Gilberto. Possibilidade de produção e comercialização de LP's contendo a obra original do artista. Alegação de ofensa a coisa julgada não caracterizada. Direitos morais do autor que não lhe conferem, necessariamente, a propriedade dos *masters* em que materializada sua obra musical. Recursos especiais não providos.

1. As disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016.

2. Discute-se, na hipótese, a possibilidade de o autor da obra musical obter da gravadora os *masters* originais de suas canções.

3. Referida pretensão, porque baseada não em considerações econômicas, mas nos próprios direitos de personalidade do autor, deve ser considerada imprescritível.

4. A Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp 1.098.626/RJ, sob a relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, reconheceu que a EMI violou os direitos morais do autor, *João Gilberto*, ao modificar os fonogramas primitivos para comercialização das canções em *Compact Disks* (CD's). Justamente por isso, condenou aquela gravadora a pagar indenização por danos morais e materiais, proibindo-a, também, de produzir e comercializar a obra indevidamente alterada.

5. O acórdão transitado em julgado não restringiu, todavia, a produção e comercialização de novos Long Plays (LP's) contendo as versões originais da obra musical.

6. O *master*, como muitas vezes, por metonímia, é designado o resultado final do processo de criação da matriz a ser copiada em vinil, CD ou fita magnética, constitui um fonograma nos termos do art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98: *considera-se fonograma – toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual.*

7. Isso é fundamental, porque o direito autoral distingue de forma muito clara o *corpus mysticum*, que é a criação autoral propriamente dita, isto é, a obra imaterial fruto do espírito criativo humano; e o *corpus mechanicum*, que é, simplesmente, o meio físico no qual ela se encontra materializada.

8. Assim, malgrado a distinção técnico-qualitativa existente entre a matriz e as cópias que dela podem ser extraídas, constituem ambas, em última análise, bens corpóreos (*corpus mechanicum*) e, nessa condição, podem ser alienadas.

9. Não se vislumbra, por isso, nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que conferiu a propriedade dos *masters* à gravadora.

10. O direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantiar o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão caras a qualquer nação. Triste a cultura mundial se não pudesse desfrutar das obras de Mozart, Bach, Beethoven ou Villa-Lobos, gênios notórios cuja qualificação também se estende ao nome de João Gilberto.

11. A alegação de que o contrato teria sido interpretado ampliativamente de modo a prejudicar os direitos do autor esbarra na Súmula n. 5 do STJ.

12. O pedido de resolução do contrato com base do inadimplemento e subsequente devolução dos *masters* veio amparado exclusivamente em dissídio jurisprudencial que, todavia, não pode ser conhecido por ausência de similitude fática.

13. Recurso especial da EMI não provido. Recurso especial de *Espólio de João Gilberto* parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 17.3.2022

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Em 1997, *João Gilberto Pereira de Oliveira*, falecido no curso do feito (*João Gilberto*) ajuizou ação contra *EMI-Music Brasil Ltda (EMI)*, que resultou no REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, no qual se reconheceu o seu direito a indenização por danos materiais e morais decorrentes da remasterização não autorizada de suas músicas em *Compact Disks (CD's)*.

Na fase de cumprimento de sentença, questionou-se se o acórdão proferido no mencionado recurso especial teria também vedado a produção e comércio da obra musical de *João Gilberto* pela EMI. Essa indagação foi respondida afirmativamente no julgamento do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Em 2013, *João Gilberto* ajuizou nova ação contra a EMI, pretendendo, desta feita, a extinção dos contratos celebrados entre as partes em razão do

descumprimento contratual e, bem assim, a devolução das fitas *masters* dos Long Plays (LP's) “Chega de Saudade”, “O Amor, o Sorriso e a Flor”, “João Gilberto” e do compacto vinil “João Gilberto cantando as músicas do filme Orfeu do Carnaval”. Subsidiariamente, ele pleiteou acesso irrestrito e por tempo indeterminado às matrizes de seu repertório original (e-STJ, fls. 2/26).

O juiz de primeira instância julgou improcedentes os pedidos, sob o entendimento de que os *masters* teriam sido contratualmente adquiridos pela EMI, não havendo obstáculo jurídico à reprodução e exploração econômica daqueles fonogramas originais. Ao final, condenou *João Gilberto* ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa (e-STJ, fls. 708/713 e 761/762).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso de apelação de *João Gilberto*, apenas para franquear-lhe acesso aos *masters*. De acordo com a Corte fluminense, os contratos celebrados entre as partes na década de 70 ainda estariam em vigor e produzindo efeitos, de modo que a EMI poderia continuar produzindo e comercializando a obra do artista em formato vinil, estando vedada, apenas, a remasterização das canções e também a comercialização das gravações originais em mídias diversas daquelas existentes à época dos contratos. Acrescentou que, além disso, os *masters* possuíam valor intrínseco que justificariam, de qualquer forma, o interesse da EMI em manter-se na sua posse. Não houve alteração na distribuição dos ônus sucumbenciais.

Referido acórdão, da relatoria do ilustre Des. *André Andrade*, ficou assim ementado:

*Apelação cível. Direito Autoral. Contratos, assinados há mais de cinquenta anos, denominados de locação de serviços, assinados entre músico e gravadora, para distribuição e comercialização de gravações em disco de vinil. Músico que pretende ter reconhecido o direito de propriedade sobre as fitas masters das gravações. Pedido sucessivo de amplo acesso às fitas masters de suas gravações. Alegação da gravadora ré de que é dona dos masters. Contratos que não extinguiram seus efeitos. Propriedade das fitas masters que remanesce com a gravadora. Impossibilidade, no entanto, de a gravadora alterar as gravações ou explorá-las em mídias mais modernas sem a concordância do músico. Direito conexo do autor-intérprete de acesso às fitas masters. Provimento parcial da apelação (e-STJ, fl. 890).*

Os embargos de declaração opostos por *João Gilberto* foram rejeitados e aqueles manifestados por EMI, acolhidos sem efeitos modificativos, apenas para rejeitar as preliminares de prescrição e de inexistência da lide.



O acórdão ficou assim ementado:

*Embargos de declaração. Primeiros embargos: alegação de omissões no acórdão embargado. Preliminares de prescrição e de ausência de lide. Suprimento das omissões. Rejeição das preliminares. Segundos embargos: alegação de premissa equivocada e de omissões do acórdão. Inexistência dos alegados vícios. Provimento dos primeiros embargos de declaração e desprovimento dos segundos (e-STJ, fl. 1.094)*

Irresignado, *João Gilberto* interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando ofensa aos arts. (1) 467, 468, 471 e 472 do CPC/73 (502, 503, 505 e 506 do NCPC), porque desrespeitada a coisa julgada fixada nos REsp's n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, e 1.472.020/RJ, de minha relatoria, segundo a qual estaria proibida a reprodução e a comercialização da obra musical pela EMI em qualquer mídia; (2) 4º, 22, 24, incisos IV e V, e 49 da Lei n. 9.610/98, nos termos dos quais teria ele direito não apenas a dimensão imaterial de sua obra, mas também ao suporte físico no qual ela está fixada, no caso, os *masters*; e (3) 4º e 49 da Lei n. 9.610/98, além de dissídio jurisprudencial, porque impossível conferir interpretação extensiva aos contratos entabulados, em seu prejuízo, para enquadrar referidas avenças como uma compra e venda de fitas *masters*.

A EMI, a seu turno, interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando que a pretensão autoral de obtenção/restituição dos fonogramas originais deveria ter sido declarada prescrita, nos termos do art. 178, § 9º, V, do CC/16.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 1.178/1.195 e 1.199/1.217), os recursos foram ambos barrados no juízo de admissibilidade realizado pela origem (e-STJ, fls. 1.228/1.232), mas em seguida, tiveram seguimento por decisão monocrática de minha lavra que deu provimento aos agravos então manejados (e-STJ, fls. 1.388/1.390).

Após o falecimento de *João Gilberto*, deu-se a sua substituição processual pelo respectivo espólio (*Espólio de João Gilberto*).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator):

### *Do recurso especial de EMI*

Pela ordem de prejudicialidade, examina-se, em primeiro lugar, o recurso especial da EMI, advertindo-se que têm aplicação as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos inconformismos, ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

De acordo com as razões deste recurso especial, muito embora a declaração de nulidade do contrato firmado com *João Gilberto* não esteja, por sua própria natureza, sujeita a prazo prescricional, a discussão relativa aos efeitos patrimoniais do negócio jurídico cuja nulidade se requer estaria, sim, submetida a prescrição. Dessa forma, não seria mais possível pleitear a obtenção/restituição dos *masters* originais, porque essa seria uma decorrência patrimonial do pedido de declaração de nulidade do negócio.

Segundo afirmado, o contrato de prestação de serviços encerrou-se em 1964, de modo que a pretensão de discutir os efeitos econômicos dessa avença, como a propriedade dos *masters*, por exemplo, prescreveu em 1968. Tudo isso na forma do art. 178, § 9º, V, do CC/16.

O TJRJ, ao tratar do tema, manifestou-se nos seguintes termos:

Rejeita-se a preliminar de prescrição. A pretensão formulada pelo autor, diferentemente do sustentado pela apelada em suas contrarrazões, não é de anulação do negócio jurídico em decorrência de lesão. O que pretende o autor, ora apelante, entre outras coisas, é a declaração de extinção dos contratos celebrados. Inaplicáveis, portanto, os artigos 178, § 9º, V, do Código Civil de 1916 e 178, II, do Código Civil atual (e-STJ, fls. 898/899).

e

Não procede o argumento da ora embargante de que teria havido a prescrição em relação à pretensão de entrega definitiva das fitas, isso porque, diferentemente do que sustenta, a entrega das referidas fitas não constituiria, nos termos em que formulada a pretensão, um efeito material ou patrimonial decorrente da extinção dos contratos celebrados, mas um direito moral ou personalíssimo do autor. De todo modo, considerou-se que o contrato celebrado entre as partes ainda produz

efeitos, de modo que de prescrição não se poderia falar, porque não teria sequer iniciado o prazo de alegada prescrição. Por essas razões, deve ser rejeitada a preliminar de prescrição (e-STJ, fls. 1.096/1.097).

A EMI tem razão quando afirma ser necessário distinguir a prescrição da pretensão declaratória daquela afeta as pretensões correlatas.

Segundo lição já clássica de AGNELO AMORIM FILHO, a ação que visa obter um provimento judicial declaratório não está submetida a prescrição (Critério Científico para distinguir prescrição da decadência *in*: Doutrinas Essenciais de Direito Civil - Parte Geral. Coord. GILMAR FERREIRA MENDES. vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

O mesmo não sucede, porém, com a pretensão de obter situações jurídicas decorrentes da tutela declaratória, isso é, de obter efeitos patrimoniais ou econômicos da declaração de nulidade.

PABLO STOLZE GALIANO, por exemplo, após assinalar que os vícios de nulidade absoluta podem assim ser reconhecidos e declarados a qualquer tempo, na forma do art. 169 do CC/02, sem a incidência de prazos decadenciais ou prescricionais, ressalta que os efeitos patrimoniais decorrentes dessa declaração de invalidade estão, sim, sujeitos a prescrição.

Confira-se:

Ora, na hipótese sob análise [do art. 549 do CC/02], o legislador expressamente previu ser nula a doação inoficiosa, e não simplesmente anulável, como o fez no art. 550.

[...]

Tais argumentos já seriam suficientes, a nosso ver, para chegarmos à conclusão de que a doação inoficiosa, por traduzir afronta a normas de ordem pública (do sistema de preservação da legítima), e segundo as normas legais do próprio Código Civil, é nula de pleno direito.

Mas a esse argumento pode-se contrapor outro: por ser imprescritível a arguição da nulidade absoluta, isso não geraria insegurança jurídica, ante a possibilidade de se poder atacar o ato a qualquer tempo?

De fato, o art. 169 do Código Civil dispõe que o ato nulo não convalesce pelo decurso do tempo.

Mas os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração de invalidade, sim.

A declaração de nulidade absoluta da doação inoficiosa, a teor desse mencionado dispositivo de lei não se submete a prazo algum, embora o pedido dirigido à reivindicação da coisa (pretensão de natureza real) ou ao pagamento

das perdas e danos (pretensão de natureza pessoal) formulado pelo herdeiro prejudicado, submeta-se ao prazo prescricional geral (para pretensões pessoais ou reais) de dez anos, na forma do art. 205 do Código Civil. (*Contrato de Doação*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2021. pp. 83/84 - sem destaque no original).

ORLANDO GOMES, da mesma forma, ao lecionar sobre o sistema de invalidades do CC/16, também ressaltava a distinção assinalada:

A teoria clássica das nulidades assenta o princípio geral de que o ato nulo não produz qualquer efeito: “quod nullum est, nullum proculit effectum”. A nulidade de pleno direito privaria o ato de toda eficácia.

Deste princípio deduzem-se as consequências seguintes:

[...]

Por fim é perpétua, no sentido de que, em princípio, se não extingue por efeito da prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. Se nenhum efeito produz desde o nascimento, nenhum produzirá para todo o sempre. A qualquer tempo é alegável. *Contudo, a perpetuidade da ação não prejudica as situações jurídicas que se modificaram por efeitos da usucapião ou da prescrição dos direitos que poderiam ser exercidos* (*Introdução do Direito Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp. 474/475).

No mesmo sentido, a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

(...) se é certo que a nulidade, em si, não pode se sujeitar aos efeitos da prescrição, das situações jurídicas em que o negócio jurídico inválido cria podem perfeitamente decorrer pretensões que não de sofrer os efeitos naturais da prescrição (exemplo: restituição de bens ou preço, indenização de prejuízos, etc., as quais terão de submeterse aos efeitos da prescrição) (*Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. III, Tomo I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 527)

No voto-vista que proferi por ocasião do julgamento do REsp n. 1.933.685/SP, destaquei que a pretensão de obter a declaração de nulidade absoluta da chamada doação inoficiosa, não estaria sujeita a prazo decadencial ou prescricional. Acrescentei que o efeito patrimonial desse negócio nulo, qual seja, o restabelecimento da propriedade do bem ao monte para ser regularmente partilhado, estaria, todavia, sujeito a prescrição. Dessa forma, o donatário do bem recebido indevidamente estaria habilitado a permanecer com ele, independentemente da nulidade da doação, caso verificada hipótese de usucapião (prescrição aquisitiva).

Essa distinção entre a (im)prescritibilidade das ações declaratórias e a das demais pretensões correlatas fica igualmente evidente nos seguintes julgados:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Prescrição. Ajuizamento de ação revisional. Não interrupção da prescrição. Prescrição reconhecida. Agravo interno não provido.

1. A propositura de ação revisional pelo devedor não impede que o credor busque a satisfação do seu crédito, não havendo, portanto, interrupção do prazo prescricional.

2. Ademais, não havendo na lei regra limitando o tempo para a decadência do direito de promover a resolução do negócio, a ação pode ser proposta enquanto não prescrita a pretensão de crédito que decorre do contrato.

3. Agravo interno não provido. (AglInt nos EDcl no AREsp 1.536.576/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/2/2020 - sem destaque no original)

Recurso especial. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos. Ausência de prequestionamento. Súm. 282/STF. Fundamento não impugnado. Súm. 283/STF. Contrato de compra e venda de imóveis. Inadimplemento. Ação monitória julgada procedente. Trânsito em julgado. Prescrição da pretensão executória. Ausência do elemento objetivo que sustenta o pedido de resolução do contrato. Improcedência do pedido. Julgamento: CPC/73.

1. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e indenização por perdas e danos ajuizada em 16/05/2014, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 19/06/2015 e atribuído ao gabinete em 02/09/2016.

2. O propósito recursal é dizer sobre a prescrição da pretensão deduzida pelo recorrido, bem como sobre a aquisição da propriedade pela usucapião dos bens imóveis objeto desta ação resolutória de contrato.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial (Súm. 282/STF).

4. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial (Súm. 283/STF).

5. Diferentemente do que constava no art. 1.092 do CC/16, o art. 475 do CC/02, expressamente, faculta ao credor, diante do inadimplemento do devedor, escolher entre exigir o cumprimento da prestação ou exigir a resolução do contrato, cabendo, em qualquer das hipóteses, a respectiva indenização.

6. Em regra, admite-se a cumulação dos pedidos de cumprimento da prestação e resolução do contrato, mas, escolhida a via do cumprimento, não se dá recurso à via da resolução depois de transitada em julgado a sentença de procedência exarada na primeira ação (*electa una via non datur recursus ad alterum*).

7. Embora não haja regra legal que estabeleça prazo para o seu exercício, o direito à resolução do contrato não é absolutamente ilimitado no tempo, na medida em que o contrato, enquanto fonte de obrigações que vincula as partes, é instrumento de caráter transitório, pois nasce com a finalidade de se extinguir, preferencialmente com o adimplemento das prestações que encerra.

8. Se o pedido de resolução se funda no inadimplemento de determinada parcela, a prescrição da pretensão de exigir o respectivo pagamento prejudica, em consequência, o direito de exigir a extinção do contrato com base na mesma causa, ante a ausência do elemento objetivo que dá suporte fático ao pleito.

9. Hipótese em que, ao ajuizar a ação monitória, o recorrido demonstrou, claramente, seu interesse na preservação da avença, de tal modo que, uma vez transitada em julgado a sentença de procedência, cabia-lhe apenas executar o título judicial para resolver a crise de inadimplemento. Ao deixar transcorrer o prazo prescricional da pretensão executória voltada ao adimplemento do contrato e, depois, propor esta ação resolutória, o recorrido demonstra um comportamento contraditório, justificado, na hipótese, pela nítida tentativa de se esquivar dos efeitos de sua inércia e, assim, se beneficiar da própria torpeza, o que configura o exercício abusivo de sua posição jurídica em relação ao recorrente.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1.728.372/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/3/2019).

Nada obstante, parece inadequado sustentar, no caso dos autos, que a pretensão de *João Gilberto* de obter a posse (ou a propriedade) dos *masters* nos quais materializada sua obra intelectual corresponda a um efeito patrimonial da declaração de nulidade do contrato firmado com EMI, para efeito de aplicação da prescrição prevista no art. 178, § 9º, V, do CC/16.

A partir da própria leitura da petição inicial, é possível verificar que os *masters* não são reivindicados com objetivo econômico ou comercial, mas sim para assegurar a realização de um direito moral do autor. Com efeito, *João Gilberto* alegou que a posse dos fonogramas se impunha como consectário necessário do seu direito de personalidade pois deveria obtê-los pela condição de autor das obras musicais e também como forma de garantir a identidade e a integralidade da sua criação imaterial.

Os direitos do autor dividem-se, tradicionalmente, em dois grandes eixos: os direitos morais do autor e os direitos patrimoniais do autor.

Os primeiros têm a sua origem numa tradição do Direito francês, que encara as criações intelectuais como personificação do espírito do respectivo criador e estão ligados, essencialmente, à integridade criativa e à paternidade da obra. Como reflexo dessa dimensão do direito autoral, pode-se citar a

possibilidade que o autor tem de reivindicar a autoria da obra, de impedir sua alteração indevida por terceiros e ainda de combater a contrafação.

Os direitos patrimoniais do autor, por outro lado, estão ligados à exploração econômica da criatividade do autor.

PONTES DE MIRANDA já reconhecia essa feição dúplice dos direitos do autor:

A obra científica, artística ou literária dá ensejo a diferentes direitos, o primeiro dos quais é o direito autoral de personalidade [...] que precede, gnoseológica e logicamente, às relações jurídicas em que o objeto é bem patrimonial ou tem valor patrimonial. **O direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial são inconfundíveis.** (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 65/66 - sem destaque no original).

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, da mesma forma, lecionam:

(...) bipartem-se, pois, os direitos autorais em dois diferentes feixes, que estão, necessariamente, interligados, formando um todo, uno e indivisível: os direitos morais do autor (de essência personalíssima) e os direitos patrimoniais do autor (de índole material, produzindo efeitos na esfera dos direitos reais, por conta da caracterização de um modelo específico de propriedade) (Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139)

Referida dicotomia, estava já incorporada na Lei n. 5.988/73 (arts. 25 a 28 e 29 a 48), foi repetida pela Lei n. 9.610/98 (arts. 24 a 27 e 28 a 45), conforme se pode observar:

## Capítulo II

### Dos Direitos Morais do Autor

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

(...)

### Capítulo III

#### Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

Fixada essa premissa, de que existem direitos morais do autor e também direitos patrimoniais do autor, cumpre assinalar que eles se submetem a regimes jurídicos distintos. Os primeiros, ao contrário dos segundos, estão intimamente ligados aos direitos de personalidade e, por isso, são considerados



inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Os segundos não gozam dessa mesma prerrogativa.

A Lei n. 9.610/98, em seu art. 27, dispõe, a propósito, que *os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis*.

Conquanto a norma não assinala expressamente a imprescritibilidade dos direitos, existe um consenso generalizado em torno dessa questão.

CARLOS ALBERTO BITTAR, a propósito, destacava que os direitos morais do autor como *os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade* (Direito de autor. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 47).

ALVARO VILLAÇA AZEVEDO e GUSTAVO RENE NICOLAU, no mesmo sentido, lecionam:

Diversas características podem ser extraídas dos direitos da personalidade. É inegável, por exemplo, que são direitos extrapatrimoniais, tipicamente pessoais, porque não visam a uma utilidade de ordem econômica ou financeira. São, ainda, originários ou inatos, porque se adquirem, naturalmente, sem o concurso de formalidades externas; são direitos absolutos ou de exclusão, visto que são oponíveis 'erga omnes'.

Todavia, há outras características que devem ser analisadas com parcimônia, sob pena de – não o fazendo – ocasionar confusões e distorções jurídicas. [...]

O direito do autor e o direito à voz [...] são passíveis de reflexos (inclusive patrimoniais) que podem ser livremente negociados, transmitidos 'causa mortis' e cedidos gratuita ou onerosamente 'inter vivos'.

Não por acaso a avançada lei de direitos autorais (Lei n. 9.610/98) distingue claramente os direitos morais (art. 24) e patrimoniais do autor (art. 28), enquanto que o art. 49 assegura a possibilidade de transferência total ou patrimonial destes últimos.

Seriam, ainda, direitos imprescritíveis, porque podem ser exercidos a qualquer tempo (Código Civil Comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 48/49).

PONTES DE MIRANDA, ao comentar o CC/16, revogado, ponderou:

Diz o art. 178, § 10, VII, que prescreve em cinco anos "a ação civil por ofensa aos direitos de autor, contado o prazo da data da contrafação". O art. 178, § 10, VII, somente concerne às pretensões resultantes de ofensas ao direito autoral de exploração [patrimoniais, portanto]. As pretensões oriundas do direito de personalidade são imprescritíveis.

Aí está um dos pontos em que é de toda a relevância distinguirem-se as ofensas ao direito absoluto de personalidade e as ofensas ao direito absoluto de propriedade, ainda 'lato sensu'. O direito autoral de exploração é direito de propriedade intelectual. A ofensa a ele é ofensa ao direito real, que tem o titular, com todas as consequências (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 317).

A Terceira Turma desta Corte Superior também já se pronunciou a respeito da imprescritibilidade dos direitos morais do autor em razão de sua íntima relação com os direitos de personalidade.

Confira-se:

Recurso especial. Direito da Propriedade Intelectual. Direitos Autorais. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Direitos morais do autor. Alegada violação do direito de modificar a obra e de assegurar a sua integridade. Modificação que teria ocorrido na passagem não autorizada para CD dos retratos do músico Noca da Portela, que figuravam na capa e na contracapa do LP "Mãos Dadas". Imprescritibilidade dos direitos morais em si. Pretensão de compensação dos danos oriundos de sua infração. Reparação civil. Sujeição ao prazo de prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC.

1. Controvérsia em torno da ocorrência de prescrição do direito de exigir a compensação pelos danos morais oriundos de infração de direito moral de autor, bem como acerca da necessidade de comprovação desses danos.

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem, no julgamento dos embargos de declaração, reafirma seu entendimento, afastando a existência de qualquer contradição.

3. *Os direitos morais do autor são, como todo direito de personalidade, imprescritíveis, e, portanto, não se extinguem pelo não uso e pelo decurso do tempo.*

4. O autor pode, a qualquer momento, pretender a execução específica das obrigações de fazer e não fazer oponíveis "erga omnes", decorrentes dos direitos morais elencados no art. 24 da Lei n. 9.610/98.

5. Todavia, a pretensão de compensação pelos danos morais, ainda que oriundos de infração de direito moral do autor, configura reparação civil e, como tal, está sujeita ao prazo de prescrição de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC.

6. Caso concreto em que o autor pretende a reparação dos danos causados pela violação dos seus direitos morais de modificar e de assegurar a integridade de sua obra (art. 24, IV e V, da Lei n. 9.610/98).

7. Retratos do músico Noca da Portela, originalmente feitos para ilustrar a capa e a contracapa do LP “Mãos Dadas”, que, quando da conversão não autorizada em CD, teriam sofrido modificações não pretendidas pelo autor.

8. Tendo a modificação não autorizada ocorrido em 2004, encontra-se prescrita a pretensão de compensação dos danos morais por ter sido a demanda ajuizada apenas em 2011.

9. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.862.910/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 9/2/2021 - sem destaque no original)

A partir de todas essas reflexões, é preciso concluir que a pretensão veiculada por *João Gilberto*, de reaver os *masters* originais, porque baseada não em considerações econômicas, mas nos próprios direitos de personalidade, encontra uma sintonia indiscutível com seu direito moral de autor, revelando-se, incabível, assim, falar em prescrição na hipótese dos autos.

Nessas condições, *nego provimento* ao recurso especial de EMI.

#### ***Do recurso de João Gilberto***

Nas razões de sua irrisignação, *João Gilberto* alegou dissídio jurisprudencial e ofensa aos arts. (1) 467, 468, 471 e 472 do CPC/73 (502, 503, 505 e 506 do NCPC), porque desrespeitada a coisa julgada material estabelecida nos REsps n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ que proibiu a reprodução e comercialização de sua obra musical pela EMI em qualquer mídia; (2) 4º, 22, 24, incisos IV e V, e 49 da Lei n. 9.610/98, porque teria direito não apenas à dimensão imaterial de sua criação musical, mas também ao suporte físico no qual ela está fixada, e (3) 4º e 49 da Lei n. 9.610/98, porque impossível conferir interpretação extensiva ao contrato entabulado para enquadrar referida avença como uma compra e venda de fitas *masters*.

#### ***(1) Coisa julgada***

O TJRJ, no julgamento da apelação, entendeu que muito embora a EMI devesse franquear o acesso de *João Gilberto* aos fonogramas originais de suas canções, confeccionados ainda na década de 1960, não estava obrigada a entregá-los em caráter definitivo. Isso porque, o contrato firmado ainda estava em vigor e aquela gravadora podia reproduzir e comercializar as canções na mídia então prevista pelas partes, ou seja, em LP's.

Confira-se:

*A apelada estaria, sim, impedida de remasterizar e comercializar as gravações originais em mídias diversas da existente à época dos contratos. Isso a despeito do que dispõe a cláusula 6ª do contrato, que não tem o alcance que a apelada forçadamente pretende lhe emprestar. Não poderia, pois, lançar CD's ou comercializar as gravações em mídia digital, tecnologia não existente à época das avenças e que, portanto, nem mesmo poderia ter sido objeto de previsão. É o que, ainda que *obter dictum*, entendeu o STJ no julgamento do REsp 1.098.626:*

Atente-se a que, sendo os instrumentos contratuais escritos muito antigos, celebrados com a *Fábrica Odeon*, antecessora da ré *EMI Music*, (décadas de 1950 e 1960 – fls. 53/56), nem mesmo havia tecnicamente como imaginar o processo de compactação de gravações de CDs, por intermédio de “remasterização”, de forma que absolutamente ausente cláusula contratual sobre a matéria, de forma que não se está, positivamente, no campo da interpretação de cláusulas contratuais de contrato celebrado quando as partes contratantes nem mesmo imaginavam, tecnicamente, o então inexistente objeto de contrato - isto é, o CD - compact disc e o trabalho remasterizado.

Observe-se que não se quer, aqui, entrar na discussão acerca do alcance jurídico do julgado do STJ, que tinha por objeto especificamente a remasterização e compilação das gravações originais em um CD intitulado “O Mito”. Apenas se faz referência a uma argumentação ou constatação lógica feita por aquele julgado quanto ao alcance dos contratos celebrados entre as partes.

Aqueles contratos não previram a reprodução das gravações em CD ou mídia digital, por se tratar de tecnologia não existente na época. Tal interpretação está em consonância com o que veio a dispor o art. 49, V, da Lei n. 9.610/98: “a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato”. Não se quer aplicar retroativamente o referido dispositivo legal aos contratos em tela, mas apenas indicar que a legislação específica que se seguiu adotou entendimento que se escora em um princípio de lógica jurídica, porque respeita a vontade dos contratantes – que não poderiam pactuar sobre uma tecnologia então inexistente.

Contudo, do entendimento de que os contratos celebrados entre as partes não se aplicam as novas mídias criadas não se segue a conclusão de que os referidos contratos tenham se exaurido ou perdido eficácia.

Como observado pela apelada, a despeito do avanço tecnológico, que propiciou as gravações e reproduções em mídias digitais, ainda existe um mercado para as mídias analógicas. As gravações e reproduções em vinil ou LP's ainda existem, e, segundo alguns indicadores configuraria um mercado emergente, que até estaria crescendo.

*Seja como for, interessante ou não para a apelada do ponto de vista mercadológico a exploração atual das gravações em mídia analógica ou vinil, deve-se reconhecer que, do ponto de vista jurídico, essa possibilidade de exploração ainda existe, o que é suficiente para que se conclua que os contratos celebrados entre as partes não se exauriram e, por conseguinte, se encontram em vigor (e-STJ, fls. 901/903 - sem destaque no original).*

Nos embargos de declaração que se seguiram, *João Gilberto* afirmou que o acórdão recorrido, ao admitir a exploração das gravações em vinil, partiu de premissa equivocada ao entender que não haveria coisa julgada, decorrente dos REsp's n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ, interditando a comercialização de sua obra em qualquer mídia, sem o devido consentimento.

O TJRJ rejeitou os embargos, afirmando que não haveria ofensa a coisa julgada nos seguintes termos:

As decisões do STJ invocadas pelo ora embargante não constituem fundamento válido para o manejo dos presentes embargos de declaração. Em primeiro lugar, por não constituírem decisões dotadas de efeito vinculante. Além disso, não se verifica a alegada equivocidade da premissa de que partiu o acórdão embargado. Com efeito, não se demonstrou a alegada violação à coisa julgada (e-STJ, fls. 1.097/1.098).

A mesma alegação de ofensa a coisa julgada foi novamente apresentada em sede de recurso especial. Segundo afirmado, esta Corte Superior, no julgamento dos recursos especiais mencionados anteriormente, vedou de forma categórica a circulação e a comercialização da sua obra em qualquer mídia, inclusive em vinil, sem o devido consentimento.

Vejamos:

Na ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer que resultou no REsp 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, o autor, *João Gilberto*, alegou que sua obra havia sido deturpada no processo de *remasterização* levado a efeito para conversão das canções originariamente fixadas em *Long Plays* (LP's), para *Compact Disks* (CD's).

Nessa medida, requereu que a EMI fosse proibida de continuar produzindo e comercializado a obra adulterada indicando, de forma expressa, o CD remasterizado. Anote-se:

Em face do exposto, pede o Autor: I) sejam as Rés condenadas solidariamente a se absterem, em definitivo, de produzir e comercializar CD's contendo as

gravações da obra de João Gilberto, no Brasil e no exterior, retirando do mercado todos os exemplares já produzidos, sob pena de pagamento, a partir da citação na medida cautelar (ou de outro termo que V. Exa. fixar), da multa diária de R\$ 10.000,00 (a ser corrigida, na forma da lei), sem prejuízo de novas buscas e apreensões e das sanções penais a serem impostas em procedimento próprio. (Doc. 08; fls. 38 dos autos; grifamos) (e-STJ, fl. 4 - REsp 1.472.020/RJ)

Da mesma forma, nas razões do recurso especial, alegou:

É incontroverso que a obra em assunto foi alterada. Sabe-se, ainda, quem é o responsável pelas alterações indesejadas. O autor das obras pugna, judicialmente, pela imediata abstenção da propagação de sua obra indevidamente alterada e ao mesmo tempo pede que lhe seja conferida indenização tanto pelo uso indevido de sua obra quanto pelo dissabor de ver suas músicas banalizadas em um único compacto feito à sua revelia. Assim, subsumindo-se o fato à norma, temos uma óbvia afronta à legislação federal que trata dos direitos autorais, em especial o artigo 24, IV, da Lei n. 9.610/98 (e-STJ, fls. 5 e 6 - REsp 1.472.020/RJ).

O acórdão do REsp n. 1.098.626/RJ em seu relatório, destacou ter sido requerida a imediata abstenção da propagação da obra indevidamente alterada, acenando, assim, que não houve pedido de proibir a comercialização das canções em suas versões originais.

Referido acórdão reconheceu que a EMI violou os direitos morais do autor *João Gilberto* ao modificar os fonogramas primitivos para comercialização das canções em CD's e, justamente por isso, condenou-a a pagar indenização por danos morais e materiais, proibindo-a, ainda, de produzir e comercializar a obra deturpada pelo processo de remasterização.

Malgrado o reconhecimento desse ato ilícito, não houve restrição à comercialização das canções tal como fixadas nos *masters* e reproduzidas nos LP's vendidos originariamente, até mesmo porque, com relação a esse ponto, não haveria nenhuma ilicitude.

Com efeito, a parte dispositiva do acórdão proibiu apenas a confecção de novos CD's contendo a obra remasterizada sem autorização de *João Gilberto*, ou seja, proibiu somente que, sem o seu consentimento, fosse produzida e explorada a obra alterada pelo processo de remasterização.

Nesse sentido, a seguinte passagem da parte dispositiva do acórdão:

6) Observando com referência aos CDs (Compact Discs – Remasterizados), que: a) quanto aos já produzidos e comercializados: na congruência do julgamento,

a infração resolveu-se em perdas e danos, consistentes no acréscimo a ser pago ao autor (n. 3, supra); restou, pelo julgado do Tribunal de origem, sem recurso específico das partes, afastada a pretensão inicial ao recolhimento de aludidos produtos; o recolhimento seria faticamente impossível e “ad impossibilia nemo tenetur”, de forma que eventual determinação nesse sentido seria incompatível com a concretude necessária às conclusões judiciais; *b) quanto à eventual produção futura do mesmo CD (“Compact Disc”), trata-se de matéria que resta condicionada à contratualidade futura das partes, que, com criatividade artística, técnica e negocial, poderão explorar a viabilidade de possibilidades novas, como, por exemplo, a admissão de produção com sintética observação de que originariamente não contou com a autorização do Autor, ora Recorrente, devendo, contudo, ficar bem claro que não há nenhum obstáculo judicial, em consequência do presente julgamento, quer à reprodução dos fonogramas primitivos, quer à do próprio “CD” remasterizado em causa.*

Ora, se foi a produção do CD, isto é, dos fonogramas remasterizados que ficou condicionada à contratualidade futura, é porque não se estabeleceu obstáculo à fabricação e comercialização dos LP’s com as canções originais do artista.

Não bastasse a interpretação literal do texto, ainda é possível acrescentar que a parte dispositiva de qualquer decisão judicial precisa ser compreendida a partir do pedido formulado pela parte e da *ratio decidendi* que orientou o julgamento.

Assim, considerando que *João Gilberto* pediu apenas a abstenção de propagação da obra indevidamente alterada (não da sua obra original), e que a ocorrência de modificações por ele não autorizadas constituiu, precisamente, o fundamento jurídico para o deferimento do pedido, parece forçoso concluir que o REsp 1.098.626/RJ, não fez coisa julgada impedindo ou condicionando a comercialização das músicas em sua versão original (não remasterizada) em LPs.

Tampouco há falar em ofensa à coisa julgada que se formou a partir do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Esse segundo recurso especial, vale lembrar, surgiu a partir de uma discussão suscitada na fase de cumprimento de sentença relativamente ao accertamento da obrigação de não fazer.

Naquele processo, a EMI alegou que não estaria proibida de comercializar a obra de *João Gilberto*, porque esta Corte Superior, no julgamento do mencionado REsp 1.098.626/RJ não havia reconhecido uma obrigação de não fazer.

Veio então o acórdão do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria, explicar que, ao contrário do que alegado, o Ministro *Sidnei Beneti*, em seu voto, havia sim determinado a abstenção da comercialização da obra.

Esse aresto não chegou a afirmar, porém, que havia coisa julgada interditando a produção e comercialização das canções originais. Apenas ressaltou que o acórdão transitado em julgado, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, encerrava uma obrigação de não fazer.

Confira-se, a propósito, a ementa do mencionado acórdão:

Recurso especial. Processual Civil. Cumprimento de sentença. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Obrigação de não fazer. Ofensa aos limites objetivos da coisa julgada (arts. 467, 468 e 471 do CPC). Não ocorrência. Ofensa ao art. 458, II, do CPC. Acórdão exequendo devidamente fundamentado. Recurso especial não provido.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos suscitados pelas partes. A decisão apresentou argumentos suficientes para afastar a alegação de que excedeu os limites objetivos da coisa julgada.

2. A sentença faz lei entre as partes, revestindo-se da autoridade da coisa julgada quanto aos provimentos declaratórios, condenatórios ou constitutivos, que se prolongam no futuro. *No caso, o título executivo judicial (REsp 1.098.626/RJ, de relatoria do Min. Sidnei Beneti), expressamente decidiu sobre a obrigação de não fazer, consistente na proibição da recorrente produzir e comercializar a obra musical do recorrido sem sua autorização prévia.*

3. O acórdão exequendo não apresenta o vício da falta de fundamentação porque foi provocado a se manifestar sobre a obrigação negativa. O STJ, conhecendo do recurso especial, julgará a causa (art. 257 do RISTJ).

4. Recurso especial não provido. (REsp 1.472.020/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 14/12/2015 - sem destaque no original).

Com efeito, jamais se afirmou que haveria coisa julgada proibindo a fabricação e comercialização dos fonogramas originais, ou condicionando referidos procedimentos a celebração de novo contrato entre as partes.

Já na petição de agravo de instrumento que deu origem ao acórdão, é possível verificar que *João Gilberto*, naquela ocasião tal como constatado anteriormente, voltava-se apenas contra a comercialização da obra adulterada e não da obra original.



Confira-se:

29. A primeira premissa equivocada assumida pela r. decisão agravada está na conclusão de que v. acórdão do STJ não teria condenado a EMI a não mais comercializar a obra adulterada do músico-agravante.

[...]

33. *Se o CD remasterizado foi reputado o produto de um ato ilícito, é bastante claro que ele não pode ser livremente comercializado, até porque o objetivo da Justiça é estancar a prática de ilícitos, e não estimulá-los. Esse é o único sentido possível do acórdão do e. STJ – essa é, repita-se, a única premissa fática correta e que fundamenta o pedido de cumprimento forçado da obrigação de não fazer (e-STJ, fl. 10 - REsp 1.472.020/RJ - sem destaque no original).*

A partir da leitura da mesma peça processual, verifica-se que *João Gilberto*, ao contrário, admitia que a EMI produzisse e comercializasse as versões originais das suas canções, pois apenas a comercialização das canções remasterizadas estaria condicionada a “contratualidade futura”.

Anote-se:

39. *Em segundo lugar, o Exmo. Relator [Min. Sidnei Beneti] consignou que a produção futura do CD (leia-se, dos fonogramas remasterizados) ficaria condicionada à contratualidade futura das partes (e-STJ, fl. 13 - REsp 1.472.020/RJ - sem destaque no original).*

Cumprе reconhecer que a EMI opôs embargos de declaração no REsp 1.472.020/RJ, pleiteando, justamente, esclarecimentos quanto a extensão da obrigação de fazer reconhecida em juízo, isto é, requerendo que ficasse consignada a ausência de restrições no tocante a comercialização da obra original.

Esses declaratórios foram rejeitados em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Cumprimento de sentença. Omissão. Não ocorrência. Pretensão de ampliar os limites do julgado. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. O cabimento dos embargos de declaração se dá apenas nas hipóteses do art. 535 do CPC: para sanar obscuridade, contradição ou para elidir omissão, pronunciando-se sobre ponto essencial.

2. Não há omissão a ser esclarecida porque o título executivo determinou que a futura comercialização da mídia do artista está condicionada ao que for

pactuado entre as partes e se for pactuado. Ausente qualquer tratativa nesse sentido, fica proibida a produção e comercialização dos fonogramas.

3. *As questões suscitadas pela embargante não constituem pontos omissos, mas mera pretensão de ampliar o alcance do julgado para permitir a comercialização da obra musical do artista sem o seu consentimento.*

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.472.020/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 8/4/2016 - sem destaque no original).

Apesar da advertência consignada na ementa do acórdão, de que a EMI pretendia, na realidade, ampliar o alcance do julgado para permitir a comercialização da obra musical do artista sem o seu consentimento, o fato é que esse já era, precisamente o sentido do julgamento.

Assim, se os embargos de declaração foram rejeitados, não houve nenhum efeito integrativo, isto é, permaneceu inalterado o julgamento original que, repita-se, não havia coibido o comércio da obra original.

Por todo o exposto, não há falar em ofensa a coisa julgada.

Acrescente-se, apenas a título de *obiter dictum*, que a interpretação ampliativa dos acórdãos indicados acima, acabaria, na prática, inviabilizando um contato mais próximo do grande público com a obra de *João Gilberto*.

Considerando o falecimento do artista, não seria mais possível uma nova contratação para permitir a produção e comércio das canções originais em prejuízo do acesso de todos a este que é, inquestionavelmente, um dos maiores compositores e intérpretes da música brasileira.

O primeiro conceito de patrimônio cultural foi trazido pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 25/1937, que determinava constituir patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, quer por vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

A Constituição Federal de 1988, em sentido semelhante, dispôs:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A obra musical de *João Gilberto*, porque vinculada à identidade e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, como exigido pelo dispositivo constitucional em comento, constitui, inequivocamente, verdadeiro patrimônio cultural brasileiro. Constitui, portanto, um direito coletivo.

Não por outro motivo, o mencionado art. 216 da CF, determina em seu § 1º, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deve promover e proteger o patrimônio cultural não apenas por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, mas também através de outras formas de acautelamento e preservação.

CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO e RENATA MARQUES FERREIRA, a propósito, encarecem que a tutela institucional e social acima referida busca assegurar, inclusive, o acesso das gerações vindouras ao mencionado patrimônio cultural:

Ao estabelecer como dever do Poder Público, com a colaboração da comunidade, preservar o patrimônio cultural, a Constituição Federal ratifica a natureza jurídica do bem cultural em face de sua natureza jurídica de bem ambiental, porquanto esse bem é constitucionalmente um bem de uso comum de todos e não um bem pertencente ao Poder Público, tratando-se, pois, de bem objeto de gestão. Um domínio preenchido pelos elementos de fruição (uso e gozo do bem objeto do direito), sem comprometimento de sua integridade, *para que outros titulares, inclusive os de gerações vindouras, possam também exercer com plenitude o mesmo direito* (Tutela Jurídica do Patrimônio Cultural Brasileiro em face do Direito Ambiental Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 546).

Não se trata, portanto, de apenas relembrar a importância de *João Gilberto*, de suas letras e melodias para a cultura nacional e também mundial. Mais do que isso, importa destacar a inconveniência absoluta de uma interpretação que, ao invés de promover e dar visibilidade a esse patrimônio cultural, concorre, justamente, para o seu esquecimento.

O direito moral do autor, intangível e imprescritível, não pode suplantar o direito da sociedade de usufruir das manifestações das culturas populares tão

caras a qualquer nação. Triste a cultura mundial se não pudesse desfrutar das obras de Mozart, Bach, Beethoven ou Villa-Lobos, gênios, qualificação em que também se insere o nome de João Gilberto.

Para tornar simples este enfoque, o capital moral do autor *João Gilberto*, que há de ser protegido, não mais lhe pertence com exclusividade, transmutou-se num capitalismo social, que pode e deve ser acessível a todos, universalmente, como forma de valorizar e difundir toda boa manifestação cultural.

A prevalecer a exegese defendida nas razões do recurso especial para os REsp's n. 1.098.626/RJ e 1.472.020/RJ estar-se-ia, em alguma medida, subtraindo por decisão judicial um patrimônio imaterial de toda a coletividade, apagando, por assim dizer, uma contribuição inestimável à cultura mundial. Estar-se-ia, enfim, descumprindo, o art. 216, § 1º, da CF.

(2) *O suporte físico da obra imaterial como extensão do direito moral do autor.*

Na petição inicial do processo, *João Gilberto* alegou que teria direito a obter os *masters* originais de suas canções e invocou, para tanto, quatro fundamentos: (2.a) a ineficácia superveniente do contrato em razão da ausência de proveito econômico na manutenção dos *masters* em poder da EMI, que por decisão judicial transitada em julgado, não poderia mais reproduzir e comercializar os fonogramas com suas canções; (2.b) a nulidade da cláusula contratual que previa a transferência definitiva da propriedade dos fonogramas originais à EMI; (2.c) a resolução do contrato operada em virtude da remasterização não autorizada de suas canções; e, finalmente, (2.d) a necessidade de prevenir novas modificações indevidas em sua obra.

Confira-se:

14. Em primeiro lugar, porque há inúmeras causas de declaração de extinção dos contratos originalmente celebrados. Embora os contratos contivessem uma *leonina* previsão de transferência de propriedade, na verdade, tratava-se de simples contratos atípicos para exploração temporária da produção artística, cuja base contratual não mais subsiste há longo tempo. Demais disso, nunca passaram de contratos que previam obrigações muito claras para ambas as partes. As obrigações de João Gilberto muito nitidamente encerraram-se há quase 50 anos, ao passo que os deveres da EMI, por expressas determinações contratuais e pela própria lógica daqueles pactos, sobrevivem até hoje. Em vez de cumpri-los, no entanto, a ré optou por praticar utilização abusiva e ilícita dessa obra (já reconhecida pelo Poder Judiciário) — indubitavelmente contrária à adequada gestão da produção artística do autor.

15. O pedido funda-se também na espúria *violação dos direitos conexos do compositor* que a ré vem impingindo ao autor há décadas (inadimplemento contumaz), bem como os danos de ordem moral e patrimonial daí decorrentes, e que continuam a se perpetuar na sua esfera jurídica. Sabe-se que parte desses danos será, de fato, indenizada com a execução do julgado na ação n. 0001020-29.1997.8.19.0001; mas *a fonte da ilicitude não irá cessar enquanto os originais das gravações (os ditos masters) permanecerem com a ré.*

16. Mas não é apenas isso: por força de decisão transitada em julgado, a ré já não mais pode comercializar as gravações na forma em que se encontram (adulteradas e remasterizadas), nem tampouco alterá-las novamente. Isso significa que, mantendo-se em poder da ré os *masters*, não apenas se priva o criador de poder sobre elas trabalhar e recriar, mas sobretudo se garante a ela, ré, uma titularidade de *propriedade sem qualquer utilidade e despida de função social*, o que não se coaduna com a nossa ordem constitucional.

[...]

os malsinados “contratos de locação” já não mais podem subsistir \* hígidos na ordem jurídica, dado o flagrante abuso praticado pela gravadora, que ilicitamente alterou as gravações do autor, lançando-as alteradas no mercado e obtendo vantagem ilícita à custa daquele mesmo contrato de cinquenta anos atrás, o qual, aliás, vem sendo inadimplido por mais de vinte anos, com a retenção indevida de todos os valores relacionados à comercialização da obra de João Gilberto... (e-STJ, fls. 8/9 e 14 - sem destaque no original).

#### *(2.a) Coisa julgada e interesse econômico*

O primeiro e principal fundamento invocado por *João Gilberto* para reivindicar os *masters* de suas canções originais seria a existência de coisa julgada impedindo a EMI de comercializar sua obra. Referida circunstância, segundo alegado, esvaziaria o interesse econômico daquela gravadora em permanecer com os fonogramas originais.

Confira-se, a propósito, além da já transcrita passagem da petição inicial, o seguinte trecho das razões do recurso especial:

12. Logo, este Tribunal Superior está sendo chamado para responder às seguintes questões: (i) poderia a Corte local autorizar a comercialização da obra do artista pela gravadora, em formato vinil, apesar da vedação expressa imposta pelo STJ em decisão definitiva e transitada em julgado? (ii) diante da proibição de comercialização, existe alguma utilidade econômica para que a EMI mantenha sob sua posse as fitas *masters* nas quais está gravada a obra artística do intérprete?; (iii) não havendo utilidade econômica, as fitas não devem ser retornadas ao artista, único que, de acordo com a lei, é o titular da dignidade moral da obra e o

único que, a partir da proibição de comercialização pela gravadora determinada pelo STJ, detém a prerrogativa de voltar a explorar economicamente a obra? (e-STJ, fl. 1.111).

A partir da leitura do *item 1* anteriormente apresentado, porém, já ficou suficientemente esclarecido que esta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, apenas proibiu a comercialização da obra remasterizada, isto é, daquela que foi modificada indevidamente, sem autorização do artista. Isso não foi modificado no julgamento do REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria.

Dessa forma, não haveria obstáculo, conforme consignado pelo acórdão recorrido, para que a EMI comercializasse as canções em suas versões originais, sobretudo na mídia prevista pelo próprio contrato, que era o *Long Play* (LP's), tendo em vista o disposto no art. 49, V, da Lei n. 9.610/98, nos termos do qual a cessão dos direitos patrimoniais do autor “*só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato*”.

Assim, considerando que os *masters* foram criados justamente para permitir a reprodução das canções em LP's, e, da mesma forma, que existe interesse econômico, ao menos em tese, na comercialização desses LP's, haveria, ao contrário do que alegado no recurso especial, razoável justificativa para manter a EMI na posse desses bens.

Repita-se, nesse sentido, o seguinte excerto do acórdão recorrido:

[...] a despeito do avanço tecnológico, que propiciou as gravações e reproduções em mídias digitais, ainda existe um mercado para as mídias analógicas. As gravações e reproduções em vinil ou LP's ainda existem, e, segundo alguns indicadores configuraria um mercado emergente, que até estaria crescendo.

*Seja como for, interessante ou não para a apelada do ponto de vista mercadológico a exploração atual das gravações em mídia analógica ou vinil, deve-se reconhecer que, do ponto de vista jurídico, essa possibilidade de exploração ainda existe, [...]* (e-STJ, fls. 901/903 - sem destaque no original).

Incabível, portando, cogitar de ausência de interesse econômico da EMI em se manter na posse dos *masters*.

(2.b) *Nulidade da cláusula contratual que previa a transferência definitiva da propriedade dos masters por ofensa aos seus direitos morais de autor.*

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirmou que *João Gilberto* não poderia obter a posse ou a propriedade dos *masters* originais de seus álbuns, porque aqueles fonogramas foram adquiridos contratualmente pela EMI.

Anote-se, a propósito, a seguinte passagem do acórdão estadual:

O direito de propriedade da empresa apelada sobre as disputadas fitas *masters* encontra apoio no que foi estabelecido na cláusula quinta do primeiro contrato celebrado entre as partes: “Fica a critério da *Fábrica* a publicação em qualquer tempo e a retirada temporária ou definitiva das gravações feitas pelo *Artista*, podendo a *Fábrica* continuar a fabricá-las e a vendê-las no país e no estrangeiro, sob qualquer marca, mesmo depois de findo o prazo do presente contrato, ciente o *Artista*, serem ditas gravações de propriedade exclusiva da *Fábrica*, que deles poderá dispor livremente.” (fls. 381, indexador 386). A cláusula foi repetida no contrato celebrado em 1960 (fls. 385 indexador 400) e confirmada no instrumento de alteração e ratificação de fls. 390 (e-STJ, fl. 900).

Nas razões de seu recurso especial, *João Gilberto* alegou que referida estipulação contratual violaria os arts. 22 e 24, incisos IV e V, da Lei n. 9.610/98, nos termos dos quais ele teria direito não apenas à dimensão imaterial de sua obra, mas também ao suporte físico no qual essa obra intelectual foi fixada.

Veja-se:

67. Outra forma de enquadrar-se a violação em que incorreu o acórdão consubstancia-se no fato de que a proteção ao suporte físico que contém a obra originária do Recorrente é verdadeira decorrência do próprio direito moral do artista, cujo resguardo normativo é garantido pelos arts. 22 e 24, IV e V, também da Lei de Direitos Autorais

[...]

69. A transmutação da posse sobre o suporte físico onde está inscrita obra é, em toda a sua essência, um corolário lógico da proteção que a lei confere à dignidade moral de todo e qualquer artista e à sua obra (e-STJ, fl. 1.129).

Os dispositivos legais mencionados têm a seguinte redação:

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou;

[...]

Art. 24. São direitos morais do autor:

[...]

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

Para melhor situar a discussão jurídica estabelecida acerca da posse/propriedade desses *masters*, convém melhor elucidar o que sejam esses objetos.

Com o surgimento dos primeiros aparelhos de gravação de som - como o fonógrafo, em 1877, e o gramofone, em 1888 - surgiu também um novo mercado: o de fonogramas.

Segundo o “Dicionário Priberam da Língua Portuguesa”, este vocábulo designa, simplesmente um “registro de som”. O art. 5º da Lei n. 6.910/98, a seu turno, fornece um conceito legal em tudo semelhante:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

IX - fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual;

O primeiro e mais antigo meio de armazenamento de áudio, isto é, a primeira forma de se fabricar um fonograma, surgiu com o advento do cilindro fonográfico, criado por Thomas Edison em 1877. A partir da segunda década do Século XX, o disco feito de goma-laca reproduzido a 78 RPM começou a substituir o cilindro como principal meio para comercialização de fonogramas. Entre a década de 1920 e a de 1940, o disco sofreu diversas alterações tecnológicas que lhe deram sobrevida - como a adoção das gravações eletromecânicas e pequenas mudanças nos processos de gravação e produção que permitiram ganhos sonoros e redução do ruído. Após 1945 os discos passaram a ser fabricados predominantemente de vinil e, com o surgimento do CD, em 1982, este se tornou o meio mais comum para comercialização de fonogramas. Atualmente, esses registros sonoros circulam, sobretudo de forma digital e muitas vezes via plataformas de *streaming* como o Deezer e o Spotify (Disponível na Wikipédia - verbete *masterização de áudio* - Acesso aos 8/2/22).

Em seus primórdios, a fabricação das matrizes dos fonogramas vendidos comercialmente envolvia processos meramente mecânicos. O áudio era captado e gravado diretamente em um disco de cera que depois era pulverizado com pó de grafite e, em seguida, passava por um processo de galvanoplastia para



produção de cópias negativas em cobre que eram chamadas de “carimbos”. Estes negativos de cobre eram então utilizados para produzir discos em larga escala através da pressão - carimbagem - que abria sulcos nos discos virgens de goma-laca - amolecida pela ação do vapor. A técnica envolvida nesse processo, naturalmente, modificou-se ao longo do tempo, mas ele continuou a ser essencialmente mecânico por muitos e muitos anos (Disponível na Wikipédia verbete *masterização de áudio* - Acesso aos 8/2/22).

Com o surgimento da fita magnética, porém, a criação das matrizes foi se tornando cada vez mais dependente de operações realizadas após o registro do som. A nova tecnologia permitiu, em primeiro lugar, que se fizessem edições de gravações realizadas em diferentes momentos, selecionando os melhores trechos de cada *take*, para montar a versão definitiva. Depois disso, o advento do *overdub* – ou *overdubbing* –, técnica que possibilitava a sobreposição de gravações, permitiu a criação de efeitos sonoros ainda mais sofisticados. Em seguida, vieram os gravadores multipistas, ou *multitrack*, que permitiam o registro dos sons de cada instrumento de forma independente, oferecendo múltiplas possibilidades artísticas.

Hoje, a produção em estúdio das matrizes envolve não apenas o trabalho técnico de captação e fixação do som, mas também a atividade criadora de produtores, cantores, instrumentistas, arranjadores, técnicos e engenheiros de som que atuam em cinco fases distintas: pré-produção, gravação, edição, mixagem e masterização (FREDERICO ALBERTO BARBOSA MACEDO. O processo de produção musical na indústria fonográfica. Disponível em: [http://www.rem.ufpr.br/\\_REM/REMr11/12/12- Macedo-Producao.pdf](http://www.rem.ufpr.br/_REM/REMr11/12/12- Macedo-Producao.pdf). Acesso aos 9/12/2021).

A masterização é, portanto, o passo final no processo de pós-produção do áudio. Ela tem por objetivo balancear os elementos em uma *mix* em estéreo e otimizar a reprodução em todo tipo de sistema de som e formatos de mídia.

Nesse sentido, a lição de NEHEMIAS GUEIROS JR.:

1.3 A masterização. A mixagem foi um procedimento que só começou a ser adotado em larga escala na década de 60, e sua difusão na indústria musical foi proporcional à evolução tecnológica dos equipamentos de gravação e dos suportes materiais fonográficos, capazes de portarem sons e/ou imagens. Mas com a chegada da revolução digital, na década de 80, um terceiro processo de finalização da gravação foi introduzido pelo mercado: a masterização, que vem do inglês *masterizing* ou *masterization*. Constitui um processo eletrônico destinado a conferir excelência de qualidade sonora ao produto musical, ajustando, acertando

e eliminando piques de alta e baixa frequência na linha musical, harmonizar todas as complexas estruturas resultantes de uma faixa musical pronta e mixada e realizar a edição da música, definindo o começo e o fim da faixa (O Direito Autoral no Show Business, 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p. 243)

De rigor reconhecer, nesses termos, que a criação da matriz ou do master como muitas vezes, por metonímia, é designado o resultado final desse processo constitui, por si só, uma obra artística (JORGE MANOEL MOITA CARVALHO. Masterização M/S: uma técnica criativa. Escola das Artes da Universidade Católica Portuguesa - Dissertação de mestrado, 2013).

Apesar disso, não há como ultrapassar a constatação de que referido produto, porque encerra um registro sonoro materializado num meio físico, é, antes de tudo, um fonograma tal como definido pelo art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98.

Isso é fundamental, porque o direito autoral distingue de forma muito clara aquilo que se convencionou chamar de *corpus mysticum*, que é a criação autoral propriamente dita, isto é, a obra imaterial fruto do espírito criativo humano, e o *corpus mechanicum*, que é, simplesmente, o meio físico no qual ela se encontra materializada.

DENIS BORGES BARBOSA, de forma sintética e precisa, assinala a importância dessa distinção afirmando que *o direito autoral protege a obra imaterial, a criação autoral, e não o meio físico onde ela se incorpore* (Direito de Autor. Questões fundamentais de Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 11).

De fato, a Lei n. 9.610/98, relaciona entre as obras intelectuais protegidas pelo direito autoral as composições musicais, tenham elas letra ou não (art. 7º, V), mas não dispensa nenhuma proteção especial ao meio físico, ao *corpus mechanicum* onde fixada a composição musical.

Assim, se a própria exploração econômica do direito do autor pode ser cedida a terceiros mediante contrato (via de regra oneroso), com mais razão também pode ser alienado a terceiros, os meios físicos que servem de substrato material à criação imaterial do autor tornando-a sensível aos sentidos humanos.

Quem adquire um livro ou um vinil passa a ser, doravante, o proprietário desse objeto, desse *corpus mechanicum*. Isso não diminui, em nenhuma medida os direitos de autor daquele que escreveu o livro ou compôs as canções.

No caso das obras musicais, aliás, o modelo predominante de exploração econômica foi, durante muito tempo, a reprodução de canções em meios físicos (vinis, CD's, fitas cassetes, etc), para posterior disponibilização ao público. E

jamais se cogitou afirmar que o autor das canções fixadas nessas mídias seria o dono dessas mídias, apenas porque compôs ou executou as músicas que nelas se continham.

Considerando, portanto, que o *master* tal como sucede às cópias que podem ser extraídas a partir dele, representa, essencialmente, um meio físico para registro da obra musical, isto é, uma forma de apresentação do fonograma, não parece razoável afirmar que ele pertença, necessariamente, ao autor da obra musical.

Sem prejuízo da distinção técnico-qualitativa que existe entre a matriz e as cópias, ambas constituem, em última análise, bens corpóreos, e, na condição de *corpora mechanica* podem ser livremente alienados.

Bem por isso, não se vê nenhuma ilegalidade flagrante na cláusula contratual que estabeleceu a transferência definitiva da propriedade dos *masters* para a EMI.

Não se vislumbra nenhum fundamento jurídico para afirmar que os direitos morais do autor teriam aptidão para, nas palavras utilizadas pela petição recursal, “transmutar a posse ou a propriedade” do meio físico no qual gravada a criação imaterial.

O *master*, assim como o vinil que dele foi copiado, uma vez alienado, passa ao patrimônio de quem o adquiriu.

Se o compositor/intérprete de uma canção não pode reivindicar a posse/propriedade de um vinil já comercializado com fundamento em uma suposta transmutação operada pelo seu direito moral de autor, tampouco pode fazê-lo em relação aos *masters*, uma vez que estes são apenas uma forma diferenciada de apresentação do mesmo fonograma.

Ainda com relação ao tema, vale acrescentar que os artigos de lei apontados como violados nas razões do recurso especial não dão suporte à pretensão formulada.

Em suma, os arts. 22 e 24, V e VI, da Lei n. 9.610/98, pelo seu conteúdo normativo, não conferem ao autor/intérprete a possibilidade de reivindicar *masters*, matrizes ou gravações originais como um desdobramento necessário dos seus direitos de personalidade.

*(2.c) Da resolução do contrato pela remasterização não autorizada*

Com relação ao tema existe uma consideração importante a ser feita: muito embora a petição inicial tenha requerido o desfazimento do contrato

com fundamento no inadimplemento caracterizado pela remasterização não autorizada, conforme exposto no início desse tópico, as razões do recurso especial não repetiram esse mesmo pedido.

Com efeito, na petição recursal não foi alegada ofensa, por exemplo, ao art. 475 do CC/02, nos termos do qual *a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato*.

Aliás, o acórdão recorrido nem sequer tratou do tema, tendo simplesmente afirmado que o contrato permanecia válido o que viabilizava a exploração das canções em suas versões originais em LP's pela EMI.

A irresignação recursal efetivamente apresentada, por sinal com base apenas na alínea *c*, do permissivo constitucional, afirmou simplesmente que *João Gilberto* faria jus aos *masters*, porque o contrato foi desfeito em razão da remasterização não autorizada, levada a efeito pela EMI.

Como se vê, as razões recursais partem da premissa de que o contrato foi desfeito para, com base nisso, pedir a devolução dos *masters*.

O pedido recursal (e a respectiva causa de pedir) são apresentados de modo sintético, mas bastante claro, em forma de questionamento, na seguinte passagem do especial:

(...) o artista que teve a sua obra mutilada e denegrada por uma gravadora pode ser forçado a manter a sua obra prima depositada com esta mesma gravadora que, diga-se, reiteradamente, se mostrou indigna de exercer essa função cuja tônica é a fidúcia? (e-STJ, fl. 1.129).

Para amparar o pedido de obtenção dos *masters* por força da modificação não autorizada de suas canções, *João Gilberto* simplesmente suscitou dissídio jurisprudencial em relação a acórdão desta Corte Superior, assim ementado:

Processo Civil. Agravo interno. Juízo de admissibilidade do recurso especial na instância de origem. Incurção no mérito. Art. 105, III, *a*, CF. Possibilidade. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Apreciação dos pontos relevantes. Fitas *master*. Art. 98, Lei 5.988/73. Agravo desprovido.

I - É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea *a*, em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia.

II - Não nega a prestação jurisdicional o acórdão que aprecia os pontos relevantes ao deslinde da causa, sem incorrer nos vícios passíveis de correção pela via dos embargos declaratórios.

III - Uma vez desfeito judicialmente o contrato que permitia a utilização das fitas master pela produtora, não há razões para a permanência em poder desta de objeto do qual não possa fazer uso.

IV - A existência ou não de concurso de várias pessoas para a realização da obra artística dependeria, no caso, do reexame das provas e da interpretação das cláusulas contratuais, vedados a esta instância especial.

(AgRg no Ag 213.570/RJ, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 8/3/2000)

Mas o dissídio jurisprudencial não pode ser admitido por dois fundamentos: primeiramente, porque o acórdão paradigma se debruça sobre artigo de lei não examinado no aresto vergastado, o art. 98 da Lei n. 5.988/73; em segundo lugar, porque existe uma diferença essencial entre a moldura fática dos casos confrontados.

A partir da leitura do acórdão recorrido, é possível perceber que não foi examinado, em nenhum momento, o art. 98 da Lei n. 5.988/73 ou o seu conteúdo normativo. Assim, para efeito de cabimento do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, não é possível sustentar que a Corte Fluminense tenha conferido a esse dispositivo de lei interpretação diversa daquela conferida por esta Corte Superior no julgamento do AgRg no Ag 213.570/RJ.

Paralelamente, no caso do acórdão paradigma, houve prévia “rescisão” judicial do contrato. Nesses termos, a devolução dos *masters* se apresentava, naquela oportunidade, como um consectário natural dessa “rescisão”, uma vez que a produtora musical não podia mais explorá-los comercialmente.

Confira-se, a propósito, as seguintes passagens do voto proferido pelo Relator do caso, o saudoso Ministro *Sálvio de Figueiredo*:

No caso dos autos, o contrato firmado pelas partes, no qual o agravado cedia todos os direitos sobre os fonogramas reconhecendo serem eles de propriedade da agravante, foi “rescindido” judicialmente.

[...]

Finalmente, porque não há razão prática para que a produtora permaneça com as fitas *masters* se não possui mais os direitos sobre a obra e, conseqüentemente, não poderá mais comercializá-las.

[...]

3. Em relação à violação do art. 98 da Lei 5.988/73, o contrato que permitia a utilização das fitas pela produtora restou desfeito por decisão judicial, não

havendo mais interesse da agravante em permanecer com o objeto do qual não pode fazer uso.

Mas, na hipótese dos autos, como já destacado, o contrato firmado entre *João Gilberto* e EMI não foi desfeito, permanece hígido. Além disso, já se reconheceu que a EMI ainda pode comercializar as gravações musicais em suas versões originais. Daí resulta que ela tem inegável interesse jurídico e econômico em permanecer na posse dos *masters*.

A rigor, o acórdão paradigma não corrobora a tese defendida por *João Gilberto* no recurso especial, servindo, ao contrário, justamente para desautorizá-la, pois a partir de uma interpretação *a contrario sensu* da *ratio decidendi* ali apresentada, pode-se afirmar que, no caso concreto, os *masters* não deveriam ser devolvidos ao artista.

*(2.d) Necessidade de prevenir novas modificações indevidas*

*João Gilberto* alegou em sua petição que a devolução dos *masters* se impunha como forma de prevenir novas violações ao seu direito de autor.

[...] a fonte da ilicitude não irá cessar enquanto os originais das gravações (os ditos *masters*) permanecerem com a ré (e-STJ, fl. 8).

Nas razões do recurso especial, essa argumentação não foi reiterada ou pelo menos não o foi de forma consistente, razão pela qual não pode ser examinada nesta oportunidade.

Acrescente-se, apenas a título de *obiter dictum*, que o exame desse argumento resvalaria, de qualquer modo, na Súmula n. 7 do STJ, pois intrinsecamente ligado à prova dos autos. Com efeito, não há notícia de que a EMI tenha comercializado as obras musicais de *João Gilberto* com modificações não autorizadas após o trânsito em julgado do REsp n. 1.098.626/RJ. Tampouco foi destacado pelas instâncias de origem que a melhor forma de inibir referida conduta ilícita é determinar a devolução dos *masters* ao autor.

*(3) Da interpretação extensiva do contrato*

As razões do recurso especial afirmaram, por fim, que, os arts. 4º e 49 da Lei n. 9.610/98 impediriam uma interpretação do contrato em prejuízo aos direitos morais do autor, interditando, por isso, a conclusão de que houve uma compra e venda dos *masters* pela EMI.

No caso dos autos, a confecção dos fonogramas reclamados ocorreu com a finalidade precípua de viabilizar a reprodução e comercialização das músicas em LP's. Eles foram criados e permaneceram com a EMI, vale insistir, porque isso era necessário, segundo o modelo de negócio então praticado e de acordo com a tecnologia então existente, para viabilizar a exploração econômica da obra musical de *João Gilberto*, mediante a remuneração avençada pelas partes.

Conforme destacado em itens anteriores, esses *masters*, como qualquer outro fonograma (CD, LP, vinil, etc.) constituem apenas o suporte material em que fixada a criação espiritual do autor e, nessa medida, podem ser livremente negociados pelas partes.

Não há falar, portanto, em uma proibição legal à sua compra e venda.

Fixada essa premissa, impende concluir que a discussão suscitada no recurso especial quanto a interpretação ampliativa ou restritiva do contrato, esbarra francamente na Súmula n. 5 do STJ.

Registre-se que a Corte Fluminense jamais afirmou que o contrato poderia ser interpretado ampliativamente em desfavor do artista. Disse apenas que os *masters* seriam, por força desse contrato, propriedade da EMI.

Confira-se:

O direito de propriedade da empresa apelada sobre as disputadas fitas *masters* encontra apoio no que foi estabelecido na cláusula quinta do primeiro contrato celebrado entre as partes: "Fica a critério da *Fábrica* a publicação em qualquer tempo e a retirada temporária ou definitiva das gravações feitas pelo *Artista*, podendo a *Fábrica* continuar a fabricá-las e a vendê-las no país e no estrangeiro, sob qualquer marca, mesmo depois de findo o prazo do presente contrato, ciente o *Artista*, serem ditas gravações de propriedade exclusiva da *Fábrica*, que deles poderá dispor livremente." (e-STJ, fl. 900).

[...]

Além disso, não parece razoável o entendimento de que o *corpus mechanicum* em que se encontram materializadas as interpretações não tenha, em si, um valor a ser considerado, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista jurídico. Assim como a primeira edição de uma obra literária tem seu valor histórico e econômico, a fita em que se encontra a gravação original da obra musical pode ter, para além do valor do *corpus musicum*, um valor intrínseco.

Assim, deve-se reconhecer o direito de propriedade da apelada às fitas *masters* (e-STJ, fl. 906).

A discussão não diz respeito, portanto a possibilidade ou impossibilidade de se conferir interpretação ampliativa ao contrato. Diz respeito, sim, a correta

interpretação da avença: enquanto, o TJRJ afirma que a avença estabelecia a propriedade dos *masters* em favor da EMI, *João Gilberto* afirma que ela não teria esse conteúdo.

Incide, portanto, a Súmula n. 5 do STJ, com a seguinte redação: *A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.*

Em síntese:

(i) O recurso especial de EMI deve ser desprovido. Isso, porque a pretensão deduzida em juízo por *João Gilberto*, de obter os *masters* de suas canções originais, não está calcada em fundamentos econômicos, mas nos direitos morais do autor que, alegadamente, concederiam a ele a posse e a propriedade sobre referidos bens.

(ii) O recurso especial de *João Gilberto*, tampouco pode prosperar, uma vez que:

*a* - O REsp n. 1.098.626/RJ, da relatoria do Ministro *Sidnei Beneti*, de acordo com o pedido então formulado, com a ratio decidendi que orientou o julgamento e com o dispositivo do acórdão, não proibiu a EMI de continuar produzindo e comercializando as canções originais de *João Gilberto* em LP's.

*b* - Naquela oportunidade, apenas foi interditado o comércio do CD contendo as versões remasterizadas da obra musical do artista sem a devida autorização.

*c* - O REsp n. 1.472.020/RJ, de minha relatoria, tampouco vedou a exploração econômica do repertório musical em sua versão original, apenas reconheceu que o acórdão relatado pelo Ministro *Sidnei Beneti*, encerrava uma obrigação de não fazer.

*d* - Inexiste, portanto, coisa julgada, proibindo a EMI de produzir e comercializar, em LP, as canções contidas nos *masters*; razão pela qual se reconhece o interesse não apenas jurídico, mas também econômico dessa gravadora em permanecer na posse desses bens.

*e* - A interpretação do título executivo defendida nas razões do recurso especial sonegaria do grande público, em alguma medida, um patrimônio imaterial coletivo, apagando, por assim dizer, uma contribuição inestimável à cultura ocidental em franca ofensa ao art. 216, III, e § 1º, da CF.

*f* - Além disso, o *master*, como qualquer outro fonograma definido pelo art. 5º, IX, da Lei n. 6.910/98, constitui, um meio físico continente da obra imaterial do autor e, na condição de bem corpóreo (*corpus mechanicum*), pode ser livremente alienado.



*g* - O pedido de resolução do contrato com base do inadimplemento (caracterizado pela remasterização não autorizada) e subsequente devolução dos *masters* veio amparado exclusivamente em dissídio jurisprudencial que, todavia, não pode ser conhecido por ausência de similitude fática.

*h* - A alegação de que o contrato teria sido interpretado ampliativamente de modo a prejudicar os direitos do autor esbarra na Súmula n. 5 do STJ.

Nessas condições, pelo meu voto, *nego provimento* ao recurso especial de EMI e *conheço parcialmente* o recurso especial de *João Gilberto* para, nessa extensão, *negar-lhe provimento*. Finalmente, *majoro* em 5% o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais anteriormente fixados em desfavor de *João Gilberto*, na forma do art. 85, § 11, do NCPC.

---

### RECURSO ESPECIAL N. 1.827.060-SP (2019/0208031-1)

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A. Em Recuperação Judicial

Advogados: Rosangela Benedita Gazdovich - SP252192

Karina Alencar da Silva Pereira - SP359061

Carolina Rinaldi da Silva - SP385673

Recorrente: Fernandez Mera Holding e Participacoes Ltda

Advogados: Hélio Pinto Ribeiro Filho - SP107957

Fabiane Lima de Queiroz - SP188086

Maria Rafaela Guedes Pedroso Porto - SP207247

Recorrido: Rosangela Macedo Felix

Recorrido: Jose Antonio Guaraldi Felix

Advogados: Ricardo Cerqueira Leite - SP140008

Daniela Araujo Espurio - SP143401

Maria Fernanda Silva Sousa - SP307376

---

### EMENTA

I. Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Legitimidade passiva da incorporadora

para o pedido de restituição da SATI. Tema 939/STJ. Cláusula penal moratória. Previsão para o caso de atraso na entrega da obra. Cessação na data do Habite-se. Descabimento. Termo 'ad quem'. Data da efetiva entrega das chaves. Tema 966/STJ. Sucumbência recíproca. Pretensão de redimensionamento. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STJ.

1. Legitimidade passiva da incorporadora para responder pela restituição do valor cobrado pelo serviço assessoria técnico-imobiliária - SATI, nos termos do Tema 939/STJ.

2. Incidência da cláusula penal pertinente ao atraso na entrega da obra até à data da efetiva entrega das chaves, sendo descabida a pretensão de cessação dessa parcela indenizatória na data da concessão do "Habite-se" (Tema 996/STJ).

3. Ausência de prequestionamento do enunciado normativo do art. 86 do CPC/2015, tornando-se inviável de conhecimento a insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, em virtude do óbice da Súmula 282/STF.

4. *Desprovido, com majoração de honorários, o recurso especial interposto por Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A.*

II. Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega da unidade autônoma. Responsabilização solidária da imobiliária. Descabimento. Ausência de violação ao dever de informação por parte da imobiliária. Inocorrência das hipóteses legais de responsabilidade solidária. Precedentes. Improcedência do pedido. Teoria da asserção. Primazia do julgamento de mérito.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas.

2. Nos termos do art. 265 do Código Civil: "a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

3. Existência de recentes precedentes desta Corte Superior no sentido de que a empresa que atuou na intermediação imobiliária não responde solidariamente com a incorporadora pelo atraso na

entrega da obra, salvo nas hipóteses de falha do serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora nas atividades de incorporação e construção.

4. Caso concreto em que se fez constar na publicidade do empreendimento a logomarca da imobiliária, ao lado da logomarca da incorporadora.

5. Tratando-se de logomarcas distintas, essa publicidade atende ao requisito da clareza da informação, permitindo-se identificar a empresa responsável pela edificação do empreendimento imobiliário, e aquela responsável pela comercialização das unidades, não sendo possível extrair-se desse fato conclusão no sentido de que a imobiliária seria parceira da incorporadora também na incorporação e na construção do empreendimento, de modo a se responsabilizar solidariamente a imobiliária.

6. Ausência de violação do dever de informação acerca do possível atraso na obra, uma vez que a possibilidade de atraso é inerente ao vínculo contratual e, ademais, o contrato previa prazo de tolerância e cláusula penal para essa hipótese, de modo que a alegada ênfase do corretor de imóveis na pontualidade do empreendimento não passaria de mero 'dolus bonus'.

7. Não se verificando hipótese legal ou contratual de solidariedade entre as empresas demandadas, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para excluir a imobiliária da condenação solidária ao pagamento da parcela indenizatória.

8. Com base na teoria da asserção, a conclusão pela ausência de responsabilidade solidária da imobiliária conduz, no caso dos autos, à improcedência do pedido, não à ilegitimidade da imobiliária. Precedentes sobre a teoria da asserção.

9. Prejudicialidade da alegação de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a aplicação dos princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo, no presente julgamento.

10. *Provido o recurso especial de Fernandez Mera Holding e Participações Ltda.*

## 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, negar provimento ao recurso especial interposto por Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário S.A. e dar provimento ao recurso especial de Fernandez Mera Holding e Participações Ltda, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. Maria Fernanda Silva Sousa, pela parte recorrida: Rosangela Macedo Felix e Outra

Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 25.2.2022

---

## EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Legitimidade passiva da incorporadora para o pedido de restituição da SATI. Tema 939/STJ. Cláusula penal moratória. Previsão para o caso de atraso na entrega da obra. Cessação na data do Habite-se. Descabimento. Termo 'ad quem'. Data da efetiva entrega das chaves. Tema 966/STJ. Sucumbência recíproca. Pretensão de redimensionamento. Ausência de prequestionamento. Óbice da Súmula 282/STJ.

1. Legitimidade passiva da incorporadora para responder pela restituição do valor cobrado pelo Serviço Assessoria Técnico-Imobiliária - SATI, nos termos do Tema 939/STJ.

2. Incidência da cláusula penal pertinente ao atraso na entrega da obra até à data da efetiva entrega das chaves, sendo descabida a pretensão de cessação dessa parcela indenizatória na data da concessão do "Habite-se" (Tema 996/STJ).

3. Ausência de prequestionamento do enunciado normativo do art. 86 do CPC/2015, tornando-se inviável de conhecimento a

insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, em virtude do óbice da Súmula 282/STF.

4. *Recurso especial desprovido, com majoração de honorários.*

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por *Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário Ltda* em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

*Apelação.* Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Promessa de Compra e Venda. Alegação de atraso na entrega da unidade, ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem e da taxa SATI, a aplicação da multa por mora da alienante prevista na cláusula 9.3 do contrato firmado entre as partes, a indenização por danos materiais consubstanciada em lucros cessantes e danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes: dos autores, alegando, basicamente, o direito a restituição do valor pago a título de corretagem, uma vez que tal cobrança é ilegal, e que deve ser considerada como termo final da multa contratual por mora da alienante, a data da efetiva entrega das chaves; da ré *Fernandez Mera*, suscitando preliminares de ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva com relação ao descumprimento do contrato e, alegando, no mérito, a impossibilidade de arcar com o pagamento da multa por mora contratual e a não devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI; da ré *Queiroz Galvão*, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva com relação a devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI e, alegando, no mérito a legalidade de tal cobrança, e que o ônus de sucumbência deve ser proporcional, uma vez que os apelados foram vencidos em 90% dos pedidos. Acolhimento apenas da insurgência dos autores contra o termo final da multa moratória, para o qual deve ser considerada a data da entrega das chaves. Legitimidade passiva das rés para responderem a todos os pedidos dos autores. Comissão de corretagem devida. Autores que foram previamente informados da obrigação de pagamento de seu respectivo valor. Cobrança de Taxa SATI considerada abusiva. Entendimento sedimentado pelo C.S.T.J em sede de recurso repetitivo-Recurso parcialmente provido dos autores e desprovidos os das rés. (fl. 1.187)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.228/32).

Em suas razões, a incorporadora recorrente, sob alegação de ofensa aos arts. 86 e 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, além dos arts. 876 e 884 do Código Civil, pleiteia a reforma do acórdão recorrido para: (a) declarar a

ilegitimidade passiva para o pedido referente à restituição da SATI; (b) retroagir o termo ad quem da multa contratual até à data da expedição do “Habite-se”; e (c) alterar a distribuição dos encargos sucumbenciais.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Contrarrazões às fls. 1.291/1.320.

Houve também interposição de recurso especial por *Fernandez Mera Negócios Imobiliários*, recurso que será objeto de voto apartado.

É o relatório.

## VOTO

O recurso especial não merece ser provido.

A controvérsia diz respeito às indenizações devidas em virtude de atraso na entrega do imóvel, e à legitimidade passiva para o pedido de restituição do valor do Serviço de Assessoria Técnico-Imobiliária (SATI).

Inicialmente, no que tange à SATI, a alegação de ilegitimidade passiva da incorporadora desafia o entendimento firmado por esta Corte Superior no julgamento do Tema 939/STJ, abaixo transcrito:

*Tema 939/STJ* - Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

De outra parte, no que tange ao termo ad quem da multa contratual, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte Superior, também firmado sob o rito dos repetitivos, no sentido de que o referido termo é a data da disponibilização da posse direta da unidade autônoma já regularizada.

Refiro-me ao Tema 996/STJ, abaixo transcrito:

*Tema 996/STJ* - O atraso da entrega do imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera, para o promitente vendedor, a obrigação de indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem, na forma de valor locatício, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato ou de mercado, correspondente ao que este deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta da unidade autônoma já regularizada.

No que tange à insurgência contra a distribuição dos encargos sucumbenciais, o recurso não merece ser conhecido, pois a controvérsia pertinente ao art. 86 do CPC/2015 não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, carecendo o tema do necessário prequestionamento (óbice da Súmula 282/STF).

Sobre os encargos da sucumbência, o Tribunal de origem sequer conheceu do recurso.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão recorrido:

Por fim, deixo de apreciar a alegação da corré *Galvão Queiroz* quanto à distribuição proporcional da sucumbência, uma vez que tal questão já foi resolvida quando do acolhimento dos seus Embargos de Declaração.

(fl. 1.195)

Por fim, considerando que o presente recurso foi interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil (Enunciado Administrativo n. 07/STJ), impõe-se a majoração dos honorários inicialmente fixados contra a incorporadora, em atenção ao art. 85, § 11, do CPC/2015.

O referido dispositivo legal tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos cuja matéria já tenha sido exaustivamente tratada. Assim, com base em tais premissas e considerando que o Tribunal de origem manteve a verba honorária em 8% sobre o valor atualizado da condenação (e-STJ fls. 1.020), em benefício do patrono da parte recorrida, a majoração dos honorários devidos pela parte ora recorrente em 1% é medida adequada ao caso, mantida a base de cálculo.

*Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.*

É o voto.

Recurso especial. Direito do Consumidor e Processual Civil. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega da unidade autônoma. Responsabilização solidária da imobiliária. Descabimento. Ausência de violação ao dever de informação por parte da imobiliária. Inocorrência das hipóteses legais de responsabilidade solidária. Precedentes. Improcedência do pedido. Teoria da asserção. Primazia do julgamento de mérito.

1. Controvérsia acerca da responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas.

2. Nos termos do art. 265 do Código Civil: “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

3. Existência de recentes precedentes desta Corte Superior no sentido de que a empresa que atuou na intermediação imobiliária não responde solidariamente com a incorporadora pelo atraso na entrega da obra, salvo nas hipóteses de falha do serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora nas atividades de incorporação e construção.

4. Caso concreto em que se fez constar na publicidade do empreendimento a logomarca da imobiliária, ao lado da logomarca da incorporadora.

5. Tratando-se de logomarcas distintas, essa publicidade atende ao requisito da clareza da informação, permitindo-se identificar a empresa responsável pela edificação do empreendimento imobiliário, e aquela responsável pela comercialização das unidades, não sendo possível extrair-se desse fato conclusão no sentido de que a imobiliária seria parceira da incorporadora também na incorporação e na construção do empreendimento, de modo a se responsabilizar solidariamente a imobiliária.

6. Ausência de violação do dever de informação acerca do possível atraso na obra, uma vez que a possibilidade de atraso é inerente ao vínculo contratual e, ademais, o contrato previa prazo de tolerância e cláusula penal para essa hipótese, de modo que a alegada ênfase do corretor de imóveis na pontualidade do empreendimento não passaria de mero ‘dolus bonus’.

7. Não se verificando hipótese legal ou contratual de solidariedade entre as empresas demandadas, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para excluir a imobiliária da condenação solidária ao pagamento da parcela indenizatória.

8. Com base na teoria a asserção, a conclusão pela ausência de responsabilidade solidária da imobiliária conduz, no caso dos



autos, à improcedência do pedido, não à ilegitimidade da imobiliária. Precedentes sobre a teoria da asserção.

9. Prejudicialidade da alegação de negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista a aplicação dos princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo, no presente julgamento.

10. *Recurso especial provido.*

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por *Fernandez Mera Holding E Participações Ltda* em face acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

*Apelação.* Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Promessa de Compra e Venda. Alegação de atraso na entrega da unidade, ilegalidade da cobrança de comissão de corretagem e da taxa SATI, a aplicação da multa por mora da alienante prevista na cláusula 9.3 do contrato firmado entre as partes, a indenização por danos materiais consubstanciada em lucros cessantes e danos morais. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes: dos autores, alegando, basicamente, o direito a restituição do valor pago a título de corretagem, uma vez que tal cobrança é ilegal, e que deve ser considerada como termo final da multa contratual por mora da alienante, a data da efetiva entrega das chaves; da ré *Fernandez Mera*, suscitando preliminares de ausência de interesse processual e ilegitimidade passiva com relação ao descumprimento do contrato e, alegando, no mérito, a impossibilidade de arcar com o pagamento da multa por mora contratual e a não devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI; da ré *Queiroz Galvão*, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva com relação a devolução do valor pago pelos autores a título de taxa SATI e, alegando, no mérito a legalidade de tal cobrança, e que o ônus de sucumbência deve ser proporcional, uma vez que os apelados foram vencidos em 90% dos pedidos. Acolhimento apenas da insurgência dos autores contra o termo final da multa moratória, para o qual deve ser considerada a data da entrega das chaves. Legitimidade passiva das rés para responderem a todos os pedidos dos autores. Comissão de corretagem devida. Autores que foram

previamente informados da obrigação de pagamento de seu respectivo valor. Cobrança de Taxa SATI considerada abusiva. Entendimento sedimentado pelo C.S.T.J em sede de recurso repetitivo. Recurso parcialmente provido dos autores e desprovidos os das rés. (fl. 1.187)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 1.228/32).

Em suas razões, a imobiliária recorrente alegou violação aos arts. 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil/2015, art. 14, § 4º, e 70, parágrafo único, o Código de Defesa do Consumidor, arts. 186 e 265 do Código Civil, arts. 21, parágrafo único, e 267, IV, do Código de Processo Civil/1973, e artigo 47 da Lei 6.766/1979, sob os argumentos de: (a) negativa de prestação jurisdicional; (b) ilegitimidade passiva da imobiliária; (c) ausência de culpa pelo atraso da obra; (d) autonomia do contrato de corretagem em relação ao contrato intermediado; (e) responsabilidade subjetiva de quem exerce atividade de profissional liberal; (f) descabimento da condenação solidária da imobiliária na obrigação de indenizar o consumidor; e (g) inexistência de cadeia de fornecimento.

Contrarrazões às fls. 1.291/1.320.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 1.350/2.

Houve também recurso especial interposto pela incorporadora *Queiroz Galvão Desenvolvimento Imobiliário Ltda* (fls. 1.198/1.212), o qual será objeto de voto apartado.

É o relatório.

## VOTO

Eminentes colegas, o recurso especial merece ser provido.

A polêmica central do presente recurso diz com a responsabilidade solidária da empresa imobiliária pelo atraso da obra do empreendimento que intermediou perante os adquirentes das unidades autônomas, ora recorridos.

O juízo e o Tribunal de origem condenaram solidariamente a incorporadora e a imobiliária a indenizar o consumidor pelo atraso na entrega da obra, em valor correspondente à cláusula penal moratória (0,5% do valor do contrato, por mês de atraso).

No acórdão recorrido, constou que as empresas seriam parceiras no empreendimento, sendo portanto solidárias na responsabilidade pelos danos causados aos adquirentes.

Confira-se o seguinte trecho do acórdão do recurso integrativo:

Quanto à responsabilidade da embargante *Fernandez Mera*, há que se registrar que embora tenha figurado como intermediária, *ela é parceira da corré Queiroz Galvão no empreendimento* em questão, devendo, portanto, responder *solidariamente* por eventuais perdas e danos causados aos autores. (fl. 1.231/2)

Daí a insurgência recursal da imobiliária no presente apelo nobre, alegando ofensa, dentre outros, ao art. 265 do Código Civil, segundo o qual “*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*”.

Passando à apreciação do recurso especial, verifica-se que a “parceria” entre as empresas, conforme descrito na inicial e incontroverso nos autos, se limitaria à comercialização das unidades autônomas, não se tratando de uma parceria para incorporação e construção do empreendimento imobiliário.

É o que se depreende dos seguintes trechos da peça vestibular, *litteris*:

Preliminarmente convém ressaltar a participação de ambas as Rés no evento danoso que causou os prejuízos relatados aos Autores, agindo uma em nome da outra e com união bem clara de propósitos, daí porque a solidariedade passiva de ambas nos termos da legislação consumerista. Ficou evidente, desde as primeiras negociações, que tanto a empresa *Fernandez Mera*, quanto a própria *Queiroz Galvão*, de maneira alinhada, *prometeram à venda o imóvel* aqui discutido em prazos e condições de pagamentos assumidas por ambas e que o descumprimento contratual praticado as obriga de maneira indissociável a ressarcir os prejuízos dos consumidores de forma solidária.

.....  
Ademais, constituía obrigação das rés, por meio de seus prepostos, alertarem os Autores sobre o risco de atraso na entrega do empreendimento; o que não foi realizado, pois o vendedor sempre foi enfático ao prometer que o prazo de entrega seria rigorosamente cumprido. *Faltou transparência à negociação*, pois a Rés não foram clara quanto à *possibilidade de atraso nas obras*, não havendo sinceridade dela no momento da contratação, buscando somente o lucro, mesmo que para isso precisassem iludir o consumidor. (fls. 12 e 17)

Registre-se também que a inicial foi instruída com o documento de fl. 55 (Tabela de Vendas), no qual se constata, *primo ictu oculi*, a logomarca da imobiliária (à época denominada *Fernandes Mera Negócios Imobiliários Ltda*) com a menção “exclusividade de vendas”, ao lado da logomarca da incorporadora. Estando assim definido o cenário fático incontroverso da demanda, cumpre enfrentar a polêmica acerca da responsabilidade da empresa imobiliária, em solidariedade com a incorporadora.

Essa controvérsia foi decidida recentemente esta *Turma*, tendo-se concluído pela ausência de responsabilidade da imobiliária, salvo na hipótese de falha no serviço de corretagem ou de envolvimento da corretora no empreendimento imobiliário (nas atividades de incorporação e construção).

Refiro-me ao seguinte precedente:

Recurso especial. Processual Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual com pedido de restituição de valores pagos. Desistência dos promitentes compradores. Corretora. Legitimidade passiva. Inexistência. Recurso especial provido.

1. No contato de corretagem, conforme a disciplina legal, a obrigação fundamental do comitente é a de pagar a comissão ao corretor assim que concretizado o resultado a que este se obrigou, qual seja, a aproximação das partes e a conclusão do negócio de compra e venda, ressalvada a previsão contratual em contrário.

2. A relação jurídica estabelecida no contrato de corretagem é diversa daquela firmada entre o promitente comprador e o promitente vendedor do imóvel, de modo que a responsabilidade da corretora está limitada a eventual falha na prestação do serviço de corretagem.

3. Não se verificando qualquer falha na prestação do serviço de corretagem nem se constatando o envolvimento da corretora no empreendimento imobiliário, não se mostra viável o reconhecimento da sua responsabilidade solidária em razão da sua inclusão na cadeia de fornecimento.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.811.153/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/02/2022, pendente de publicação)

No mesmo sentido já vinha decidindo a egrégia *Quarta Turma*, confira-se:

Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da unidade imobiliária. Lucros cessantes presumidos. Termo final. Entrega do imóvel ao adquirente. Aplicação da Súmula 83/STJ. Corretora. Legitimidade passiva *ad causam*. Arts. 722 e 723 do Código Civil. Inexistência de falha na prestação do serviço de corretagem. Afastamento da responsabilidade solidária.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que “no caso de descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o prejuízo do comprador é presumido, consistente na injusta privação do uso do bem, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel assemelhado, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma” (REsp 1.729.593/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, DJe de 27.9.2019).

2. Em vista da natureza do serviço de corretagem, não há, em princípio, liame jurídico do corretor com as obrigações assumidas pelas partes celebrantes do contrato, a ensejar sua responsabilização por descumprimento de obrigação da incorporadora no contrato de compra e venda de unidade imobiliária. Incidência dos arts. 722 e 723 do Código Civil.

3. Não sendo imputada falha alguma na prestação do serviço de corretagem e nem se cogitando do envolvimento da intermediadora na cadeia de fornecimento do produto, vale dizer, nas atividades de incorporação e construção do imóvel ou mesmo se tratar a corretora de empresa do mesmo grupo econômico responsáveis pela obra, hipótese em que se poderia cogitar de confusão patrimonial, não é possível seu enquadramento como integrante da cadeia de fornecimento a justificar sua condenação, de forma solidária, pelos danos causados ao autor adquirente.

4. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial.

(AgInt no REsp 1.779.271/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 25/06/2021)

Em âmbito doutrinário, acrescente-se aos autores já citados nos votos condutores desses precedentes, a opinião de ÊNIO SANTARELLI ZULIANI<sup>[1]</sup>, abordando especificamente os limites da responsabilidade do corretor na hipótese da venda de unidades autônomas sob o regime da incorporação imobiliária, *litteris*:

Os corretores não são responsáveis pela execução da obra e, em tese, não se empenham quanto ao prazo estabelecido ou pelos riscos do negócio, pelo que não respondem por essas indenizações, a não ser que tenham procedido de má-fé. O comprador que pretende responsabilizar o corretor em regime de solidariedade com a construtora deverá provar a má-fé e contar com presunção de sua ocorrência diante de fatores como o de a imobiliária e os corretores integrarem o grupo de sociedades da qual a construtora e a incorporadora encabeça ou pela identidade de sócios no capital social das empresas coligadas, o que pressupõe o conhecimento das dificuldades de cumprir contratos e prazos.

(ZULIANI, Ênio S. Corretagem. In: GUERRA, Alexandre D. de M. *et al.* **Comentários ao código civil - direito privado contemporâneo**. [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2019, cap. XIII)

No caso dos autos, entendo que o envolvimento da imobiliária no empreendimento se limitou à comercialização das unidades.

É certo que a logomarca da imobiliária constou na publicidade do empreendimento, ao lado da logomarca da incorporadora.

Esse fato, contudo, não denota, por si só, que a parceria entre as empresas teria extrapolado a fase de comercialização, de modo a atrair a responsabilidade da imobiliária.

A bem da verdade, o uso das logomarcas foi uma forma de transmitir a informação sobre qual seria a empresa responsável pela edificação do empreendimento e qual seria a responsável pela comercialização, atendendo-se assim ao dever de informação enunciado no art. 31, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

*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.*

Bem se vê, portanto, que o mero uso de logomarca na publicidade não enseja a responsabilização da imobiliária pelos danos experimentados pelos adquirentes da unidade entregue com atraso.

Ainda quanto ao dever de informação, os demandantes apontaram que teria havido falha quanto à informação acerca da possibilidade de atraso na obra, pois “*o vendedor sempre foi enfático ao prometer que o prazo de entrega seria rigorosamente cumprido*” (fl. 17).

Ora, a possibilidade de cumprimento tardio da obrigação é algo inerente a todo contrato. Não é por outra razão que o Código Civil dispõe de um título dedicado ao inadimplemento da obrigação e suas consequências (Título IV).

A par das normas gerais do Código Civil, o próprio contrato *sub examine* contém disposição sobre a mora na entrega da unidade imobiliária, prevendo o pagamento de uma indenização de 0,5% sobre o valor do imóvel por mês de atraso, indenização à qual a incorporadora se encontra condenada nestes autos.

Assim, por mais por mais enfático que tenha sido o corretor em exaltar a pontualidade da incorporadora, como alegado na inicial, tal estratégia de vendas não passa de *dolus bonus*<sup>[2]</sup>, não havendo falar, portanto, em vício no dever de informação.

Dessarte, seja pela ausência de vício de informação, seja pela ausência de envolvimento da imobiliária no empreendimento, a conclusão a que se chega, com base nos precedentes desta Corte Superior, é pela ausência de responsabilidade da imobiliária pela indenização dos adquirentes.

Ao decidir em sentido contrário, pela responsabilização solidária da imobiliária, o Tribunal de origem violou o enunciado normativo do art. 265 do Código Civil, segundo o qual “*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*”.

Em termos processuais, essa conclusão se traduz na improcedência do pedido indenizatório deduzido contra a imobiliária, restando procedente contra esta tão somente o pedido de restituição da SATI.

Esclareça-se que não se chega ao ponto de declarar a imobiliária parte ilegítima para a demanda, porque as condições da ação, dentre as quais a legitimidade das partes, é aferida, à luz da teoria da asserção, conforme as alegações deduzidas na inicial, abstraindo-se a veracidade dos fatos e a probabilidade de êxito da pretensão.

Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Civil e Processual Civil. Decisão interlocutória que rejeita a alegação de prescrição. Recorribilidade imediata por agravo de instrumento. Possibilidade. Cabimento do recurso com base no art. 1.015, II, do CPC/2015. Preclusão. Ocorrência. Ilegitimidade passiva. Teoria da asserção. Violação ao contraditório e à legítima defesa. Ausência. Divergência jurisprudencial prejudicada. Julgamento *extra petita*. Ausência de prequestionamento. Súmulas 5 e 7 do STJ.

1- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que as decisões interlocutórias que se pronunciam sobre a decadência ou a prescrição, seja para reconhecê-la, seja para afastá-la, versam sobre o mérito do processo, motivo pelo qual são agraváveis com base no art. 1.015, II, do CPC/2015. Precedentes.

2- A abordagem da matéria relativa à prescrição em decisão interlocutória, sob a égide do CPC/2015, deve ser atacada por Agravo de Instrumento, sob pena de preclusão.

3- O exame das condições da ação, como a legitimidade *ad causam*, deve ser realizado de acordo com a Teoria da Asserção, isto é, à luz das afirmações do autor constantes na petição inicial, sem qualquer inferência sobre a veracidade das alegações ou a probabilidade de êxito da pretensão deduzida.

4- Na hipótese dos autos, na linha do que decidido pelo Tribunal *a quo*, as alegações constantes da exordial no sentido de que a ré seria responsável por restituir os certificados não comercializados e cancelados é suficiente, de acordo com a teoria da asserção, para considerar presente a sua legitimidade passiva.

5- No que diz respeito à alegação de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se a inexistência de impugnação específica, como seria

de rigor, aos fundamentos da decisão agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

6- No que diz respeito à divergência jurisprudencial, importa consignar que não se pode conhecer do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que pretende a parte recorrente discutir idêntica tese já afastada, isto é, a tese relativa ao não cabimento do agravo de instrumento, ficando prejudicada, portanto, a divergência jurisprudencial aduzida.

7- No que tange a alegação de julgamento extra petita, tem-se, no ponto, inviável o debate, pois não se vislumbra o efetivo prequestionamento, o que inviabiliza a apreciação da tese recursal apresentada, sob pena de supressão de instâncias.

8- Conforme consignado na decisão recorrida, alterar o decidido no acórdão impugnado, no tocante à obrigação das partes contratualmente especificada, à comprovação da efetiva comercialização e devolução dos certificados de seguro individual não utilizados pela agravante e ao acerto do relatório da perícia - que concluiu pela existência de certificados a serem devolvidos ou o pagamento do valor relativo ao prêmio estipulado em contrato, exigiria o reexame de fatos e provas e a interpretação das cláusulas contratuais, procedimento vedado pelas Súmulas 5 e 7 do STJ.

9- Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.931.519/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 30/08/2021, DJe 02/09/2021)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais movida por associado em face do Presidente do clube por extrapolação de poderes. Legitimidade passiva. Teoria da asserção. Agravo não provido.

1. Em conformidade com o entendimento desta Corte Superior, segundo a teoria da asserção, as condições da ação, entre elas a legitimidade passiva, devem ser aferidas a partir das afirmações deduzidas na petição inicial.

2. No caso dos autos, não se discute uma conduta regular do ora agravante enquanto Presidente do clube, mas sim uma conduta que teria extrapolado os poderes a ele atribuídos, de modo que a comprovação do direito do autor à indenização pleiteada, em razão de eventual irregularidade e abuso dos atos praticados pelo recorrente, diz respeito ao mérito da causa, e não à sua legitimidade ativa.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.710.782/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/03/2021, DJe 26/03/2021)



No caso dos autos, tendo havido alegação de vício de informação e pedido de condenação solidária da imobiliária, impõe-se reconhecer que se encontra atendida a referida condição da ação, de modo que o resultado desfavorável à pretensão deduzida configura julgamento de mérito.

Por fim, esclareça-se que, tendo sido possível enfrentar diretamente o mérito recursal, descabe apreciar o pedido de anulação do acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, pois tal providência afrontaria os princípios da primazia do julgamento de mérito e da duração razoável do processo (art. 4º do CPC/2015<sup>[3]</sup> e art. 5º, inciso LXXVIII, da CF<sup>[4]</sup>).

Destarte, o recurso especial merece ser provido.

*Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso especial para, julgando improcedente o pedido a condenação solidária da imobiliária ao pagamento da parcela indenizatória.*

Tendo havido alteração do grau de decaimento das partes na demanda entre os adquirentes e a imobiliária, restringe-se a base de cálculo dos honorários a que condenada a imobiliária ao valor da restituição da SATI, e condena-se os autores a pagarem à imobiliária honorários advocatícios no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da parcela indenizatória da condenação, mantendo-se incólume condenação em honorários já fixada na origem para a demanda contra a incorporadora.

É o voto.

#### Referências

1. *Professor e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*
2. “Quando o vendedor elogia exageradamente o seu produto, realçando em demasia suas qualidades, não atua maliciosamente. Para tanto, exige-se do adquirente grau mediano de diligência para que possa perceber as criativas técnicas de marketing. A despeito disso, fica claro que a indicação de qualidades inexistentes ou a afirmação de garantias inverídicas extrapolam o limite do razoável, podendo configurar publicidade enganosa, sujeitando o infrator a sanções administrativas, civis e criminais” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. pp. 398-399)
3. Art. 4º. *As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

4. Art. 5º [...]. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.841.953-PR (2019/0230894-9)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: C G M

Advogados: Thiago José Mantovani de Azevedo e outro(s) - PR056690

Thiago de Freitas Marcolini - PR045607

Recorrido: R A B

Recorrido: S B M

Recorrido: B M

Advogados: Vladimir Stasiak e outro(s) - PR028354

Fabio Pasini Szakacs - PR059618

---

**EMENTA**

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Vícios no acórdão recorrido. Não ocorrência. Violação do art. 371 do CPC. Fatos constitutivos do direito do autor. Livre convencimento motivado. Súmula 7 do STJ. Conflitos familiares. Ameaças e perseguições em escola, cursos e instituições religiosas. Medidas protetivas em procedimento criminal. Compensação por dano moral. Possibilidade. Dissídio jurisprudencial sem similitude. Prejudicado.

1- Recurso especial interposto em 24/8/2018 e concluso ao gabinete em 27/3/2020.

2- Na origem, cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta pela ex-mulher e pelos filhos menores, ora recorridos, em razão da conduta do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistente em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

3- O propósito recursal consiste em dizer se seria possível efetivar-se a compensação por danos morais, advinda de conflitos familiares, concretizados em processo de separação judicial, por meio de ameaças e perseguições do genitor à ex-mulher e aos filhos.

4- É de ser afastada a existência de vícios no acórdão recorrido, à consideração de que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal *a quo* entendeu pertinente à solução da controvérsia.

5- O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado constitui prerrogativa concedida ao juiz, para que, com fulcro nos elementos relevantes constantes nos autos, possa firmar a convicção sobre a matéria debatida. Assim, o simples entendimento da Corte de origem a respeito do tema, no sentido de reconhecer que o recorrente causou acentuado sofrimento ao núcleo familiar, afasta a violação do art. 371 do CPC, já que devidamente motivada. Ademais, a questão probatória do ônus do autor é matéria inviável de ser analisada por esta Corte Superior, em virtude do óbice da Súmula n. 7 do STJ.

6- A dignidade e o afeto são valores que devem receber prestígio em todas as relações jurídicas, especialmente às de ordem familiar, em que se deve primar pela proteção integral de seus membros, em dimensão individual e social, respeitadas as diferenças e as vulnerabilidades, sob pena de a conduta lesiva gerar o dever de reparar o dano. Está superada, portanto, a visão de que não se aplicam os princípios da responsabilidade civil às relações familiares.

7- As provas delineadas, no acervo probatório constante nos autos, dão conta da profunda tristeza dos recorridos, ao relatar os diversos episódios que sofreram ao longo dos anos, em razão do clima de beligerância que se estendeu por cerca de nove anos, desde o processo de separação, de forma que foram atribuídos ao recorrente os seguintes fatos, além da própria concessão de medida protetiva em favor dos autores, na esfera criminal: a) foi diversas vezes ao colégio, às aulas de espanhol e a instituições religiosas frequentadas pelos filhos, entrando de forma violenta em tais locais, produzindo escândalos diuturnamente; b) perseguiu constantemente os recorridos; c) ameaçou a ex-mulher e os filhos; d) produziu situação vexatória na frente da

aula de karatê do filho menor; e) esmurrou a porta da empresa do ex-casal em Arapongas/PR, causando pânico na filha.

8- Dessa forma, a ação volitiva do recorrente causou abjeto transtorno aos recorridos, razão pela qual incide, na hipótese vertente, o dever de compensar o dano moral sofrido, já que presentes os elementos da responsabilidade civil, quais sejam conduta ilícita, nexo de causalidade e dano.

9- Não é possível conhecer do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional, uma vez que, além de os acórdãos colacionados não possuírem similitude com a hipótese dos autos, pretende a parte recorrente discutir idênticas teses já afastadas, ficando prejudicada a divergência jurisprudencial aduzida.

10- Recurso especial não 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, negar 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, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2021 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

---

DJe 29.11.2021

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por C. G. M., com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

*Recurso especial interposto em: 24/8/2018.*

*Concluso ao gabinete em: 27/3/2020.*

*Ação:* de indenização por danos materiais e morais, proposta pelos recorridos, em razão das supostas atitudes do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistentes em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

Os autores, ora recorridos, requereram a condenação do réu, ora recorrente, ao pagamento do valor de R\$ 10.502,72 (dez mil, quinhentos e dois reais e setenta e dois centavos), a título de danos materiais, além de danos morais a serem arbitrados pelo juiz. Requereram, ainda, que o recorrente fosse condenado a arcar, mensalmente, com o tratamento psicológico experimentado, caso demonstrada a necessidade.

*Sentença:* julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o requerido ao pagamento de compensação por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a cada um dos três autores, com correção monetária pela média do INPC e do IGPDI e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da citação, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

*Acórdão:* por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores; e conheceu, em parte, e negou provimento à apelação interposta pelo réu, nos termos da seguinte ementa:

*Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Conflito familiar. Genitor que constrange filhos e ex-cônjuge. Sentença de parcial procedência. Reconhecimento do dano moral. Apelação 01. Insurgência dos autores. Majoração dos danos morais. Valor fixado que atende aos critérios de razoabilidade. Recurso conhecido e não provido. Apelação 02. 1. Preliminar de prescrição. Inocorrência de prazo prescricional entre ascendentes e descendentes sob poder familiar. Código Civil de 2002, art. 197, inc. II. 2. Insurgência contra a condenação por dano moral. Situações vexatórias que ultrapassam o mero dissabor. Prova documental e oral suficientes. Dano moral configurado. 3. Compensação. Impossibilidade de conhecimento. Inovação recursal. Recurso conhecido em parte e não provido. (fl. 553)*

*Embargos de declaração:* opostos por C. G. M., foram rejeitados.

*Recurso especial:* aponta, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 371 e 1.022, I e II, todos do Código de Processo Civil, sob os seguintes argumentos:

a) ocorreu omissão no acórdão recorrido, pois deixou de manifestar-se quanto à tese de compensação da verba indenizatória com a doação realizada aos filhos;

b) o acórdão impugnado padeceu, ainda de contradição e omissão, na medida em que não valorou as provas de maneira adequada, notadamente quando a hipótese vertente demonstra a ocorrência de simples conflito familiar, não passível de indenização;

c) a parte autora não conseguiu provar o fato constitutivo do seu direito, no que tange à existência de dano moral, visto que os depoimentos apresentados pelos filhos não demonstram a ocorrência de feridas profundas advindas da relação familiar; ao passo que as afirmações da ex-mulher apenas retratam mágoas de um casamento desgastado pelo tempo e por dificuldades financeiras; e

d) restou comprovado que os recorridos não foram submetidos à situação vexatória ou a qualquer forma de exposição anormal, que pudesse gerar sentimento de eterna repulsa, mas, apenas, sofreram meros dissabores provenientes de conflitos de ordem familiar, incapazes, portanto, de ensejar indenização.

*Prévio juízo de admissibilidade:* o recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fls. 728-729), ascendendo a esta Corte Superior por meio da interposição de agravo (fls. 747-759), convertido, em seguida, no presente recurso especial (fl. 796).

*Parecer do MPF:* da lavra do Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares, deixando de manifestar-se sobre o mérito da controvérsia, por entender desnecessária a intervenção do Ministério Público Federal (fls. 804-807).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Na origem, cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta pela ex-mulher e pelos filhos menores, ora recorridos, em razão da conduta do ora recorrente (ex-marido e genitor), consistente em perseguições em escola, cursos e instituições religiosas, que causaram transtornos irreparáveis, com a exposição a escândalos e a situações vexatórias.

O propósito recursal consiste em dizer se seria possível efetivar-se a compensação por danos morais, advinda de conflitos familiares, concretizados

em processo de separação judicial, por meio de ameaças perseguições do genitor à ex-mulher e aos filhos.

### ***I. Da ausência de vícios no acórdão recorrido***

1. Inicialmente, impende consignar que a Corte de origem, ao contrário do que aduz o recorrente, emitiu tese a respeito da compensação da verba indenizatória com a doação realizada aos filhos, ao consignar que a referida matéria constituía inovação recursal, o que impossibilitaria o conhecimento do recurso, no ponto, sob pena de ofensa aos princípios da supressão de instância e do duplo grau de jurisdição (fl. 554).

2. Veja-se, ainda, que não ocorreram os vícios no acórdão recorrido, quanto à incorreta valoração das provas colacionadas aos autos, na medida em que o Tribunal *a quo*, com base no princípio do convencimento motivado, apenas chegou ao fundamento que considerou correto para a composição da lide, ao reputar que o recorrente perseguiu os recorridos, expondo-os a situações vexatórias.

3. No caso dos autos, pois, está nítido o propósito do recorrente de rediscutir temas que foram devidamente apreciados, o que, contudo, não é cabível na via estreita dos embargos de declaração.

4. Dessa forma, na hipótese em exame, é de ser afastada a existência de vícios no acórdão recorrido, à consideração de que a matéria impugnada foi enfrentada de forma objetiva e fundamentada no julgamento do recurso, naquilo que o Tribunal *a quo* entendeu pertinente à solução da controvérsia.

### ***II. Da ofensa ao art. 371 do CPC/2015***

5. O recorrente sustenta que a parte autora não conseguiu provar o fato constitutivo do seu direito, no que tange à existência de dano moral, visto que os depoimentos apresentados pelos filhos não demonstram a ocorrência de feridas profundas advindas da relação familiar; ao passo que as afirmações da ex-mulher apenas retratam mágoas de um casamento desgastado pelo tempo e por dificuldades financeiras.

6. Por outro lado, a Corte de origem asseverou que o recorrente ultrapassou, em muito, os limites da razoabilidade, fazendo com que o processo de separação causasse sofrimento profundo aos envolvidos, delineando um quadro de constrangimentos, angústias, pressões e ameaças. Entendeu, em consequência,

provado o fato constitutivo do direito da parte autora, com fulcro nos elementos de prova produzidos nos autos.

7. Nesse ponto, faz-se mister ressaltar que o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado constitui prerrogativa concedida ao juiz, para que, com fulcro nos elementos relevantes constantes nos autos, possa firmar a convicção sobre a matéria debatida.

8. Com efeito, esta Corte Superior ressalta que cabe ao juiz, como destinatário final, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da prova necessária à formação do seu convencimento. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.169.112/SC, *Primeira Turma*, DJe 2/8/2017; AgRg no REsp 1.293.742/PA, *Primeira Turma*, DJe 9/11/2016; AgRg no AREsp 282.045/DF, *Quarta Turma*, DJe 25/6/2013; AgRg no AREsp 189.265/RN, *Quarta Turma*, DJe 22/3/2013; AgRg no AREsp 527.731/SP, *Terceira Turma*, DJe 4/9/2014; AgRg no AREsp 15.400/GO, *Quarta Turma*, DJe 1º/2/2013; AgInt no AREsp 891.083/SP, *Quarta Turma*, DJe 20/9/2016; AgInt no REsp 1.358.752/CE, *Segunda Turma*, DJe 20/9/2016; AgRg no AREsp 846.321/RS, *Terceira Turma*, DJe 1º/9/2016; AgRg no AREsp 655.945/MG, *Quarta Turma*, DJe 21/10/2015; AgRg no REsp 1.301.328/RJ, *Quarta Turma*, DJe 23/10/2015.

9. Em suma, como destinatário final da prova, cabe ao juiz, respeitando os limites adotados pela civilística processual, proceder à exegese necessária à formação do livre convencimento motivado.

10. Dessa forma, observa-se que a persuasão racional, efetivada na hipótese em epígrafe, demonstra, conforme salientado alhures, o simples entendimento da Corte de origem a respeito do tema, no sentido de reconhecer que o recorrente causou acentuado sofrimento ao núcleo familiar, razão pela qual se afasta a violação do art. 371 do CPC, já que devidamente motivada.

11. Ademais, registre-se que a questão probatória do ônus do autor é matéria inviável de ser analisada por esta Corte Superior, em virtude do óbice da Súmula n. 7 do STJ. A propósito: AgInt no AREsp 1.011.331/RS, *Terceira Turma*, DJe 7/3/2018; AgInt no AREsp 698.414/RS, *Segunda Turma*, DJe 23/10/2017; REsp 741.235/PR, *Terceira Turma*, julgado em 03/06/2008, DJe 20/6/2008; AgInt no AREsp 876.079/PR, *Quarta Turma*, DJe 8/9/2016; AgRg no AREsp 597.537/SP, *Segunda Turma*, DJe 30/3/2016; AgRg no AREsp 589.275/PR, *Terceira Turma*, DJe 27/10/2015.



### III. Da responsabilidade civil. Compensação do dano moral

12. O vocábulo ‘responsabilidade’ contém a raiz latina *spondeo*, cujo significado se manifestava na fórmula pela qual se vinculava o devedor nos contratos verbais, no Direito Romano. Registra-se, ainda, a título propedêutico, que a origem da palavra ‘responsabilidade’ advém do verbo latino *respondere*, consubstanciando o fato de o indivíduo responder como garantidor de algo, assumindo as consequências jurídicas de determinada atividade.

13. Verifica-se, amiúde, que a responsabilidade civil encontra respaldo, *prima facie*, no apotegma de Ulpiano: *neminem laedere*. Nesse sentido, com suporte no princípio da proibição da ofensa, procura-se restringir a liberdade individual de forma circumspecta à sociedade.

14. Com efeito, “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1).

15. Na clássica lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, um dos mais árdios e complexos problemas jurídicos é inegavelmente o da responsabilidade civil. Nele se refletem as atividades humanas, individuais e contratuais, de modo que estudá-lo importa em imergir no exame atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional para atingir um outro mais vasto, cuja pesquisa exige um apelo às análises psicológicas e a considerações deduzidas do espírito do autor do ato. (SERPA LOPES. Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. rev. e atual., v. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 158)

16. Na feliz síntese de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, “o dever de indenizar surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos na vida social”. (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *Dever de indenizar*. Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 2, n. 6, p. 1-20, 1967, p. 1).

17. De fato, o período atual de desenvolvimento da sociedade reclama a participação concreta do Estado Democrático de Direito. A responsabilidade civil hodierna transpôs o princípio consubstanciado na ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*). No cerne da motivação em tela, exsurge o aspecto funcional da reparação civil. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam que “... na vereda de tais idéias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do dano à vítima;

punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23).

18. A função compensatória do dano é carreada com fulcro no restabelecimento do *status quo ante*, isto é, à situação que se encontrava anteriormente. Implica dizer que a reparação civil deverá proporcionar o retorno à condição que antecedeu o ato lesivo. A compensação do dano pode ocorrer por via direta, com a consequente reposição do bem, ou por via incidental, com o pagamento de indenização concernente ao valor do bem perdido, quando se torna irrealizável o restabelecimento ao estado anterior.

19. Ademais, o pressuposto fundamental para a reparação do dano causado se pauta na noção de culpa. O Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou a responsabilidade subjetiva no artigo 186, ao dispor que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

20. No ponto, Marcos Bernardes de Mello coteja o ato ilícito de acordo com o respectivo suporte fático:

Sempre que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, alguém imputável viola direito ou causa prejuízo a terceiro, comete um ato ilícito *stricto sensu*, ou ato ilícito absoluto. Este configura a espécie definida no art. 186 do Código Civil.

Constituem elementos completantes do núcleo do ato ilícito *stricto sensu*, caracterizando-o fundamentalmente:

(i) A espécie de direito ofendido. Com efeito, para que uma conduta seja classificada como ato ilícito *stricto sensu* é essencial que entre o ofensor e o ofendido (a) não exista qualquer relação jurídica ou, (b) se houver, que seja de direito absoluto (=relação jurídica com sujeito passivo total, o *alter*). Se há relação jurídica de direito relativo (= relação jurídica com sujeito passivo determinado, individuado) e o direito violado é conteúdo dessa relação, o ato não é ilícito *stricto sensu*, mas ato ilícito relativo ou ilícito caducificante. Mesmo quando há relação jurídica de direito relativo entre o ofensor e o ofendido, mas o ilícito não decorre de quebra de dever conteúdo da relação, há ato ilícito *stricto sensu*. Assim, as violações a direitos reais, como a propriedade, ou a direito da personalidade, como direito à vida, saúde, honra, liberdade, nome etc., constituem atos ilícitos *stricto sensu*. Por essa razão, o ato ilícito *stricto sensu* também recebe a denominação de ato ilícito absoluto, que seria, até, mais apropriada não fora existirem, também, o

fato *stricto sensu* ilícito absoluto e o ato-fato ilícito absoluto, o que poderia gerar confusões terminológicas.

(ii) O dano, uma vez que todo ato ilícito *stricto sensu* é danoso. O dano pode não ser apenas patrimonial; envolve também o dano moral e o dano estético. Em qualquer espécie, porém, a sua reparação tem natureza patrimonial.

(iii) E, finalmente, a reparabilidade do dano, mediante indenização. Com a indenização pretende-se reparar o dano, tornando o ato indene (sem dano). (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 243-244)

21. Nesse sentido, observa-se que o dano é elemento indispensável à responsabilidade civil. Configura pressuposto basilar para a viabilidade da reparação. De fato, sem a cristalização de prejuízo a outrem, não se manifesta a obrigação de reparar. Onde não existe dano, não paira a responsabilidade.

22. No referido contexto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assestam os requisitos para a corporificação do dano indenizável: a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica (o dano pressupõe ofensa ao bem material ou moral tutelado); a certeza do dano (refere-se à existência de dano efetivo, não sobrepassando a responsabilidade civil na recomposição de dano abstrato, hipotético, conjectural); e, por fim, a subsistência do dano (o dano deve subsistir no momento da devida exigibilidade em juízo, pois, obviamente, o prejuízo já reparado malogra a discussão judicial, devido à ausência de interesse). Definem, ainda, o dano moral, de forma a retratar o prejuízo aos direitos de índole pessoal, como aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual., v. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43-44; e 61-62)

23. Em suma, o dano moral consubstancia lesão não material na esfera de pessoa física ou jurídica. Não obstante a defesa da irreparabilidade do dano moral, edificada na passada centúria, a Constituição Federal de 1988 exauriu quaisquer dúvidas pertinentes à temática. De fato, a Carta Magna previu, expressamente, no artigo 5º, incisos V e X, a reparação dos danos morais.

24. Nesse diapasão, Caio Mário da Silva Pereira itera a censura direcionada a plausibilidade de discussão hodierna, quanto à reparabilidade do dano moral, aduzindo:

A Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral (...). Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo.

É de acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos.

Com efeito:

Aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente, de *numerus clausus*, ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa, porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de *construction*.

Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em o nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58).

25. Com efeito, o dano moral é resultado da afronta a direito da personalidade, entendida em seu amplo espectro (MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. In: *Livro em Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Janaina Conceição Paschoal, Renato de Mello Jorge Silveira (Org.). Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 298).

26. Conclui-se, aprioristicamente, que a responsabilidade civil tenciona reprimir a lesão causada, restituindo a vítima ao estado anterior, materializado pela recomposição da coisa *in natura* ou pela compensação em pecúnia do dano.

#### *IV. Da compensação do dano moral advindo de relação familiar*

27. As vicissitudes sociais culminaram na passagem da família como instituição, para a família como instrumento de realização de seus membros, movida pela afetividade.

28. Nas palavras de Gustavo Tepedino, a família transpôs o valor intrínseco, o simples fato de existir, para notabilizar-se como instrumento direcionado ao

desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos respectivos membros. (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 421-422)

29. O vínculo entre os familiares não é mais de posse e domínio, mas sim de amor, ternura, na busca da felicidade mútua, baseada na convivência diuturna e no respeito recíproco. É unívoco o entendimento entre os juristas no sentido de que o afeto deve ser apontado como o alicerce do núcleo familiar, de modo que se passa a conferir maior relevância aos aspectos afetivos da convivência, valorizando-se cada um dos membros da família. Em contrapartida, tal enaltecimento do vínculo de afetividade passou a exigir a responsabilidade por atos cometidos em âmbito familiar (MARCONDES, Laura de Toledo Ponzoni. *Dano Moral das Relações Familiares*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013)

30. Com efeito, adverte Maria Celina Bodin de Moraes que a “responsabilidade civil entra no seio familiar, reconhecendo danos a serem ressarcidos por maridos às esposas e vice-versa, por pais aos filhos, excepcionalmente até por avós aos netos, pessoas habituadas a querer-se bem ou a relacionar-se com afeto”. E conclui: como em todas as demais relações jurídicas, também nas relações familiares podem ocorrer lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade familiar, que ensejarão a compensação por danos morais. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil*. Revista Forense, v. 386, 2006, p. 184-191)

31. Por essas razões, como leciona Regina Beatriz Tavares da Silva, está superada aquela visão de que não se aplicam os princípios da responsabilidade civil às relações familiares. Aqui, “vale a pena observar que a corrente que tenta, após essa superação, impedir a aplicação dos princípios da reparação de danos, defende a desjuridicização da família”. (TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Responsabilidade civil nas relações de família*. In: Revista Jurídica da FA7, Fortaleza, v. 17, n. 2, maio/ago. 2020, p. 102)

32. Em verdade, o ato ilícito praticado entre membros da família se reveste de natureza ainda mais grave do que o provocado por terceiro, justamente ante a situação privilegiada em que se encontra o agressor, a possibilitar, portanto, a reparação civil. Isso porque nada destrói mais uma família do que o dano causado pelos próprios membros, de forma que a reparabilidade do dano moral

funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano. (CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71)

33. Nesse sentido, é justamente na relação familiar que deve ser realçada a dignidade da pessoa humana, mormente porque a família constitui a primeira destinatária dos direitos fundamentais. Com efeito, não é possível mencionar-se a salvaguarda dos direitos de liberdade, de igualdade, de personalidade, se eles não forem protegidos já no âmbito familiar.

34. Assim, como já tive oportunidade de expressar, “a família – mergulhada em situação conflituosa pelo seu desmantelamento – necessita da tutela do Direito, para fazer valer os deveres e responsabilidades assumidos quando de sua constituição. Se o afeto deixou de existir e fez erguerem-se barreiras de tormento e rancor entre os outrora enamorados, é salutar que, com o fim do almejado sentimento, não seja varrida também a correspectiva reparação do dano subjacente à quebra de regras de convivência, que tenha acarretado sofrimento pungente ao espírito e ao físico do lesionado”. (Ministra Nancy Andrighi. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11-13)

35. Em suma, a dignidade e o afeto são valores que devem receber o prestígio em todas as relações jurídicas, especialmente às de ordem familiar, em que se deve primar pela proteção integral de seus membros, em dimensão individual e social, respeitadas as diferenças e as vulnerabilidades, sob pena de a conduta lesiva gerar o dever de reparar o dano.

#### ***V. Da hipótese dos autos e do deslinde da controvérsia***

36. Compulsando os autos, observa-se que a Corte de origem manteve a compensação pelos danos morais sofridos, fixados na sentença, na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrido. Isso porque considerou que o recorrente ultrapassou, em muito, os limites da razoabilidade, fazendo com que o processo de separação judicial causasse sofrimento profundo nos envolvidos, fazendo, inclusive, que esse martírio se prolongasse ao longo de anos, atingindo toda a adolescência da filha S. M. e boa parte da infância e da adolescência do filho B.M.

37. O Tribunal *a quo* passa a enumerar as diversas provas colacionadas aos autos, tais como mensagens postadas em redes sociais, e-mails, além de um relatório psicológico que demonstra o sofrimento emocional dos menores.

Soma-se a isso procedimento instaurado na 2ª Vara Criminal de Arapongas/PR, que resultou na aplicação de medidas protetivas em favor dos recorridos, justamente devido à aproximação agressiva e constrangedora por parte do recorrente. Em verdade, o acórdão recorrido traduz-se em uma verdadeira miríade de condutas abusivas perpetradas contra os recorridos, com inúmeras situações vexatórias, algumas registradas em boletim de ocorrência, outras declaradas em documento.

38. Com efeito, as provas delineadas, no acervo probatório constante nos autos, dão conta da profunda tristeza dos recorridos, ao relatar os diversos episódios que sofreram ao longo dos anos, em razão do clima de beligerância que se estendeu por cerca de nove anos, desde o processo de separação. Citam-se, a título de exemplo, os seguintes fatos atribuídos ao recorrente: a) foi diversas vezes ao colégio, às aulas de espanhol e a instituições religiosas frequentadas pelos filhos, entrando de forma violenta em tais locais, produzindo escândalos diuturnamente; b) perseguiu constantemente os recorridos; c) ameaçou a ex-mulher e os filhos; d) produziu situação vexatória na frente da aula de karatê do filho menor; e) esmurrou a porta da empresa do ex-casal em Arapongas/PR, causando pânico na filha.

39. Há, nos autos, também, depoimento de testemunha, que trabalhou no empreendimento do casal, acerca dos constantes exageros e comportamentos desproporcionais praticados pelo recorrente dentro do próprio espaço empresarial, geradores de discórdias e causadores de constrangimento à família.

40. Verifica-se, inclusive, que o próprio recorrente, em e-mail por ele mesmo enviado, reconheceu que, em determinadas situações, a sua conduta foi extremamente invasiva e desproporcional, admitindo, em suma, que extrapolou os limites da razoabilidade.

41. Com efeito, a conduta do recorrente causa profunda espécie, em particular nas feridas deixadas nos recorridos ao longo dos anos, com a aproximação agressiva, invasiva e constrangedora, a ponto de a filha afirmar, no depoimento transcrito, no acórdão recorrido, que “vivia fugindo do genitor, pois o mesmo (*sic*) lhe causava um abalo psicológico imensurável”. (fl. 558)

42. Veja-se, portanto, que a ação volitiva do recorrente causou abjeto transtorno aos recorridos, razão pela qual incide, na hipótese vertente, o dever de compensar o dano moral sofrido, já que presentes os elementos da responsabilidade civil, quais sejam conduta ilícita, nexo de causalidade e dano.

43. Ademais, o atual contato e possível entendimento com os filhos não possui o condão de deslustrar os fatos pretéritos, porquanto a chaga do ultraje se cristalizou a partir dos diversos atos ilícitos desferidos pelo recorrente. Não se quer dizer, com isso, que a reparação do dano moral em dinheiro se estabelece com base no *pretio doloris*. De fato, a compensação do dano moral não torna possível a supressão do prejuízo sofrido. Significa dizer que o dinheiro não estabelece relação de equivalência com o dano. Visa, tão somente, a atenuar as consequências do infortúnio suportado. Nesse sentido, possui natureza sancionadora-compensatória.

44. Realça-se, assim, a função satisfatória da reparação, isto é, a vítima não requer a equivalência em pecúnia do preço da dor sofrida. Pretende, apenas, suavizar o sofrimento moral, abrandando as sequelas penosas enlevadas pelo espírito.

45. Nesse diapasão, com fulcro nos fundamentos em epígrafe, não merece reforma o acórdão recorrido.

#### *VI. Do dissídio jurisprudencial*

46. Por fim, no que diz respeito à interposição do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, importa consignar que não se pode conhecer do recurso, uma vez que, além de os acórdãos colacionados não possuírem similitude com a hipótese dos autos, pretende a parte recorrente discutir idênticas teses já afastadas, ficando prejudicada a divergência jurisprudencial aduzida.

#### *VII. Conclusão*

47. Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial.

48. Deixo de fixar honorários, em virtude da ausência de condenação na instância de origem.

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.930.256-SP (2021/0093404-0)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andriighi

Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze



Recorrente: F B C

Advogado: Julio Cesar Gorrasi - SP338430

Recorrente: G B I L

Advogados: Eduardo Bastos Furtado de Mendonça - RJ130532

Felipe de Melo Fonte - RJ140467

Luna Van Brussel Barroso - RJ224281

Recorrido: Os Mesmos

---

### EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Divulgação de fotografias de nudez (produzidas e cedidas com fins comerciais) sem o consentimento da modelo retratada, em endereços eletrônicos da *internet*. Responsabilidade do provedor para promover a retirada do conteúdo indicado a partir da determinação judicial para tanto. Art. 21 do Marco Civil da *Internet*. Inaplicabilidade. Recurso especial provido do provedor de *internet* e prejudicado o manejado pela parte demandante.

1. Controverte-se sobre a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da *Internet* à hipótese de veiculação de fotografias de nudez (produzidas e cedidas com fins comerciais), em endereços eletrônicos da *internet*, sem a autorização da modelo fotografada, tampouco da revista a quem o material foi cedido. Discute-se, assim, especificamente, se a responsabilidade do provedor para promover a retirada do conteúdo inicia-se a partir da notificação extrajudicial, a atrair a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, ou se haveria necessidade de ordem judicial, nos termos do art. 19 da citada lei.

2. O art. 21 do Marco Civil da *internet* traz exceção à regra de reserva da jurisdição estabelecida no art. 19 do mesmo diploma legal, a fim de impor ao provedor, de imediato, a exclusão, em sua plataforma, da chamada “pornografia de vingança” — que, por definição, ostenta conteúdo produzido em caráter particular —, bem como de toda reprodução de nudez ou de ato sexual privado, divulgado sem o consentimento da pessoa reproduzida.

2.1 A motivação da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização da pessoa reproduzida,

se por vingança ou por qualquer outro propósito espúrio do agente que procede à divulgação não autorizada, é, de fato, absolutamente indiferente para a incidência do dispositivo em comento, sobretudo porque, de seu teor, não há qualquer menção a esse fator de ordem subjetiva. Todavia, o dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, seja produzido em “caráter privado”, ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular.

2.2 Há, dado o caráter absolutamente privado em que este material foi confeccionado (independentemente do conhecimento ou do consentimento da pessoa ali reproduzida quando de sua produção), uma exposição profundamente invasiva e lesiva, de modo indelével, à intimidade da pessoa retratada, o que justifica sua pronta exclusão da plataforma, a requerimento da pessoa prejudicada, independentemente de determinação judicial para tanto.

2.3 O preceito legal tem por propósito proteger/impedir a “disponibilização, na rede mundial de computadores, de conteúdo íntimo produzido *em caráter privado*, sem autorização da pessoa reproduzida, independentemente da motivação do agente infrator. Não é, porém, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance.

2.4 É indiscutível que a nudez e os atos de conteúdo sexuais são inerentes à intimidade das pessoas e, justamente por isso, dão-se, em regra e na maioria dos casos, de modo reservado, particular e privativo. Todavia — e a exceção existe justamente para confirmar a regra — nem sempre o conteúdo íntimo, reproduzido em fotos, vídeos e outro material, apresenta a referida natureza privada.

3. As imagens íntimas produzidas e cedidas com fins comerciais — a esvaziar por completo sua natureza privada e reservada — não se amoldam ao espectro normativo (e protetivo) do art. 21 do Marco Civil da *Internet*, que excepciona a regra de reserva da jurisdição.

3.1 Sua divulgação, na rede mundial de computadores, sem autorização da pessoa reproduzida, por evidente, consubstancia

ato ilícito passível de proteção jurídica, mas não tem o condão de excepcionar a reserva de jurisdição (que se presume constitucional, até declaração em contrário pelo Supremo Tribunal Federal).

3.2 A proteção, legitimamente vindicada pela demandante, sobre o material fotográfico de conteúdo íntimo, produzido comercialmente e divulgado por terceiros sem a sua autorização, destina-se a evitar/reparar uma lesão de cunho primordialmente patrimonial à autora (especificamente, os alegados lucros cessantes) e, apenas indiretamente, a sua intimidade.

4. Recurso especial do Provedor de *internet* provido. Prejudicado o recurso especial da demandante.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso especial interposto por G B I L e julgar prejudicado o recurso especial interposto por F B C, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Vencidos a Sra. Ministra Nancy Andrighi e o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/Acórdão

---

DJe 17.12.2021

## EMENTA

Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Marco Civil da *Internet*. Provedor de aplicação. Divulgação de imagens com conteúdo pornográfico sem o consentimento da retratada. Âmbito de aplicação do art. 21 do MCI. Pornografia não consensual. Prequestionamento parcial. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Realização de perícia. Preclusão. Dissídio jurisprudencial. Não comprovação. Julgamento: CPC/2015.

1. Ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em 16/05/2017, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais interpostos em 16/12/2020 e 18/12/2020 e conclusos ao gabinete em 06/04/2021.

2. O propósito recursal de G B I L é definir a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da fotografada, tampouco da revista à qual se destinaram as imagens. Por sua vez, o propósito recursal de F B C é dizer sobre a) a ocorrência de negativa jurisdicional; b) a possibilidade de realização de prova pericial, em sede de liquidação de sentença, para quantificação dos danos materiais e c) a ocorrência de sucumbência mínima.

3. Recurso especial de G B I L.

3.1. O entendimento desta Corte é no sentido de que a responsabilidade dos provedores de aplicações é subjetiva. Precedentes. O termo inicial para que o provedor seja considerado responsável por conteúdo gerado por terceiro pode ser a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor, caso o ocorrido tenha se verificado quando não estava em vigor o MCI ou a notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário por aquele que se considera ofendido (art. 19 do MCI). Todavia, a própria Lei n. 12.965/2014 consagra exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet na hipótese de “vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” (art. 21). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo e não a partir da ordem judicial com esse comando.

3.2. O art. 21 do MCI tutela a denominada “pornografia de vingança” (*revenge porn*), a qual comumente se verifica em termos de relacionamentos, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação com vistas a punir a outra pelo encerramento do vínculo afetivo. No entanto, tal dispositivo legal não se aplica apenas a essas situações, haja vista que legislador não faz referência à motivação do agente. Assim, o termo mais adequado para caracterizar a hipótese

retratada na norma é “pornografia não consensual”, que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização.

3.3. A proteção conferida pelo Marco Civil da Internet à pessoa que teve a sua imagem íntima divulgada ilicitamente guarda estreita relação com o direito à imagem, à intimidade e à privacidade assegurados no plano constitucional e infraconstitucional.

3.4. O direito à imagem visa a proteger o interesse da pessoa de insurgir-se contra a sua divulgação em circunstâncias relativas à sua vida privada. Especialmente para fins de aplicação do art. 21 do MCI, se a pessoa exposta consentiu com a realização da fotografia ou vídeo, é imprescindível perquirir acerca do propósito do consentimento. Vale dizer, se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem.

3.5. Com relação à privacidade e à intimidade, considera-se como local público aquele que pode ser acessado por qualquer indivíduo, sem restrições. Mas, para a adequada tutela da privacidade e em atenção à boa-fé objetiva, o mais importante é analisar a expectativa de privacidade do retratado em torno do ato captado. Isto é, se a pessoa representada tinha consciência de que a cena registrada seria divulgada e em que extensão isso ocorreria.

3.6. Caso a vítima tenha participado de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino e com acesso restrito a maiores de idade e mediante pagamento, não houve autorização para a exposição pública dessas imagens com conteúdo pornográfico. A retratada não tinha expectativa de que as fotografias seriam republicadas em *blogs* da *internet* e liberadas para acesso por qualquer indivíduo que se conectasse à *internet*. A reprodução das imagens, em tal circunstância, viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade, de modo que sobressai um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 do MCI. Portanto, esse dispositivo legal não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também a hipótese de divulgação de fotografias de nudez obtidas com o consentimento da vítima para publicação em

determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros *sites* da *internet* sem a sua autorização.

#### 4. Recurso especial de F B C.

4.1. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4.2. Não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. Precedentes.

4.3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é consolidada no sentido de que a ausência de depósito judicial da remuneração do perito acarreta a preclusão do direito à produção da prova pericial.

4.4. Decisões monocráticas não servem como paradigmas para fins de demonstração do dissídio jurisprudencial.

4.5. Não é possível a apreciação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por demandar incursão no suporte fático da demanda (Súmula 7/STJ). Precedentes.

5. Recurso especial de G B I L conhecido e desprovido e recurso especial de F B C parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por G B I L e F B C, o primeiro com fundamento na alínea “a” e o segundo nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

*Recursos especiais interpostos em:* 16/12/2020 e 18/12/2020.

*Conclusos ao gabinete em:* 06/04/2021.

*Ação:* de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais movida por F B C em face d G B I L, em razão da divulgação gratuita e sem a sua anuência de fotos com nudez explícita em *blogs* por ela hospedados e que foram tiradas em ensaio fotográfico realizado para uma revista masculina.

Refere que, mesmo após a notificação de G B I L para remover os conteúdos, diversas páginas permaneceram ativas.

*Sentença*: julgou parcialmente procedentes os pedidos, “**para condenar à requerida o cumprimento de obrigação de fazer, quanto ao (i) fornecimento do nome e número de IP dos usuários relacionados às URLs de fls. 210/220; (ii) remover o conteúdo indicado nas URLs de fls.210/220 e excluir dos resultados de pesquisa do GOOGLE SEARCH, GOOGLE IMAGES as URLs fls. 210/225 e 253/261 (e os conteúdos nelas contidos)**” (e-STJ, fl. 1.111).

*Acórdão*: conheceu parcialmente do recurso de apelação interposto pela segunda recorrente e, na parte conhecida, deu-lhe parcial provimento, conforme a seguinte ementa:

*Obrigação de fazer combinada com indenização por danos materiais e morais. Veiculação, sem autorização, de imagens de ensaio sensual por blogs hospedados pela requerida. Parcial procedência. Insurgência da autora. Parcial cabimento. Valor da causa. Alteração do valor da causa de ofício. Possibilidade. Incidência do art. 292, § 3º, do CPC. Inocorrência de violação do princípio da não surpresa. O fundamento a que faz referência o art. 10 do CPC é o jurídico, e não o legal propriamente dito. Este último, como no caso, é aplicável pelo juiz, independente de prévia manifestação das partes. Valor da causa que foi fixado corretamente pelo magistrado. Danos materiais. Inviabilidade de apurar quantas visitas as fotos indevidamente publicadas teriam recebido nos sites discriminados. Preclusão da prova pericial. Dano moral. Ocorrência. Responsabilidade da ré por publicação de conteúdo ilícito praticada por terceiros que se inicia da notificação extrajudicial em casos de nudez. Inaplicabilidade do art. 19 da Lei n. 12.965/14. Precedentes do STJ. Valor que deve ser arbitrado em R\$ 20.000,00. Multa por descumprimento de ordem judicial liminar. Não conhecimento. Questão que deve ser decidida em sede própria. Cumprimento provisório que já foi movido pela autora. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido.*

*Recurso especial de G B I L*: suscita violação ao art. 1.022, II, do CPC/2015 e ao art. 21 do Marco Civil da Internet. Aduz que o Tribunal de origem não se manifestou sobre o fato de que o debate gira em torno de questão contratual e não de divulgação de conteúdo privado de nudez. Argumenta que o referido art. 21 se aplica apenas à hipótese de exposição não consentida de material pornográfico de caráter privado (pornografia da vingança), não se aplicando à situação dos autos, que diz respeito à reprodução por terceiros de imagens com cenas de nudez sem a correspondente remuneração. Defende, assim, ser descabida sua responsabilização em decorrência do não atendimento do pedido extrajudicial de remoção do conteúdo. Requer, por conseguinte, o afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos morais ou, subsidiariamente, o retorno dos autos à origem para novo julgamento.

*Recurso especial de F B C*: alega afronta aos arts. 1.022, I a III e 86, parágrafo único, do CPC/2015, ao art. 21 da Lei 12.965/14, aos arts. 186 e 927 do CC/02, aos arts. 14, 17 e 34 do CDC e aos arts. 102 e 103 da Lei 9.610/98, além de divergência jurisprudencial com o REsp 1.871.191/SP. Alega que o TJ/SP não examinou os vícios indicados nos embargos de declaração. Sustenta ser descabida a negativa de realização de perícia em sede de liquidação de sentença para averiguar os danos materiais. Menciona que as inúmeras visualizações geraram e continuam gerando prejuízos patrimoniais. Acrescenta ser evidente a violação dos direitos autorais, haja vista que o acesso às fotos é autorizado apenas por meio do *site* da revista licenciada e mediante o pagamento de R\$ 167,00. Ressalta que a ata notarial juntada aos autos revela que, após o julgamento da apelação, as 27 URLs permanecem ativas. Por fim, salienta que deve ser reconhecida a sua sucumbência mínima, condenando-se a recorrida a arcar com a integralidade das custas processuais e honorários advocatícios.

*Juízo prévio de admissibilidade*: os recursos especiais foram admitidos pelo Tribunal local.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal de G B I L é definir a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da fotografada, tampouco da revista à qual se destinaram as imagens.

Por sua vez, o propósito recursal de F B C é dizer sobre a) a ocorrência de negativa jurisdicional; b) a possibilidade de realização de prova pericial, em sede de liquidação de sentença, para quantificação dos danos materiais e c) a ocorrência de sucumbência mínima.

### *I. Recurso especial de G B I LTDA.*

#### *I.I. Dos provedores de aplicação na internet.*

1. 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).

2. Na *internet*, há uma multiplicidade de atores oferecendo diferentes tipos de serviços e utilidades para os usuários. Ante a ausência de uma orientação legislativa clara, a jurisprudência acabou por definir os diversos tipos de provedores de serviços e utilidades na internet. Veja-se, nesse sentido, o que foi estabelecido no REsp 1.316.921/RJ (Terceira Turma, DJe 29/06/2012):

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.

3. A partir do Marco Civil da Internet, em razão de suas diferentes responsabilidades e atribuições, é possível distinguir simplesmente duas categorias de provedores: (i) os provedores de conexão; e (ii) os provedores de aplicação.

4. Os provedores de conexão são aqueles que oferecem “*a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP*” (art. 5º, V, MCI). No Brasil, os provedores de conexão acabam, em sua maioria, confundindo-se com os próprios prestadores de serviços de telecomunicações, que em conjunto detêm a esmagadora maioria de participação neste mercado.

5. Por sua vez, utilizando as definições estabelecidas pelo art. 5º, VII, do Marco Civil da Internet, uma “*aplicação de internet*” é o conjunto de

funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à *internet*.

6. Como é possível perceber, essas funcionalidades podem ser as mais diversas possíveis, tais como serviços de e-mail, redes sociais, hospedagem de dados, compartilhamento de vídeos, e muitas outras ainda a serem inventadas. Por consequência, os provedores de aplicação são aqueles que, sejam com ou sem fins lucrativos, organizam-se para o fornecimento dessas funcionalidades na *internet*.

7. No particular, a recorrente oferece serviço de hospedagem de *blogs*. Os *blogs* – contração da expressão inglesa *weblog* que, numa tradução literal, significa diário da rede (mundial de computadores) – consistem em páginas na internet cuja estrutura possibilita sua rápida e constante atualização mediante acréscimo dos denominados *posts* (comentários, artigos), que em geral têm como foco a temática que dá origem ao próprio *blog*.

8. Ressalte-se, por fim, que a recorrente se limita a abrigar e oferecer ferramentas para edição de *blogs* criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários.

*I.II. Da responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdos gerado por terceiros.*

9. As discussões acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicações apresentam uma complexidade elevada, já que, em regra, não se está a discutir uma ofensa diretamente causada pelo provedor, mas sim por terceiros usuários das funcionalidades por ele fornecidas. A dificuldade é ainda mais elevada quando os provedores não exercem nenhum controle prévio sobre aquilo que fica disponível on-line, o que afasta a responsabilidade editorial sobre as informações.

10. Este Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de examinar a questão relativa ao regime de responsabilidade civil aplicável aos provedores de aplicações por conteúdos gerados por terceiros. O entendimento desta Corte é no sentido de que a responsabilidade dos provedores é subjetiva. A propósito:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação condenatória. Decisão monocrática que deu provimento ao reclamo. Insurgência da requerida.

1. Nos termos dos Enunciados Administrativos n. 2 e 3 deste Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se aos recursos as regras do diploma processual vigente ao tempo da publicação desafiada.

1.1. No caso em tela, tanto o recurso especial quanto o respectivo agravo foram interpostos em face de decisões publicadas na vigência do CPC/73, sendo aplicáveis a eles tal regramento.

1.2. O agravo interno, por sua vez, desafia decisão publicada na vigência do CPC/15, de modo que o prazo de interposição correspondente é de 15 (quinze) dias úteis, o que foi respeitado pela insurgência *sub judice*.

2. Conforme a jurisprudência deste Tribunal Superior, não incide aos provedores de conteúdo da internet a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02, sendo descabida, ainda, a exigência de fiscalização prévia.

*2.1. Aos provedores de conteúdo aplica-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para removê-la. Precedentes.*

2.2. A Corte de origem rejeitou o apelo da autora, em que se discutiam fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, afirmando que a responsabilidade da requerida somente poderia ser reconhecida caso descumprisse notificação judicial, sem ao menos analisar as alegações quanto à empresa-ré ter sido devidamente comunicada a respeito de conteúdo ofensivo, o que destoava da citada jurisprudência.

2.3. Deve ser mantida a decisão monocrática que determinou o retorno dos autos à origem para novo julgamento, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, de modo a evitar a supressão de instância, uma vez que a causa não se encontra madura para julgamento neste Tribunal.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 685.720/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 16/10/2020) (grifou-se)

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Google. Blogger. Ação de reparação por danos morais. Conteúdo reputado ofensivo. Monitoramento prévio. Ausência. Responsabilidade objetiva. Afastamento.

1. Ação ajuizada em 09/07/2010. Recurso especial interposto em 08/08/2014 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. A verificação do conteúdo das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle.

*3. Aos provedores de aplicação, utiliza-se a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com*

*aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não tomar as providências necessárias para a sua remoção. Precedentes.*

4. Na hipótese dos autos, não houve determinação de monitoramento prévio, mas de retirada do conteúdo de blog, nos termos da jurisprudência deste STJ.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.603/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017) (grifou-se)

11. Destaque-se que essa teoria se subdivide em duas vertentes a depender do termo inicial para se considerar o provedor de aplicação responsável por conteúdo gerado por terceiro. Esse termo *a quo* pode ser: (i) a notificação do próprio usuário, pelos meios oferecidos pelo provedor, caso o ocorrido tenha se verificado quando não estava em vigor o MCI ou (ii) a notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário por aquele que se considera ofendido, nos termos do art. 19 do MCI.

12. Todavia, a própria Lei n. 12.965/2014 consagra exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet na hipótese de “*vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*” (art. 21). Nessas circunstâncias, o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo particular interessado na remoção desse conteúdo e não a partir da ordem judicial com esse comando.

13. A controvérsia devolvida a esta Corte por meio do presente recurso especial diz com o âmbito de incidência desse dispositivo legal, a qual se passa a analisar a seguir.

*I.III. Da divulgação não consentida de cenas de nudez. Do âmbito de incidência do art. 21 do MCI.*

14. Inicialmente, convém transcrever o conteúdo do art. 21 do Marco Civil:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma

diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

15. Esse dispositivo legal tutela a denominada “pornografia de vingança” (*revenge porn*), a qual comumente se verifica em términos de relacionamentos, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação com vistas a punir a outra pelo encerramento do vínculo afetivo.

16. No entanto, o art. 21 não tem sua aplicação restrita a tais situações, haja vista que o legislador não faz referência à motivação do agente. Por essa razão, defende-se que o termo mais adequado para caracterizar a hipótese retratada na norma é “pornografia não consensual”, que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização (SOUZA, Afonso Carlos; LEMOS, Ronaldo; BOTTINO, Celina. *Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada*. E-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso?* A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. LUCÇA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & Internet III*. Tomo II. Quartier Latin, 2015, p. 296).

17. No julgamento do REsp 1.679.465/SP (DJe 19/03/2018), por mim relatado, esta Terceira Turma teve a oportunidade de analisar com cuidado os detalhes e contornos da exposição pornográfica não consentida e como esse tipo de divulgação causa prejuízos às pessoas expostas. Segundo destacou-se naquela oportunidade, “*a ‘exposição pornográfica não consentida’, da qual a ‘pornografia de vingança’ é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis*”.

18. Nessa linha de intelecção, percebe-se que a proteção conferida pelo Marco Civil da Internet à pessoa que teve a sua imagem íntima divulgada ilicitamente guarda estreita relação com o direito à imagem, à intimidade e à privacidade assegurados no plano constitucional (art. 5º, X, da CF/88) e infraconstitucional (arts. 20 e 21 do CC/02).

19. O direito à imagem “*é mera extrinsecação do direito sobre o próprio corpo enquanto direito sobre o aspecto exterior deste que é objeto corporal ou material por excelência*” (MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, vol. 61, n. 443, set./1972, pp. 343-344). Sua finalidade consiste em “*proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada*” (EREsp 230.268/SP, Segunda Seção, DJ 04/08/2003).

20. Especialmente para fins de aplicação do art. 21 do MCI, se a pessoa exposta consentiu com a realização da fotografia ou vídeo, é imprescindível perquirir acerca do propósito do consentimento. Afinal, “*a interpretação do consentimento deve, em regra, ocorrer de forma restritiva, não podendo o intérprete estender a autorização concedida para o uso da imagem para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior, para fim diverso ou, ainda, para pessoa distinta daquela que recebeu a autorização*” (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 15, abr.- jun./2018, p. 100). A título de exemplo, se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem.

21. Destarte, o fato de a pessoa ter consentido em ser fotografada, por quem quer que seja, é insuficiente para tornar público o conteúdo inegavelmente sensível.

22. Nessas circunstâncias, a intimidade e a privacidade também assumem especial relevo, já que o próprio dispositivo em análise se refere, repise-se, a “*materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*”.

23. Valendo-se dos ensinamentos da doutrina civilista, tem-se que “*lugar público é aquele franqueado a todas as pessoas, sem nenhuma restrição*” (MONTEIRO FILHO, Rafael de Barros. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 246). Mas, para a adequada tutela da privacidade e em atenção à boa-fé objetiva, o mais importante é analisar a expectativa de privacidade do retratado em torno do ato captado (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 145-146). Isto é, se a pessoa representada tinha consciência de que a cena registrada seria divulgada e em que extensão isso ocorreria.

24. Na hipótese em julgamento, de acordo com o quadro fático traçado pelas instâncias de origem, a recorrida participou de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino. A revista poderia ser acessada por um terminal com acesso à *internet*, por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e mediante prévio pagamento de certa quantia. Ou seja, a recorrida não autorizou a exposição pública dessas imagens com conteúdo pornográfico, mas apenas a publicação naquele veículo específico e desde que observadas determinadas condições.

25. Além de o consentimento ter se restringido a um fim específica, pelo contexto narrado, é certo que a retratada não tinha a expectativa de que as fotografias seriam republicadas em *blogs* da internet e passíveis de acesso por qualquer indivíduo que se conectasse à *internet*.

26. Embora tenha havido o consentimento para a realização do ensaio fotográfico, a publicação das fotografias com conteúdo pornográfico em meio não autorizado pela vítima e para um público significativamente mais numeroso qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade. Nessa circunstância, sobressai um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 da Lei n. 12.965/2014.

27. Em consequência, não tendo a recorrente atendido ao pedido de exclusão das URLs formulado na notificação extrajudicial encaminhada pela recorrida, é responsável pelos danos por ela suportados em virtude das publicações.

28. Em síntese, o art. 21 do MCI não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também hipótese de divulgação de fotografias de nudez tiradas com o consentimento da vítima para publicação em determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros sites da internet sem a sua autorização.

## *II. Recurso especial de F B C.*

### *II.I. Da ausência de prequestionamento.*

29. O acórdão recorrido não decidiu acerca dos arts. 102 e 103 da Lei n. 9.610/98, tampouco dos arts. 17 e 34 do CDC, razão pela qual o julgamento do recurso especial é inadmissível quanto ao ponto (Súmula 282/STF).

30. Esclareça-se que apesar de a recorrente ter suscitado violação ao art. 1.022 do CPC/2015, não o fez com relação aos argumentos atinentes aos

dispositivos supramencionados, os quais sequer foram invocados nos embargos declaratórios.

31. Portanto, no tópico, não conheço do recurso especial.

### *II.II. Da negativa de prestação jurisdicional.*

32. A recorrente alega que o Tribunal estadual deixou de se manifestar acerca da possibilidade de quantificar os danos materiais em sede de liquidação de sentença.

33. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte (AgInt no AREsp 1.650.384/MG, DJe 26/10/2020; AgInt nos EDcl no REsp 1.871.018/SP, DJe 21/09/2020).

34. Na hipótese, verifica-se que a Corte de origem decidiu expressamente acerca dos danos materiais pleiteados pela recorrente (e-STJ, fls. 1.640-1.641), de modo que os embargos declaratórios visavam mesmo a rediscussão de questão já apreciada.

35. Não há que se falar, por consequência, em vulneração do art. 1.022 do CPC/2015.

### *II.III. Dos danos materiais. Da realização de perícia em liquidação de sentença. Preclusão.*

36. A recorrente sustenta que os danos materiais devem ser quantificados em sede de liquidação de sentença, mediante a realização de prova pericial.

37. Conforme colhe-se dos autos, na petição inicial, a ora recorrente postulou “**seja o Réu condenado ao pagamento de indenização por danos materiais, em quantia a ser apurada na fase de instrução**” (e-STJ, fl. 50).

38. Na fase instrutória, foi deferida a produção de prova pericial, com a consequente nomeação de *expert* em computação (e-STJ, fls. 647-649). Após a apresentação de proposta pelo perito, a recorrente foi intimada para realizar o depósito da verba honorária no prazo assinalado pelo juiz (e-STJ, fl. 867). Entretanto, deixou de atender ao comando judicial e, segundo anotado na sentença, requereu, em seguida, o julgamento antecipado do feito (e-STJ, fl. 1.101). Em decorrência disso, o juiz reconheceu a ocorrência de preclusão.



39. Da mesma forma, o Tribunal *a quo* concluiu que:

Contudo, a autora, devidamente intimada para recolher os honorários periciais (R\$2.000,00), não o fez.

Vale destacar que a prova técnica visava justamente aferir qual foi a quantidade de visualizações das fotos da autora nos **blogs** indicados por ela.

Como não recolheu o valor dos honorários periciais, irrelevante a alegação reiterada no apelo de **“que os danos materiais estão atrelados aos números de visitas que os sites ilícitos teriam recebido”**.

Além disso, a própria autora pediu o julgamento antecipado da lide.

Logo, não há dano material a ser reconhecido e todas as longas considerações sobre a questão não merecem ser acolhidas. Dessa forma, pouco importa se a ré auferiu algum lucro por meio de publicidade nos **blogs** indicados. (e-STJ, fl. 1.641)

40. Acerca do assunto sublinhe-se, inicialmente, que o juízo acerca da pertinência das provas para o adequado deslinde da controvérsia incumbe às instâncias ordinárias. Destarte, para esta Corte alterar a conclusão a respeito da dispensabilidade ou não de determinada prova é necessário o reexame dos fatos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ (AgInt no AREsp 1.548.314/PR, Quarta Turma, DJe 03/03/2020; AgRg no AREsp 641.921/RS, Terceira Turma, DJe 21/08/2015; AgRg no Ag 500.602/MG, Terceira Turma, DJ 06/12/2004).

41. Em acréscimo, a jurisprudência deste Tribunal Superior é consolidada no sentido de que a ausência de depósito judicial da remuneração do perito acarreta a preclusão do direito à produção da prova pericial. Nesse sentido:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Embargos à arrematação. Decisão agravada. Inexistência de generalidade ou de embasamento em premissa equivocada. Prova pericial requerida pela parte ora insurgente. Ausência de recolhimento dos honorários periciais. Preclusão. Súmula 83/STJ. Violação ao art. 1.022 do CPC/2015. Súmulas 283 e 284/STF. Agravo desprovido.

1. Não há falar em generalidade da decisão que rejeitou os aclaratórios, por considerar, de forma fundamentada, que a via seria imprópria para a análise da pretensão ali trazida.

2. Impossível prosperar a alegação de que a decisão agravada se embasou em premissa equivocada, uma vez que a ausência de recolhimento dos honorários periciais é fato que consta expressamente do acórdão estadual e traz consequências diretas ao pedido de reavaliação do imóvel, o que não pode ser ignorado nesta instância simplesmente porque se mostra desinteressante aos insurgentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, ocorre a preclusão do direito à produção da prova pericial quando a parte que a requerer, embora intimada, não efetua o depósito da remuneração do perito. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

4. Os insurgentes não se desincumbiram de demonstrar as razões pelas quais consideram persistir a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, não tendo impugnado especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que faz incidir, por analogia, os enunciados n. 283 e 284 da Súmula do STF.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1.607.172/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020) (grifou-se)

Agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação ordinária. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência da parte ré.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, nos precisos termos do art. 33 do Código de Processo Civil/1973, a remuneração do perito será adiantada pela parte que houver requerido a produção da prova, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, tendo em vista que será ressarcido no caso de sair vencedor.

*No presente caso, a prova pericial foi pleiteada pela recorrente, que, embora intimada, não realizou o depósito dos honorários periciais, ocorrendo assim a preclusão.*

(...)

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 717.425/ES, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) (grifou-se)

42. Ante a preclusão, é descabida a realização de prova pericial para identificação do prejuízo patrimonial em sede de liquidação de sentença.

#### *II.IV. Do dissídio jurisprudencial.*

43. Verifica-se que o recurso especial indicado como paradigma foi decidido por meio de decisão monocrática da lavra da i. Ministra Maria Isabel Gallotti.

44. Todavia, segundo entendimento do STJ, “*decisões monocráticas não servem como paradigmas para o fim de demonstração de dissídio jurisprudencial, conforme o disposto no art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal*” (AgInt no REsp n. 1.650.529/RS, Segunda Turma, DJe 27/11/2017). No

mesmo sentido: AgInt no AREsp n. 1.180.952/RJ, Quarta Turma; DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.211.358/SP, Terceira Turma, DJe 20/04/2018.

45. Desse modo, não restou comprovada a alegada divergência jurisprudencial.

#### *II.V. Da sucumbência mínima.*

46. Este Tribunal Superior consolidou entendimento segundo o qual não é possível a apreciação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, por demandar incursão no suporte fático da demanda, esbarrando no óbice da Súmula 7/STJ (AgInt no AREsp 1.571.169/RJ, Terceira Turma, DJe 12/03/2021; AREsp 1.700.955/GO, Segunda Turma, DJe 18/12/2020; AgInt no REsp n. 1.418.989/RS, Quarta Turma, DJe 01/10/2020; AgInt no REsp 1.750.080/MG, Terceira Turma, DJe 21/08/2020).

47. Assim, não conheço da irresignação recursal.

#### *III. Conclusão.*

48. Forte nessas razões, *conheço e nego provimento* ao recurso especial de G B I L e *conheço parcialmente* do recurso especial de F B C e, nessa extensão, *negolhe* provimento.

49. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios arbitrados na origem para R\$ 6.500,00 ao patrono de G B I L e para 17% do valor da condenação para o representante de F B C.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Como bem acentuado pela Relatora, Ministra Nancy Andrighi, discute-se, no recurso especial manejado pela Google do Brasil Internet Ltda., se a publicação em blogs, por terceiros, de ensaio de nudez objeto de licenciamento com a Revista Sexy possui, ou não, o condão de atrair a responsabilidade civil do provedor de aplicações, com base no regime do art. 21 do Marco Civil da Internet.

Na hipótese, de acordo com o quadro fático traçado pelas instâncias ordinárias, a autora da ação participou de um ensaio fotográfico para uma revista voltada ao público masculino. A revista poderia ser acessada por um terminal com acesso à *internet*, por pessoas maiores de 18 (dezoito) anos e mediante

prévio pagamento de certa quantia. Segundo a moldura fática, terceiros, por meio de blogs da *internet*, hospedado pelo provedor Google, divulgaram tais imagens/conteúdo de nudez, sem autorização da demandante, a ensejar-lhes prejuízos de ordem material (lucros cessantes).

Controverte-se, assim, sobre a responsabilidade subsidiária do provedor, especificamente se sua responsabilidade para a retirada do conteúdo iniciaria-se a partir da notificação extrajudicial, a atrair a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, ou se haveria necessidade de ordem judicial, nos termos do art. 19 da citada lei.

A relatora, em seu voto, compreende que o Provedor, na hipótese dos autos, em que houve a divulgação de imagens/vídeos contendo cenas de nudez, para um público significativamente mais numeroso ao pré-determinado em contrato, qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos da retratada à imagem, à privacidade e à intimidade, sobressaindo, nesse caso, *um interesse privado passível de proteção pelo art. 21 da Lei n. 12.965/2014*.

Pelo que se depreende da fundamentação adotada pela Relatora, em seu judicioso voto, o art. 21 do Marco Civil da *Internet* não traria uma motivação específica, a chamada “pornografia de vingança”, aplicando-se, indistintamente, a toda e qualquer divulgação de imagens de nudez ou com conteúdo de sexo sem autorização de seus participantes. Logo, não se exigiria, também para a hipótese dos autos, ordem judicial para a retirada do conteúdo, bastando a notificação extrajudicial, como se deu no caso.

*Permissa venia*, tem-se, diversamente, que o caso dos autos não retrata a hipótese de divulgação não autorizada de imagens ou vídeos *com cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*, a atrair a exceção à reserva de jurisdição estabelecida no art. 21 do Marco Civil da *Internet*.

Tampouco o objeto da presente demanda, conforme se demonstrará, consiste, primordialmente, na proteção de direito personalíssimo da autora, mas sim, diretamente, no ressarcimento pelos alegados prejuízos decorrentes da divulgação, por terceiros, sem a sua autorização, das imagens com conteúdo íntimo licenciadas comercialmente.

De plano, registre-se que o art. 21 do Marco Civil da *internet* traz exceção à regra de reserva da jurisdição estabelecida no art. 19 do mesmo diploma legal, a fim de impor ao provedor, de imediato, a exclusão, em sua plataforma, da chamada “pornografia de vingança” — que, por definição, ostenta conteúdo

produzido em caráter particular —, bem como de toda reprodução de *nudez ou de ato sexual privado*, divulgado sem o consentimento da pessoa reproduzida.

*Há, dado o caráter absolutamente privado em que este material foi confeccionado (independentemente do conhecimento ou do consentimento da pessoa ali reproduzida quando de sua produção), uma exposição profundamente invasiva e lesiva, de modo indelével, à intimidade da pessoa retratada, o que justifica sua pronta exclusão da plataforma, a requerimento da pessoa prejudicada, independentemente de determinação judicial para tanto.*

Pela relevância, transcrevem-se os dispositivos legais:

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.

Art. 21. O provedor de aplicações de **internet** que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais **contendo cenas de nudez ou de atos sexuais DE CARÁTER PRIVADO** quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Como se constata, o art. 21 do Marco Civil da *Internet* refere-se especificamente à divulgação não autorizada *de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*.

Ressalta-se que a motivação da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização da pessoa reproduzida, se por vingança ou por qualquer outro propósito espúrio do agente que procede à divulgação não autorizada, é, de fato, absolutamente indiferente para a incidência do dispositivo em comento, sobretudo porque, de seu teor, não há qualquer menção a esse fator de ordem subjetiva.

Todavia, o dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, *seja produzido em “caráter privado”, ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular*. É dizer, o preceito legal tem por propósito proteger/ impedir a “disponibilização, na rede mundial de computadores, de conteúdo íntimo produzido *em caráter privado*, sem autorização da pessoa reproduzida, independentemente da motivação do agente infrator.

Não é, portanto, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance.

Do contrário, o dispositivo legal em comento não faria constar em seu teor — até porque a lei não contém expressões inúteis —, o termo “caráter privado” (“*cenas de nudez ou de atos sexuais DE CARÁTER PRIVADO*”).

É indiscutível que a nudez e os atos de conteúdo sexuais são inerentes à intimidade das pessoas e, justamente por isso, dão-se, *em regra e na maioria dos casos, de modo reservado*, particular e privativo. Todavia — e a exceção existe justamente para confirmar a regra — nem sempre o conteúdo íntimo, reproduzido em fotos, vídeos e outro material, apresenta a referida natureza privada.

*As imagens de nudez, produzidas e cedidas para fins comerciais — absolutamente lícitas, consigna-se —, não ostentam, permissa venia, a natureza privada a qual a norma protetiva do art. 21 visa tutelar.*

Sua divulgação, na rede mundial de computadores, sem autorização da pessoa reproduzida, por evidente, consubstancia ato ilícito passível de proteção jurídica, mas não tem o condão de excepcionar a reserva de jurisdição (que se presume constitucional, até declaração em contrário pelo Supremo Tribunal Federal).

No caso dos autos, ressei evidenciado que a proteção, legitimamente vindicada pela demandante, sobre o material fotográfico (de conteúdo íntimo), produzido comercialmente e divulgado por terceiros sem a sua autorização, destina-se a evitar/reparar uma lesão de cunho primordialmente patrimonial à autora e, apenas indiretamente, a sua intimidade, do que ressei claro da própria pretensão exarada em sua inicial, *in verbis* (e-STJ, fl. 8):

a vendagem de sua publicação prejudicada já que *todo* material está sendo disponibilizado de maneira gratuita e tudo hospedado na plataforma Blogger operada pela Ré, além de desgaste de sua imagem já que algo que deveria ser para um público específico e pagante é distribuído a milhares de pessoas gratuitamente sem autorização da Autora lhe causando infundáveis prejuízos tanto materiais quanto morais

É indiscutível que *a exposição não autorizada de imagens íntimas, produzidas e cedidas comercialmente pela demandante*, tem repercussão direta em seu direito patrimonial e apenas reflexa a seu direito da personalidade (direito à intimidade).

Como é de sabença, a indisponibilidade do direito personalíssimo intimidade — corolário do Princípio vetor da dignidade da pessoa humana — é passível de mitigação por seu titular, tal como se deu no caso dos autos, em que a demandante, de modo livre e com intuito de lucro, produziu e cedeu comercialmente imagens de nudez. Pertence, pois, à demandante o direito de determinar em que extensão e em que condições suas imagens íntimas podem ser acessadas na *internet*.

Não se olvida, tampouco se dissuade, portanto, da conclusão de que a divulgação dessas imagens, sem autorização da pessoa reproduzida, tem o condão de violar, em certa medida, o direito à intimidade (considerada a mitigação voluntariamente levada a efeito por seu titular), *passível, portanto, de proteção jurídica*.

*Não, porém, na extensão do art. 19 da Lei n. 12.965/2014.*

Justamente porque as cenas de nudez, *produzidas e cedidas comercialmente*, não guardam em si, até por definição, um caráter reservado e particular, a exposição não autorizada — *indiscutivelmente ilícita* — não consubstancia circunstância idônea, segundo a exigência legal, para excepcionar a reserva de jurisdição.

A proteção, legitimamente vindicada pela demandante, a essas imagens de nudez, cujo conteúdo íntimo não foi produzido em caráter privado, deve se dar segundo os ditames do art. 19, que estabelece a responsabilização do provedor, caso, *após ordem judicial* específica, não tomar as providências para, nos limites técnicos do seu serviço, tornar indisponível o conteúdo apontando.

De igual modo, a pretensão de obter a reparação pelos prejuízos advindos da exposição de tais imagens deve ser dirigida diretamente em face dos responsáveis pela publicação não autorizada de material com conteúdo íntimo

— inclusive a partir dos dados de identificação a ser fornecido pelo provedor, em cumprimento de ordem judicial.

Por sua vez, a responsabilidade subsidiária do provedor pelos danos materiais e morais apenas se dá *após ordem judicial específica e em caso de descumprimento*.

No caso dos autos, a Google afirma e demonstra, a esse propósito, que removeu 380 URLs mediante ordem judicial e forneceu os dados dos responsáveis pelo conteúdo, o que, nos termos da fundamentação supra, afasta sua responsabilidade subsidiária.

*Tem-se, em resumo, que a exposição não autorizada de imagens íntimas produzidas e cedidas comercialmente — a esvaziar por completo sua natureza privada e reservada — não se amolda ao espectro normativo (e protetivo) do art. 21 do Marco Civil da Internet, que excepciona a regra de reserva da jurisdição.*

Assim, com base em tais considerações, entendo que o desfecho trazido pela relatora, *permissa venia*, confere interpretação demasiadamente extensiva ao dispositivo legal em comento (art. 21 do Marco Civil da Internet), abarcando situação fática contrária aos seus termos (que, como dito, exige que as imagens íntimas sejam de “caráter privado”).

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou provimento ao recurso especial da Google do Brasil Internet Ltda., para julgar improcedentes os pedidos de reparação pelos danos materiais e morais suportados, mantida a procedência quanto ao pedido de obrigação de fazer (já cumprida).

Ante tal desfecho, resta prejudicado o recurso especial da parte demandante.

Invertidos os ônus sucumbenciais, fixo os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, § 2º, CPC.

É o voto.

#### VOTO-VISTA

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais ajuizada por F B C (F) contra G B I L (*Google*), em virtude da divulgação gratuita e sem autorização em “blogs” hospedados e vinculados a ele, de fotos suas com nudez, que foram tiradas em ensaio fotográfico que fez para uma revista voltada para o público adulto (*Revista Sexy*).



A autora afirmou que a exploração comercial da sua imagem foi licenciada e é de exclusividade da Editora Rickdan, acrescentando que, apesar de ter notificado extrajudicialmente a provedora de aplicativos (*Google*) para remover o conteúdo dos “blogs”, alguns permanecem ativos.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a *Google* ao cumprimento de obrigação de fazer, quanto (i) ao fornecimento do nome e número de IP dos usuários relacionados às URLs indicados por F; (ii) a remoção do conteúdo indicado nas referidas URLs; e (iii) exclusão dos resultados de pesquisa do Google “Search”, Google “Imagens”, referente as URLs indicadas.

A *Google* não foi responsabilizada solidariamente por fato dos terceiros que incluíram em seus “blogs” da internet o ensaio fotográfico de F, segundo o Magistrado, porque nos termos do art. 19 da Lei n. 12.965/2014, ela somente pode ser responsabilizada se, após ordem judicial específica para retirar o conteúdo apontado, nada fizer.

A sentença foi reformada no julgamento da apelação dos litigantes pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), nos termos do acórdão relatado pelo Desembargador *Miguel Brandi*, que concluiu pela aplicação do disposto no art. 21 da Lei n. 12.965/2014, reconhecendo a responsabilidade solidária da *Google*, que foi condenada a pagar R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), a título de danos morais para F.

A *Google*, no recurso especial especial, sustentou que o art. 21 da Lei n. 12.965/14 somente se destina a quem usa de má-fé para vazar imagens íntimas de caráter privado, o que não seria a hipótese dos autos, devendo ser aplicada a norma do art. 19 do mesmo Marco Civil da Internet, que somente responsabiliza os provedores de aplicação por conteúdo de terceiros quando deixa de removê-los após determinação judicial.

Já F, no seu apelo nobre, queixou-se de negativa de prestação jurisdicional e sustentou que os danos materiais sofridos devem ser quantificados em liquidação de sentença, mediante prova pericial.

Isso posto, a controvérsia trazida ao STJ consiste em definir, como destacou a em. Relatora, a Ministra *Nancy Andrigli*, a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias com conteúdo pornográfico em endereços eletrônicos da internet sem autorização da feitora, e nem da revista à qual se destinaram as fotos.

A propósito, os dispositivos legais da Lei n. 12.965/2014 objeto de discussão dispõem que:

*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.

*Art. 21.* O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

No judicioso voto que proferiu na Sessão de Julgamento do dia 17 de agosto de 2021, a em. Relatora defendeu a aplicação do disposto no art. 21 da referida lei, segundo a qual o provedor passa a ser subsidiariamente responsável a partir da notificação extrajudicial formulada pelo interessado na remoção do conteúdo infringente da internet e não a partir da ordem judicial com esse comando.

Argumentou, para tanto que a referida norma não se destina apenas a chamada “pornografia de vingança”, porque o legislador não fez referência a motivação do agente, mas sim a “pornografia não consensual”, que inclui tanto a veiculação de cenas íntimas obtidas sem o consentimento da vítima quanto com o seu consentimento, mas divulgadas sem a sua autorização.

Ao final, encaminhou o seu voto pelo não provimento do recurso especial da *Google*, asseverando que embora tenha havido o consentimento para a realização do ensaio fotográfico, a publicação das fotografias com conteúdo pornográfico em meio não autorizado pela vítima e para um público mais numeroso qualifica-se como pornografia não consentida e viola os direitos de F à imagem, à privacidade e à intimidade, que encontra proteção na norma do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, por não ter a *Google* atendido o pedido de exclusão dos conteúdos na notificação extrajudicial que aquela encaminhou.

Após a prolação do referido voto, o em. Ministro *Marco Aurélio Bellizze* abriu a divergência, assinalando, de início, que o caso dos autos não retrata a hipótese de divulgação não autorizada de imagens ou vídeos com cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, a atrair a exceção à reserva de jurisdição estabelecida no art. 21 do Marco Civil da Internet.

Acrescentou o em. Ministro, ainda, que o objeto da demanda não consiste, primordialmente, na proteção ao direito personalíssimo da autora, F, mas sim, diretamente, no ressarcimento pelos alegados prejuízos decorrentes da divulgação, por terceiros, sem sua autorização, das imagens com conteúdo íntimo licenciadas comercialmente.

Argumentou que o art. 21 do Marco Civil da Internet refere-se especificamente à divulgação não autorizada de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, sendo que as imagens produzidas e cedidas para fins comerciais, absolutamente lícitas, não ostentam natureza privada, objeto da proteção da referida norma.

O Ministro *Marco Aurélio Bellizze* finalizou o seu raciocínio, assinalando que a proteção vindicada por F, as imagens de nudez, cujo conteúdo íntimo não produzido em caráter privado, deve se dar segundo os ditames do art. 19, que estabelece a responsabilização do provedor, caso, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, nos seus limites técnicos, tornar indisponível o conteúdo apontado.

Nessa marcha, encaminhou o seu voto no sentido de dar provimento ao recurso especial da *Google*, para julgar improcedente o pedido de reparação por danos morais formulado por F.

Em seguida, o em. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, proferiu voto verbal acompanhando a Relatora, lembrando, naquela oportunidade, que o art. 19 da Lei n. 12.965/2014 tem a sua constitucionalidade discutida no Supremo Tribunal Federal, no RE n. 1.037.396, da Relatoria do Ministro *Dias Toffi*, no rito da repercussão geral (Tema n. 987).

Seguiu-se, então, meu pedido de vista para refletir sobre o melhor encaminhamento do relevante tema que, volta e meia, vem chegando ao Tribunal da Cidadania.

A questão, de fato, é complexa, como ressaltou no seu voto a Ministra *Nancy Andrigbi*, pois diz respeito a responsabilidade civil de provedores de aplicações de Internet por conteúdo de terceiros, dificultando a solução da

controvérsia o fato de que não se pode impor a eles o dever de fiscalização prévia dos conteúdos que são postados nas suas plataformas.

Conforme o caso, o que pode ensejar reparação civil subsidiária dos provedores de aplicações é o descumprimento de ordem judicial de retirada do conteúdo impróprio ou ofensivo divulgado nas suas plataformas por obra de terceiros, ou a notificação extrajudicial do(a) ofendido(a), pois a responsabilidade, como já dito, não é objetiva.

E nessa toada, após uma reflexão sobre o tema e a respeito dos posicionamentos adotados nos bem elaborados votos proferidos, adianto que estou acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, porque tenho para mim que as fotos de nudez de F não foram mesmo produzidas em caráter privado e o *Google*, quando instado a fazê-lo judicialmente, de pronto, removeu os conteúdos divulgados ilicitamente nos “blogs” hospedados por ele.

Antes, faço algumas considerações a respeito dos dispositivos legais objeto da controvérsia.

Extrai-se da norma contida no art. 19 da Lei 12.965/14, que ficou a cargo do Poder Judiciário definir o que é ou não conteúdo inapropriado ou ilícito gerados por terceiros na rede mundial de computadores, e o que deve ou não ser removido, de modo a buscar exercer um equilíbrio entre o que é liberdade de expressão e de informação e o que pode violar direito constitucional de outrem, como a proteção da intimidade e privacidade, nascendo a responsabilidade civil do provedor se não cumprir a ordem judicial que determinou a remoção de certo material.

A este respeito, esta Terceira Turma, no julgamento do REsp n. 1.568.935/RJ, da relatoria do Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe de 13/4/2016, proclamou que:

Não se pode exigir dos provedores que determinem o que é ou não apropriado para divulgação pública. Cabe ao Poder Judiciário, quando instigado, aferir se determinada manifestação deve ou não ser extirpada da rede mundial de computadores e, se for o caso, fixar a reparação civil cabível contra o real responsável pelo ato ilícito. Ao provedor não compete avaliar eventuais ofensas, em virtude da inescapável subjetividade envolvida na análise de cada caso. Somente o descumprimento de uma ordem judicial, determinando a retirada específica do material ofensivo, pode ensejar a reparação civil.

Na mesma linha da jurisprudência destacada é a doutrina de CARLOS AFFONSO SOUZA, RONALDO LEMOS e CELINA BOTTINO, que lecionam:

Da interpretação dos artigos 19 a 21 do Marco Civil, pode-se concluir que a notificação privada, em regra, não gerará o dever de remoção do conteúdo questionado nem a consequente responsabilização do provedor, caso ela não seja atendida. Assim, caberá ao poder judiciário, em grande parte dos casos, determinar o que é ou não ilícito, ou melhor, o que deve ou não ser removido de determinado local da rede. Decidindo o magistrado que certo conteúdo é efetivamente ilícito, caberá ao provedor removê-lo prontamente (**Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 119).

Desse modo, a teor do art. 19 da Lei do Marco Civil da Internet, o que se tem, é que a responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet pelo conteúdo de terceiro é subjetiva por omissão quando este não retira o conteúdo ofensivo, após a específica e indispensável notificação judicial, pois o intuito da norma é assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, possuindo o Poder Judiciário melhores condições de fazê-lo em maior extensão.

As exceções ao disposto no referido dispositivo estão expressas na mesma lei, como por exemplo, no seu § 2º, que afasta sua aplicação as questões de direito autoral, e também no art. 21, que é o que importa ao caso, para as hipóteses de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeo ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, englobando a chamada “pornografia de vingança”, que não enseja uma ordem judicial para retirada do conteúdo, bastando tão somente a notificação privada do ofendido ao provedor apontando o material ilícito ofensivo.

Verifica-se, a teor do art. 21 da Lei n. 1.2965/14, que o legislador optou por excepcionar a regra da notificação judicial, atento a gravidade que emana da disponibilização na Internet, sem a devida autorização de seus participantes, de imagens contendo cenas de nudez de caráter privado, que indubitavelmente tem a aptidão de violar a intimidade e a privacidade da vítima, conferindo um tratamento diferenciado para tal hipótese, privilegiando a celeridade da exclusão do conteúdo ofensivo para não prolongar o dano, pois a veiculação de tal material na rede ocorre numa velocidade impressionante.

Feitas essas considerações a respeito da aplicação dos dispositivos legais em discussão, tenho para mim, como bem consignou o Ministro *Marco Aurélio*

*Bellizze*, que as imagens de nudez, divulgadas ilicitamente em plataforma digital, mas produzidas para fins comerciais, como na hipótese dos autos, não possuem, de fato, a natureza de caráter privado a que faz menção a norma do art. 21 da mencionada lei.

Isso fica claro, com a leitura das razões da petição inicial que revela, efetivamente, que a pretensão indenizatória tem o escopo de reparar lesão de cunho eminentemente patrimonial (divulgação gratuita não autorizada do ensaio fotográfico), e não diretamente a intimidade da autora pela divulgação de conteúdo não autorizado, não se amoldando o caso, ao comando do art. 21 da já mencionada lei.

O ensaio fotográfico de nudez realizado especificamente para sua exploração econômica por revista adulta, voltada para público seletivo mediante pagamento pelo acesso no seu website, não pode mesmo ser definida como de caráter privado.

A pretensão de F, repito, é a obtenção de reparação civil por uso indevido da sua imagem, sem o seu prévio consentimento e a distribuição gratuita do seu ensaio fotográfico realizado para a Revista Sexy em Janeiro de 2017, que não foi feito pela *Google*, e não especificamente em virtude da violação de sua intimidade.

Vai daí que tirar fotos íntimas para divulgação em revista voltada para o público adulto e receber contraprestação por isso não é ilícito; ilícito é divulgar fotos tiradas em caráter particular e sem o consentimento da fotografada, o que não é o caso.

Como o ensaio fotográfico de nudez para a revista adulta foi feita por F com o fim específico de lucro, no meu sentir, elas perderam a sua natureza íntima e privada, motivo pelo qual deve ser aplicada a norma do art. 19 da Lei n. 12.965/14 e não a do art. 21.

E não vejo, em absoluto, nenhum viés machista neste entendimento, porque a minha conclusão seria a mesma se o autor da ação, por ventura, fosse do sexo masculino ou de qualquer gênero, até porque as normas legais aqui destacadas, têm incidência abstrata e genérica sobre fatos diversos.

Deve-se ressaltar que não foi a *Google* que disponibilizou as fotos íntimas de F produzidas para uma revista masculina destinada ao público adulto e, sim os “blogs” por ela hospedados, que são os únicos que devem suportar a reparação do dano aqui buscado.

Por isso, a *Google* somente poderia ser responsabilizada subsidiariamente se não cumprisse a ordem judicial para retirar o conteúdo postado ilicitamente na plataforma dos “blogs” que hospeda, o que não ocorreu, atraindo a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/14.

Diante do exposto, rogando todas as vênias a em. Ministra *Nancy Andrigli* e ao em. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, acompanho o voto divergente para também dar provimento ao recurso especial da *Google*, e julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e morais, mantendo a procedência quanto a obrigação de fazer, já cumprida.

Por conseguinte, voto também no sentido de julgar prejudicado o recurso especial interposto por F.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes Colegas, pedi vista dos autos na sessão do dia 19 de outubro de 2021, para melhor exame da controvérsia, notadamente em razão do empate havido entre o voto da eminente relatora e o voto divergente, inaugurado pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Relembro que o recurso especial foi interposto no curso de ação cominatória e indenizatória proposta por F B C contra G B I L, com o objetivo de que a demandada fosse condenada a remover da internet páginas de blogs contendo ensaio de nudez realizado para revista, bem como a indenizar os prejuízos advindos da publicação indevida de sua imagem.

O Tribunal de origem afirmou ser aplicável, ao presente caso, o art. 21 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), que confere proteção contra a divulgação de conteúdo sexual de caráter íntimo. Concluiu pela responsabilidade do provedor, que, uma vez notificado, não procedeu à remoção imediata do conteúdo, providência que prescindiria de determinação judicial. Condenou a demandada, pois, ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

A recorrente, em seu recurso especial, alega, além de violação do art. 1.022, II, do CPC, a ofensa ao art. 21 do Marco Civil da Internet, sustentando que o caso não envolve publicação de fotos de nudez de caráter privado, mas, sim, reprodução não remunerada de fotografias tiradas em ensaio consensual, objeto de licenciamento para fins comerciais. Defende, assim, a inaplicabilidade do art. 21 do Marco Civil da Internet ao presente caso, argumentando que

a determinação judicial era imprescindível para a remoção do conteúdo, nos termos do art. 19 do mesmo diploma.

A eminente relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou no sentido de negar provimento ao recurso especial, por entender ser aplicável o referido art. 21, já que “*se a pessoa posou nua para determinada revista, a publicação das imagens em outras revistas ou meios de comunicação configura violação ao seu direito de imagem*”. Concluiu, assim, que “*o art. 21 do MCI não tem sua aplicação restrita às situações de pornografia de vingança, mas alcança também hipótese de divulgação de fotografias de nudez tiradas com o consentimento da vítima para publicação em determinada revista de acesso restrito, mas veiculadas em outros sites da internet sem a sua autorização*”.

O eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhou integralmente o voto da eminente Ministra relatora.

A divergência foi inaugurada pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, acompanhado do eminente Ministro Moura Ribeiro, entendeu que o caso dos autos não se enquadra na exceção à reserva de jurisdição prevista no art. 21 do Marco Civil da Internet, uma vez que tal dispositivo legal aplica-se exclusivamente à divulgação não autorizada de imagens ou de vídeos com cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter necessariamente privado. Ressaltou, ademais, que a presente demanda não envolve a proteção a direito personalíssimo da autora, mas tão somente o ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da divulgação, sem a devida contraprestação, de suas imagens.

Rogando vênua à eminente relatora, acompanho integralmente a divergência.

Preliminarmente, consigno que, assim que o recurso foi pautado para a presente sessão de julgamento, a autora peticionou nos autos (e-STJ fls. 1.949-1.963) alegando apresentar fatos supostamente novos, consistentes no descumprimento, pela ré, da ordem de remoção do conteúdo da Internet, o que justificaria o reconhecimento da violação, se não do art. 21 do Marco Civil da Internet, ao menos do art. 19 do mesmo diploma legal.

Porém, os fatos ora alegados não são novos. O suposto descumprimento vem sendo alegado desde a apelação, sendo que a ata notarial, embora recentemente lavrada, apenas comprovaria, conforme afirmado pela própria autora, o descumprimento que já teria sido arguido anteriormente, antes mesmo do início do julgamento do presente recurso.

Ocorre que a alegada violação do art. 19 do Marco Civil da Internet sequer é objeto do presente recurso especial, uma vez que tal dispositivo legal não



integra a causa de pedir da presente demanda, fundada no art. 21 do mesmo diploma legal, conforme se depreende da fundamentação da petição inicial (e-STJ fls. 14-16) e dos próprios pedidos (e-STJ fls. 50, item *d*).

Estando a ação fundada no art. 21 do Marco Civil da Internet, não pode a autora pretender, diante de julgamento contrário à sua pretensão, alterar a causa de pedir, para passar a fundamentar seus pedidos no art. 19.

O que se depreende da mencionada petição – apresentada quando prestes a se concluir o julgamento, antes do voto de desempate – é um mero intuito de tumultuar o feito e de protelar a decisão final no recurso. Tal petição, portanto, não tem o condão de interferir no julgamento, razão pela qual passo a proferir meu voto.

A controvérsia recursal versa acerca da possibilidade de aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet aos casos de divulgação indevida de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais produzidas em ensaio fotográfico destinado a fins comerciais.

A presente demanda não versa acerca da responsabilidade civil direta da recorrente, mas, sim, de sua responsabilidade enquanto provedora de conteúdo, por atos de seus usuários.

Em hipóteses como a presente, o provedor apenas pode ser responsabilizado pelos conteúdos publicados por seus usuários quando, tendo sido determinada judicialmente a remoção, ele permanece omissos, nos termos do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Portanto, em regra, para a remoção de qualquer conteúdo da internet, deve ser necessariamente observada a reserva de jurisdição.

A regra do art. 21 prevê que, excepcionalmente, o provedor de conteúdo será responsável subsidiário pela violação da intimidade de terceiros causada pela “*divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado*” se permanecer omissos após a notificação pelo participante ou por seu representante legal.

Tal dispositivo legal, por configurar exceção à regra de que a remoção de conteúdo da internet deve ser necessariamente objeto de determinação judicial, deve ser interpretada restritivamente, sendo imprescindível notar que o texto normativo refere-se especificamente a cenas ou atos de caráter privado.

Esta regra visa a garantir uma proteção contra a disseminação de imagens íntimas não consentidas (também conhecida como NCII, da expressão em inglês *Non-Consensual Intimate Images*).

Não se resume à pornografia de vingança, porquanto o verdadeiro intuito daquele que dissemina imagens íntimas de forma não consentida se afigura irrelevante, mas abrange toda e qualquer forma com a qual se pode revestir esta modalidade contemporânea de violência digital.

A *mens legis* do art. 21 do Marco Civil da Internet, portanto, traduz-se em uma tentativa de possibilitar à vítima desse tipo de violência uma remoção mais célere e simplificada do conteúdo que viola de forma direta, pungente e absolutamente irreparável o seu direito fundamental à intimidade.

Isso é o que se depreende da doutrina especializada (SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco civil da internet: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016, p. 107):

Essa norma decorreu de uma demanda presente nos trabalhos legislativo de aprovação do Marco Civil no sentido de se proteger situações infelizmente usuais em que um conteúdo de natureza íntima é divulgado na rede sem a autorização de uma ou mais pessoas retratadas. Episódios de suicídios de meninas retratadas em vídeos íntimos publicados e compartilhados online sem a sua autorização no ano que antecedeu a aprovação do Marco Civil contribuíram também para que esse dispositivo fosse adicionado à redação original do projeto.

Nesse contexto, mostram-se essenciais à aplicação do mencionado art. 21: i) o caráter não consensual da imagem íntima; ii) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; iii) a violação à intimidade, elementos que não se encontram presentes no caso em tela.

A recorrida, conforme se depreende do acórdão recorrido e do minucioso relatório da eminente Ministra Nancy Andrichi, cedeu os direitos de sua imagem para a Editora RickDan sobre fotografias e outros materiais produzidos em ensaio sensual realizado para a Revista Sexy, a ser disponibilizado para maiores de idade mediante pagamento em sites específicos.

A realização e a divulgação do material, tanto virtual quanto fisicamente, foram devidamente consentidas pela recorrida, inclusive internacionalmente.

Ademais, não se trata de material de natureza privada, mas, sim, de obras produzidas de forma profissional, com intuito exclusivamente comercial e destinados precipuamente à circulação.

Quanto mais o material circulasse (de forma lícita), maior seria o benefício econômico auferido pela editora e pela própria recorrida.

Por fim, não houve violação direta ao direito de intimidade da recorrida, que sequer fundamentou a presente ação em ofensa a direito da personalidade.

Conforme bem notado pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, a presente demanda busca apenas evitar e reparar os lucros cessantes decorrentes da disseminação gratuita do material em que figura a recorrida. Como é evidente, se as fotos e os vídeos permanecerem disponíveis na internet de forma gratuita, haverá menos interessados em adquiri-los mediante pagamento, reduzindo, assim, o proveito econômico oriundo da cessão do direito de imagem.

A toda evidência, não se pode equiparar o caso dos autos à situação de disseminação de imagens íntimas não consentidas, em que a vítima tem sua intimidade devassada e publicamente violada, com a ampla e vexaminosa exposição de seu corpo de forma não consentida.

A ora recorrida não é vítima de violência, mas pretende apenas repor o que deixou de ganhar pela utilização não autorizada de suas fotografias em sites piratas. Seu interesse, portanto, é única e exclusivamente econômico.

Não se discute que a publicação gratuita e não autorizada de seu material configura ato ilícito, não apenas violador de seu direito de imagem, mas também dos direitos autorais de que são titulares, a princípio, a própria editora e os profissionais que trabalharam em sua realização.

Porém, essa ilicitude, por si só, não autoriza a aplicação do art. 21 do Marco Civil da Internet, de modo que seria imprescindível uma determinação judicial para a remoção do referido conteúdo, nos termos do art. 19 do mesmo diploma legal.

Esta parece ser a solução mais adequada a partir de duas constatações, verificadas à luz do art. 20 da LINDB, que determina que, também na esfera judicial, não se pode decidir com base em valores jurídicos abstratos, sem que se levem em consideração as consequências práticas da decisão.

Em primeiro lugar, uma interpretação excessivamente extensiva do art. 21 do Marco Civil da Internet poderia acabar por atribuir ao provedor de conteúdo a obrigação de examinar cláusulas contratuais de negócios jurídicos envolvendo terceiros, a fim de averiguar, por exemplo, se a publicação de ensaio sensual em determinado blog, rede social ou página da internet estava ou não dentro do consentimento dado pelo(a) modelo, tarefa que reconhecidamente não lhe pode ser atribuída.

Em segundo lugar, equiparar casos como o presente – de divulgação pirata de fotos sensuais de caráter comercial – a casos de disseminação não consentida de imagens íntimas poderia acabar por desvirtuar a proteção dada às vítimas

dessa violência, diminuindo o grau de reprovabilidade desse tipo de conduta e diluindo os esforços da sociedade civil e do legislador no sentido de aumentar a conscientização acerca dessa nova forma de violência surgida com a internet.

*Ante o exposto, rogando novamente vênias à eminente relatora, acompanho integralmente o voto do eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze.*

É o voto.

---

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.947.652-GO (2021/0037981-4)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Nivaldo Batista Lima

Advogados: Marcelo Pelegrini Barbosa - SP199877

Pedro Scudellari Filho - SP194574

Claudio Dias Bessas - MG129591

Ana Carolina Delfino Bortolotto - SP318499

Recorrido: Andre Luiz Goncalves da Silva

Advogado: Adolfo Kennedy Marques Junior - GO036543

---

**EMENTA**

Processual Civil. Recurso especial. *Recurso manejado sob a égide do NCPC*. Ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer. Direito Autoral. Decadência. Não ocorrência. Prazo prescricional incidente sobre a pretensão decorrente da responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. Subsunção a regra geral do art. 205, do CC/2002. Prazo decenal. Recurso não provido.

1. Aplicabilidade do NCPC neste julgamento conforme o Enunciado Administrativo n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

2. Cinge-se a controvérsia em dirimir a incidência do prazo decadencial ou prescricional às pretensões deduzidas em juízo, que digam respeito ao direito de reivindicar a autoria de obra musical e as pretensões indenizatórias e compensatórias decorrentes da relação contratual entabulada pelas partes.

3. O direito da personalidade é inato, absoluto, imprescritível, está amparado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição pátria e na Lei n. 9.610/98 (art. 27). Por serem os direitos morais do autor inerentes aos direitos da personalidade, não se exaurem pelo não uso ou pelo decurso do tempo, sendo autorizado ao autor, a qualquer tempo, pretender a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes dos direitos elencados no art. 24, da Lei n. 9.610/98.

4. A legislação especial que rege a matéria, portanto, afasta o decurso do prazo decadencial quanto a pretensão de reivindicar a autoria da obra musical, razão por que não incidem as regras gerais do Código Civil na hipótese em exame (art. 178, II, do CC/2002).

5. A retribuição pecuniária por ofensa aos direitos patrimoniais do autor se submete ao prazo decenal, inseridos no contexto da relação contratual existente entre as partes.

6. Recurso especial não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente), Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *André Luiz Gonçalves da Silva (André)* ajuizou “ação declaratória c/c ação de nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais c/c obrigação de fazer” contra *Nivaldo Batista Lima*, conhecido como cantor “*Gusttavo Lima*” (*Gusttavo*), objetivando ver reconhecido seu direito autoral sobre a integralidade das músicas intituladas “Fora do Comum” e “Armadura da Paixão”, indevidamente registradas em coautoria pelo cantor.

Pleiteou, assim, a declaração de nulidade do contrato ou documento que atribuiu a coautoria da obra musical, a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além do dever de o cantor declarar ao público que a música “Fora do Comum” é de sua autoria exclusiva, ou seja, do autor, *André* (e-STJ, fls. 2/12).

A sentença julgou extinto o feito com resolução do mérito diante da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, sob o fundamento de que o prazo prescricional aplicável aos fatos é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 (e-STJ, fls. 290/295).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu provimento ao recurso de apelação de *André* para afastar a ocorrência da prescrição e cassar a sentença a fim de permitir a dilação probatória, além de afastar também a decadência do direito do autor, em acórdão assim ementado:

Ementa: Apelação cível. Ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer. Gratuidade da justiça. Impugnação. Violação aos direitos do autor. Obrigação contratual. Decadência afastada. Prescrição decenal. Não ocorrência. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade. Necessidade de dilação probatória.

I - Compete à parte contrária comprovar, mediante prova inconteste, a inexistência ou desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão do benefício de assistência judiciária. Não produzida pelo requerido/apelado prova documental robusta, incontestável e apta a comprovar que o autor/apelante não faz jus à gratuidade da justiça concedida pelo magistrado singular, não deve ser acolhida a impugnação.

II - Em relação aos direitos morais do autor, a legislação especial prevê expressamente (art. 24, inciso I, da Lei 9.610/1988) que o autor pode, a qualquer tempo, reivindicar a autoria da obra, bem como que se tratam de direitos irrenunciáveis e inalienáveis. Portanto, os direitos morais do autor, dentre eles, o direito de paternidade sobre os fonogramas ora reivindicados, podem ser

pleiteados a qualquer tempo, devendo ser afastada a alegada decadência. Não se aplicam as regras gerais do Código Civil ao caso em exame, pois a legislação especial que regula a matéria afasta a incidência da decadência.

III- No tocante aos casos de violação de direitos do autor, nem a Lei n. 9.610/1988, tampouco o Código Civil de 2002, possuem previsão expressa quanto ao prazo prescricional, portanto, aplica-se “o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual (REsp 1.159.317/SP e REsp 1.313.786/MS).

IV- É incontroverso o estabelecimento de acordo, principalmente após a petição apresentada pelo apelado/requerido, que confessa a realização do negócio jurídico entre as partes em relação às canções objeto do litígio, sendo controvertido apenas os limites relativos ao que restou acordado. Logo, o prazo prescricional aplicável é de 10 (dez) anos, previsto no 205 do Código Civil de 2002.

V- Deve ser considerando como termo inicial para a fluência do prazo prescricional decenal, a data em que o autor assinou o contrato de cessão de direitos autorais com a sua então editora, pois o referido documento demonstra que o apelante já tinha pleno conhecimento que a canção debatida não havia sido registrada integralmente em seu nome.

VI- Afastada a alegação de prescrição, não há que se falar na aplicação ao caso em estudo do disposto no art. 1.013, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, sem que se tenha oportunizado a produção das provas requeridas por ambas as partes, e reiterada pelo apelado nas contrarrazões recursais, por violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal.

*Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. (e-STJ, fl. 453)*

Contra esse acórdão *Gusttavo* interpôs recurso especial com base no art. 105, III, *a*, da CF, alegando ofensa aos arts. 178, II, 206, § 3º, V, do CC/2002 e aos arts. 24, I, e 27, da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1988), uma vez que (1) ocorreu o decurso do prazo decadencial de quatro anos para pleitear a anulação de negócio jurídico fundado em erro/dolo; (2) a discussão não se refere a direito autoral, pelo contrário, se refere a negócio jurídico que resultou em obras musicais, devendo receber a tutela do CC/2002 que prevê a decadência do direito para pleitear a nulidade do negócio celebrado entre as partes; e (3) é aplicável ao caso o prazo de prescrição trienal previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 (e-STJ, fls. 457/482).

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 493/494.

O recurso especial não foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás sob o fundamento de que *a conclusão sobre o acerto ou desacerto da decisão*

*recorrida demandaria incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que impede o trânsito do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fls. 497/499).*

Contra o juízo de prelibação do Tribunal local *Gusttavo* interpôs agravo em recurso especial sustentando que não incide o óbice da Súmula n. 7 do STJ porque não há necessidade de reexame de fatos, mas de matéria exclusivamente de direito relacionada à interpretação da lei quanto a ocorrência de decadência e/ou prescrição do direito do autor (e-STJ, fls. 503/509).

A contraminuta não foi apresentada, conforme certificado à e-STJ, fl. 514.

O agravo foi convertido em recurso especial para melhor análise da controvérsia (e-STJ, fls. 522/525).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Cinge-se a controvérsia em dirimir a incidência do prazo decadencial ou prescricional às pretensões deduzidas em juízo, que digam respeito ao direito de reivindicar a autoria de obra musical e as pretensões indenizatórias e compensatórias decorrentes da relação contratual entabulada pelas partes.

### *(1) Breve histórico dos fatos*

Conforme constou no relatório, *André*, compositor, ajuizou “ação declaratória c/c ação de nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais c/c obrigação de fazer” contra *Gusttavo*, cantor, objetivando o reconhecimento do seu direito autoral sobre a integralidade das músicas intituladas “Fora do Comum” e “Armadura da Paixão”, indevidamente registradas em coautoria pelo cantor.



Pleiteou, assim, a declaração de nulidade do contrato ou documento que atribuiu a coautoria da obra musical, a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, além do dever de o cantor declarar ao público que a música “Fora do Comum” é de autoria exclusiva dele, *André* (e-STJ, fls. 2/12).

A sentença julgou extinto o feito com resolução do mérito diante da ocorrência da prescrição, nos termos do art. 487, II, do CPC/2015, sob o fundamento de que o prazo prescricional aplicável aos fatos é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 (e-STJ, fls. 290/295).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás deu provimento ao recurso de apelação de *André* para afastar a prescrição e cassar a sentença a fim de permitir a dilação probatória, além de afastar, também, a decadência do direito do autor.

É contra esse acórdão o inconformismo de *Gusttavo*, alegando ofensa aos arts. 178, II, 206, § 3º, V, do CC/2002 e aos arts. 24, I, e 27, da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1988), firme na tese de que a pretensão autoral é natimorta diante do decurso dos prazos de decadência e de prescrição para o ajuizamento da demanda.

*(2) Da proteção conferida pela legislação aos direitos autorais*

A CF/1988, em seu art. 5º, XXVII e XXVIII, alíneas *a* e *b*, trata da proteção ao direito autoral, reconhecendo a exclusividade dos direitos dos autores de obras científicas, literárias e artísticas de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

O direito autoral é considerado como um direito personalíssimo, espécie inerente ao núcleo de direitos fundamentais do qual fazem parte a privacidade, a liberdade, a vida, e está vinculado com a proteção da individualidade.

Por tal razão, o direito autoral é, na sua parcela mais subjetiva, intransferível, inegociável, indisponível e irrenunciável, tanto quanto o são integralmente o direito à liberdade ou o direito à privacidade.

O art. 22 da Lei n. 9.610/98 dispõe que *pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou*.

Os direitos morais do autor, de essência personalíssima, garantem ao titular os direitos elencados no art. 24 da Lei n. 9.610/98, dentre eles o direito à paternidade, de reivindicar a autoria da obra e de ter o seu nome nela indicado. Estão ligados, essencialmente, à integridade criativa e à paternidade da obra.

Precisamente sobre os direitos morais do autor, o art. 24, I da Lei n. 9.610/98, dispositivo suscitado na irrisignação recursal, dispõe que:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

Os direitos patrimoniais, de índole material, por seu turno, conferem ao autor o *direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica* (art. 28). Dizem respeito, portanto, a exploração econômica da criatividade do autor.

Desse modo, os direitos autorais de obra intelectual devem ser visualizados sob uma dualidade de atributos: direito de natureza patrimonial e direito de caráter extrapatrimonial, isto é, detém o autor a titularidade de direitos material e moral.

PONTES DE MIRANDA já reconhecia essa dualidade dos direitos do autor:

A obra científica, artística ou literária dá ensejo a diferentes direitos, o primeiro dos quais é o direito autoral de personalidade [...] que precede, gnoseológica e logicamente, às relações jurídicas em que o objeto é bem patrimonial ou tem valor patrimonial. *O direito autoral de personalidade e o direito autoral patrimonial são inconfundíveis.* (Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XVI. Direito das Coisas, Propriedade Intelectual e Propriedade Industrial. Atualizado por Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. pp. 65/66 - sem destaque no original).

CARLOS ALBERTO BITTAR bem destacou as funções próprias dos direitos extrapatrimoniais e patrimoniais do autor:

Cada bloco de direitos cumpre funções próprias: os *direitos de cunho moral* se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiros óbices a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação; já os *direitos de ordem patrimonial* se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários" (Direito de autor. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 68 – sem destaques no original).

Na mesma linha é o entendimento de ARNALDO RIZZARDO, para quem o direito autoral envolve duas dimensões: a pessoal (ou moral) e a patrimonial, *a primeira corresponde ao aspecto intelectual, reconhecendo-se ao autor a paternidade da obra, que é sua criação. Daí torna-se a mesma inseparável do autor* (Direito das Coisas. 2007. 3ª ed. RJ. Forense. pág. 672).

Os direitos patrimoniais diferenciam-se dos direitos morais particularmente pela possibilidade de o autor poder deles dispor, já que é alienável, penhorável, temporário e prescritível, enquanto os direitos morais se encontram permanentemente investidos, incrustados, na pessoa do autor, criador da obra artística.

Relevante, pois, perceber que a decadência ou prescrição devem ser analisadas a partir da pretensão deduzida em juízo e, especificamente, em relação ao direito do autor, a aplicação dos institutos deve observar a dicotomia entre a pretensão relacionada ao direito patrimonial ou extrapatrimonial do autor.

*(3) Da pretensão de reivindicar a autoria da obra*

O direito do autor está protegido pelo direito da personalidade, que são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, ...), a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária), e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social), como pondera MARIA HELENA DINIZ (Curso de Direito Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 1, pág. 135).

Segundo PONTES DE MIRANDA, *o direito à personalidade é inato, no sentido que nasce com o indivíduo; é aquele poder “in se ipsum”, [...] que não é direito sobre a própria pessoa: é direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida), consagrando a tutela dos direitos fundamentais e os próprios da pessoa humana (vida, liberdade e igualdade). (Tratado de Direito Privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, Tomo VII, págs. 68 e 69).*

A proteção ao direito do autor é de tal monta que dele se preocupou o inciso XXVII, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, deixando ali construído o princípio de que todo ser humano tem direito a proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Na Constituição Federal, destacam-se os incisos V, X e XVII, do art. 5º, que veiculam princípios expressos no sentido de proteger os autores de obras, de tal modo que a eles pertence o uso exclusivo de utilização, publicação e reprodução delas, só sendo transmissível aos herdeiros, nos termos da lei (inciso XVII).

Bem por isso, os direitos da personalidade têm caráter absoluto, com eficácia *erga omnes* (contra todos), principalmente se confrontados com os direitos pessoais puros, como os direitos obrigacionais e contratuais (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Rio de Janeiro: Ed. gen/Forense, 12ª edição, vol. 1, pág. 158).

Sobre as características dos direitos da personalidade, vem à luz a lição de FRANCISCO AMARAL para quem eles são *inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais. [...] Indisponíveis, porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar, por inerentes à pessoa, ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei. Essa indisponibilidade não é, porém, absoluta, admitindo-se, por exemplo, no acordo que tenha por objeto direito da personalidade, como ocorre no caso de cessão do direito de imagem para fins de publicidade.* (Direito Civil - Introdução. 8ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, pág. 303).

E não é só: CARLOS ALBERTO BITTAR ensina com lucidez e na mesma toada sobre os direitos da personalidade que eles são *inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis “erga omnes”* (Os Direitos da Personalidade. 8ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pág. 43).

O art. 11 do CC/02 estabelece que *os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.*

O Enunciado n. 4 do CJF/STJ, que foi aprovado na I Jornada de Direito Civil, tem o seguinte teor: *o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.*

Por seu turno, o art. 27 da Lei n. 9.610/98 afirma que *os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.*

Em arremate, a doutrina de ATALÁ CORREIA exemplifica a teoria com a situação analisada no presente caso, de reivindicação de autoria de obra artística:

Diante desse cenário, é legítimo perquirir se todas as pretensões que surgem da violação do direito prescrevem e estão sujeitas aos mesmos prazos. *Para bem exemplificar o problema, tome-se a situação de um autor que teve sua obra*

*usurpada, ou seja, que foi reproduzida e republicada por outrem, com atribuição falsa de autoria. Nessa situação, além de poder pleitear a reparação de danos materiais e morais, ele pode também pleitear que seja corrigida a falsidade, com atribuição correta da autoria. Havendo inércia de sua parte, sua pretensão haveria de se extinguir? Em outras palavras, mantendo-se as obras em público, com falsa atribuição de autoria, esse ilícito haveria de se perpetuar no tempo?*

*A situação se passa de modo semelhante àquela que vimos quando tratamos do direito de propriedade. Domínio sem seqüela, propriedade não é. Direito de autor sem certo poder-exigir, de igual modo, não é direito. Dito de outra maneira, o autor não perde sua propriedade intelectual pelo não-uso. Os direitos de autor não se extinguem por usucapião. O autor pode, mesmo após muitos anos da divulgação de uma obra, exigir que ela passe a ser identificada como sua. (Prescrição – Entre Passado e Futuro. São Paulo: Ed. Almedina, 2021, págs. 259/260).*

Portanto, a autoria da obra pode ser reivindicada a qualquer tempo, se encontra amparada pelo direito moral do autor, oponível *erga omnes* e protegida pelo direito autoral.

Na hipótese dos autos, a pretensão veiculada na inicial de reivindicar a autoria integral da obra e de ter o seu nome anunciado como sendo o autor exclusivo da composição musical configuram direitos morais do autor, que impõem obrigações de fazer ou não fazer oponíveis *erga omnes*, elencadas no art. 24, I e II da Lei n. 9.610/98.

Como direito potestativo que é, aplica-se em relação a esta vertente do direito autoral as regras relativas à decadência.

A decadência, segundo JOSÉ FERNANDO SIMÃO é o *fenômeno extintivo de direitos potestativos aos quais se fixou um prazo para seu exercício* (Prescrição e Decadência: Início dos Prazos. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pág. 193).

No entanto, a Lei n. 9.610/98 não prevê prazo decadencial para os direitos morais do autor, ao contrário, afirma expressamente que o autor da obra pode reivindicá-los a qualquer momento:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

A legislação especial que rege a matéria, portanto, afasta o decurso do prazo decadencial, razão por que não incidem as regras gerais do Código Civil na hipótese em exame (art. 178, II, do CC/2002).

Em suma, diante do contexto destacado e sopesando que o direito da personalidade é inato, absoluto, imprescritível, está amparado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Constituição pátria e na Lei n. 9.610/98 (art. 27), por serem os direitos morais do autor inerentes aos direitos da personalidade, não se exaurem pelo não uso ou pelo decurso do tempo, sendo autorizado ao autor, a qualquer tempo, pretender a execução específica das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes dos direitos elencados no art. 24, da Lei n. 9.610/98.

*(4) Da pretensão indenizatória*

A cobrança dos direitos decorrentes da reprodução da obra musical se insere na pretensão de reparação civil, uma vez que a ausência de pagamento dos valores referentes aos direitos autorais implica inobservância de um dever legal, com inegável prejuízo ao titular ou beneficiário.

A essa vertente do direito autoral aplicam-se as regras relativas à prescrição.

Os prazos prescricionais *não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou acionabilidade* (PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – Parte Geral – tomo VI. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2013, pág. 219).

No tocante aos casos de violação de direitos do autor, nem a Lei n. 9.610/1998, tampouco o CC/2002, possuem previsão expressa quanto ao prazo prescricional aplicável à espécie.

Na legislação pátria de direito do autor tradicionalmente se atribuiu o prazo prescricional de cinco anos para as pretensões de cunho patrimonial, indenizatórias ou creditórias, conforme previsão expressa do art. 178, §10, VII do CC/1916 e do art. 131 da Lei n. 5.988/1973.

Com o advento da Lei n. 9.610/1998 o art. 111, que previa igualmente o prazo quinquenal, foi vetado, passando a jurisprudência a entender que o prazo aplicável era o vintenário, nos termos da regra geral do art. 177 do CC/1916.

Sob a égide do CC/2002 a prescrição geral foi reduzida para o prazo decenal (art. 205) e, ainda, foi previsto o prazo trienal para a pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V).

Apresentam-se, assim, dois dispositivos legais passíveis de aplicação no caso concreto: (1) o art. 206, § 3º, V, fixa prazo prescricional de três anos para a

*pretensão de reparação civil*, e (2) o art. 205, de caráter subsidiário, que fixa prazo de 10 anos.

A Corte Especial do STJ, no julgamento do EREsp n. 1.281.594/SP, concluiu que, nas pretensões relacionadas a responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 do CC/2002), que prevê dez anos de prazo prescricional e, nas demandas que versem sobre responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do mesmo diploma, com prazo prescricional de três anos.

Confira-se a ementa do aludido julgado:

Civil e Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. Dissenso caracterizado. Prazo prescricional incidente sobre a pretensão decorrente da responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Subsunção à regra geral do art. 205, do Código Civil, salvo existência de previsão expressa de prazo diferenciado. Caso concreto que se sujeita ao disposto no art. 205 do Diploma Civil. Embargos de divergência providos.

*[...] III - A unidade lógica do Código Civil permite extrair que a expressão "reparação civil" empregada pelo seu art. 206, § 3º, V, refere-se unicamente à responsabilidade civil aquiliana, de modo a não atingir o presente caso, fundado na responsabilidade civil contratual.*

IV - Corroborando com tal conclusão a bipartição existente entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, advinda da distinção ontológica, estrutural e funcional entre ambas, que obsta o tratamento isonômico.

V - O caráter secundário assumido pelas perdas e danos advindas do inadimplemento contratual, impõe seguir a sorte do principal (obrigação anteriormente assumida). Dessa forma, enquanto não prescrita a pretensão central alusiva à execução da obrigação contratual, sujeita ao prazo de 10 anos (caso não exista previsão de prazo diferenciado), não pode estar fulminado pela prescrição o provimento acessório relativo à responsabilidade civil atrelada ao descumprimento do pactuado.

*VI - Versando o presente caso sobre responsabilidade civil decorrente de possível descumprimento de contrato de compra e venda e prestação de serviço entre empresas, está sujeito à prescrição decenal (art. 205, do Código Civil). Embargos de divergência providos.*

(EREsp 1.281.594/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 15/5/2019, DJe 23/5/2019 – sem destaques no original)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação por dano material. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Responsabilidade civil. Prescrição da pretensão. Inadimplemento contratual. Prazo de dez anos.

*[...] 4. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser aplicável o prazo prescricional decenal (artigo 205 do Código Civil) às pretensões indenizatórias decorrentes de inadimplemento contratual. Precedentes.*

5. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

6. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido.

(AgInt no AgInt no AgInt no AREsp 1.246.079/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24/6/2019, DJe 26/6/2019 – sem destaque no original)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Consonância do acórdão recorrido com o entendimento preconizado por esta Corte. Súmula 83/STJ.

*1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, incide a prescrição decenal à hipótese de indenização por violação de direito autoral, assemelhado a um descumprimento contratual. Precedentes.*

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 707.210/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/8/2015, DJe 25/8/2015 – sem destaque no original)

Civil e Processo Civil. *Direito Autoral*. Prescrição. Pretensão de cobrança do ECAD. Sucessão de leis no tempo.

1.- O art. 131 da Lei n. 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, que fixava prazo prescricional de 05 anos por ofensa a direitos do autor, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste.

2.- Revogada a Lei n. 5.988/73 pela Lei n. 9.610/98, que não dispôs sobre prazo prescricional e nem determinou a repristinação do 178, § 10, VII, do CC/16, a matéria passou a ser regulada pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos.

3.- O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.

4.- Recurso Especial a que se nega provimento.



(REsp 1.159.317/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 11/3/2014, DJe 18/3/2014 – sem destaques no original)

Na hipótese, o Tribunal goiano, ao analisar o contexto fático dos autos, concluiu que a relação entabulada entre as partes configurou responsabilidade civil fundada em suposto descumprimento contratual, razão por que se aplica o prazo de prescrição decenal:

[...]

No feito em tela, o autor ajuizou a presente ação declaratória c/c nulidade de negócio jurídico c/c indenização por danos materiais e morais e obrigação de fazer, sob a alegação de ser o único autor das músicas intituladas “Fora do Comum” e “Armadura da Paixão”, sendo, portanto, o detentor de 100% (cem por cento) sobre os direitos autorais dos referidos fonogramas.

Relatou, em suma, que entre os anos de 2010 e 2011, o requerido entrou em contato com o autor, através de aplicativo da internet, momento em que teriam formulado o seguinte acordo “o Requerido Gustavo Lima, em troca da exploração da canção Fora do Comum e Armadura da Paixão, propõe ao Requerente que daria parceria a ele em duas (2) músicas de sua autoria (Amor de Poeta e Sol) em troca da parceria nas duas (2) músicas que o Requerente havia composto, qual seja, Fora do Comum e Armadura da Paixão.”

Alegou que o pacto não foi cumprido pelo requerido, não tendo este ofertado a parceria nas 2 (duas) músicas de sua autoria, tendo, ainda, registrado a música “Fora do Comum” como se fosse de sua coautoria, em 50% (cinquenta por cento).

Asseverou que o requerido enviou, por correio, toda a documentação relativa ao registro e exploração das músicas, tendo o autor, segundo afirma, por desconhecer a lei e estar de boa fé, assinado os papéis e devolvido ao requerido.

O requerido, na contestação (evento 26), em relação aos fatos ocorridos, alegou que o autor entrou em contato diretamente consigo ofertando suas canções para gravação; recebeu as músicas e fez as adequações devidas, com o consentimento do autor; a conversa juntada pelo autor não reflete a realidade do ocorrido; todas as músicas (“fora do comum”, “armadura da paixão” e “amor de um poeta”, sendo esta última de exclusiva autoria do requerido, sem nenhuma participação do autor), foram devidamente registradas junto ao ECAD na razão de 50% para cada um; em 31/01/2011, o autor editou sua cota parte da obra “fora do comum” junto a Editora Pantanal, outorgando-lhe poderes para negociar seus direitos sobre a obra com terceiros; como o autor editou justamente o percentual que lhe competia, qual seja, 50%, não há que se falar que foi surpreendido ou que houve má-fé por parte do requerido; o autor assinou, à época, documentos para a gravadora *Som Livre*, que não fixa fonograma sem a devida autorização do compositor, concedendo autorização de gravação; os direitos autorais são pagos

a cada uma das partes pelo ECAD através de suas respectivas associações de defesa de direitos autorais; que “ao contrário do alegado pelo Autor, o Requerido cumpriu todo o pactuado, não restando nenhuma obrigação”.

[...]

*É incontroverso o estabelecimento de acordo, principalmente após a petição apresentada pelo apelado/requerido, que confessa a realização do negócio jurídico entre as partes (evento 97), em relação às músicas “Fora do Comum”, “Armadura da Paixão” e “Amor de um Poeta”, sendo controvertido apenas os limites relativos ao que restou pactuado.*

Ademais, acrescente-se que, embora se possa afirmar que o suposto registro de obra na condição de coautor, sem a efetiva participação/missão na sua elaboração, constitua um ato ilícito, não é possível comparar esse ilícito, dentro do contexto descrito nos autos, ao ato ilícito tradicionalmente associado aos danos que dão causa à reparação civil.

*Consequentemente, tratando-se de pretensão de cobrança de direitos autorais derivada de suposto descumprimento contratual, o prazo prescricional aplicável é de 10 (dez) anos, previsto no 205 do Código Civil de 2002.*

[...]

Na confluência do exposto, dou provimento ao recurso de apelação, para o fim de afastar no caso concreto a ocorrência da prescrição e cassar a sentença vergastada a fim de permitir a dilação probatória, em especial a realização da audiência de instrução e julgamento, ficando afastada a ocorrência de decadência suscitada pelo apelado, nos termos da fundamentação.

É o voto. (e-STJ, fls. 438/453)

Desse modo, tendo a Corte local apurado que a demanda diz respeito a pretensão indenizatória em razão do descumprimento de obrigação contratual, não é aplicável ao caso o prazo de prescrição trienal previsto no artigo 206, § 3º, V, do CC/2002.

Observa-se, assim, que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência firmada nesta Corte, que reconhece a incidência da prescrição decenal, prevista no art. 205 do CC/2002, na pretensão relacionada a responsabilidade contratual, como é a hipótese dos autos.

Ainda que assim não fosse, a aplicação ao caso da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, V, do CPC/2015 também não atingiria a pretensão indenizatória autoral, uma vez que os danos patrimoniais se perpetuam no tempo, configurando lesões continuadas, cujo prazo prescricional deve ser contado do último ato praticado ou a cada dia em que o direito é violado, conforme precedente da minha relatoria sobre o tema:

Civil. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Ação indenizatória. Violação de direito autoral. Plágio de obra literária. Dano moral e material. Arts. 189 e 206, § 3º, V, do CC. Prazo prescricional. Violação continuada. Termo inicial. Data da última exibição da novela. Precedente. Pedido de produção de prova pericial feito por ambas as partes. Deferimento. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa configurado. Reforma. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

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

2. *O prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória por ofensa a direito autoral é de 3 anos. Porém, o termo a quo nasce a cada dia em que o direito é violado. Assim, se a violação do direito é continuada, de tal forma que os atos se sucedam em sequência, a prescrição ocorre do último deles.*

3. No caso concreto, a alegada lesão ao direito da autora se protraiu no tempo, de 20/6/2005, data em que apresentado o primeiro capítulo, até 10/3/2006, quando exibido o último capítulo do folhetim, não se encontrando prescrita a ação ajuizada aos 9/9/2008).

4. Prevalece nesta Corte o entendimento de que o magistrado, como destinatário final das provas, pode, com base em seu livre convencimento, indeferir ou deferir aquelas que considere dispensável ou não à solução da lide, sendo inviável, em recurso especial, “rever se determinada prova era de fato necessária, porquanto tal procedimento é vedado pela Súmula 7 do Tribunal.” (AgRg no AREsp 604.807/PI, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 17/3/2016, DJe 1º/4/2016).

5. O julgamento antecipado da lide, sem oportunizar às partes a produção de prova anteriormente deferida constitui cerceamento ao direito de defesa. Precedentes.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 661.692/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 27/6/2017, DJe 4/8/2017 – sem destaque no original)

Em suma, a retribuição pecuniária por ofensa aos direitos patrimoniais do autor se submete ao prazo decenal, inseridos no contexto da relação contratual existente entre as partes.

Nessas condições, *nego provimento* ao recurso especial.

*Deixo de majorar os honorários advocatícios com fundamento no art. 85, § 11, do NCPC, porque o acórdão do Tribunal estadual que deu provimento a apelação do autor, André, afastou a prescrição e cassou a sentença a fim de permitir a dilação probatória, em especial a realização da audiência de instrução e julgamento (e-STJ, fl. 452).*

É o voto.