



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.608.005-SC (2016/0160766-4)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: D K

Recorrido: J C

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Interes.: M B C

EMENTA

Recurso especial. Direito de Família. União homoafetiva. Reprodução assistida. Dupla paternidade ou adoção unilateral. Desligamento dos vínculos com doador do material fecundante. Conceito legal de parentesco e filiação. Precedente da Suprema Corte admitindo a multiparentalidade. Extrajudicialização da efetividade do direito declarado pelo precedente vinculante do STF atendido pelo CNJ. Melhor interesse da criança. Possibilidade de registro simultâneo do pai biológico e do pai socioafetivo no assento de nascimento. Concreção do princípio do melhor interesse da criança.

1. Pretensão de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida sem a destituição de poder familiar reconhecido em favor do pai biológico.

2. “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.” (Enunciado n. 111 da Primeira Jornada de Direito Civil).

3. A doadora do material genético, no caso, não estabeleceu qualquer vínculo com a criança, tendo expressamente renunciado ao poder familiar.

4. Inocorrência de hipótese de adoção, pois não se pretende o desligamento do vínculo com o pai biológico, que reconheceu a paternidade no registro civil de nascimento da criança.

5. A reprodução assistida e a paternidade socioafetiva constituem nova base fática para incidência do preceito “ou outra origem” do art. 1.593 do Código Civil.

6. Os conceitos legais de parentesco e filiação exigem uma nova interpretação, atualizada à nova dinâmica social, para atendimento do princípio fundamental de preservação do melhor interesse da criança.

7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento RE 898.060/SC, enfrentou, em sede de repercussão geral, os efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.

8. O Conselho Nacional de Justiça, mediante o Provimento n. 63, de novembro de 2017, alinhado ao precedente vinculante da Suprema Corte, estabeleceu previsões normativas que tornariam desnecessário o presente litígio.

9. Reconhecimento expresso pelo acórdão recorrido de que o melhor interesse da criança foi assegurado.

10. *Recurso especial desprovido.*

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

Brasília (DF), 14 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 21.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto pelo *Ministério Público do Estado de Santa Catarina* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ementado nos seguintes termos:

Apelação cível. Ação declaratória de dupla paternidade. Sentença de procedência. Método de reprodução heteróloga assistida que utilizou gameta doado pela irmã de um dos autores, que também gestou a criança. Registro de nascimento da menor constando os nomes do casal homoafetivo com seus pais. Insurgência do Ministério Público. Pretendida nulidade da sentença, por incompetência do juízo e porque não lhe fora oportunizada a manifestação sobre o mérito. Alegação de que o feito deveria versar sobre adoção, em razão de o gameta não ter sido doado por pessoa anônima, o que determinaria a competência da Vara da Infância e Juventude. Insubsistência. *Parquet* que, ao proclamar a incompetência do juízo, se manifestou sobre o mérito da demanda, opondo-se ao pleito, tese encampada depois pela Procuradoria. Inexistência de óbice legal ao atendimento do pedido. Doadora do gameta que, após o nascimento da criança, renunciou ao poder familiar. Melhor interesse da criança que deve preponderar sobre formalidades, aparências e preconceitos.

Pedido de antecipação da tutela realizado em contrarrazões, imediata emissão da certidão de nascimento da infante, que se encontra, até o momento, desprovida do registro. Possibilidade. Requisitos do art. 273 do diploma processual preenchidos. Recurso provido.

O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF n. 132: “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família” (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011).

O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima, não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade sócio-afetiva e conseqüentemente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que - a toda evidência, diante da impossibilidade dos gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação - só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de reprodução heteróloga assistida.

Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o

reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos.

Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações.

O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem às vontades da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico.

Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade. Não há aparato jurídico para tanto.

Na origem, DK e JC, que convivem em união estável homoafetiva, almejaram ter um filho. Procuraram uma clínica de fertilização na companhia de MBC, irmã de JC, para um programa de inseminação artificial. DK e MBC se submeteram ao ciclo de reprodução assistida de baixa complexidade (intrauterina), culminando na concepção de um embrião, em 28/10/2012. Nascida SACK, MBC - a gestante (mãe de substituição), por meio de escritura pública, renunciou ao seu poder familiar em relação ao nascituro, surgindo a pretensão declaratória de dupla paternidade dos autores em relação à menina recém nascida. Postulam o reconhecimento do pai biológico e do pai socioafetivo, mantendo em branco os campos relativos aos dados da genitora, pois a concepção ocorreu mediante inseminação artificial heteróloga e a gestação por substituição.

Incluída a gestante substituta no polo passivo da demanda, esta reconheceu a procedência do pedido inicial.

Foi acostado laudo psicológico.

O Ministério Público Estadual apresentou parecer defendendo, primeiramente, a incompetência absoluta do juízo da Vara de Família, pois os pais biológicos existem (DK e MBC). Com isso, o acolhimento da pretensão de que conste o nome dos autores no registro de nascimento de SACK seria da competência da Vara de Infância e Juventude por se tratar de um processo de adoção unilateral.

Sobreveio sentença, que, superando a preliminar, julgou procedente o pedido inicial, declarando DK e JC como pais da menina SACK, nascida em 08/08/2013, às 17:45 horas, tendo como avós paternos tanto BFK e TVK,

quanto MEC e BBCC, determinando, assim, que se mantenha em branco o campo relativo aos dados da genitora, expedindo, portanto, mandado ao Cartório de Registro Civil de pessoas naturais da comarca de Florianópolis, Santa Catarina.

Contrariado, o Ministério Público Estadual apelou ao Tribunal de justiça que, por maioria de votos, manteve a sentença, negando provimento à apelação por acórdão ementado nos termos supracitados.

A contrariedade do *parquet* cingiu-se à nulidade do feito, pois, primeiramente, não lhe teria sido oportunizada a promoção de mérito, bem como, a competência para análise dos autos seria do Juízo da Infância e Juventude, por ter a genitora em substituição doado seu gameta na composição da inseminação artificial. Assim, por ser mãe biológica da menor, ao renunciar ao poder familiar, à demanda deveria ser convertida em adoção unilateral, já que para viabilidade da primeira o gameta necessitaria ter sido concedido por doadora *anônima*.

Foram opostos embargos de declaração ao acórdão que julgou a apelação cível, os quais vieram de ser rejeitados por acórdão ementado nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Ação declaratória de dupla paternidade. Omissão quanto a dispositivos legais e constitucionais invocados no apelo. Inocorrência. Rediscussão da matéria. Prequestionamento. Inviabilidade. Ausência dos requisitos do art. 535 do CPC. Rejeição.

Descabem embargos de declaração fora das balizas do art. 535 do CPC, para rediscutir temas e impugnar soluções, a pretexto de prequestionar.

Mantendo-se contrariado, o *parquet* interpôs o presente recurso especial alegando que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 25, *caput*, 41, § 1º, e 50, § 13º, inciso I, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); art. 4º, incisos I e II, e 535, inciso II, do revogado Código de Processo Civil; 1.597, inciso V, do Código Civil. Sustentou que o caso em análise deveria ser tratado como adoção unilateral e não declaratória de dupla paternidade. Advoga a tese de que, mesmo reconhecida que MBC é mãe biológica de SACK, a decisão vergastada determinou o registro da criança como filha de DK e JC, contrariando a definição legal de “família natural”. Defendeu que o *pátrio poder ainda que passível de extinção ou de destituição é irrenunciável*. Entendeu que a investidura da paternidade de JC configura o instituto de adoção unilateral,

disciplinado pelos arts. 41, § 1º, e 50, § 13º, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, que os meios legais que o casal autor teria utilizado com o fim de levar a termo a reprodução assistida seira equivocado para declaração de dupla paternidade. Apontou dissídio jurisprudencial. Postulou conhecimento e provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Apresentadas contrarrazões pela Defensoria do Estado de Santa Catarina, na qualidade de curadoria especial da criança SACK, e não apresentadas pelos autores da ação, o recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual foi admitido.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. A insurgência recursal do ilustre representante do Ministério Público Estadual diz respeito a qualificação jurídica conferida pelo Tribunal de origem à hipótese fática amplamente reconhecida no acórdão recorrido, discutindo-se se configura *adoção unilateral* ou *dupla paternidade*.

A tese sustentada pelo Ministério Público é no sentido de que, tendo mãe biológica, a paternidade declarada em favor do irmão dela, logo tio da criança, configuraria violação ao *instituto da adoção unilateral*, sendo, assim, nulo o processo, em face da incompetência absoluta da Vara de Família, pois deveria ter sido conhecido e julgado pela vara de infância e juventude.

Não assiste razão ao recorrente.

Rejeita-se, inicialmente, a alegação de nulidade por omissão ou de negativa de prestação jurisdicional no acórdão que decidiu de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia.

O Tribunal de origem, no caso, julgou com fundamentação suficiente a matéria devolvida à sua apreciação, especialmente quanto à qualificação jurídica a ser conferida aos fatos reconhecidos no acórdão recorrido.

Trata-se de reprodução assistida entre irmã, doadora, e pai biológico, com companheiro estável em união homoafetiva.

O companheiro pretendeu a declaração da paternidade socioafetiva da recém nascida, reconhecendo-se, assim, a dupla parternidade da menina.

Esse requerimento foi formulado judicialmente antes do nascimento, o que em nada prejudica sua pretensão diante do princípio do melhor interesse da criança e de seu direito fundamental à identidade.

Na doutrina, Maria Berenice Dias, acerca da dupla paternidade de parceiros homoafetivos, entende que, “(...) apesar de ser admitido o duplo registro após o nascimento, a justiça ainda reluta em assegurar tal direito antes do nascimento, única forma de garantir ao filho todos os direitos inerentes ao direito à identidade”. (Manual de Direito das Famílias, Revista dos Tribunais, 10ª edição, pág. 295).

Fato é que a criança nasceu durante o trâmite do processo, tendo o pai biológico reconhecido a sua paternidade com o respectivo registro no assento de nascimento da criança.

A doadora, por sua vez, com o nascimento da menor, renunciou expressamente ao poder familiar mediante instrumento público.

Assim, em juízo, o casal homoafetivo postulou a declaração da dupla paternidade da menina para o fim de inclusão no registro civil da menor dos nomes dos autores como seus pais.

Incluída no feito, a genitora biológica reconheceu a procedência do pedido dos autores.

Penso, portanto, que não há espaço para se falar em adoção.

Relembre-se o enunciado normativo do art. 1.626 do Código Civil:

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. (grifos meus)

No caso, não se pretendeu, de forma alguma, via decisão judicial, em processo solene, a *destituição de um poder familiar antigo* e a *instituição de um novo poder familiar*.

Melhor dizendo, não se quis apagar completamente a relação familiar anterior e fazer nascer uma nova relação familiar, irretroatável e irrevogável, com o presente processo.

Pelo contrário, buscou-se judicialmente, pois, à época, ainda não existia a possibilidade de ser atendida tal pretensão extrajudicialmente, *o reconhecimento da filiação socioafetiva do companheiro do pai biológico*.

Com isso, não se quis o fim de uma relação paterno-filial anterior, mas a declaração da dupla paternidade da criança pelo casal homoafetivo.

A pretensão, portanto, era de inclusão de dupla paternidade em assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, e não destituição de um poder familiar reconhecido pelo pai biológico.

Na Primeira Jornada de Direito Civil, a questão foi debatida, conforme enunciado n. 111, destacando-se que o instituto da adoção e da reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva.

Na oportunidade, foi feita uma diferenciação, no sentido de que, *enquanto na adoção, haverá o desligamento dos vínculos*, na reprodução assistida heteróloga sequer será ***estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante***, no caso dos autos da genitora da menor, *verbis*:

Enunciado 111 – Art. 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

Desse modo, deve ser estabelecida uma distinção entre os efeitos jurídicos da *adoção* e da *reprodução assistida heteróloga*, pois, enquanto na primeira, há o *desligamento dos vínculos de parentesco*, na segunda, *sequer há esse vínculo*.

Assim, no caso concreto, a mãe biológica, irmã de um dos autores, não possui vínculo de parentesco com a criança, filha do pai biológico e filha socioafetiva do seu companheiro.

Portanto, não merece acolhida a tese sustentada pelo ilustre representante do Ministério Público Estadual, pois, em não havendo vínculo de parentesco

com a genitora, há tão somente a paternidade biológica criança, registrada em seus assentos cartorários, e a pretensão declaratória da paternidade socioafetiva pelo companheiro, ora recorrido.

Importa, com isso, lembrar ao recorrente que o conceito legal de *parentesco* e *filiação* tem sido objeto de grandes transformações diante da nova realidade fáctica, em especial, das técnicas de *reprodução assistida* e da *parentalidade socioafetiva*, impondo, assim, ao intérprete da lei uma nova leitura do preceito legal contido no artigo 1.593 do Código Civil de 2002, especialmente da parte final do seu enunciado normativo, *verbis*:

Das Relações de Parentesco

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade **ou outra origem**. (grifo meu)

A provocação para a parte final deu-se com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 898.060/SC, relatoria do em. Ministro Luiz Fux, em 2016, quando se analisou, em sede de repercussão geral, o tema relativo à “paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impedindo o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com efeitos jurídico próprios.”

O precedente da Suprema Corte fundamentou-se, basicamente, em três pontos: **(i) o reconhecimento de que a socioafetividade é forma de parentesco civil; (ii) a afirmação da igualdade entre o vínculo biológico e o socioafetivo; (iii) a admissão da multiparentalidade, com reconhecimento de mais de um vínculo de filiação.**

Muito embora, o precedente tenha feito expressa referência acerca da paternidade socioafetiva, houve também incursão para as técnicas de reprodução assistida.

Tendo por norte a nova leitura dos institutos jurídicos supracitados, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 63, de novembro de 2017, da lavra do em. Ministro João Otávio de Noronha, então Corregedor-Geral, no afã da extrajudicialização e da efetividade do direito declarado pela Suprema Corte, junto aos Cartórios, estabelecendo, quanto ao tema, as seguintes previsões administrativas:

Seção III

Da Reprodução Assistida

Art. 16. O assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, deste provimento.

§ 2º *No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna.*

Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I – declaração de nascido vivo (DNV);

II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

§ 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

Art. 18. *Será vedada aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, nos termos deste provimento.*

§ 1º A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 17 deste provimento deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Art. 19. Os registradores, para os fins do presente provimento, deverão observar as normas legais referentes à gratuidade de atos.

Portanto, atualmente, a questão em julgamento poderia ser resolvida na seara extrajudicial.

Por fim, anoto ter sido reconhecido no acórdão recorrido que a criança se encontra em um lar saudável, com pais que possuem plenas condições de lhe garantir saúde, educação e amor, *verbis*:

Os ofícios de ambos os pais são dignos, um é dançarino de ballet clássico e outro profissional liberal, empregos que certamente provêem o sustento deles e da infante, que muito bem cuidada aparenta esta e outra coisa os autos não revelam. Ademais, ambos os pais demonstram, por todo esse trâmite, deter o ímpeto de defender com força e afinco os interesses de S., protegendo-lhe dos infortúnios que possam vir a atravessar seu caminho. (...)

A menina S., além de um lar amoroso, oriundo de dois pais que muito a desejaram, receberá proteção e circunstâncias favoráveis a um desenvolvimento saudável, gesto plausível diante dos inúmeros casos de abandono e maus tratos aos infantes que comumente são analisados por este Juízo, depois remediados pelos caminhos das adoções, assim que a criança permanecer depositada em alguma instituição. (...)

Contrário à moral seria assenhorar-se do futuro das pessoas e encaminhar à adoção uma menina tão aguardada, concebida em regime amoroso e desde então integrante de justas expectativas de uma família que goza de proteção do Estado, para constituir seu lugar em um ninho de amor, reduzindo-a do status de filha à condição de abrigada, sob princípios de uma legislação vatusta e ultrapassada que deveras não produz bons frutos, em que pese a honradez de seus propósitos, não exime as crianças dessas misérias.

Extrai-se, portanto, que o melhor interesse da criança, princípio fundamental a orientar qualquer decisão na área do Direito de Família ou da Infância e da Juventude, está assegurado no caso concreto, devendo também por isso ser integralmente o acórdão recorrido.

Ante todo exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.667.473-PR (2017/0077264-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: J G - Espólio

Recorrente: E M

Recorrente: L H M

Advogados: Carla Angelica Heroso Gomes Aust - PR032174

Lourildo Franklin Aust Neto - PR029936

Recorrido: M M Z

Recorrido: E M B

Advogados: Otávio Ernesto Marchesini - PR021389

Bruno Guandalini - PR045365

Soc. de Adv.: Rui Carneiro Sampaio & Advogados Associados

Agravante: M M Z

Agravante: E M B

Advogados: Bruno Guandalini - PR045365

Rui Carneiro Sampaio - PR050583

Tiago Beckert Isfer e outro(s) - DF049005

Renata Bonotto - PR088759

Agravado: J G - Espólio

Agravado: E M

Agravado: L H M

Advogados: Carla Angelica Heroso Gomes Aust - PR032174

Lourildo Franklin Aust Neto - PR029936

EMENTA

Civil. Processual Civil. Ação rescisória. Sentença de improcedência proferida em ação investigatória de paternidade. Falecimento do pretense genitor biológico após o trânsito em julgado. Legitimidade passiva na ação rescisória dos herdeiros do falecido e não do espólio. Ação de estado e de natureza pessoal. Emenda à petição inicial para modificação do polo passivo, sem alteração do pedido ou da causa de pedir, após a contestação do réu. Admissibilidade. Princípios da

efetividade do processo, economia processual e instrumentalidade das formas. Obrigatoriedade de a alteração se realizar antes do escoamento do biênio da ação rescisória, sob pena de decadência.

1- Ação proposta em 07/02/2014. Recursos especiais interpostos em 01/10/2015 e atribuídos à Relatora em 18/07/2017.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se a ação rescisória em que se pretende rescindir sentença proferida em ação de investigação de paternidade cujo genitor é pré-morto deve ser ajuizada em face do espólio ou em face dos herdeiros; (ii) se é admissível a determinação judicial de emenda à petição inicial para correção do polo passivo após a contestação do réu na ação rescisória e após o escoamento do biênio para ajuizamento da ação rescisória.

3- Por se tratar de ação de estado e de natureza pessoal, a ação de investigação de paternidade em que o pretense genitor biológico é pré-morto deve ser ajuizada somente em face dos herdeiros do falecido e não de seu espólio, sendo irrelevante o fato de se tratar de rediscussão da matéria no âmbito de ação rescisória, para a qual igualmente são legitimados passivos os sucessores do pretense genitor biológico, na medida em que são eles as pessoas aptas a suportar as pretensões rescindente e rescisória deduzidas pelos supostos filhos.

4- Em homenagem aos princípios da efetividade do processo, da economia processual e da instrumentalidade das formas, é admissível a emenda à petição inicial para modificação do polo passivo, sem alteração do pedido ou da causa de pedir, mesmo após a contestação do réu. Precedentes.

5- No âmbito da ação rescisória, a admissibilidade de modificações no polo passivo, seja para inclusão de litisconsortes passivos necessários, seja para a substituição de parte ilegítima, deve ser realizada, obrigatoriamente, até o escoamento do prazo bienal para o ajuizamento da ação rescisória, sob pena de se operar a decadência.

6- Recurso especial de *Elizabeth MB* e de *Maristela M* conhecido e desprovido; recurso especial do espólio de *João G* conhecido e provido, para reconhecer a decadência do direito de rescindir a coisa julgada e julgar improcedente a ação rescisória.

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 de Elizabeth M B e de Maristela M e dar provimento ao recurso especial do espólio de João G, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). Tiago Beckert Isfer, pela parte recorrida: M M Z.

Brasília (DF), 10 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 13.9.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *Elizabeth M B* e *Maristela M*, com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, e por espólio de *João G*, também com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, ambos em face de acórdãos do TJ/PR que, por unanimidade, negaram provimento aos agravos internos por eles interpostos.

Recursos especiais interpostos em: 01/10/2015.

Atribuídos ao gabinete em: 18/07/2017.

Ação: rescisória ajuizada por *Elizabeth M B* e por *Maristela M* em face de espólio de *João G*, visando rescindir sentença proferida em ação de investigação de paternidade por elas ajuizada, que julgou improcedente o pedido e que transitou em julgado em 08/02/2012.

Decisão unipessoal: determinou a emenda da petição inicial da ação rescisória, a fim de que o espólio fosse substituído pelos herdeiros de *João G*.

Acórdão: por unanimidade, negou-se provimento aos agravos internos interpostos pelos recorrentes, nos termos das seguintes ementas:

Agravos regimentais. Emenda à inicial. Ação de investigação de paternidade. Investigado falecido. Legitimidade passiva dos herdeiros.

A ação rescisória que visa desconstituir sentença proferida em ação de investigação de paternidade, cujo réu é falecido, recai sobre os herdeiros, posto que a providência pretendida nesses autos tem o poder de implicar em alterações na esfera jurídica daqueles.

(...)

Agravos regimentais. Emenda à inicial. Possibilidade. Economia processual e instrumentalidade das formas. Art. 284 do Código de Processo Civil.

Embora a regra não seja a da emenda à petição inicial após a citação, a regularização processual pode ocorrer em casos específicos, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade, combinados com o art. 284 do Código de Processo Civil.

Recurso especial de Elizabeth M B e de Maristela M: alega-se violação aos arts. 12, V, e 472, ambos do CPC/73, ao fundamento de que a ação rescisória em que se pretende rescindir sentença proferida em ação de investigação de paternidade cujo genitor é pré-morto deveria ser ajuizada em face do espólio ou, quando muito, em litisconsórcio passivo necessário entre espólio e herdeiros, razão pela qual deve ser reformada a decisão judicial que determinou fosse emendada a petição inicial (fls. 1.287/1.304, e-STJ).

Recurso especial do espólio de João G: alega-se violação aos arts. 264, 267, VI, e 495, todos do CPC/73, ao fundamento de que seria inadmissível a ordem judicial de emenda à inicial, quer seja porque já teria havido contestação do réu e, conseqüentemente, estabilização subjetiva da lide, quer seja porque a emenda somente ocorreu após o escoamento do biênio da ação rescisória, tendo se operado a decadência (fls. 1.306/1.324, e-STJ).

Ministério Público Federal: opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso especial de Elizabeth M B e Maristela M; e pelo conhecimento e provimento do recurso especial do espólio de João G (fls. 1.513/1.520, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se a ação rescisória em que se pretende rescindir sentença proferida em ação de investigação de paternidade cujo genitor é pré-morto deve ser ajuizada em face do espólio ou em face dos herdeiros; (ii) se é admissível a determinação judicial de emenda à petição inicial para correção do

polo passivo após a contestação do réu na ação rescisória e após o escoamento do biênio para ajuizamento da ação rescisória.

1. Recurso especial interposto por Elizabeth M B e Maristela M. Alegada violação aos arts. 12, V, e 472, ambos do CPC/73.

As recorrentes *Elizabeth M B* e *Maristela M* sustentam inicialmente que seria correto o ajuizamento da ação rescisória em face do espólio de *João G*, na medida em que a ação investigatória de paternidade cuja sentença se pretende rescindir teria sido ajuizada exclusivamente em face dele enquanto vivo, de modo que não poderia haver a posterior substituição processual pelos herdeiros.

Sustentam as recorrentes ainda, em caráter subsidiário, que, se se entender pela legitimação passiva dos herdeiros, a hipótese seria de litisconsórcio passivo necessário desses com o espólio.

Em se tratando especificamente de ação investigatória de paternidade, leciona **Flávio Tartuce**:

Em regra, a ação será proposta contra o suposto pai ou suposta mãe, diante do seu caráter pessoal.

Falecido este ou esta, a ação será proposta contra os herdeiros da pessoa investigada, não contra o espólio, justamente diante deste caráter pessoal. Lembre-se de que o espólio não tem personalidade jurídica, o que afasta a possibilidade de propositura da demanda contra este. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil Vol. 5: direito de família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 501).

A questão é explorada mais profundamente por **Rolf Madaleno**:

A legitimação passiva na ação de filiação é do ascendente investigado, no caso a suposta mãe, em sendo investigada a maternidade, ou o pai, no caminho oposto. Se o investigado já é falecido, serão réus os respectivos herdeiros, a serem individual e pessoalmente citados, tendo em vista ser uma ação de estado, não podendo ser representados pelo inventariante, acaso ainda tramitando o processo de inventário do investigado sucedido, mesmo se a pretensão judicial inserir pedido cumulativo e relativo ao quinhão hereditário do investigante. Isso porque a ação é de investigação de filiação, e visa ao reconhecimento da perfilhação. É uma ação declaratória de estado da pessoa e não guardar qualquer correlação com o resultado econômico oriundo da procedência da investigatória, e também implicará um resultado econômico se o extinto declarado genitor tiver deixado bens para inventariar e não estiver prescrita a ação de petição de herança. (MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 624/625).

A jurisprudência desta Corte, de igual modo, fixou-se no sentido de que a *ação de investigação de paternidade deve ser ajuizada em face dos herdeiros e não do espólio do falecido*. Nesse sentido, confirmam-se: REsp 5.280/RJ, 3ª Turma, DJ 11/11/1991; REsp 120.622/RS, 3ª Turma, DJ 25/02/1998; REsp 331.842/AL, 3ª Turma, DJ 10/06/2002.

Nesse contexto, o fato de a sentença que se pretende rescindir ter sido proferida em ação investigatória de paternidade em que somente *João G* figurou como parte, o que sustentaria a tese recursal de que, após o seu falecimento, a ação rescisória deveria ser ajuizada em face do espólio, e não dos seus herdeiros, não modifica em absolutamente nada o entendimento acima mencionado.

Com efeito, embora o CPC/73 não trate da legitimidade passiva para a ação rescisória (e, anote-se, que o CPC/15 também não examine esse tema), é correto afirmar que a regra do art. 487, I, do CPC revogado (idêntico ao art. 967, I, do novo CPC), que disciplina a legitimidade ativa e que informe que poderá propor a referida ação “quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular” deve se aplicar, por lógica, coerência e simetria, também à adequada configuração da legitimação passiva da ação rescisória.

Por essa razão, o falecimento da parte após o trânsito em julgado da sentença a ser rescindida implica em sucessão processual não apenas no polo ativo, mas também no polo passivo.

Tratando especificamente dessa matéria, leciona **José Carlos Barbosa Moreira**:

Merece consideração especial a hipótese de sucessão intercorrente, quanto a alguma pessoa que, por haver sido parte no outro feito, devesse ser citada para a rescisória. Na sucessão *causa mortis* e na sucessão a título universal entre pessoas jurídicas (por exemplo: fusão ou incorporação de sociedades), não há dúvida de que a legitimação passiva se transfere aos sucessores. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. 5 – Arts. 476 a 565. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 174/175).

Como se sabe, a legitimidade passiva decorre de uma relação lógica e abstrata entre quem pede, o que se pede e contra quem se pede, devendo figurar no polo passivo a pessoa indicada pelo autor que possa ser compelida e reúna condições de satisfazer o pedido inicial.

Tendo em mira essa premissa, conclui-se que, evidentemente, o espólio não é parte legítima para responder à ação rescisória em que se pleiteie a rescisão de

sentença e o rejuízoamento de ação investigatória de paternidade *post mortem*, seja como legitimado exclusivo, seja como litisconsorte passivo necessário, na medida em que, nessa ação, nada será pedido contra o espólio, que tão somente é um ente despersonalizado apto a titularizar a universalidade jurídica denominada herança até que se efetive a partilha dos bens.

Sublinhe-se que as eventuais repercussões econômicas ou patrimoniais derivadas do reconhecimento, ou não, da filiação que se pretende alcançar por intermédio da ação investigatória de paternidade é que poderão, hipoteticamente, ser objeto de pretensões autônomas que serão deduzidas contra o espólio, como já se consignou em precedentes desta Corte em relação à petição de herança (AgRg no Ag 580.197/SP, 4ª Turma, DJe 04/05/2009) e à execução de dívidas do *de cuius* (REsp 1.559.791/PB, 3ª Turma, DJe 31/08/2018).

Por tais razões, não há que se falar em violação aos arts. 12, V, e 472, ambos do CPC/73, motivo pelo qual o recurso especial interposto por *Elizabeth M B* e por *Maristela M* deve ser desprovido.

2. Recurso especial interposto pelo Espólio de João G. Alegada violação aos arts. 264, 267, VI, e 495, todos do CPC/73.

A primeira tese apresentada no recurso especial do espólio de *João G* é de que a consequência jurídica do reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para responder a ação rescisória seria o indeferimento da petição inicial e, consequentemente, a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, combinado com art. 295, II, ambos do CPC/73), não havendo que se cogitar a possibilidade de emenda à petição inicial após a citação do recorrente (violação ao art. 264 do CPC/73).

Não se pode olvidar, evidentemente, que há antigo precedente desta Corte que consignou que a ilegitimidade não pode ser concebida “como simples erro na petição inicial, passível de correção”, motivo pelo qual “iniciado o processo sob uma titularidade, a alteração no polo ativo, por meio de emenda, corresponderia a uma substituição processual, mormente quando é determinada após a citação, hipótese expressamente vedada, salvo exceções não presentes no caso, a teor do artigo 264 do Código de Processo Civil”. (REsp 758.622/RJ, 3ª Turma, DJ 10/10/2005).

Ocorre que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em homenagem aos princípios da efetividade do processo, da economia processual e da instrumentalidade das formas, evoluiu no sentido de que é admissível a emenda à petição inicial para modificação do polo passivo, sem alteração do

pedido ou da causa de pedir, mesmo após a contestação. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.362.921/MG, 2ª Turma, DJe 01/07/2013; AgInt no AREsp 921.282/PR, 4ª Turma, DJe 27/02/2018.

Existe, inclusive, precedente específico da 3ª Turma desta Corte:

Processual Civil. Recurso especial. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu inclusão de parte no polo passivo da ação após a citação do réu. Interdito proibitório. Ausência dos vícios elencados no art. 535 do CPC. Emenda da inicial após citação. Possibilidade. Princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual. Peculiaridades do caso que justificam a retificação do polo passivo. Inexistência de modificação da causa de pedir ou pedido. Recurso não provido.

1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados.

2. *Observados os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, é possível a relativização das regras previstas no art. 264 do CPC para se admitir a emenda da inicial após a citação do réu desde que isso não acarrete alteração da causa de pedir ou do pedido.* Precedentes.

3. Recurso especial não provido. (REsp 1.473.280/ES, 3ª Turma, DJe 14/12/2015).

Por tais motivos, conclui-se que o acórdão recorrido não violou os arts. 264 e 267, VI, ambos do CPC/73, razão pela qual o recurso especial do espólio de *João G* não merece ser provido sob esse fundamento.

É preciso examinar, contudo, a segunda tese deduzida no recurso especial do espólio de *João G*, segundo a qual teria havido violação ao art. 495 do CPC/73, na medida em que as recorridas *Elizabeth M B* e *Maristela M* teriam decaído do direito de rescindir a sentença proferida na ação investigatória de paternidade em virtude de não ter havido a substituição do polo passivo antes do término do prazo bienal.

A esse respeito, destaque-se desde logo precedente da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça:

Processo Civil. Embargos de divergência. Ação rescisória. Propositura apenas em face de parte dos integrantes da relação originária. Litisconsórcio necessário. Correção. Decadência.

1. Nas ações rescisórias integrais devem participar, em litisconsórcio unitário, todos os que foram partes no processo cuja sentença é objeto de rescisão.

2. A propositura de ação rescisória sem a presença, no polo passivo, de litisconsorte necessário somente comporta correção até o prazo de dois anos disciplinado pelo art. 495 do CPC. Após essa data, a falta de citação do litisconsorte implica a decadência do direito de pleitear a rescisão, conduzindo à extinção do processo sem resolução do mérito.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos. (REsp 676.159/MT, Corte Especial, DJe 30/03/2011).

Conquanto o precedente acima mencionado verse sobre complementação de polo passivo e a hipótese examinada neste recurso especial envolva substituição do polo passivo, colhe-se da *ratio decidendi* os fundamentos determinantes que justificam a aplicação da mesma solução jurídica já consolidada nesta Corte.

Com efeito, o precedente se funda na existência de “falha do próprio autor da ação rescisória”, que “gerou graves inconvenientes”, como a surpresa causada a quem havia sido beneficiado pela coisa julgada e que repentinamente se encontra, muitos anos após, sob ameaça de rescisão e de ruptura da estabilidade e da segurança dela originada, motivo pelo qual a formação da relação jurídico-processual deve sempre observar o prazo decadencial bienal do art. 495 do CPC/73.

Essas mesmas circunstâncias fáticas também se encontram, concreta ou potencialmente, presentes na hipótese em exame, na medida em que os herdeiros, somente agora, seriam surpreendidos e teriam ciência de nova ação ajuizada pelos pretensos filhos do *de cuius*, em que se visa rescindir coisa julgada formada em *Fevereiro de 2012*.

Anote-se, ademais, que embora a inventariante do espólio de *João G* igualmente seja herdeira, há mais quatro herdeiros que eventualmente podem não ter ciência da presente ação rescisória, de modo que o elemento surpresa acima mencionado se fará presente em relação a eles.

Além disso, registre-se que, ao tempo da propositura da ação rescisória, não existia sequer dúvida objetiva ou razoável acerca da legitimação do polo passivo na ação investigatória de paternidade, pois o primeiro julgado desta Corte que apontou a legitimação dos herdeiros, e não do espólio, está datado de *1991*.

Assim, a despeito de ser possível a modificação do polo passivo, sem alteração do pedido ou da causa de pedir, mesmo após a contestação, com a substituição do réu pelo correto legitimado, *essa alteração deverá ser realizada, obrigatoriamente, até o escoamento do prazo bienal decadencial da ação rescisória.*

Na hipótese, a sentença proferida na ação ajuizada pelas recorrentes *Elizabeth M B* e *Maristela M* em face de *João G* e que julgou improcedente o pedido de reconhecimento da paternidade *transitou em julgado em 08/02/2012* e a ação rescisória contra o espólio de *João G* foi ajuizada em *07/02/2014*.

Contudo, *somente em 21/11/2014 houve a modificação do polo passivo para a substituição do espólio pelos herdeiros de João G*, conforme se depreende da petição de fls. 1.111/1.113 (e-STJ), razão pela qual se operou a decadência na forma do art. 495 do CPC/73 que, pela fundamentação acima expendida, foi violado pelo acórdão recorrido.

3. Conclusão.

Forte nessas razões, *conheço e nego provimento* ao recurso especial de *Elizabeth M B* e *Maristela M*; e *conheço e dou provimento* ao recurso especial do espólio de *João G*, a fim de reconhecer a decadência do direito de rescindir a coisa julgada que se formou na ação investigatória de paternidade com base no art. 495 do CPC/73 e, conseqüentemente, julgar improcedente a ação rescisória com base no art. 269, IV, do CPC/73.

RECURSO ESPECIAL N. 1.677.773-RJ (2016/0266350-9)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Viação Normandy do Triangulo Ltda
Advogados: Marcos Eduardo Guedes Bonito e outro(s) - RJ082713
Cláudio Tadeu Medeiros e Silva - RJ086673
Dione Valesca Xavier de Assis - RJ163033
Recorrido: Aroldo Vilar do Gueiros
Recorrido: Maria Alice da Gama Gueiros
Advogados: José Manuel Mairós Alves e outro(s) - RJ054296
Jorge Pereira Belem - RJ097949
Leandro Aresta da Silva - RJ111560

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Acidente de trânsito. Falecimento de filho. Propositura da ação. Prazo prescricional. Penúltimo dia. Valor da indenização. Decurso de tempo. Desinfluência. CPC/20015. Novo regramento normativo. Reparação civil. Relação extracontratual. Prazo prescricional diminuído. Três anos. Razoabilidade. Revisão. Quantia. Súmula 7/STJ.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A controvérsia a ser dirimida reside em verificar se o lapso temporal decorrido entre o acidente de trânsito que vitimou o filho dos autores e o ajuizamento da demanda reparatória de danos morais deve ser considerado na fixação do valor da indenização.

3. Na vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a demora na busca da reparação do dano moral deveria ser considerada na fixação do valor da indenização. Esse entendimento baseia-se em fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916 e, portanto, sofreram os influxos do dilatado prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 da referida lei substantiva para ajuizamento de pretensões reparatórias.

4. O prazo prescricional muito longo previsto no Código Civil anterior resultava em situações extremas, nas quais o período decorrido entre o evento danoso e a propositura da ação indenizatória se revelava nitidamente exagerado ou desproporcional.

5. Em casos julgados com base no Código de Civil de 2002, que prevê, no art. 206, § 3º, V, o prazo prescricional de 3 (três) anos para a pretensão de reparação civil fundamentada em relação extracontratual, as situações extremas não mais persistem.

6. O prazo de 3 (três) anos, aplicável às relações de natureza extracontratual, revela-se extremamente razoável para que o titular de pretensão indenizatória decorrente de falecimento de ente familiar promova a demanda.

7. No atual panorama normativo, o momento em que a ação será proposta, desde que na fluência do prazo prescricional, mostra-se desinfluyente para aferição do valor da indenização, tendo em vista o novo prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, Código Civil de 2002 (três anos), extremamente reduzido em comparação ao anterior (vintenário).

8. No ordenamento jurídico brasileiro inexistente previsão legal de prescrição gradual da pretensão. Ainda que ajuizada a demanda no dia anterior ao término do prazo prescricional, a parte autora faz jus ao amparo judicial de sua pretensão por inteiro.

9. Não se mostra razoável presumir que o abalo psicológico suportado por aquele que perde um ente familiar é diminuído pela não manifestação imediata do seu inconformismo por intermédio de uma demanda judicial.

10. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula n. 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes na espécie.

11. Recurso especial conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 04 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Viação Normandy do Triângulo Ltda.*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Responsabilidade objetiva. Culpa exclusiva da vítima não comprovada. Dano moral configurado. Sentença de procedência mantida.

1. Aplicação da responsabilidade objetiva da prestadora de serviço público, oriunda do risco administrativo, nos termos do artigo 37, § 6º, da CF, que independe da demonstração da culpa, bastando a comprovação do dano e do nexo causal.

2. Para que ocorra a exclusão da responsabilidade do transportador é necessário que a excludente, no caso, a culpa exclusiva da vítima esteja cabalmente provada, o que não ocorreu na presente hipótese.

3. Dano moral que decorre do próprio fato, pois evidente o sofrimento suportado pelos pais da vítima fatal.

4. Valor adequadamente indenizado em R\$ 130.000,00 para cada autor.

5. Recurso conhecido e improvido (e-STJ fl. 413).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Em suas razões (e-STJ fls. 441/460), a recorrente alega violação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, sustentando, em síntese, a desproporcionalidade no arbitramento da indenização por danos morais ao argumento de que o lapso temporal decorrido entre o evento danoso e o ajuizamento da demanda deve ser considerado na fixação do valor indenizatório.

Alega que, como a presente ação foi proposta no penúltimo dia antes do exaurimento do prazo prescricional, o valor arbitrado (R\$ 130.000,00 - cento e trinta mil reais para cada genitor da vítima) é exorbitante e ensejará enriquecimento indevido dos recorridos. Requer, assim, a redução do valor indenizatório.

Sem contrarrazões (e-STJ fl. 469), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a conversão do agravo (AREsp n. 995.948/RJ) em recurso especial para melhor exame da matéria (e-STJ fl. 605/606).

É o relatório.

VOTO

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

O julgamento do recurso especial é realizado com base nas normas do Código de Processo Civil de 2015 por ser a lei processual vigente na data de publicação da decisão ora impugnada (cf. Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A controvérsia a ser dirimida reside em verificar se o lapso temporal decorrido entre o acidente de trânsito que vitimou o filho dos autores e o ajuizamento da demanda reparatoria de danos morais deve ser considerado na fixação do valor da indenização.

1. Histórico

Extrai-se dos autos que Aroldo Villardo Gueiros e Maria Alice da Gama Gueiros, ora recorridos, ajuizaram ação de indenização por danos morais contra Viação Normandy do Triângulo Ltda., ora recorrente, em decorrência de acidente de trânsito que vitimou o filho dos autores, Luiz Felipe da Gama Gueiros.

Segundo a exordial, no ano de 2003, o veículo em que se encontravam 3 (três) filhos dos autores foi abalroado por um ônibus de propriedade da ré na cidade do Rio de Janeiro/RJ, no conhecido “Elevado do Joá”, sendo que um deles faleceu no hospital 10 (dez) dias após o evento.

Os autores promoveram demanda indenizatória postulando a condenação da ré ao pagamento dos danos morais decorrentes da perda do filho, imputando à ré a responsabilidade pelo ato ilícito.

O Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido autoral para condenar a ré ao pagamento de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) a cada autor. A Corte de origem, em julgamento da apelação interposta pela recorrente, negou provimento ao recurso, mantendo o valor da indenização nos seguintes termos:

(...)

O dano moral oriundo da morte de um filho decorre do próprio fato, sendo prescindível a prova de dependência, porquanto tal dor pela perda oriunda da morte, sendo *in re ipsa*.

E para a fixação do quantum indenizatório dos danos morais suportados pelos apelados, deve-se ater a uma quantia que, observando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, amenize a ofensa à honra e não se afaste do caráter pedagógico da sanção imposta. Deve, portanto, ser fixado tomando-se em conta a gravidade do fato, suas consequências, condição social da vítima e infrator, porém sem configurar enriquecimento sem causa.

A matéria referente à fixação de indenização por danos morais, no Direito Brasileiro, é delicada, e fica sujeita à ponderação do magistrado, fazendo-se necessário, para encontrar a solução mais adequada, que se observe o princípio da razoabilidade, tal como já decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não havendo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, sendo, portanto, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto (in REsp 435.119; Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJ 29/10/2002).

No que tange ao arbitramento do dano moral, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “na fixação da indenização a este título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.” (STJ AgRg no Ag 705.190, Min. Jorge Scartezini, 4ª T., j. 23.05.05, DJ 26.06.06).

Haja vista o acidente e as consequências deste, os valores fixados para indenização pelo dano moral ficam mantidos em R\$ 130.000,00, seja em razão dos fatos ocorridos, seja por aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Considero que a quantia fixada pela sentença vergastada atendeu aos princípios norteadores do instituto da reparação civil, não merecendo reparos.

Incide, ainda, na espécie, a orientação jurisprudencial sintetizada no Enunciado 116 desta Corte de Justiça, que assim dispõe: “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidas pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.” (Aviso 55/2012).

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença tal como lavrada (e-STJ fls. 417/418 - grifou-se).

A ré interpôs, então, o presente recurso especial, invocando a tese, já apontada no relatório, relativa tão somente ao valor da indenização por danos morais.

Alega, em resumo, que,

(...) mesmo diante da atribuição de responsabilidade pelo critério objetivo, a fixação da indenização correspondente jamais prescinde da aferição de

parâmetros extraídos da doutrina e jurisprudência atinentes ao tema, com vistas a nortear seu arbitramento, dentre estes o lapso temporal entre o *eventus damni* (morte do filho dos Recorridos) e o ajuizamento da demanda indenizatória, que na hipótese vertente fora deflagrada restando apenas um dia para o exaurimento do prazo prescricional.

(...)

Desse modo, *resta inequivocamente demonstrado que a extensão do lapso temporal entre o evento (morte da vítima) e o ajuizamento do feito, deflagrado na hipótese vertente no penúltimo dia antes do exaurimento do prazo prescricional deve ser considerado como parâmetro na fixação da indenização por danos morais* e, mesmo não se entendendo tal circunstância como sendo suficiente para ilidir a pretensão indenizatória, o servem a mesma, repita-se, como parâmetro de demonstração da desproporção do *quantum* indenizatório arbitrado na r. sentença de primeiro grau e mantido pelo v. acórdão recorrido, tendo como mira o disposto no artigo 944 do Código Civil, pelo qual a indenização mede-se pela extensão do dano (e-STJ fls. 455/458 - grifou-se).

Traz precedentes desta Corte no mesmo sentido da fundamentação deduzida nas razões do especial.

2. Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

De início, não se desconhece a existência de julgados recentes desta Corte Superior, inclusive desta relatoria, que respaldam a pretensão da recorrente no sentido de que a demora na busca da reparação do dano moral é fator a ser considerado na fixação do valor da indenização.

Nesse sentido:

Agravo interno no recurso especial. Morte de irmão por atropelamento de trem. Dano moral. Valor ínfimo fixado pelas instâncias ordinárias. Majoração. Lapso temporal entre a data do fato e o ajuizamento da demanda. Influência na fixação da indenização. Agravo parcialmente provido.

1. *A demora no ajuizamento da ação de indenização é fator influente na fixação do montante indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o evento danoso e a propositura da ação (REsp 526.299/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Corte Especial, julgado em 03/12/2008, DJe de 05/02/2009), o que não impede a revisão, por esta Corte Superior, de condenação em quantia irrisória.*

2. A jurisprudência deste col. Tribunal Superior consolidou-se no sentido de que o valor fixado pelas instâncias ordinárias, a título de dano moral, pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revela irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.

3. No caso, considerando a demora entre o ajuizamento da ação (julho de 2007) e a data do evento danoso (08/06/1991), majora-se a reparação moral, decorrente de morte de irmão por atropelamento por composição férrea, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para R\$ 25.000, 00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor.

4. Agravo interno parcialmente provido.

(AgInt no REsp 1.357.645/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 01/03/2019 - grifou-se)

Recurso especial. Responsabilidade civil. Morte de passageiro em acidente de trânsito. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Viúva e pais da vítima. Presunção de dependência. Pensionamento. Danos morais. Cabimento. Decurso de tempo para propositura da ação que deve ser levado em consideração na fixação do valor da condenação. Precedentes.

1. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea “c” do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e do art. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

3. No que se refere aos danos materiais, a jurisprudência desta Corte Superior há muito converge no sentido de que, nas famílias de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, notadamente em razão da dificuldade da sobrevivência da família com o salário de apenas um deles. Quanto aos genitores, a presunção de assistência vitalícia dos filhos diminui depois que o filho completa 25 anos de idade ou constitui sua própria família, como na hipótese. Precedentes.

4. Nos termos da orientação desta Corte, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do valor da condenação.

5. *“A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do quantum indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação” (REsp n. 526.299/PR, Corte Especial, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 5/2/2009).*

6 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1.133.033/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 15/08/2012 - grifou-se)

Civil e Processual. Recurso especial. Acidente de trabalho. Dano material e moral. Indenização do direito comum. Filho menor. Pensão devida. Limite. 25 anos de idade incompletos. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

I. Reparação por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho são devidos pelo empregador aos sucessores da vítima fatal ainda que os fatos tenham ocorrido sob égide da Constituição de 1967.

II. São independentes as verbas correspondentes à indenização pelo direito comum, as de natureza trabalhista e as previstas na legislação previdenciária.

III. Pensionamento devido na forma do disposto no art. 1.537, II, do Código Civil. Segundo a orientação traçada pelo STJ, a pensão arbitrada deve ser integral até os 25 anos, idade em que, pela ordem natural dos fatos da vida, o dependente constituiria família.

IV. Indenização por dano moral cujo montante não se revela diminuto, haja vista o lapso temporal entre o evento e a propositura da ação.

“A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do *quantum* indenizatório, a fazer obrigatória a consideração.” (REsp 526.299/PR, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, unânime, DJe: 05.02.2009).

V. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

(REsp 900.367/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/05/2010, DJe 26/05/2010)

Embargos de divergência em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Demora na propositura da ação. Reflexo na fixação do *quantum* indenizatório. Precedentes.

1. *A demora na busca da reparação do dano moral é fator influente na fixação do quantum indenizatório, a fazer obrigatória a consideração do tempo decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação.*

2. Embargos de divergência acolhidos.

(REsp 526.299/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 03/12/2008, DJe 05/02/2009 - grifou-se)

Importante registrar que o último precedente supratranscrito - REsp n. 526.299/PR - norteou a orientação jurisprudencial mais recente do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática ora em exame.

Até aquele julgamento perante a Corte Especial, havia oscilação no entendimento dos órgãos colegiados deste Tribunal acerca da questão, conforme se observa dos seguintes julgados:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Acidente fatal. Irmãos da vítima. Legitimidade ativa *ad causam*. Lapsos temporal entre a data do fato e o ajuizamento da demanda. Irrelevância na configuração do dano.

1. Os irmãos possuem legitimidade ativa *ad causam* para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte tem entendimento assente no sentido de que “a demora da parte na propositura da ação visando à reparação por dano moral pela morte de ente querido não pode ser tomada como causa para a diminuição da reparação a ser fixada” (REsp 810.924/RJ, DJ de 18.12.2006), restando vedado, pois, com maior razão, o afastamento do dano moral em face de tal circunstância.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 833.554/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 02/02/2009 - grifou-se)

Processo Civil. Ação de indenização por dano material e moral em acidente automobilístico. Falecimento da esposa e mãe dos autores, e também do filho e irmão destes. Julgamento de procedência do pedido. Existência de processo anterior discutindo o mesmo acidente, extinto por homologação de conciliação. Alegação de ofensa à coisa julgada. Inexistência. Alegação de decisão *extra petita* no que diz respeito à reparação pelo dano moral decorrente do falecimento do menor, no acidente. Reconhecimento.

- A ação proposta anteriormente, extinta por homologação de conciliação, discutia apenas a reparação pelo dano material decorrente do acidente automobilístico que vitimou a esposa de um dos autores, e mãe dos demais, e, respectivamente, o filho e irmão dos mesmos.

- Assim, o deferimento de reparação do dano moral decorrente do mesmo fato não é impedido pela coisa julgada formada no primeiro processo.

- A alegação de que há quitação geral em instrumentos de transação não pode ser acolhida porque tais instrumentos foram firmados anos antes da conciliação homologada, e o acórdão recorrido não se pronunciou sobre eles, mas exclusivamente sobre a conciliação.

- O pedido de reparação por dano moral é feito de maneira genérica na petição inicial, de modo que tem de ser interpretado com base na causa de pedir. Nela, os autores ponderaram exclusivamente sobre a dor decorrente do falecimento da esposa e mãe dos autores, sem dizer nenhuma palavra a respeito da dor decorrente do falecimento do menor. Nessas circunstâncias, é de se reconhecer *extra petita* a decisão que defere reparação pelo dano moral decorrente da perda de ambas as vítimas do acidente automobilístico. O pedido foi feito apenas em relação a uma delas.

- *A demora na propositura da ação judicial não pode implicar a diminuição da reparação pelo dano moral. Não são raras as vezes em que o sofrimento decorrente de um fato de tamanha gravidade como a morte de um ente querido é tão profundo que retira a capacidade do ser humano de reagir. Assim, a demora pode significar, não um sintoma de que o abalo não foi profundo, mas exatamente o contrário. Além disso, é natural que, com o tempo, o abalo psíquico se reduza. A indenização, todavia, tem de se reportar à época dos fatos.*

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 686.139/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 13/11/2006 - grifou-se)

Administrativo e Processual Civil. Ação de indenização por danos morais. Denúnciação da lide. Art. 70, inciso III, do CPC. Desnecessidade. Ação de regresso contra o agente causador do dano. Demora. Ajuizamento da ação. Redução do quantum indenizatório. Inviabilidade.

I - Encontra-se pacificado o entendimento desta Corte no sentido de que a denúnciação da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso, o que ocorre nos incisos I e II do art. 70 do CPC, sendo desnecessária no caso do inciso III do referido dispositivo legal, podendo o Estado, em ação própria, exercer o seu direito, em face do agente causador do dano. Precedentes: REsp n. 528.551/SP, Rel. Min. *Carlos Alberto Menezes Direito*, DJ de 29/03/2004; EREsp n. 313.886/RN, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJ de 22/03/2004; REsp n. 150.310/SP, Rel. Min. *Castro Filho*, DJ de 25/11/2002.

II - *Em que pese ao evento danoso ter ocorrido em maio de 1994, sendo que os irmãos da autora, ora recorrida, ajuizaram a ação reparatória de danos naquele ano e esta só o fez em janeiro de 2001, tal demora não é suficiente para que haja uma diminuição no quantum indenizatório.*

III - *Com efeito, não há como se diferenciar a dor suportada pela recorrida e a sofrida por seus irmãos, pelo simples fato daquela ter levado maior tempo para buscar o seu direito.*

IV - *"Além do mais, caberia ao recorrente - desde as instâncias ordinárias - suportar o ônus de provar o alegado 'menor sofrimento da autora', sendo, por isso, meramente descabido e antijurídico presumir-se nessa instância o grau de lesividade moral da autora/recorrida em razão do simples decurso de tempo, como se se constituísse em verdade imutável ao ser humano a consumação paulatina de sua afetividade e de seus mais nobres sentimentos de perda, quanto mais se afaste no tempo do momento da ocorrência motivadora do dano moral sofrido, ante a morte inexorável de seus entes queridos" (fls. 149/150).*

V - Recurso especial improvido.

(REsp 526.299/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 17/12/2004 - grifou-se)

Analisando especificamente as razões do EREsp n. 526.299/PR, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, verifica-se que a hipótese então examinada pela Corte Especial tratava de evento danoso (falecimento dos pais da autora) ocorrido no ano de 1994, com a propositura da ação indenizatória em 2001.

Ou seja, a demanda foi analisada sob o enfoque das disposições legais insertas no Código Civil de 1916, inclusive no tocante aos prazos prescricionais. Registre-se que todos os precedentes citados naquele julgado também se referem a ilícitos praticados na vigência do Código Civil anterior.

3. Do caso dos autos

Importante salientar, novamente, que *a única discussão travada no presente recurso especial diz respeito ao valor da indenização fixada pelas instâncias ordinárias que, no entender da recorrente, é exagerado, principalmente levando-se em consideração o tempo decorrido entre o fato e a propositura da ação.*

A incidência do prazo prescricional de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 para o caso em tela não é objeto de controvérsia. Nem os autores nem a ré, em nenhum momento da marcha processual, questionaram a aplicação do referido prazo.

Para o correto exame da questão posta, é relevante pontuar, inicialmente, que, no caso dos autos, *o evento danoso (morte do filho dos autores), de natureza extracontratual, ocorreu em 2007, portanto, na vigência do Código Civil de 2002.*

Nessa perspectiva, no tocante à influência do lapso temporal decorrido entre o fato danoso e a propositura da ação de reparação por danos morais na fixação do valor da indenização, em situações que envolvem a morte de ente familiar, entende-se que, na hipótese ora em análise, deve ser conferida conclusão diversa da preconizada nos precedentes mais recentes desta Corte.

Como já mencionado, os julgados que balizaram a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão referem-se a fatos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916 e, portanto, sofreram os influxos do dilatado prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 da referida lei substantiva para ajuizamento de pretensões reparatórias.

É notório que o prazo prescricional previsto no Código Civil anterior resultou em situações extremas, nas quais o período decorrido entre o evento danoso e a propositura da ação indenizatória se revelou nitidamente exagerado ou desproporcional (mais de 15 anos em alguns casos analisados por esta Corte).

Prazos tão longos conduziam as partes envolvidas (notadamente o autor do ato ilícito) à indesejável situação de insegurança jurídica e, por isso, exerceram influência nos julgadores na fixação dos valores da indenizações.

Entretanto, tal situação não se vislumbra mais em casos julgados com base no Código de Civil de 2002, o qual prevê, em seu art. 206, § 3º, V, o prazo prescricional de 3 (três) anos para a pretensão de reparação civil fundamentada em relação extracontratual.

O prazo de 3 (três) anos, aplicável às relações de natureza extracontratual, revela-se extremamente razoável para que o titular de pretensão indenizatória decorrente de falecimento de ente familiar promova a demanda.

O momento em que a ação será proposta, seja qual for o motivo que influencie a decisão da parte autora, mostra-se desinfluyente para a aferição do valor da indenização, tendo em vista o novo prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, V, Código Civil de 2002 (três anos), extremamente reduzido em comparação ao anterior (vintenário).

No atual panorama normativo, não há mais falar em insegurança jurídica a influenciar a fixação da quantia a devida a título de indenização, ainda que o titular do direito exerça sua pretensão somente no último dia do prazo prescricional de 3 (três) anos.

Cumpra observar que no ordenamento jurídico brasileiro inexistia previsão legal de prescrição gradual da pretensão. Desse modo, ainda que ajuizada a demanda no dia anterior ao término do prazo prescricional, a parte autora faz jus ao amparo judicial de sua pretensão por inteiro.

Dessa forma, a redução do montante indenizatório em virtude do grande lapso temporal havido entre o fato danoso e a dedução, em juízo, do correspondente pedido indenizatório só se justificava, na vigência do regramento normativo anterior, quando tal circunstância tivesse o condão de revelar verdadeira *desídia* da parte autora, que eventualmente pudesse ser tomada, por isso, como indicador de que os danos morais por ela efetivamente suportados não teriam a mesma dimensão que teriam em condições regulares.

Ademais, mostra-se sempre pertinente o debate acerca da suposta presunção de que o sofrimento da parte que experimenta a perda de um ente familiar é atenuado pelo decurso do tempo.

Não parece razoável presumir que o abalo psicológico suportado por aquele que perde um parente próximo é diminuído pela não manifestação imediata do seu

inconformismo por intermédio de uma demanda judicial. Vários motivos, inclusive de cunho subjetivo, podem justificar a demora na iniciativa de buscar a devida reparação perante o Poder Judiciário.

Ao lecionar a respeito do dano extrapatrimonial que atinge os parentes da vítima falecida, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino assevera que

(...)

*A dimensão da dor dos familiares com a perda de um ente querido em consequência de uma morte violenta e repentina é incomensurável, bastando pensar na dor dos filhos menores com a perda do pai em acidente de trabalho; no sofrimento psíquico da esposa com a morte do marido em um acidente aéreo; no vazio existencial dos pais com o óbito de um filho em um acidente de trânsito. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral - indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 293 - grifou-se)*

A Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp n. 663.196/PR, DJ de 21/3/2005, de forma percuciente, analisou a questão do fator temporal como critério de alteração do valor da indenização por danos morais decorrentes da morte de parente. Afirmou, com absoluta propriedade, que o abalo psíquico da pessoa que perde um ente familiar jamais pode ser quantificável, nem pelo decurso do tempo:

(...) O acórdão recorrido decidiu no sentido de não admitir o fator temporal como critério de alteração do valor compensatório.

E isso porque a teoria defendida pelo recorrente, ainda que pareça de justiça indiscutível em um primeiro momento, acaba por levar, em última instância, a consequência que não pode ser aceita, qual seja: ao enfraquecimento do próprio sistema de reparação por danos morais e ao desprestígio de um direito constitucionalmente assegurado.

Ora, é da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro.

Não se analisa - e nem é objeto de prova no processo, ainda que proposta a ação no dia seguinte ao ocorrido - o tamanho do sofrimento íntimo experimentado pelo indenizado; de há muito, ficou assentado que não só essa análise é impossível como de todo estéril para o deslinde da questão. O dano moral não é a dor; esta é a consequência irrecusável do dano naquele que o suporta - e como tal, é variável, imprecisa e inexpugnável aos olhares de terceiros.

Um relevante estudo das razões de decidir adotadas no arbitramento do dano moral mostra que são vários os fatores considerados - culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, gravidade da ofensa, situação econômica do ofensor; mas parece ser levada em conta, principalmente como ponto de partida, a gravidade da ofensa ou potencialidade lesiva do fato, vez que impossível uma quantificação psicológica do abalo sofrido.

O dano moral é, repita-se, conseqüência do fato danoso; a potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto subjetivismo – donde imprestabilidade - da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida.

E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta – a gravidade da ofensa - permanece a mesma com o correr dos anos, ao contrário do abalo psicológico sofrido, que não é quantificável em momento algum - já no dia do evento, ainda onze anos depois.

Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz decide se o dano deve ser reparado com 10, 20 ou 200 salários mínimos; a inscrição do nome do pretendo devedor no SERASA vale, e.g., menos do que a morte de um filho, que vale mais do que um atraso em vôo internacional. Por essa trilha já visivelmente insegura, cria a jurisprudência alguns parâmetros, maleáveis mas objetivos, como decorrência da fluidez do critério: *presume-se*, com alguma margem de tolerância, o tamanho do abalo - e da compensação - com base na gravidade do atentado.

Trata-se aqui, portanto, de duas presunções relativas ao mesmo assunto: a de que determinados fatos têm como conseqüência uma dor moral não diretamente quantificável - esta aceita de forma unânime como base do sistema - e a de que a dor diminui com o tempo.

A primeira é, repise-se, a base do sistema de reparação por danos morais; e nada precisa ser dito além de que esse sistema é, por excelência, incompatível com qualquer tipo de padronização que tome como dado uma medida da dor experimentada; a segunda, por sua vez, embora à primeira vista possa parecer razoável, na verdade entra em conflito com a assertiva inicial, pois para dizer que a dor diminui com o tempo é necessário, antes, dizer que é possível medi-la.

Uma vez assentada essa ordem de idéias, verifica-se que uma diminuição do valor indenizatório com base no tempo decorrido entre o fato e a propositura da ação é, portanto, uma tentativa de se estabelecer um *padrão artificial de "tarifação"*, que não guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório – porto relativamente seguro onde a jurisprudência costuma repousar sua consciência na difícil tarefa de compensar um dano dessa natureza.

Pode a autora ter demorado a propor a ação por medo; pode a autora ter demorado a propor a ação por falta de informação e até mesmo – suprema injustiça, uma vez adotada a tese do recorrente – por ter sido tão rigoroso o trauma sofrido que

a demanda judicial tornar-se-ia psicologicamente insustentável; o mero decurso do tempo nada diz quanto a essas circunstâncias perfeitamente factíveis – tão factíveis quanto a alegada diminuição da dor sofrida.

No exercício da atividade jurisdicional, um fator de discriminação que nada distingue é mais do que inútil; é, em verdade, prejudicial. *A aplicação do método explanado neste recurso especial, por exemplo, traria duas ordens de conseqüências indesejáveis.*

Inicialmente, sustentar-se-ia, com a força decorrente da autoridade do julgado, contradição decorrente em se afirmar que o tempo diminui a dor moral quando esta é impossível de ser avaliada ainda que a demanda seja proposta no dia seguinte ao fato danoso. A artificialidade de tal construção, conforme se procurou demonstrar, é tamanha que termina por minar as bases do próprio instituto da compensação moral.

Tão ou mais grave, contudo, é notar-se que, como conseqüência da conclusão supra, o STJ passaria a incentivar a já pródiga “indústria do dano moral”, uma vez que a “tarifação” da indenização, tomando-se por base a urgência na protocolização do pedido, corroboraria a detestável mercantilização das ações judiciais propostas com esse fundamento. Criar-se-ia uma indesejável corrida ao fórum, para que a indenização fosse garantida no seu mais alto valor, às custas da humilhação daqueles que acabaram de perder um ente querido e que serão ainda mais incentivados a adotar a postura de mascates do próprio sofrimento.

Em relação ao decurso do tempo, existe apenas uma presunção – de ordem legal – a ser considerada. Com efeito, o Código Civil traz normas sobre prazos prescricionais, e uma vez que estes são ultrapassados, há a sedimentação forçada das relações jurídicas em prol da estabilidade social. Aqui, realmente, o lapso temporal assume importância vital para aquele que pretende obter compensação por dano moral. Mas dizer que o dano moral necessariamente diminui com o tempo, a ponto de se estabelecer um desconto obrigatório no valor da indenização com o passar dos anos, soa tão impreciso quanto afirmar que o Código Civil presume estar o dano moral completamente assimilado naquele lapso prescricional, quando o fundamento da existência dos prazos prescricionais – neste caso e em todos os outros – nada tem com isso. (grifou-se)

A robusta fundamentação invocada pela Ministra Nancy Andrighi e o atual regramento normativo acerca do prazo prescricional para propositura de pretensão reparatória civil decorrente de relação extracontratual são suficientes para conduzir à conclusão de que o lapso temporal decorrido entre o acidente de trânsito que vitimou o filho dos autores e o ajuizamento da presente demanda não deve ser considerado na fixação do valor da indenização.

4. Do valor da indenização

A pretensão recursal de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais não merece prosperar.

O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula n. 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que, diante de suas especificidades, não se pode afirmar desarrazoado o arbitramento da indenização no valor de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) para cada autor, o equivalente a aproximadamente 165 (cento e sessenta e cinco) salários mínimos à época da prolação da sentença (agosto de 2015).

5. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, os quais devem ser majorados para o patamar de 17,5% (dezessete e meio por cento) em favor do patrono da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.689.225-SP (2017/0120440-5)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Rohden Portas e Painéis Ltda

Advogado: Estevao Ruchinski - PR025069A

Recorrido: Banco Citibank S A

Advogados: Samanta Regina Mendes Cantoli - SP177423

Fábio Lima Quintas - DF017721

Thiago Luiz Blundi Sturzenegger - DF021799

Luiz Carlos Sturzenegger - DF001942

Bruno Marques Bensal Roma e outro(s) - SP328942

Leonardo Vasconcelos Lins Fonseca - DF040094

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil e Bancário. Contratos de derivativos. *Swap* cambial sem entrega física. Cobertura de riscos (*hedge*). Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Cláusula limitativa de risco. Validade. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Onerosidade excessiva. Revisão judicial. Impossibilidade.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Hipótese em que a parte autora, empresa fabricante de produtos de madeira para fins de exportação, busca a reparação de prejuízos que afirma ter sofrido na liquidação de contrato de *swap* cambial. Alegação de imprevisibilidade e inevitabilidade da crise mundial, da qual teria resultado a maxidesvalorização do real em relação ao dólar no segundo semestre de 2008.

3. Nos contratos de derivativos, é usual a liquidação com base apenas na diferença entre o valor do parâmetro de referência verificado na data da contratação e no vencimento, sem a anterior entrega física de numerário.

4. As normas protetivas do direito do consumidor não incidem nas relações jurídicas interempresariais envolvendo contratos de derivativos.

5. É válida a cláusula que prevê a rescisão antecipada do contrato de derivativo firmado com instituição financeira na eventualidade de ser alcançado limite previamente estabelecido de liquidação positiva para o cliente.

6. A exposição desigual das partes contratantes aos riscos do contrato não atenta contra o princípio da boa-fé, desde que haja, ao tempo da celebração da avença, plena conscientização dos riscos envolvidos na operação.

7. A aferição do dever de apresentar informações precisas e transparentes acerca dos riscos do negócio pode variar conforme a natureza da operação e a condição do operador, exigindo-se menor rigor se se fizerem presentes a notoriedade do risco e a reduzida vulnerabilidade do investidor.

8. Os contratos de derivativos são dotados de álea normal ilimitada, a afastar a aplicabilidade da teoria da imprevisão e impedir a sua revisão judicial por onerosidade excessiva.

9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 29.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Rohden Portas e Painéis Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Sentença. Nulidade. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa não caracterizado. Questão de direito. Prova documental suficiente. Preliminar afastada.

Contrato. Nulidade. Investimento em fundos derivativos. Ausência de ilegalidade nas condições e formas contratadas. Negócio válido. Risco da aplicação. Sentença mantida. Recurso improvido (e-STJ fl. 593).

Em suas razões recursais (e-STJ fls. 624-640), a recorrente aponta violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

a) art. 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973 - o Tribunal de origem incidiu em negativa de prestação jurisdicional ao deixar de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda, suscitados em embargos de declaração;

b) art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor - ao limitar o risco real da instituição financeira para o caso de desvalorização do dólar americano e não limitar o risco real do cliente em caso de valorização, houve desproporção das prestações, causando notório desequilíbrio obrigacional;

c) arts. 113 do Código Civil e 47 do Código de Defesa do Consumidor - “a obscuridade da cláusula contratual ao não limitar o risco real da cliente, tal como o fez em relação à instituição financeira, deve ser interpretada de forma mais favorável à primeira, parte hipossuficiente e letalmente atingida pela interpretação dada ao contrato pela última” (e-STJ fls. 634-635), e

d) arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil - em virtude de acontecimentos extraordinários e não previsíveis, a má desvalorização do real em relação ao dólar americano colocou o autor em situação de desvantagem excessiva em relação ao réu (e-STJ fls. 624-640).

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 644-682), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a reautuação do agravo (AREsp n. 1.107.063/SP) como recurso especial para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece prosperar.

1) Breve resumo da demanda

Extrai-se da petição inicial que, em 7/8/2008, *Rohden Portas e Painéis Ltda.* celebrou com *Banco Citibank S.A.* “Contrato a Termo de Moeda com Funcionalidade”, também denominado no mercado financeiro como “Target Accrual Redemption Note - TARN”, por intermédio do qual foram pactuadas 8 (oito) operações mensais no montante de US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares).

A autora afirma que

(...) a paridade inicial da operação deu-se com o dólar cotado em R\$ 1,5782 (um real, cinquenta e sete centavos e oitenta e dois milésimos), tendo a Instituição

Financeira na mesma oportunidade feito a precificação da cotação do dólar nas 8 (oito) datas previstas para liquidação da operação, de modo que a paridade futura contratada foi indicada em tabela anexa vinculada ao instrumento (e-STJ fl. 3).

Aduz que, com o advento imprevisível e inevitável da crise mundial, elevou-se a cotação do dólar para a espantosa cifra de R\$ 2,49 (dois reais e quarenta e nove centavos), o que lhe causou prejuízos da ordem de R\$ 3.595.466,80 (três milhões quinhentos e noventa e cinco mil quatrocentos e sessenta e seis reais e oitenta centavos).

Ressalta que, para o caso de desvalorização do dólar frente à moeda nacional, a avença estabelecia um valor máximo de liquidação positiva em favor do cliente, operando-se a extinção automática da operação de derivativo tão logo alcançado o referido limite, fixado em R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), sendo esse, portanto, o risco real assumido pelo banco.

Defende que o contrato deveria prever semelhante disposição para a hipótese de valorização da moeda americana frente ao real, limitando o prejuízo máximo do cliente a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), como meio de garantir a isonomia e a boa-fé contratual e impedir a onerosidade excessiva para uma das partes.

Pede, ao final, seja declarada a nulidade do contrato, com o retorno das partes ao *status quo ante*, mediante devolução do valor de R\$ 3.595.466,80 (três milhões quinhentos e noventa e cinco mil quatrocentos e sessenta e seis reais e oitenta centavos).

Subsidiariamente, requer seja reconhecida a procedência da ação para determinar a modificação equitativa do contrato, limitando a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) o risco da empresa autora, no mesmo patamar do risco assumido pela instituição financeira.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou improcedente o pedido formulado na ação por sentença integralmente mantida em grau de apelação, resultando daí a interposição do recurso especial no qual o recorrente alega: a) negativa de prestação jurisdicional; b) quebra de isonomia contratual pela presença de cláusula limitativa de risco em favor da instituição financeira e c) caracterização de onerosidade excessiva em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

2) *Dos contratos de derivativos*

Antes de examinar a pretensão recursal, impõe-se tecer breves considerações a respeito dos contratos de derivativos, destacando, de início, que essa prática comercial, de acordo com a percepção de Luigi Balestra, surgiu da necessidade de criação de instrumentos eficazes de proteção contra a oscilação do câmbio, dos preços e dos juros, com vistas à manutenção da competitividade no mercado cada vez mais globalizado (*apud* BANDEIRA, Paula Greco. *In: Os contratos de derivativos e a teoria da imprevisão. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 904, págs. 97-122, fev. 2011*).

No mesmo estudo, citando a lição de Emilio Girino, Paula Greco afirma que

(...) "a categoria dos derivativos compreende todos os contratos atípicos, de natureza financeira, consistentes na negociação a termo de uma importância econômica e na relativa valorização autônoma do diferencial decorrente do confronto entre o preço da importância no momento da estipulação e seu valor no prazo acordado para a execução", dependendo os seus valores "(...) do preço de um ativo financeiro subjacente ou do valor de um parâmetro financeiro de referência (índice de bolsa, taxa de juros, taxa de câmbio)" (ob. cit., pág. 98 - grifou-se).

A despeito da possibilidade de emprego dos contratos de derivativos para fins de alavancagem financeira, de arbitragem e como mero instrumento de especulação, operações dessa natureza são também utilizadas com vistas ao gerenciamento de riscos (*hedge*).

Na hipótese dos autos, a autora, na condição de empresa fabricante de produtos de madeira para fins de exportação, buscou no mercado de derivativos o instrumento que entendia mais adequado para se proteger contra os efeitos das flutuações do câmbio, a revelar o propósito de gerenciamento dos riscos da sua atividade.

A respeito dessa específica função dos contratos de derivativos, invocando mais uma vez os ensinamentos de Luigi Balestra, Paula Greco expõe com precisão:

(...)

Para além da função econômica, o contrato de derivativo desempenha função protetiva denominada *hedging* ou cobertura. *Por meio da função de cobertura, os operadores objetivam neutralizar os riscos decorrentes da oscilação de preços, de câmbio e de taxa de juros, assumindo no mercado a termo posição inversa à que ocupa ou será ocupada no mercado em que vem cotado o ativo subjacente, a fim*

de se subtrair das consequências da flutuação. As duas posições, a termo e à vista, desenvolvidas em sentido inverso, conduzirão a compensar a perda sofrida em um mercado com o ganho obtido em outro. Busca-se, dessa forma, controlar o evento futuro e incerto, na espécie a flutuação de valor de um bem ou de uma grandeza econômica. (ob. cit., pág. 100 - grifou-se)

Nos contratos de derivativos, prossegue a estudiosa, “(...) o objeto da negociação não é a importância econômica de referência, mas a diferença surgida da comparação entre o seu valor no momento da estipulação e por ocasião da execução ou do prazo de cômputo” (ob. cit., pág. 104 - grifou-se), sendo usual a sua liquidação com base apenas em tal diferença, mediante pagamento do saldo líquido verificado em favor de uma das partes na data do vencimento, após a devida compensação, sem a anterior entrega física de numerário por qualquer delas (*non-deliverable*).

Entre as operações de derivativos mais comumente utilizadas estão os contratos futuros (*futures*), as opções (*options*), os contratos a termo (*forwards*) e os contratos de troca ou ajuste de fluxos de caixa (*swaps*), interessando mais diretamente para a solução da demanda o estudo dessa última modalidade, que é a que mais se amolda ao negócio entabulado entre as partes da relação processual.

Quanto à origem e à evolução dos contratos de *swap*, Judith Martins-Costa preleciona:

(...)

No campo dos contratos, esclarece Carlos Ferreira de Almeida, o *swap* surgiu “como meio de aproveitamento recíproco da acessibilidade ou das vantagens de duas empresas actuando em mercados financeiros diferentes. *Swap* designava então (apenas) o contrato pelo qual as partes se obrigavam reciprocamente a pagar, em datas futuras, o montante de obrigações devidas pela outra parte perante terceiro, por efeito de contratos de mútuo (ou de outros contratos financeiros) expressos em divisas diferentes (*currency swap*) ou com diferentes modalidades de cálculo da taxa de juro”.

Com o tempo, os *swaps* passaram a abranger, além da finalidade originária também outras finalidades – nomeadamente, o *gerenciamento de risco*, a arbitragem e a especulação – e também outros objetos: já não apenas os passivos financeiros das partes, mas também ativos financeiros e mercadorias.

*A ampliação foi ainda mais longe, a ponto de admitir **objetos de referência nocionais**, isto é, construídos exclusivamente para a delimitação de obrigações*

*contratuais das partes, sem referência a obrigações ou créditos perante terceiros. Assim, **nalgumas modalidades de swap, as obrigações recíprocas foram substituídas por uma só obrigação de pagamento pela parte em desfavor da qual se verifique a diferença entre os valores que, no vencimento, tenham as obrigações recíprocas.*** Isto significa dizer que as modalidades admitidas pelo *swap* especificam-se não apenas em função do ativo subjacente – taxa de câmbio, taxa de juro – mas também em função das construções econômicas, cada vez mais complexas, que foram surgindo ao longo do tempo em decorrência da sofisticação dos mercados financeiros e da crescente intensidade dos riscos (e oportunidades) aí implicados. (*Contratos de derivativos cambiais: contratos aleatórios: abuso de direito e abusividade contratual: boa-fé objetiva: dever de informar e ônus de se informar: teoria da imprevisão: excessiva onerosidade superveniente. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 15, n. 55, págs. 321-381, jan./mar. 2012 - grifou-se*)

No caso em apreço, autora e réu celebraram “*instrumento particular de contrato para a realização de operações de ‘swap’ e outras avenças do mercado de derivativos e outras avenças*”, posteriormente integrado por instrumento denominado “*nota de negociação - contrato a termo de moeda*”, constando desse último o objeto da avença (paridade R\$/US\$), a definição do montante de cada operação expresso em moeda americana (US\$ 750.000,00), a data de vencimento de cada uma das 8 (oito) operações pactuadas, a paridade inicial da moeda nacional frente ao dólar na data da realização do negócio (R\$1,5782/US\$1,00) e a paridade futura previamente contratada.

A peculiaridade que o distingue de outros contratos com objeto semelhante, e que encerra por lhe conferir denominação distinta – “Contrato a Termo de Moeda com Funcionalidade” ou “Target Accrual Redemption Note” –, está na *cláusula limitadora de ajuste positivo*, que prevê a *rescisão antecipada da avença na eventualidade de ser alcançado o limite de pagamento estabelecido em favor de um dos contratantes*.

No caso em apreço, por livre disposição contratual, foi estabelecida para cada operação mensal de US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares) o limite de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) – variação máxima de R\$ 0,10 (dez centavos de real) por dólar – como maior valor possível de liquidação positiva para o cliente, sujeitando a instituição financeira demandada a um risco menor (limitado).

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise da pretensão recursal.

3) Da negativa de prestação jurisdicional

No que tange ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal local, ainda que por fundamentos distintos daqueles apresentados pelas partes, adota fundamentação suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

Segundo a recorrente, o Tribunal de origem teria deixado de se pronunciar acerca de pontos relevantes, a exemplo: a) do alegado cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide; b) da comprovada maxidesvalorização do real em relação ao dólar no segundo semestre de 2008, em patamar superior a 80% (oitenta por cento), e c) da necessidade de prequestionamento de diversos dispositivos legais que entende aplicáveis ao caso.

O que se verifica, no entanto, é que o Tribunal local enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, concluindo, que: a) a solução da controvérsia, por envolver questão unicamente de direito, prescinde da produção de outras provas além daquelas documentalmente já acostadas aos autos; b) não há nenhuma ilegalidade nas condições e formas contratadas, não se podendo cogitar de nulidade do contrato ou mesmo de qualquer das suas cláusulas; c) no investimento em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar americano, o alto grau de risco é ínsito tanto para grandes ganhos como para perdas consideráveis; d) eventual aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e de discussão jurídica de eventual desequilíbrio contratual não são suficientes por si sós para repelir a afirmação de que a autora não é vulnerável nem hipossuficiente e d) o risco é, por natureza, a essência do negócio ajustado entre as partes, sujeitando-se cada qual às incertezas dele decorrentes.

Frise-se que, mesmo à luz do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles capazes de, em tese, de algum modo, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador (inciso IV).

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo julgador não autoriza o acolhimento dos embargos declaratórios.

4) *Da não incidência das normas de proteção ao consumidor*

No que tange à aplicabilidade das normas consumeristas, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela teoria finalista ou subjetiva, segundo a qual releva, para efeitos de incidência das normas protetivas, a condição de destinatário final da pessoa física ou jurídica, nos moldes preconizados pela norma de regência – art. 2º do CDC –, que reza: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Em regra, portanto, exclui-se da proteção do Código de Defesa do Consumidor o consumo intermediário, ou seja, aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o preço final de bem ou serviço diverso.

É certo que a jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado os rigores da teoria finalista, de modo a estender a incidência das regras consumeristas para a parte que, embora sem deter a condição de destinatária final, apresenta-se em situação de vulnerabilidade.

No entanto, aferir, na hipótese, se a autora está ou não compreendida no conceito de consumidor e se é ou não parte vulnerável na relação jurídica demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via recursal eleita, consoante o disposto na Súmula n. 7/STJ.

Ademais, ainda que fosse superado esse óbice, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de derivativos é fortemente defendida pela doutrina, valendo conferir, a propósito, a lição de Judith Martins-Costa:

(...)

Das finalidades, acima apontadas, a que estão predispostos os contratos de derivativos já se pode deduzir que tais ajustes caracterizam operações interempresariais ligadas à própria atividade empresarial, e não ao exercício de atividades de consumo.

(...)

11. Pretender-se negar o caráter empresarial de tais ajustes implica em desconhecer a “lógica peculiar” das operações realizadas entre empresas (sejam bancos e exportadoras), lógica essa distinta daquela que rege as relações pactuadas entre pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços, como observa a Profa. Paula Forgioni, que acrescenta: “Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam”. Essa realidade não é a do “consumidor”, mas do empresário que desenvolve – ou

deveria desenvolver, em razão do mandamento expresso no art. 1.011 do CC/2002 – a sua ação orientada pelo cálculo de resultado e pelo diferencial competitivo com base em tomadas de decisões a serem diligentemente programadas e adotadas, muito embora possa haver – e frequentemente haja – erros ou “jogadas equivocadas”, como é próprio da atividade empresarial.

11.1 Como ainda observa Forgioni, “a empresa é um centro de tomada de decisões” (havendo) “alocações de recursos que não derivam do comportamento dos preços, mas de escolhas dos empresários”, razão pela qual nessa seara o ordenamento jurídico convive com a possibilidade do “erro estratégico”, não buscando tutelar as escolhas dos agentes. O “erro” convive no sistema porque deriva da lógica empresarial. (...)

12. Diante dessas observações, *força é convir que o transplante, para essas relações, da lógica consumerista, além de incorreto (pois infringiria critérios postos no próprio CDC), implicaria um desvio nos fins buscados por aquela própria norma, fundada em diversos pressupostos, em uma distinta “lógica”.*

13. *Não há dúvida, pois, sobre a não incidência do CDC à espécie. Os contratos foram pactuados em razão e como instrumento das atividades empresariais, servindo para o financiamento, a garantia ou a lucratividade das empresas exportadoras em vista da atividade central de exportação que aquelas empresas desenvolvem. (ob. cit., págs. 335-336 - grifou-se)*

Idêntica é a opinião do eminente Ministro Fernando Gonçalves em artigo escrito em coautoria com Gustavo César de Souza Mourão:

(...)

Como já se viu, os contratos de derivativos envolvem partes que, no exercício da sua autonomia da vontade, resolvem contratar hedge, alavancagem, especulação ou arbitragem, negócios jurídicos cujos propósitos não ostentam os contornos e os interesses típicos de relação de consumo. Essa é a razão por que se pode afirmar que o Código de Defesa do Consumidor não incide em quaisquer dessas relações, a despeito de eventualmente poder-se verificar assimetria econômica entre as partes, quando se tem de um lado, por exemplo, um grande conglomerado financeiro e, de outro, uma sociedade empresária exportadora. (Os contratos de derivativos e a impossibilidade de revisão por onerosidade excessiva ou imprevisão. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de (Coord.). Sociedades anônimas e mercado de capitais: homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2011. págs. 153-180 - grifou-se)

Assim, afastada a aplicação das normas consumeristas à relação negocial firmada entre autora e réu, cai por terra a alegação de ofensa aos arts. 6º, V, e 47 do Código de Defesa do Consumidor.

5) *Da exposição desigual aos riscos do contrato e o princípio da boa-fé*

Invocando violação do art. 113 do Código Civil, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, a recorrente sustenta que o contrato por ela celebrado com o demandado também deveria limitar o prejuízo máximo do cliente a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais) em caso de valorização da moeda americana frente ao real, exatamente como previsto em favor da instituição financeira para a hipótese inversa, ou seja, de desvalorização do dólar.

Quanto ao ponto, pede-se vênia para transcrever longo excerto de estudo no qual Judith Martins-Costa aborda a matéria com maestria, em situação em tudo assemelhada à hipótese ora examinada:

(...)

38. *As empresas demandantes (a) alegam a existência de cláusula abusiva que estaria a macular os contratos, sendo essa configurada pelas disposições contratuais que limitam o risco dos bancos a certo patamar, sem que haja idêntica limitação para as empresas exportadoras.* Dizem, ainda, (b) que não foram cumpridos os deveres impostos pelo princípio da boa-fé.

39. A noção de “cláusula abusiva” tomou corpo, na doutrina brasileira, a partir da entrada em vigor do CDC que, a par de arrolar casos de abusividade contratual no art. 51, aí tem inserida ampla e tautológica disposição alusiva à caracterização do vício (capaz de gerar nulidade) quando a cláusula contratual estabelecer “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Essa disposição guarda coerência ideológica com a presunção de vulnerabilidade assegurada a quem se qualifica como consumidor, e, como tal, atua no “mercado de consumo”, como está expresso no art. 4º, I, do CDC.

40. Diferentemente, no regime do Direito comum a noção apta a tratar de situações de abusividade é de “abuso de direito”, hoje consagrada, no art. 187 sob a fórmula do *exercício jurídico disfuncional*, a saber: *um direito contratual será ilicitamente exercido quando **desbordar manifestamente das funções para os quais foi reconhecido pela ordem jurídica**, atendidos o seu fim econômico e social, os bons costumes e o princípio da boa-fé.* Assim sendo, uma distinção no plano da eficácia desde já se impõe: enquanto no regime do CDC a abusividade está situada no plano da validade do negócio (*ex vi* da consequência – “nulidade” – cominada no seu art. 51, *caput*), no regime de direito comum, do Código Civil de 2002, o chamado “abuso de direito” é um caso de ilicitude. Mais propriamente, ilicitude no modo do exercício do direito subjetivo ou da posição jurídica, como explanei em outra oportunidade.

40.1. Na espécie a regência é a do art. 187, cabendo, pois, examinar se a existência de multiplicadores ou de limitadores para ganhos ou perdas de uma das partes infringe, ou não, os critérios ali previstos.

41. *O exercício disfuncional consiste em espécie de ilicitude civil atinente ao modo pelo qual os direitos subjetivos e as posições jurídicas são concretamente exercidos. A ilicitude apresenta-se ou em vista de uma desmedida nos meios utilizados para se atingir fins lícitos (“ilicitude de meios”) ou em razão de um descompasso entre a ação ou omissão do agente e os fins a que está concretamente predisposta a sua posição jurídica (“ilicitude no exercício”). Esse descompasso deve ser aferido tendo em conta as especificidades do setor em que o direito subjetivo é exercido, razão pela qual nas relações interempresariais não de ser consideradas as suas características e os seus princípios, pois, como “é sabido, ao promover a unificação das obrigações civis e comerciais, o Código Civil de 2002 em absoluto não dissolveu estas naquelas, não sendo permitido ao intérprete olvidar as especificidades desses dois campos da experiência jurídica no Direito Privado. Ao se interpretar os comandos abstratos da Parte Geral do CC/2002 não se pode esquecer a racionalidade pragmática subjacente às relações comerciais, já que a racionalidade do agente econômico ‘é também fator determinante na interpretação contratual”.*

41.2 *As balizas ou critérios para a averiguação da disfuncionalidade são aqueles referidos no próprio art. 187, tendo importância para o caso ora examinado os critérios do fim econômico e social do negócio e o da boa-fé, pois não se está a averiguar infração aos bons costumes.*

42. O critério do fim econômico e social do direito remete à noção de causa-função, assim considerada a razão prática subjacente ao negócio, a sua “razão de ser econômica e social”, como referiu Emílio Betti ao aludir à “causa-função” para denotar a razão prática e estruturante da tipicidade jurídica, pois os contratos são, como se sabe, a “veste jurídica das operações econômicas”.

42.1 *A cláusula em exame não infringe a função econômica e social do contrato, não alterando a qualificação da operação como um derivativo, tampouco, a fortiori, a sua qualificação como um contrato aleatório, doutrina e jurisprudência concordando em que **a distribuição da álea entre os contratantes não precisa ser equitativa para ser lícita.***

(...)

42.2 Assim ocorre quotidianamente, sem causar imputação de “abusividade” nos chamados “contratos de opção” (por exemplo, uma opção de compra de uma quantidade determinada de dólares por um preço e numa data predefinidos). Trata-se de contratos de derivativos típicos em que uma das partes – o comprador ou o titular da opção – sabe de antemão que a sua perda estará limitada ao valor pago pela opção (o chamado prêmio), ao passo que a contraparte, no caso de vir a ser exercida a opção, terá de arcar com perdas que, no momento da celebração do contrato, não se podem determinar, justamente porque sujeitas a eventos incertos (no caso, a evolução desfavorável da taxa cambial). *Deste modo, quer*

a distribuição do risco seja simétrica – os ganhos de uma parte correspondem às perdas da outra parte – quer seja assimétrica – v.g. a previsão de limitadores e/ou de multiplicadores em benefício de uma das partes acarreta uma exposição desigual ao risco –, o fato é que os contratos derivativos ostentam a marca da aleatoriedade, donde não se lhes aplicar, também para a aferição da abusividade, o regime jurídico próprio dos contratos comutativos.

(...)

42.5 Em síntese: segundo o ordenamento brasileiro, *não se pode afirmar que atinge “manifestamente” (art. 187 do CC/2002) a finalidade econômica e social dos contratos de derivativos, que são contratos aleatórios, a pactuação de cláusulas limitativas da extensão da álea a uma das partes, desde que – como agora veremos ao examinar a incidência do princípio da boa-fé – a outra parte tenha sido informada dessa desigual limitação.* (ob. cit., págs. 355-359 - grifou-se)

E prossegue a ilustre professora dissertando a respeito da aplicação do *princípio da boa-fé* às relações jurídicas interempresariais, com ênfase nos contratos de derivativos:

(...)

43. O art. 187 do CC/2002 traz também o princípio da boa-fé como critério para a averiguação da disfuncionalidade (“abuso”) no exercício dos direitos. Como reiterei em trabalhos anteriores, o princípio da boa-fé, em sua feição objetiva, estabelece um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a lograr o correto processamento da relação e, mediatamente, assegurar a confiança no tráfego negocial. Na relação obrigacional, portanto, considerado o mandamento de “agir segundo a boa-fé”, as partes devem-se mutuamente lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo. Do vetor “correção” ou “probidade” nascem os deveres de cooperação mútua; do vetor “lealdade” e “consideração aos interesses alheios” nascem as especiais cautelas de proteção para que, da relação jurídica em que estão coenvolvidos, não resultem danos injustos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

43.1 *Ocorre que esse princípio (como, de resto, todos os princípios jurídicos) tem um valor relacional, articulando-se com outros princípios e normas eventualmente incidentes a uma dada situação de fato.* Nas relações de consumo se articula, dentre outros, com a presunção de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Nas relações civis, regidas pelo Código Civil, sua conexão se dá com o princípio da autonomia privada cuja contraface necessária é o princípio da autorresponsabilidade. Assim, se explica a razão pela qual nessas relações a boa-fé implica os valores da lealdade, correção de condutas (probidade) e

consideração aos legítimos interesses alheios, mas não configura (como no CDC) um princípio geral de tutela ao contratante débil.

(...)

43.2 Tomada relacionalmente aos princípios da autonomia privada e da autorresponsabilidade, e também ao princípio da especial diligência do administrador, que está no art. 1.011 do CC/2002, resta evidente que a boa-fé não desempenha, no âmbito das relações interempresariais, o mesmo papel de tutela do contraente débil que desenvolve na seara consumerista. *Aqui vale a boa-fé como standard impositivo de lealdade no tráfico negocial, a ser averiguada segundo o que "normalmente acontece" (ou usos do local da contratação ex vi do art. 113 do CC/2002).* Nesse sentido, a boa-fé comina de ilicitude a conduta caracterizada como desleal, artificiosa, fraudulenta, objetivamente incorreta segundo os padrões do tráfico negocial, afastando - como bem disse o STJ - a "enganação", o ardil e a alegação da própria torpeza. Como assentado pelo mesmo Tribunal, a conduta segundo a boa-fé é de uma pessoa proba, sendo a boa-fé o "critério que veda o exercício disfuncional do direito, característico das situações de abuso". Sendo assim, a boa-fé protege expectativas legítimas de quem crê e confia na conduta alheia porque fora criada uma objetiva "situação de confiança", a ser constatada segundo os dados do contrato e do entorno contratual, o que não significa o afastamento do dever de cuidado e diligência para com os próprios interesses.

(...)

44.2 Em síntese: *a indiscutível incidência do princípio da boa-fé nas relações interempresariais, aliando-se ao princípio da autorresponsabilidade e ao dever legal de diligência atribuído aos administradores, não significa um paternalismo nas relações entre empresários, antes servindo para vedar a deslealdade, coibir as situações de "venire contra factum proprium" - como as de quem se aproveita de um contrato sem nada reclamar, vindo a apontar vícios quando esse deixa de lhe ser vantajoso. Serve, ainda, para criar deveres destinados a direcionar uma conduta de cooperação leal, em vista dos fins do contrato.*

44.3 A implementação desses deveres de mútua lealdade e cooperação diz diretamente com a acessibilidade à informação para que o consentimento contratual se dê de modo livre e esclarecido e com a criação de "situações de confiança", a saber: aquelas situações ensejadoras do "investimento de confiança" que é tutelado pela boa-fé. (ob. cit., págs. 359-363 - grifou-se)

Entendeu-se, em resumo, que a exposição desigual das partes contratantes aos riscos do contrato não atenta contra o princípio da boa-fé, desde que haja, ao tempo da celebração da avença, plena conscientização dos riscos envolvidos na operação.

O único inconveniente da cláusula limitadora de ajuste positivo está na perda imediata da cobertura de riscos (*hedge*) em decorrência da extinção automática do contrato na hipótese de ser atingido o limite estabelecido, o que não impede o cliente de celebrar um novo contrato com o mesmo propósito levando em conta a nova realidade do mercado cambial.

Quanto à adequada conscientização das partes, cumpre destacar que, no caso em apreço, o contrato objeto da presente demanda é absolutamente claro, inclusive com realces na grafia, quanto à presença de *exposição desigual das partes aos riscos envolvidos na operação*, o que se constata da simples leitura das seguintes cláusulas contratuais:

10.3. No momento em que o valor máximo de liquidação positiva para o cliente for atingido, as partes concordam que as Operações subsequentes, com Datas de Liquidação em aberto, serão automaticamente extintas, sendo que o Cliente, desde já autoriza o Citibank a tomar todas as medidas necessárias junto à CETIP para o cancelamento ou reversão do registro das mesmas em seus sistemas, dentre outras medidas que sejam necessárias.

10.4. No caso de ajustes desfavoráveis ao cliente, ou seja, que gerem débitos ao cliente, o CLIENTE desde já concorda que os mesmos não estão sujeitos às limitações ora previstas, sendo os mesmos devidos pelo CLIENTE ao CITIBANK, nos termos da cláusula 9 acima (e-STJ fl. 28 - destaques no original).

Anota-se, ainda quanto ao ponto, que a aferição do dever de apresentar informações precisas e transparentes acerca dos riscos do negócio pode variar conforme a natureza da operação e a condição do operador, exigindo-se menor rigor se estiverem presentes a *notoriedade do risco e a reduzida vulnerabilidade do investidor*, conforme defendido no julgamento do REsp n. 1.606.775/SP (Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 15/12/2016).

Além disso, deve-se atentar para o fato de que, durante o período de relacionamento negocial mantido entre a autora e a instituição financeira demandada, diversos outros contratos foram firmados nos mesmos moldes do que ora é questionado, tendo a recorrente mantido tal prática enquanto dela se beneficiou, conforme consignado no seguinte trecho do acórdão recorrido:

(...)

É de se destacar que a ré não só alegou, como demonstrou, terem as partes celebrado outros contratos, valendo-se de igual operação atrelada à variação cambial de dólar (folhas 104/115, 130/132), a demonstrar que *a autora tinha pleno*

conhecimento e ciência dos riscos do negócio em seu prol ou não. Tanto é assim que, diante de anteriores lucros obtidos, permaneceu investindo em tal operação (e-STJ fl. 595 - grifou-se).

Diante desse contexto, não é razoável supor que, depois de haver firmado tantos outros contratos com o mesmo objeto, não tivesse a recorrente conhecimento suficiente dos riscos inerentes ao negócio realizado, valendo conferir, a propósito, a compreensão firmada na V Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, na qual foi aprovado o seguinte enunciado:

Enunciado 409. "Os negócios jurídicos devem ser interpretados não só conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, mas também de acordo com as práticas habitualmente adotadas entre as partes." (grifou-se)

6) *Da álea normal ilimitada dos contratos de derivativos*

Como último argumento de defesa, a recorrente afirma que a máxidesvalorização do real em relação ao dólar ocorreu em virtude de acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis* verificados no ano de 2008, dos quais teria resultado brusca elevação da cotação do dólar frente à moeda nacional. Diante desse cenário, sustenta que a sua prestação se tornou *excessivamente onerosa*, autorizando, assim, a resolução do contrato com o retorno das partes ao *status quo ante*.

Existe grande controvérsia doutrinária acerca da *classificação dos contratos de derivativos quanto aos riscos a eles inerentes*, sobretudo na doutrina estrangeira, como bem observa Paula Greco Bandeira:

(...)

*No que tange à qualificação dos contratos de derivativos, a doutrina diverge acerca de sua aleatoriedade. De um lado, sustenta-se que o contrato de derivativo se afigura aleatório, a partir de argumentação variada: a prestação de pelo menos uma das partes depende de evento futuro e incerto. No caso do contrato de *swap*, por exemplo, o evento futuro e incerto seria a flutuação, entre a data da conclusão do contrato e a data da sua execução, dos parâmetros levados em consideração pelas partes; no prazo predefinido, apenas uma das partes será devedora em relação à outra; a distribuição da prestação principal entre as partes contratantes, assim como a determinação de seu montante, dependem da verificação de evento incerto e incontrolável pelas partes; o resultado econômico do contrato não é determinável no ato da contratação; o pagamento dos diferenciais depende de evento de natureza incerta.*

Luigi Balestra, na mesma esteira, ao tratar do contrato future e de swap, defende sua aleatoriedade, mesmo que a troca se opere entre prestações determinadas em sua consistência física, tendo em vista que as partes elegem um evento futuro e incerto como elemento de integração do juízo de valor expresso de modo incompleto pelas partes no momento da conclusão do contrato. Nos casos em que a execução ocorra mediante a liquidação das diferenças, ressalta o autor que a aleatoriedade dos contratos de derivativos mostra-se evidente, vez que o evento incerto, qual seja a cotação do título, da mercadoria ou a evolução do câmbio no dia fixado para a execução, determina o montante da prestação e o sujeito que deverá adimpli-la.

De outro lado, afirma-se que tais contratos são comutativos, sob o fundamento de que o risco das variações das taxas não consiste em objeto da troca, tampouco compõe sua causa. As flutuações das taxas de câmbio e de juros, embora incidam genericamente sobre as recíprocas posições de ambos os contratantes, não penetram na estrutura do contrato, ou seja, não participam da troca operada entre as partes, permanecendo como risco externo ao contrato. Inserem-se, pois, na álea normal do contrato, mesmo que a execução dos contratos de derivativos se opere mediante liquidação das diferenças.

Há, ainda, terceira corrente de pensamento de acordo com a qual apenas alguns contratos de derivativos se revelariam aleatórios. Aqueles considerados comutativos se caracterizariam por uma álea normal ilimitada, de modo a afastar a aplicação do remédio da excessiva onerosidade em qualquer espécie de contrato de derivativo, seja por força da aleatoriedade, seja pela presença da álea normal ilimitada.

Emilio Girino, ao propósito, destaca a incompatibilidade entre as categorias contratuais tradicionais e os contratos de derivativos, razão pela qual propõe a investigação de critério diverso para a qualificação do tipo. Nessa direção, assevera que os contratos de derivativos, embora comutativos, se caracterizam pela circunstância de que seu objeto contempla o risco, especificamente a exposição das partes à eventualidade de que as flutuações do mercado de referência provoquem alterações no montante das prestações também fortemente desequilibradas. Dito por outras palavras, os contratos de derivativos se afiguram comutativos, mas possuem componente de aleatoriedade, na medida em que seu objeto consiste no risco de excessiva onerosidade. Exclui-se a aplicação do remédio contra a excessiva onerosidade relativamente à flutuação dos parâmetros de referência, vez que tal oscilação constitui o instrumento para estimar o valor das prestações deduzidas no contrato. O evento externo (flutuação das grandezas econômicas de referência) que influi sobre o valor das prestações não é extraordinário, nem imprevisível, mas ordinariamente previsto, desejado e assumido pelas partes.

Giuseppina Capaldo, do mesmo modo, se posiciona contra a aleatoriedade dos contratos de derivativos ao examinar especificamente, em minucioso trabalho, os contratos de swap. De início, enuncia a insuficiência do esquema aleatório para

explicar o fenômeno, pois referida espécie contratual desempenha complexa função econômico-jurídica de controle e cobertura dos riscos do mercado das divisas ou dos capitais. Em seguida, assevera que as prestações objeto do contrato são determinadas em função de parâmetros preestabelecidos, os quais constituem objeto de negociação entre as partes. Além disso, não se mostra incerta a existência ou o montante de uma ou ambas as prestações. No contrato de *swap*, as partes trocam dois fluxos de pagamentos determinados ou determináveis com base em dois parâmetros de referência. *A fixação dos indicadores financeiros, em razão dos quais se determina o correspondente devido por cada contratante, torna definida a prestação, a qual, por isso mesmo, não se subordina à verificação de evento futuro e incerto.* (ob. cit., págs. 109-111 - grifou-se)

Na doutrina nacional, especialmente em função do que dispõem os arts. 458 e seguintes do Código Civil, prevalece a compreensão de que os contratos de derivativos são aleatórios por dizerem respeito: “(i) a coisas ou fatos futuros, com risco de não virem a existir; (ii) existirem em qualquer quantidade; (iii) ou ainda a coisas existentes, mas expostas a risco” (STEIN, Raquel. *Contrato de swap*. In: *Contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 474).

Com efeito, para o Ministro Fernando Gonçalves, “(...) *os contratos de derivativos, dentre os quais os de espécie financeira, são genuínos contratos aleatórios, haja vista que a incerteza é inerente e essencial à sua própria natureza*” (ob. cit., pág. 176 - grifou-se).

Dessa mesma opinião comunga Judith Martins-Costa, para quem “(...) *os contratos de derivativos configuram contratos aleatórios, na medida em que a realidade do seu objeto está subordinada a um evento incerto, consistindo a álea (isto é, o risco da oscilação cambial) um elemento ontológico do negócio, sua própria causa ou função econômica e social*” (ob. cit., pág. 379 - grifou-se).

De todo modo, independentemente da posição que se adote em relação à classificação dos contratos de derivativos, se comutativos ou aleatórios, *é maciça a doutrina ao defender que tais contratos são dotados de álea normal ilimitada, a afastar a aplicabilidade da teoria da imprevisão e impedir a sua revisão judicial por onerosidade excessiva*, como bem acentua Judith Martins-Costa:

(...)

Entre os italianos, Emilio Girino conclui que, de fato, *a discussão sobre o caráter aleatório ou comutativo dos derivativos é irrelevante para o efeito de se tomar uma posição relativamente à (não) aplicação a estes contratos da resolução por onerosidade excessiva, pois que o risco, ainda que grave, e o desequilíbrio, ainda que*

excessivo, são componentes essenciais à natureza e à própria função deste tipo de contrato, e, nesta medida, foram conscientemente assumidos pelas partes, donde, nas suas palavras, “deixa de existir qualquer relevo em toda a diatribe de mérito acerca da aleatoriedade ou não do acordo. O risco de uma onerosidade excessiva não poderá, por definição, colocar-se, já que tal risco constitui o objeto mesmo do acordo”. (ob. cit., pág. 374 - grifou-se)

Em reforço, segue a opinião de Paula Greco:

(...)

Os contratos de derivativos, por se caracterizarem pela álea normal ilimitada, não admitem revisão ou resolução por excessiva onerosidade em razão da oscilação dos parâmetros financeiros de referência, qualquer que seja sua intensidade. Tal oscilação de valor, provocada pelo mercado, revela-se normal, previsível, prevista, desejada pelas partes e ilimitada, daí decorrendo a impossibilidade de se invocar a excessiva onerosidade. Vale dizer, o risco da oscilação do parâmetro financeiro não é extraordinário, tampouco imprevisível, mas eleito pelas partes, determinando o lucro ou prejuízo econômico que os contratantes almejam ao se exporem ao negócio. O mercado financeiro é, em essência, de risco, não cabendo a aplicação de mecanismos reequilibradores da equação contratual perturbada pela variação do parâmetro de referência – risco econômico conhecido, assumido e desejado pelas partes ao firmarem o contrato de derivativo. (ob. cit., pág. 119 - grifou-se)

E do Ministro Fernando Gonçalves:

(...) nos contratos de derivativos de câmbio, a variação cambial não representa um risco excepcional, pois, como reiteradamente assinalado, por ser tratar de contrato aleatório, o risco da variação constitui a própria causa e objeto contratual, e o desequilíbrio, como se viu, decorre da própria álea, de sua essência e natureza.

Por essa razão, não há como se falar na possibilidade de revisão, muito menos de resolução (por onerosidade excessiva) ou rescisão (por lesão). (ob. cit., pág. 177 - grifou-se)

Admite-se, quando muito, a revisão do contrato na hipótese de desequilíbrio provocado por eventos imprevisíveis e extraordinários, *desde que não relacionados com a variação do parâmetro de referência.*

Não se pode perder de vista que, no caso em análise, a autora, na condição de empresa fabricante de produtos de madeira para fins de exportação, valeu-se do contrato de derivativo como meio de neutralização dos efeitos da variação cambial (*hedge*).

Para bem compreender como se dá essa neutralização, vem a calhar esclarecedor exemplo trazido por Fábio Ulhoa Coelho em artigo doutrinário intitulado “*Os Derivativos e a desvalorização do Real em 2008*”:

(...)

O empresário brasileiro que opera como exportador tem receita em dólar (recebido pela venda do produto exportado) e despesas em real (salários, tributos, fornecedores de insumo e serviços etc.). A variação cambial é, para este agente econômico, um risco que convém neutralizar. Imagine que entre a venda do produto e o recebimento do preço decorra o interregno de um mês, no qual o dólar desvaloriza-se em 10%. Pode ser que, diante da forte oscilação cambial, esse exportador não consiga preservar sua margem de lucros, medida em reais.

O exportador brasileiro é um vendedor de dólares, ou seja, ele receberá o pagamento pelo produto exportado nessa moeda e precisará trocá-los por reais para fazer frente às suas despesas no Brasil. Por meio do *hedge*, ele vende para o especulador igual quantidade de dólares para a mesma época em que irá embolsar o pagamento do produto exportado pela taxa cambial que considera apta a preservar sua margem de lucros em reais.

Digamos que ele fez suas contas de receita e despesas de uma operação considerando o dólar valendo R\$ 1,80; e, em função destas contas, exportou mercadorias no valor de um milhão de dólares porque precisa ter no bolso, daqui a um mês, R\$ 1.800.000,00 para lucrar R\$ 100.000,00. Pois bem, neste prazo, ele irá embarcar a mercadoria exportada e receber os dólares enviados pelo comprador; se, no entanto, a cotação estiver, então, em R\$ 1,62, sua margem na operação terá sido inteiramente comprometida pela desvalorização da moeda norte-americana.

Embolsará um milhão de dólares que valem R\$ 1.620.000,00 e, depois das despesas em reais, não somente sua margem irá a zero como terá ainda que “cobrir” o prejuízo de R\$ 80.000,00 com recursos de outra fonte de receita.

Por meio do *hedge*, ele vende um milhão de dólares ao especulador a R\$ 1,80, para entrega daqui a um mês e liquidação pela diferença. Assim fazendo, o exportador do exemplo preserva sua margem de lucros em reais, garantindo os R\$ 100.000,00 que queria ganhar com a operação. Confira-se. Se um mês após fechar o *hedge*, o dólar estiver a R\$ 1,62, ele venderá os que receber em razão da exportação a esta taxa cambial, embolsando R\$ 1.620.000,00. Nesta “ponta” de seu fluxo econômico (mercantil), ele “perdeu” em relação à taxa que garantiria o resultado almejado. Ao liquidar, porém, pela diferença, o contrato de *hedge*, o exportador terá crédito de R\$ 180.000,00 perante o especulador, ou seja, o equivalente a R\$ 0,18 por dólar vendido. Nesta outra “ponta” de seu fluxo econômico (financeiro), ele “ganhou”. Somando o que embolsou como exportador (R\$ 1.620.000,00) e como hedgeado (R\$ 180.000,00), o empresário acaba neutralizando os efeitos da queda do dólar, ao dispor em seu caixa da mesma quantidade de reais (R\$ 1.800.000,00) que calculou ser apta à obtenção da margem que esperava ter, desde o início, na operação (R\$ 100.000,00).

Para entender melhor o mecanismo, imagine-se que o dólar suba no período ao invés de baixar; que vá, no mês seguinte à contratação do *hedge*, a R\$ 1,93. Neste caso, o exportador irá vender os dólares recebidos do comprador de suas mercadorias por esta taxa (embolsando R\$ 1.930.000,00), mas terá que pagar ao especulador a diferença pelos dólares que lhe vendeu (desembolsando R\$ 0,13 por dólar vendido, ou seja, R\$ 130.000,00). Neste cenário de valorização da moeda estrangeira, o exportador inverte as posições de ganho (credor) e perda (devedor); quer dizer, “ganha” na “ponta mercantil” de seu fluxo econômico como exportador e “perde” na “ponta financeira” como hedgeado. Mas também neste caso, terá preservado exatamente o mesmo caixa que considera apto a garantir-lhe a margem de lucros em reais, ou seja a diferença entre o que embolsou como exportador e desembolsou como hedgeado (R\$ 1.800.000,00).

Os derivativos cambiais servem, falando um tanto grosseiramente, como uma espécie de seguro; de blindagem contra a oscilação da taxa de câmbio. Por isso, não há, a rigor, nenhuma possibilidade de perda por parte do exportador-hedgeado, que, por meio do derivativo, transfere todo o risco da variação cambial para o especulador. Este sim, pode “perder” ou “ganhar” com a variação – o lucro do especulador, no final, dependerá do resultado líquido do conjunto de operações em que estiver envolvido, hedgeando tanto importadores (compradores de dólares) como exportadores (vendedores de dólares), bem assim da receita com o preço de seu serviço auferida na celebração dos contratos. Mas o contratante que buscou, no derivativo, neutralizar os efeitos da variação cambial está absolutamente preservado, nada ganhando ou perdendo em função desta. (*In*: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, v. 12, n. 44, pág. 75-89, abr./jun. 2009)

Nessa específica hipótese, a bem da verdade, o risco real é integralmente repassado à instituição financeira, que é quem de fato sofrerá com os efeitos da variação cambial, positiva ou negativamente, decorrendo daí a justificativa para estabelecer um valor máximo de liquidação positiva para o cliente.

Feita a exposição de como normalmente se comportam os derivativos para fins de cobertura de riscos (*hedge*), Fábio Ulhoa Coelho passa a explicar do que reclamam, então, os “hedgers” e a que se referem quando declaram perdas em seus balanços ou vão a juízo postular a revisão do contrato fundados na onerosidade excessiva:

(...)

Na verdade, a inovação financeira dos derivativos embute uma tentação. Se o exportador contrata derivativo cambial além de suas necessidades de blindagem,

ele pode ganhar com a operação caso se confirme a desvalorização da moeda estrangeira. *A tentação consiste em celebrar contratos de derivativo cambial **sem que haja qualquer operação comercial a reclamar neutralização dos efeitos da variação cambial.***

Neste caso, na ponta mercantil (exportador), nada ingressa no caixa, já que não houve venda de qualquer produto. Aqui, ele não tem dólares para vender. Na ponta financeira (hedgeado), contudo, surge o crédito perante o especulador e um ganho fundado exclusivamente na aposta de que o dólar continuaria sua trajetória descendente. (ob. cit., pág. 81 - grifou-se)

Nessa hipótese, o propósito da operação financeira deixa de ser o gerenciamento de riscos (*hedge*), passando a servir o contrato como mero instrumento de especulação, em que o operador almeja simplesmente lucrar com as flutuações de mercado, sujeitando-se, por conseguinte, à álea normal ilimitada do negócio, como explica o renomado doutrinador:

(...)

Claro, o exportador que contrata derivativos além de sua necessidade de blindagem expõe-se ao risco de perder com a liquidação desses contratos se ocorrer a valorização do dólar. Como não tem nada a receber de ninguém, já que nada exportou, mas somente o débito perante o especulador, verifica-se o prejuízo.

Não sofreu nenhuma perda o exportador que buscou o derivativo cambial depois de fechada a exportação e nos exatos limites desta. Quem, contudo, cedeu às tentações do ganho puramente especulativo ou imaginou ser possível blindar operações futuras ainda não entabuladas (tampouco concluídas), acabou contratando derivativos em montante superior às suas necessidades de blindagem. Neste caso, amargou prejuízo com a repentina desvalorização do real. (ob. cit., pág. 81 - grifou-se)

Assim, objetivando o gerenciamento de riscos ou a mera especulação, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos de derivativos, notadamente nas relações jurídicas interempresariais, não se admitindo, por conseguinte, a sua revisão judicial por onerosidade excessiva.

7) *Dispositivo*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.700.487-MT (2017/0246661-7)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: Ariel Automóveis Várzea Grande Ltda. - em Recuperação Judicial
Advogados: Euclides Ribeiro S Junior - MT005222
Eduardo Henrique Vieira Barros - MT007680
Recorrido: Banco Industrial e Comercial S/A
Advogado: Cleidi Rosangela Hetzel - MT008244B

EMENTA

Recurso especial. Plano de recuperação. 1. Delimitação da controvérsia. 2. Tratamento diferenciado. Credores da mesma classe. Possibilidade. Parâmetros. 3. Convolação da recuperação em falência. Convocação de assembleia de credores. Desnecessidade. 4. Previsão de supressão das garantias reais e fidejussórias devidamente aprovada pela assembleia geral de credores. Vinculação da devedora e de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial parcialmente provido.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: *a)* se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; *b)* se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convolação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; *c)* se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão.

Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

3. O devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano e requerida a convocação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que complete exclusivamente ao juízo da recuperação.

Por maioria de votos.

4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa na vinculação de todos os credores, indistintamente.

4.1 Em regra (e no silêncio do plano de recuperação judicial), a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser supridas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.

4.2 Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso (§ 2º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2009).

4.3 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem

adequada representação, seja para instauração da assembléia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo *quorum* mínimo.

4.4 Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.

4.5 No particular, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente.

5. Recurso especial parcialmente 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 maioria, dar parcial provimento ao recurso especial, em maior extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que lavrará o acórdão.

Vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi.

Votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator p/ Acórdão

DJe 26.4.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Ariel Automóveis Várzea Grande Ltda.* - em recuperação judicial, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso assim ementado:

Recurso de agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial. Aprovação em assembleia. Controle judicial de legalidade. Viabilidade. Violação ao princípio da isonomia em determinada classe de credores quirografários. Inadmissibilidade. Garantia prestada por terceiros. Manutenção. Suspensão/extinção das ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Não cabimento. Descumprimento de obrigação. Convocação da recuperação em falência (art. 61 da Lei 11.101/2005). Pagamento de créditos de ações ainda não liquidadas e créditos advindos de sentença transitada em julgado ou acordo realizado com 70% a 95% sobre o crédito. Inadmissibilidade. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

2. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem tampouco induz suspensão ou extinção das ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois, não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o artigo 59, *caput*, por força do que dispõe o artigo 49, parágrafo 1º, todos da Lei 11.101/2005. (REsp 1.333.349/SP).

3. O descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação acarreta a convocação da recuperação em falência. Inteligência do artigo 61, § 1º, da LRF. Inexigibilidade de prévia convocação da Assembleia Geral de Credores para deliberação.

4. O art. 58, § 2º, da Lei n. 11.101/05 prevê a possibilidade de concessão da recuperação judicial se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, sob pena de ofensa ao basilar princípio da igualdade de condições entre os credores do falido. Além do deságio demasiadamente excessivo fixado entre 70% e 95%, referente a créditos de ações ainda não liquidadas e créditos advindos de sentença transitada em julgado ou acordo, os créditos quirografários enfocados não serão atualizados, nem incorrerão juros até o respectivo pagamento (fls. 272/273, e-STJ).

No recurso especial, a recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

(i) *artigo 45 da Lei n. 11.101/2005* - sustenta que na hipótese em que o plano de recuperação judicial for aprovado na forma do referido dispositivo legal, a recuperação judicial deve ser concedida, inexistindo na lei óbice para o tratamento diferenciado entre credores da mesma classe.

Afirma que a capacidade da empresa não autoriza o pagamento igualitário dos credores. Defende que se não for permitido o tratamento diferenciado, o aspecto negocial da recuperação judicial deixa de existir, possibilitando aos credores se opor a descontos, prazos e demais formas de pagamento.

Ressalta que o acórdão recorrido priorizou a vontade de 3 (três) credores (Mercantil, HSBC e BIC Banco) em detrimento da vontade da maioria absoluta dos credores.

Argumenta que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o juiz não pode se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, decisão de competência exclusiva da assembleia de credores. Assenta não ter o recorrido apresentado uma solução alternativa compatível com a capacidade econômica da devedora.

Destaca que a isonomia de tratamento limita-se às hipóteses de aplicação do *cram down* (artigo 58, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). Assim, considera viável a concessão de privilégios a fornecedores exclusivos e aos fomentadores da empresa.

(ii) *artigo 49, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.101/2005* - considera que as garantias prestadas em favor das recuperandas podem ser modificadas ou extintas desde que o plano de recuperação assim o preveja e conte com aprovação da maioria dos credores.

Defende ser válida a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a suspensão das ações ajuizadas contra a empresa e seus garantidores. Cita julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em abono a sua tese.

Sustenta que somente é necessária a aprovação expressa do credor nas hipóteses de supressão de garantia real, não havendo a mesma exigência acerca das garantias pessoais. Conclui afirmando que apenas na hipótese de haver previsão de alienação do bem gravado é que se exige a concordância dos credores, o que não ocorre no caso dos autos.

Assenta que não tem o credor outra opção a não ser a ele se curvar, quando

(...) aprovado o plano de recuperação e novadas as dívidas lá constantes, o débito que se encontrava garantido não mais subsiste, já que foram extintos por meio da novação operada com a aprovação do plano pela Assembleia Geral, que supre a eventual vontade de credor dissidente (fl. 327, e-STJ).

Defende, assim, que uma vez extintas as obrigações por força da novação, também estão extintas as obrigações garantidoras, pois não se pode levar a autonomia das garantias ao extremo de tê-las como válidas mesmo com o desaparecimento das dívidas originárias. Cita julgados em abono a sua tese.

(iii) *violação dos artigos 45, 49, §§ 1º e 2º, 50, § 1º, e 59 da Lei n. 11.101/2005* - afirma que, na hipótese de eventual inadimplência do devedor, deve ser convocada a assembleia de credores para modificação do plano, e não desde logo ser decretada a falência. Sublinha, dessa forma, que a falência não deriva imediatamente do não cumprimento do plano, mas, sim, da vontade dos credores.

Requer que, diante da maturidade da causa, seja desde logo provido o recurso especial para a manutenção da decisão de primeiro grau que homologou o plano de recuperação judicial.

Banco Industrial e Comercial S.A., atualmente denominado China Construction Bank (Brasil) Banco Múltiplo S.A., apresentou impugnação (fls. 467/478, e-STJ).

O recorrido afirma que a análise do recurso esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ.

Argumenta que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula n. 581/STJ, segundo a qual “a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória”.

Alega que o Tribunal de origem, quando do julgamento do AI 29.429/2016, transitado em julgado, já decidiu que o deferimento e a homologação do plano de recuperação pela assembleia de credores não interfere nas relações do credor com os devedores coobrigados, podendo prosseguir com as ações ajuizadas. Ademais eventual previsão de extensão da novação aos coobrigados é ineficaz em relação aos credores que votaram contra a aprovação do plano. Conclui que a matéria está acobertada pela coisa julgada material.

Enfatiza que a supressão das garantias reais sem a expressão autorização dos credores viola o artigo 50, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Além disso, não há certeza de que, descumprido o plano, as condições originalmente contratadas sejam restabelecidas, pois não há previsão de como serão utilizadas.

Ressaltam ser competência do juízo a decretação da falência no caso de descumprimento do plano, inexistindo previsão legal para convocação da assembleia para deliberar acerca da convocação da recuperação em falência.

Sublinham que o tratamento apontado como desigual não se dá em relação aos credores fornecedores que aceitaram fomentar as atividades das recuperandas, mas em relação àqueles credores minoritários que tiveram deságio de 70% (setenta por cento) a 90% (noventa por cento) de seus créditos (premissas 12 e 18 do plano), transcrevendo parecer do Ministério Público estadual no sentido de que “a soberania da assembleia não pode ir ao extremo de praticamente aniquilar direitos pertencentes a credores vencidos” (fl. 477, e-STJ).

Requerem que seja negado provimento ao recurso.

Pela decisão de fls. 508/516 (e-STJ), o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso deferiu efeito suspensivo ao recurso especial.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irrisignação merece parcial acolhida.

Cinge-se a controvérsia a definir: (i) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; (ii) se a extensão da novação aos coobrigados pode atingir os credores que não votaram favoravelmente à aprovação do plano de recuperação judicial e (iii) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial.

1. Breve Histórico

Trata-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por Banco Industrial e Comercial S.A. contra a decisão que homologou o plano e concedeu a recuperação judicial de Ariel Automóveis Várzea Grande Ltda. e Ekak Administrações e Participações.

O agravo de instrumento foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso com a determinação de que fosse apresentado novo plano de recuperação judicial no prazo de 60 (sessenta) dias.

Sobreveio o presente recurso especial, ao qual foi agregado efeito suspensivo por decisão proferida em segundo grau de jurisdição (fls. 508/514, e-STJ).

2. Da violação do artigo 45 da Lei n. 11.101/2005 - do tratamento diferenciado entre credores da mesma classe no plano de recuperação judicial

As recuperandas sustentam que, aprovado o plano de recuperação judicial na forma do artigo 45 da Lei de Recuperação e Falência, não há óbice para o tratamento diferenciado entre credores da mesma classe. Defendem a impossibilidade econômica de se conceder tratamento paritário aos credores no caso concreto, inexistindo ilegalidade a ser reparada.

Vale lembrar que, apresentado o plano de recuperação judicial e havendo objeção de qualquer credor quanto a seus termos, será convocada assembleia geral de credores para deliberar acerca do plano, que poderá propor modificações (desde que haja concordância do devedor e não prejudique exclusivamente os credores ausentes), aprová-lo ou rejeitá-lo.

Em regra, a deliberação da assembleia de credores é soberana, reconhecendo-se aos credores, diante da apresentação de laudo econômico-financeiro e de demonstrativos e pareceres acerca da viabilidade da empresa, o poder de decidir pela conveniência de se submeter ao plano de recuperação judicial ou pela realização do ativo com a decretação da quebra, o que decorre da rejeição da proposta.

A intervenção do Poder Judiciário se limita a verificar a ocorrência de alguma ilegalidade no ato deliberativo, seja na formação da vontade dos credores, seja na conformação dos termos do plano aos ditames da lei de regência. No caso de se constatar alguma ilegalidade, o ato deliberativo pode ser anulado, com a convocação de nova assembleia.

A propósito:

Recurso especial. Ação de recuperação judicial. Controle do magistrado sobre o plano de soerguimento. Aprovação da assembleia geral de credores. Viabilidade econômica. Soberania da AGC. Legalidade. Verificação pelo Judiciário. Reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais. Inadmissibilidade.

1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.

2. *A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.*

3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.660.195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017 - grifou-se)

No que respeita à concessão de tratamento diferenciado entre os credores de uma mesma classe na recuperação judicial, *não há vedação expressa na lei de regência.*

Sobre o tema, a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

(...)

Como visto, o tratamento paritário dos credores (*par condicio creditorum*) é princípio geral que informa o processo de falência. Em que medida, porém, este princípio também pode ser aplicado ao processo de recuperação judicial? A lei é totalmente silente sobre a aplicação, aos credores do recuperando, de tratamento paritário. Estabelece algumas garantias específicas, como a impossibilidade de o plano prever o pagamento dos empregados em prazo muito longo (Lei 11.101/05, Lei de Falência - LF, art. 54), *mas não contempla em nenhuma de suas disposições, qualquer proibição de tratamento diferenciado dos credores.* (O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, págs. 107 e 108 - grifou-se)

Assim, a princípio, a previsão de tratamento diferenciado aos credores não se submeteria à apreciação do Poder Judiciário, cujo exame, conforme referido, está restrito à legalidade do ato deliberativo.

É de se ver, porém, que a lei consagra o princípio da paridade entre credores. Apesar de se tratar de um princípio norteador da falência, momento em que o patrimônio do falido será vendido e o produto utilizado para o pagamento dos credores na ordem estabelecida na lei (realização do ativo para o pagamento do passivo), seus reflexos se irradiam na recuperação judicial, *permitindo o controle de legalidade do plano de recuperação sob essa perspectiva.*

Na recuperação judicial, não há realização do ativo para o pagamento dos credores. Em regra, todos os credores serão pagos. Diante disso, o princípio da paridade se aplica “no que couber”, como declara o Enunciado n. 81 da II Jornada de Direito Comercial.

O que significa dizer que deve haver tratamento igualitário entre os credores, mas que pode ocorrer o estabelecimento de distinções entre integrantes de uma mesma classe com interesses semelhantes. Tal fato se justifica pela constatação de que as classes de credores, especialmente a de credores quirografários, reúne credores com interesses bastante heterogêneos: credores financeiros, fornecedores em geral, fornecedores dos quais depende a continuidade da atividade econômica, credores eventuais, créditos com privilégio geral, entre outros.

Nesse contexto, a divisão em subclasses deve se pautar pelo estabelecimento de um *critério objetivo, abrangendo credores com interesses homogêneos, com a clara justificativa de sua adoção no plano de recuperação.*

Nesse sentido, eis o Enunciado n. 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal:

O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuem interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano homologado pelo magistrado. (grifou-se)

Assim, escolhido um critério, todos os credores que possuam interesses homogêneos serão agrupados sob essa subclasse, devendo ficar expresso o motivo pelo qual o tratamento diferenciado desse grupo se justifica e favorece a recuperação judicial, possibilitando o controle acerca da legalidade do parâmetro estabelecido.

Essa providência busca garantir a lisura na votação do plano, afastando a possibilidade de que a recuperanda direcione a votação com a estipulação

de privilégios em favor de credores suficientes para a aprovação do plano, dissociados da finalidade da recuperação judicial. Vale lembrar, no ponto, que a recuperação judicial busca a negociação coletiva e não individual, reunindo os credores para tentar a superação das dificuldades econômicas da empresa.

Vale mencionar mais um trecho da lição de Fábio Ulhoa Coelho:

(...)

Não é, portanto, qualquer classificação de credores que o Plano de Recuperação pode livremente empreender. Ao tratar igualmente os credores iguais e desigualmente os desiguais, deve sempre atentar às finalidades da recuperação judicial. Um tratamento que frustra ao invés de viabilizar o atendimento a estas finalidades não encontraria respaldo no princípio da *par condicio creditorum*, nem na isonomia constitucional. Será sempre em função da finalidade da norma que se pesquisará o atendimento ao princípio constitucional da isonomia. (O credor colaborativo na recuperação judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 103)

Outro ponto que deve ser objeto de atenção é evitar que credores isolados, com realidades específicas, tenham seu direito de crédito aviltado com a criação de subclasses.

A propósito, a doutrina de Sheila Christina Nader Cerezetti:

(...)

A realidade torna-se ainda mais grave ao se perceber que o credor prejudicado não possui meios para defender sua posição creditícia, na medida em que, ao participar da mesma classe em que se incluem os credores beneficiados pelos termos do plano, seu voto dissidente não implica representatividade.

Chega-se, destarte, ao ponto em que o credor individual não se agrupa entre seus pares, não possui garantia de que seu crédito receberá tratamento igualitário em relação aos demais participantes da mesma classe e, pior do que isso, não encontra mecanismos efetivos de defesa de seu direito. (As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses: em Defesa da Alteração da Disciplina das Classes na Recuperação Judicial. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco - coords. Direito das empresas em crise: problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 374)

Conclui-se, portanto, que é possível a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, *desde que estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando*

vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

No caso dos autos, conforme se colhe da decisão que concedeu a recuperação judicial, as distinções estabelecidas entre credores foram assim justificadas:

(...)

No caso em análise, o tratamento diferenciado dado aos credores Volkswagen do Brasil Ind. de Veículos Automotores Ltda; Banco Volkswagen; Banco J. Safra S.A.; Sicredi Sudoeste de MT, tal como alegado na manifestação de fls. 2.029/2054, foi justificada pelos procuradores da recuperanda tal como consignado na Ata, sob os seguintes argumentos: *'há diferença entre os credores, o que inviabiliza a oferta de proposta única. Adiantou quanto às negociações que estão sendo entabuladas com o **Banco Safra S.A.**, a qual consiste na dação em pagamento de dois imóveis, renunciando este ao crédito concursal relacionado. Quanto à **Volkswagen** esclareceu que a mesma está concedendo dois anos de exclusividade no mercado, concedendo financiamento na modalidade crédito rotativo, no valor de R\$ 6,5 milhões. Em contrapartida, o crédito concursal será pago em 05 (cinco) parcelas ao banco e 24 (vinte e quatro) parcelas à montadora, cujos termos constam do instrumento que será anexado à presente. Em relação ao **Sicredi Sudoeste** esclareceu que esta, no curso da recuperação judicial, liberou crédito na ordem de R\$ 1,6 milhões, o que justifica a proposta diferenciada ofertada ao mesmo (fls. 25/26, e-STJ).*

Como se observa do trecho supratranscrito, as negociações das recuperandas com os devedores se deram de modo individualizado, sem o estabelecimento de um critério isonômico ao qual pudessem aderir outros credores. Apesar de alguns credores serem destacados como colaborativos, não fica claro o motivo pelo qual o Banco Safra receberia tratamento diferenciado.

Além disso, segundo se colhe do aresto recorrido, os credores minoritários foram prejudicados com deságios excessivos:

(...)

De sua vez, a nominada premissa 12 e 18, dispõe que os créditos de ações ainda não liquidadas, que ultrapassem o valor de R\$ 5.000,00 e créditos advindos de sentença transitada em julgado ou acordo realizado no montante de R\$ 10.000,00, serão pagos com 90% e 70% e 95%, respectivamente.

Referida previsão se demonstra anômala, e faz distinção entre iguais. Além do deságio demasiadamente excessivo fixado entre 70% e 95%, os créditos quirografários enfocados não serão atualizados, nem incorrerão juros até o respectivo pagamento.

Ainda que seja admitida a previsão de deságios elevados, o que não é incompatível com o procedimento da recuperação judicial, no presente caso, a somatória das regras estatuídas conduz a uma situação de desproporcionalidade exagerada.

A respeito do assunto, trago a baila parte do Parecer ministerial ofertado nos autos, que bem esclareceu a questão:

No tocante às cláusulas 12 e 18, também vemos a anomalia anotada pelo Agravante. *Os deságios elevadíssimos que elas prevêm contra os credores minoritários vencidos na assembleia geral só poderiam ser aceitos por maioria segura de estar afastada de sua incidência.* Em sã consciência, ninguém aceita renunciar a 95%, 90% ou 70% de seu crédito apenas como contribuição para preservação de uma empresa que pretende recuperar-se economicamente. Colaboração é algo mais módico (fls. 252/253, e-STJ).

Nesse contexto, como a discriminação entre credores da mesma classe não está assentada em critérios objetivos passíveis de controle pelos demais credores, além de haver tratamento desproporcional da minoria, conclui-se que a cláusula em debate é nula.

É preciso esclarecer, no ponto, que o acórdão recorrido entendeu incabível qualquer tipo de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe. Assim, ao permitir o tratamento diferenciado, mas respeitados certos parâmetros, o recurso está sendo parcialmente provido neste ponto.

3. Da violação dos artigos 45, 49, §§ 1º e 2º, 50, § 1º e 59 da Lei n. 11.101/2005 - da supressão das garantias

As recuperandas defendem a tese de que as garantias prestadas em favor das devedoras podem ser modificadas ou extintas desde que haja previsão no plano de recuperação judicial aprovado na forma do artigo 45 da Lei n. 11.101/2005.

Enfatizam que no caso concreto não está prevista a venda dos bens dados em garantia, o que evidencia a prescindibilidade de aceitação expressa do credor acerca da extinção das garantias.

Afirmam que, com a aprovação do plano de recuperação judicial, as dívidas são novadas, não mais existindo o débito original, o que resulta na liberação das obrigações secundárias.

Sustentam, ademais, ser válida a cláusula do plano de recuperação judicial que prevê a suspensão das ações ajuizadas contra a empresa e seus garantidores.

Cita julgado do Tribunal de Justiça do Paraná em abono a sua tese.

No ponto, cumpre assinalar que a supressão das garantias por força de decisão da assembleia geral de credores na recuperação judicial já foi objeto de análise pela Terceira Turma (REsp n. 1.532.943/MT). No entanto, mesmo naquela ocasião, houve manifestação no sentido de que a matéria ainda poderia ser revisitada, com o aprofundamento do debate, motivo pelo qual a questão é novamente trazida a julgamento.

Após a aprovação da Lei n. 11.101/2005, a doutrina e os tribunais brasileiros travaram forte debate acerca dos efeitos da novação derivada da aprovação do plano de recuperação judicial, firmando sólido entendimento no sentido de que a novação prevista na Lei de Recuperação e Falência difere daquela disciplinada pelo Código Civil, não atingindo as garantias prestadas por terceiros.

Nesta Corte, o entendimento ficou sedimentado com o julgamento do REsp n. 1.333.349/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, valendo transcrever trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que bem esclarece a questão:

(...)

Com efeito, *percebe-se de logo que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).*

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, § 2º).

Daí se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Nesse sentido, por todos, novamente Fábio Ulhoa dispõe sobre o tema:

(...)

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe

a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial (grifou-se).

Assim, prepondera, tanto no âmbito doutrinário quanto no pretoriano, o entendimento de que a novação decorrente da concessão da recuperação judicial afeta somente as obrigações da recuperanda constituídas até a data do pedido, não havendo nenhuma interferência quanto aos coobrigados, os fiadores, os obrigados de regresso e, especialmente, os avalistas, dada a autonomia do aval.

Daí conclui-se que a concessão da recuperação judicial não impede o credor de perseguir seu crédito no tocante aos coobrigados, nos exatos termos do artigo 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Sobre o tema, a Súmula n. 581/STJ: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória.”

A questão posta, então, é saber se é possível ao devedor superar a determinação legal a partir da inclusão de cláusula no plano de recuperação judicial que estenda a novação aos coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas, ao fundamento de impulsionar o soerguimento da empresa.

A princípio, não há falar em nulidade da cláusula, visto não esbarrar em nenhuma das hipóteses estabelecidas no artigo 166 do Código Civil de nulidade do negócio jurídico: (i) ser celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (ii) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (iii) for o motivo determinante, comum a ambas as partes, ilícito; (iv) não revestir a forma prescrita em lei; (v) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade; (vi) tiver por objetivo fraudar lei imperativa, e (vii) ser taxativamente declarado nulo por lei, ou proibir-lhe a prática, sem impor sanção.

A cláusula também não encontra óbice nas situações de anulabilidade do negócio jurídico elencadas nos artigos 138 e ss. do Código Civil. Portanto, trata-se de negócio jurídico válido, sendo necessário perquirir acerca de sua eficácia, especialmente no que concerne aos credores ausentes e aos presentes na assembleia que não votaram ou votaram contrariamente à aprovação do plano.

A fiança, o aval e o direito de regresso são garantias pessoais, de natureza patrimonial, constituindo-se em direitos disponíveis e, portanto, passíveis de

transação entre as partes. Nesse contexto, o credor que compareceu à assembleia e votou favoravelmente ao plano e, portanto, à cláusula extensiva da novação aos coobrigados, renunciou validamente à garantia estipulada em seu favor, daí a eficácia do ato em relação a si.

Porém, inexistindo manifestação do titular do crédito com inequívoco ânimo de novar em relação às garantias, não se mostra possível afastar a expressa previsão legal de que *a novação não se estende aos coobrigados* (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005). De fato, *nos termos do artigo 361 do Código Civil, a novação não se presume, dependendo da constatação do inequívoco animus novandi*.

No que respeita ao aval, obrigação autônoma, que independentemente de previsão legal não seria atingida pelos efeitos da recuperação, mais clara fica a impossibilidade de se estender a novação ao titular da garantia que não acordou expressamente com a proposta.

Acerca da questão, comentando julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim se manifesta Manuel de Queiroz Pereira Calças:

(...)

Por isso, para que a novação seja aplicada aos coobrigados, notadamente, os fiadores e os avalistas, exige-se que os credores anuam expressamente com a novação, já que esta, não sendo imposta pela Lei, só poderá ser voluntária, a exigir o ânimo expresso ou tácito, mas inequívoco, aplicando-se o disposto no art. 361 do Código Civil. (...)

Por fim, na ótica dos postulados da lógica, é intuitivo que a cláusula extensiva da novação aos coobrigados da sociedade em recuperação judicial não tem eficácia em relação aos credores que, expressamente, dela discordaram, votando contra a aprovação do plano ou, mais ainda, àqueles que formularam objeção, atacando direta e frontalmente a ilegalidade da aludida cláusula. Tais credores poderão executar normalmente os fiadores, os avalistas ou coobrigados de regresso, prosseguindo regularmente nas execuções já em andamento (que não se suspendem) ou, eventualmente, poderão iniciar as execuções a partir do vencimento das dívidas garantidas. (Novação Recuperacional. Revista do Advogado. v. 29, n. 105, págs. 115-128, set/2009)

Vale destacar, ainda, que *o artigo 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005*, ao mencionar que as obrigações observarão as condições originalmente contratadas, inclusive no que diz respeito aos encargos, *salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano, está se referindo a deságios, a prazos e encargos e não a garantias*, já que o § 1º do mesmo artigo é que trata especificamente do tema. Assim, o plano pode estabelecer prazos estendidos de pagamento, parcelamento dos créditos,

deságios e alterar as taxas de juros, por exemplo, mas não suprimir garantias sem autorização do titular.

Em relação às garantias reais, a lei de regência é clara ao estabelecer, no artigo 50, § 1º, que, “*na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia*”, portanto, quanto ao ponto, não sobeja dúvida acerca da imprescindibilidade de anuência do titular da garantia real para a hipótese de sua supressão.

Vale destacar que no caso de decretada a falência, ainda que os bens gravados possam eventualmente ser vendidos para atender as classes de credores que precedem os credores com garantia real, com a relativização do privilégio, o certo é que o benefício se mantém no caso de haver bens suficientes para o pagamento das classes prioritárias, garantindo o pagamento do credor até o limite do valor de venda, remanescendo, portanto, o interesse do credor na manutenção de sua garantia.

A propósito, a lição de Ricardo Negrão:

(...)

Na falência, não havendo outras preferências - de credores prioritários, extraconcursais e trabalhistas -, os títulos garantidos por direito real não se sujeitam a rateio. Significa dizer que, nessa circunstância, mesmo havendo mais de um credor com direito real de garantia, cada um recebe o produto da venda do bem gravado até o limite de seu crédito. Se o bem gravado for insuficiente, o saldo é admitido como quirografário, e se, ao contrário, o crédito é inferior ao valor alcançado pelo bem, o saldo é lançado para rateio da próxima classe - a dos credores tributários. Não há comunicação entre bens e credores com garantia real. (Curso de direito comercial e de empresa, v. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 550)

Soma-se a todo o aqui exposto as preocupações já externadas no voto-vista proferido no julgamento dos EDcl no REsp n. 1.532.943/MT quanto aos reflexos do presente julgado em relação ao custo do crédito.

Com efeito, é inegável que a segurança jurídica proporcionada pelas garantias em geral tem um grande reflexo no setor econômico do país, visto que o credor, confiante no retorno de seus investimentos, tende a disponibilizar capital mais barato e, como consequência, o número de empréstimos aumenta,

proporcionando um fortalecimento na segurança econômica do país, atraindo mais investidores.

O cenário de incerteza quanto ao recebimento do crédito em decorrência do enfraquecimento das garantias é desastroso para a economia do país, pois gera o encarecimento e a retração da concessão de crédito, o aumento do *spread* bancário, a redução da circulação de riqueza, provoca a desconfiança dos aplicadores de capitais, nacionais e estrangeiros, *além de ser nitidamente conflitante com o espírito da Lei n. 11.101/2005.*

Nesse sentido, Frederico Augusto Monte Simionato assevera que:

(...)

(...) não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresário. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação. (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de direito falimentar. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 201)

Assim, considerando-se que: i) a regra geral da LREF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores; ii) a extensão da novação aos coobrigados depende de inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume; iii) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto da garantia e (iv) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem, *a conclusão que melhor equaciona o binômio “preservação da empresa viável x preservação das garantias” é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.*

Solução em sentido contrário, ou seja, a submissão ao plano de recuperação de credores que votaram contra a cláusula que prevê a exclusão de garantias, importa verdadeira afronta à segurança jurídica e seus consectários, visto que um

credor que concede crédito e recebe em troca uma garantia, certamente precisa de segurança mínima de que essa garantia será respeitada, mesmo em caso de recuperação ou falência, na forma como prevista na Lei n. 11.101/2005.

Vale mencionar, a título de reflexão, a experiência do Direito Português acerca da recuperação judicial.

Com a edição do CPEREF - Código de Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência -, a legislação portuguesa consolidou a opção pela preservação das empresas viáveis, ressaltando seu caráter social, de produção de empregos e riquezas.

Esse diploma legal, porém, foi revogado pelo atual CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas -, que retornou à fase da chamada falência-liquidação, desconsiderando a viabilidade da empresa como indicador da possibilidade de recuperação.

O retorno a uma visão mais protecionista do credor, apesar de não abandonar o primado da recuperação da empresa, justifica-se, segundo a doutrina, pelos excessos cometidos na vigência da legislação anterior.

Confira-se, a propósito, os comentários de Adriana Valéria Pugliesi:

(...)

Há um evidente movimento pendular em curso no Direito português, na busca de um ponto de equilíbrio nas relações entre devedor e os credores no procedimento concursal. Esse movimento ainda mantém como norte a salvaguarda da empresa.

Não se pode olvidar que um sistema excessivamente "pro-devedor" pode ter efeitos perversos, na medida em que empresas que não estejam em condições de prosseguir no exercício da atividade empresarial devem ser liquidadas, pois a sua preservação não pode ser um fim em si mesmo, nem um conceito absoluto. A manutenção da saúde do mercado depende da célere retirada daquelas empresas que não estejam em condições de prosseguir de forma saudável em suas atividades.

Veja-se que Catarina Serra defende que a posição atual do sistema concursal português está justificada pelos excessos ocorridos durante a vigência do sistema anterior e que acabaram por causar esse movimento atual de proteção dos credores. A autora afirma que "hiberbolizou-se de tal forma o propósito de recuperação da empresa que se perderam de vista os seus critérios e os seus limites de aplicabilidade.

De qualquer modo, toda sistemática envolvida no concurso português passa por esta lógica da supremacia de poderes dos credores e, principalmente, de uma definição clara de objetivo, a saber, o procedimento concursal é meio de satisfação dos interesses dos credores. (Direito Falimentar e Preservação da Empresa. São Paulo: Quartier Latin, pág. 99/100 - grifou-se)

Evidencia-se, assim, a dificuldade em encontrar o ponto de equilíbrio nas relações entre credores e devedores. Mas o norte deve ser sempre a saúde do mercado, o que passa pela manutenção das garantias ofertadas aos credores.

Nesse contexto, o acórdão recorrido deve ser mantido quando afirma que

(...) eventual previsão de extensão da novação não é inválida, porém, é ineficaz em relação aos credores que não compareceram à Assembleia-Geral, ou que, presentes, abstiveram-se de votar e, em especial, aos que votaram contra a aprovação do plano ou que formularam objeção direcionada à tal previsão (fl. 281, e-STJ).

4. Da violação dos artigos 45, §§ 1º e 2º, 49, § 1º, 50 e 59 da Lei n. 11.101/2005 - Da necessidade de convocação da assembleia de credores antes de decretação da falência

As recorrentes sustentam que, na hipótese de ser constatada eventual inadimplência do devedor, com o descumprimento do plano de recuperação judicial, cabe a convocação da assembleia de credores para decidir se a empresa ainda é viável ou se deve ser decretada a quebra.

Em virtude disso, a seguinte cláusula foi incluída no plano de recuperação:

(...)

O plano poderá ser alterado, independentemente de seu cumprimento, a qualquer tempo, por Assembleia que pode ser convocada para essa finalidade (art. 35 da Lei 11.101/05), observando os critérios previstos nos arts. 48 e 58 da LRF. *O não cumprimento do plano não culminará em falência imediata da empresa, devendo, no caso ser convocada assembleia de credores para deliberação sobre alterações ao plano ou sobre eventual falência* (fl. 288, e-STJ - grifou-se).

É de se considerar, inicialmente, que os dispositivos legais apontados como violados não tratam da matéria objeto da irresignação.

De todo modo, vale consignar que a LREF prevê expressamente, nos artigos 61, § 1º, e 73, IV, que o juiz decretará a quebra por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Eis os termos dos referidos dispositivos legais:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial. (grifou-se)

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do *caput* do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do *caput* do art. 94 desta Lei. (grifou-se)

Nesse contexto, não se mostra possível condicionar a decisão de decretação da quebra, cuja competência é do juízo da recuperação judicial, à prévia autorização da assembleia de credores.

É certo que o devedor pode propor, quando antever dificuldades no cumprimento do plano de recuperação, alterações em suas cláusulas, as quais serão submetidas ao crivo dos credores. Mas, uma vez descumpridas as obrigações estipuladas no plano e requerida a convolação da recuperação em falência, não pode a recuperanda submeter aos credores decisão que compete exclusivamente ao juízo da recuperação.

5. Do dispositivo

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, somente para consignar a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos na fundamentação.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Ariel Automóveis Várzea Grande Ltda. — Em Recuperação Judicial — em contrariedade ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim ementado:

Recurso de agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano de recuperação judicial. Aprovação em assembléia. Controle judicial de legalidade. Viabilidade. Violação ao princípio da isonomia em determinada classe de credores quirografários. Inadmissibilidade Garantia prestada por terceiros. Manutenção. Suspensão/extinção das ações ajuizadas contra devedores solidários e coobrigados em geral. Não cabimento. Descumprimento de obrigação. Convocação da recuperação em falência (art. 61, da Lei 11.101/2005). Pagamento de créditos de ações ainda não liquidadas e créditos advindos de sentença transitada em julgado ou acordo realizado com desconto de 70% a 95% sobre o crédito. Inadmissibilidade. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

1. A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial.

2. A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem tampouco induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois, não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, capta, e 52, inciso 111, ou a novação a que se refere o artigo 59, capta, por força do que dispõe o artigo 49, parágrafo 1º, todos da Lei 11.101/2005. (REsp 1.333.349/SP).

3. O descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação acarreta a convocação da recuperação em falência. Inteligência do artigo 61, § 1º, da LRF. Inexigibilidade de prévia convocação da Assembleia Geral de Credores para deliberação.

4. O art. 58, § 2º, da Lei n. 11.101/05, prevê a possibilidade de concessão da recuperação judicial se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado, sob pena de ofensa ao basilar princípio da igualdade de condições entre os credores do falido. Além do deságio demasiadamente excessivo fixado entre 70% e 95%, referente a créditos de ações ainda não liquidadas e créditos advindos de sentença transitada em julgado ou acordo, os créditos quirografários enfocados não serão atualizados, nem incorrerão juros até o respectivo pagamento.

A controvérsia submetida a análise da Terceira Turma do STJ consiste em definir: “(i) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial”; (ii) *se a cláusula prevista no plano de recuperação judicial que prevê a supressão das garantias reais e fidejussórias, aprovada pelo quórum legal, é válida e se pode atingir os credores ausentes ou que não votaram favoravelmente à aprovação do plano de recuperação judicial*; e (iii) “se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial”.

No tocante ao item *i*, o relator, Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, compreendeu ser possível, em tese, “a criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial, desde que estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários”, circunstâncias não presentes na hipótese dos autos.

Em relação ao item *ii*, assinalou S. Exa:

[...] Assim, considerando-se que: *i*) a regra geral da LREF é a de que a novação atinge apenas as obrigações da sociedade em recuperação, com expressa ressalva das garantias concedidas aos credores; *ii*) a extensão da novação aos coobrigados depende da inequívoca manifestação do credor nesse sentido, pois a novação não se presume; *iii*) em relação às garantias reais, a lei de regência estabelece expressamente a necessidade de aprovação do credor na hipótese de alienação do objeto da garantia e (*iv*) no caso de declarada a falência, remanesce o interesse do credor com garantia real na manutenção do gravame sobre o bem, *a conclusão que melhor equaciona o binômio ‘preservação da empresa viável x preservação das garantias’, é a de que a cláusula que estende a novação aos coobrigados seria apenas legítima e oponível aos credores que aprovarem o plano de recuperação sem nenhuma ressalva, não sendo eficaz, portanto, no tocante aos credores que não se fizeram presentes quando da assembleia geral de credores, abstiveram-se de votar ou se posicionaram contra tal disposição.*

Por fim, no que alude ao item *iii*, Sua Excelência assentou não ser “possível condicionar a decisão de decretação da quebra, cuja competência é de juízo da recuperação judicial, à prévia autorização da assembleia de credores.

Em conclusão de seu judicioso voto, o relator, Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, entendeu por bem conferir parcial provimento ao recurso especial,

somente para se consignar a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos na fundamentação.

No tocante aos itens *i e iii*, acompanha-se integralmente o Relator.

Especificamente em relação ao item *ii*, que encerra divergência com o que restou decidido por esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.532.943/MT, pedi vista para melhor análise dos fundamentos ora propugnados por Sua Exa.

Na oportunidade, a Ministra Nancy Andrighi também pediu vista conjunta.

No específico caso dos autos, há que se perquirir se a previsão de “supressão de todas as garantias fidejussórias e reais”, no plano de recuperação judicial, *devidamente aprovado pela assembleia geral de credores*, poderia ser restringida pelo juiz, quando de sua homologação, apenas aos credores que expressamente assentiram com tal disposição, com lastro na parte final do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, não produzindo efeitos, assim, àqueles que não se fizeram presentes por ocasião da assembleia geral de credores, se abstiveram de votar ou se posicionaram contra tal disposição. Deve-se examinar, ainda, a abrangência do mencionado dispositivo legal, sopesados os efeitos decorrentes da novação operada pela recuperação judicial.

Dispõe o art. 59, da Lei n. 11.101/2005, que a concessão de recuperação judicial enseja a novação das obrigações originariamente assumidas pela recuperanda, *sem prejuízo das garantias e observado o disposto no § 1º do art. 50 da referida lei*, o qual preceitua que, na hipótese de alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição reclama o consentimento do correlato credor.

Pela relevância ao deslinde da controvérsia, oportuna a transcrição do dispositivo legal sob comento:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, *observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei*.

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

De plano, cumpre afastar, peremptoriamente, a argumentação expendida pelas recorrentes, no sentido de que a novação operada pela homologação do plano de recuperação judicial importaria, por si, na imediata extinção da obrigação principal originária e, por conseguinte, das garantias àquela ofertadas, pois, concebidas como obrigação acessória.

Efetivamente, a novação operada pela recuperação judicial guarda significativas particularidades, a distinguir, substancialmente, da novação civil, prevista nos arts. 364 e seguintes do Código Civil.

Como é cediço, a “extinção das obrigações”, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Sobre as garantias, como visto, o art. 59 *caput* é expresso em preservá-las, o que possibilita ao respectivo credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, a exceção do sócio com responsabilidade *ilimitada* e solidária (Nesse sentido: REsp 1.269.703/MG, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/11/2012; AgRg no REsp 1.191.297/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 1/7/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.036/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 5/9/2013).

Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência desta Corte de Justiça, conforme dão conta os seguintes precedentes:

Direito Civil e Empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação *sui generis*. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais,

as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutive, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.326.888/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014)

Recuperação judicial. Homologação. Dívidas compreendidas no plano. Novação. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Protestos. Baixa, sob condição resolutive. Cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação.

1. Diferentemente do regime existente sob a vigência do DL n. 7.661/45, cujo art. 148 previa expressamente que a concordata não produzia novação, a primeira parte do art. 59 da Lei n. 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido.

2. A novação induz a extinção da relação jurídica anterior, substituída por uma nova, não sendo mais possível falar em inadimplência do devedor com base na dívida extinta.

3. Todavia, a novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a uma condição resolutive, na medida em que o art. 61 da Lei n. 11.101/05 dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, com o que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.

4. Diante disso, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutive de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.260.301/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012)

Portanto, *em regra*, a despeito da novação operada pela recuperação judicial, preservam-se as garantias, no que alude à possibilidade de seu titular exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impor a manutenção das ações e execuções promovidas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral, *a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária* (§ 1º, do art. 49 da Lei n. 11.101/2005). E, especificamente sobre as garantias reais, estas somente poderão ser suprimidas ou substituídas, por ocasião de sua alienação, mediante expressa anuência do credor titular de tal garantia, nos termos do § 1º do art. 50 da referida lei.

Conservadas, em princípio, as condições originariamente contratadas, no que se inserem as garantias ajustadas, a lei de regência prevê, expressamente, a possibilidade de o plano de recuperação judicial, sobre elas, dispor de modo diverso. É o que, claramente, se contata do seguinte comando legal, em destaque:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

A particularidade dos autos reside justamente no fato de que a assembleia geral de credores aprovou, sem qualquer ressalva, a supressão das garantias reais e fiduissórias, nos seguintes termos:

Uma vez aprovado o presente plano, ocorrerá a supressão de todas as garantias fidejussórias e reais existentes atualmente em nome dos credores a fim de que possa a recuperanda se reestruturar e exercer suas atividades com o nome limpo, tanto da sociedade quanto de seus sócios, tendo em vista a *novação* pela aprovação do plano.

Aliás, conforme restou consignado no *decisum* de fl. 34 (e-STJ), a aprovação do plano de recuperação apresentou observou detidamente o *quorum* previsto no artigo 45 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*:

- *Classe de credores trabalhistas* - Aprovação por 54 credores presentes (100%), que representam 68,62 do total de credores da classe, cujos créditos somam a importância de R\$ 181.693,24, representando 55,67% do valor total de créditos dessa classe.

- **Classe de créditos com garantia real** - Aprovação por 2 credores, que representam 66,67% dos credores presentes (voto quantitativo), e 90,20% do valor total dos créditos presentes (voto qualificativo), que somam a importância de R\$ 4.682.743,08, representando 90,20% do valor total de créditos dessa classe

- **Classe de créditos quirografários** - Aprovação por 19 credores (voto quantitativo), e 86,36% do valor total dos créditos presentes à assembleia (voto qualitativo), que somam a importância de R\$ 6.052.661,91, representando 50,66% do valor total de créditos presentes dessa classe. (e-STJ, fl. 32)

Nesse contexto, tem-se absolutamente descabido restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária.

Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora, procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora).

E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembleia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo *quorum* mínimo.

Na espécie, como visto, o órgão máximo representativo dos credores assentiu com a supressão das garantias reais e fidejussórias, providência que convergiria, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente.

Atingido, pois, o patamar legal para a instauração da assembleia geral e, posteriormente, para a aprovação do plano de recuperação judicial, as disposições ali insertas vinculam, de igual modo, as partes envolvidas, ou seja, a devedora e os credores, indistintamente.

Por consectário, ainda que determinado credor tenha optado por não comparecer à deliberação assemblear; ou, presente, se absteve de votar ou se

posicionado em contrariedade, total ou parcialmente, à aprovação do plano, seus termos o subordinam, necessariamente. Compreensão diversa, por óbvio, teria o condão de inviabilizar a consecução do plano, o que refoge dos propósitos do instituto da recuperação judicial.

De se reconhecer, portanto, que a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, como parte integrante das tratativas negociais, vincula todos os credores titulares de tais garantias. Naturalmente, caso não se implemente o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Nessa linha de entendimento, destaca-se o escólio de Fábio Ulhoa Coelho, que, ao delinear os efeitos da recuperação judicial, vislumbra hipótese substancialmente assemelhada a dos autos (substituição de garantia real por uma de menor valor):

Em princípio, todos os credores anteriores ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos do plano de recuperação aprovado em juízo. Mesmo os que haviam se oposto ao plano e votado por sua rejeição devem se curvar à decisão judicial respaldada na maioria dos credores. Não tem outra alternativa. Se no plano aprovado em juízo é prevista a substituição de determinada garantia real por outra de menor valor, o credor atingido simplesmente não tem meios para se opor ao mérito dessa medida, por mais que considere seus interesses injustamente sacrificados.

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso.

Caso se verifique a convação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos, ao *status quo ante*. A substituição de garantia no exemplo acima cogitado se desfaz e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora. De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado. (Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 9ª edição. 2013. Editora Saraiva. p. 236)

Assinala-se, ainda, que a necessidade de que os credores com garantia real consentam, por ocasião da alienação do bem dado em garantia, com a substituição ou supressão da garantia, contemplada no art. 50, § 1º da Lei n. 11.101/2005, na hipótese dos autos, afigura-se absolutamente preservada, pois, como visto, todos os credores, representados pelas respectivas classes, ao aprovarem o plano de recuperação judicial que dispôs sobre tal matéria (supressão das garantias reais e fidejussórias), com ela anuíram, inegavelmente.

Descabido, assim, permitir que o plano de recuperação judicial, tal como aprovado, não seja integralmente observado pelas partes envolvidas, a pretexto da aplicação do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005.

Dispõe a lei de regência, que, *na consecução do Plano de recuperação judicial*, na hipótese de necessidade de alienação de bem sobre o qual recai garantia real, a supressão ou substituição desta dependerá da anuência de seu titular.

Não se tem dúvidas sobre a aplicabilidade desse comando legal sempre que não houver disposição em contrário nos termos em que aprovado o Plano de recuperação. Essa interpretação é expressamente autorizada pelo § 2º do art. 49.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

Se os credores, em assembleia, cada qual representados por sua respectiva classe, consideraram necessário para a consecução do plano de recuperação judicial suprimir as garantias reais dadas (o que, ressalta-se, mais uma vez, apenas vincula devedor em recuperação e credores), não há como submeter à maioria, no tocante aos sacrifícios que estão dispostos a suportar, o inconformismo da minoria vencida (ou não votante).

Como é cediço, a “extinção das obrigações”, decorrente da homologação do plano de recuperação judicial, encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, “os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas” (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Mais do que isso. A não implementação da condição resolutiva ensejará, forçosamente, a decretação da falência. Quando a lei afirma que o credor terá a seu favor a restituição de seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, significa que o credor, na fase concursal, terá o benefício da preferência, segundo a garantia de que é titular, no recebimento de seu crédito. Ele não fará jus, por exemplo, ao bem sobre o qual recaia a sua garantia. Com o decreto falencial, vende-se o ativo para pagar o passivo, na ordem de preferência legal, segundo a natureza dos créditos. Logo, não há razão, nem sequer prática, para impedir que os credores, caso assim entendam necessária à consecução do plano de recuperação judicial, transacionem a supressão das garantias de que são titulares.

Há, portanto, que se viabilizar a consecução do plano, tal como aprovado pelos credores, respeitados os respectivos quóruns. A regra posta no art. 50 da lei de regência especifica os modos pelos quais a empresa em dificuldade pode se valer para se soerguer à crise financeira, *o que se dará justamente por meio do cumprimento do plano de recuperação judicial aprovado pelos credores*, cada qual, representados por suas classes.

Assim, não havendo qualquer deliberação em sentido contrário no plano de recuperação judicial, em caso de alienação de bem sobre o qual recaia direito real, a supressão ou substituição da garantia depende da anuência do titular. Entretanto, havendo estipulação no próprio plano de recuperação judicial quanto à supressão da garantia, o consentimento já foi dado pela respectiva classe, suficiente para tal propósito.

Na hipótese dos autos, como assinalado, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes, o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou parcial provimento ao recurso especial em maior extensão, para afastar a restrição imposta pelas instâncias precedentes, de modo a reconhecer que a cláusula inserta no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral deve ser observada pelas devedoras e todos os credores, indistintamente.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Ariel Automóveis Várzea Grande Ltda. - em Recuperação Judicial*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional.

Ação: recuperação judicial da sociedade recorrente.

Decisão: homologou o plano e concedeu a recuperação judicial.

Acórdão recorrido: deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrido, *Banco Industrial e Comercial S/A*, para determinar a apresentação de um novo plano de soerguimento.

Recurso especial: aponta a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação dos artigos: 45, 49, §§ 1º e 2º, 50, § 1º, e 59 da Lei 11.101/05.

Voto do e. Relator: dá parcial provimento ao recurso especial, “somente para consignar a possibilidade e tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos na fundamentação”.

Revisados os fatos, decide-se.

Inicialmente, lembro que o propósito recursal é definir *(i)* se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; *(ii)* se a extensão da novação aos coobrigados pode atingir os credores que não votaram favoravelmente à aprovação do plano de recuperação judicial e *(iii)* se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão atinente à extensão dos efeitos da novação aos coobrigados que não votaram favoravelmente à aprovação do plano de recuperação judicial.

Quanto às demais questões controvertidas – definir se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe e se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convocação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de soerguimento –, estou em acompanhar o e. Relator.

Da novação na recuperação judicial e dos credores titulares de garantias

É sabido que o entendimento do STJ está firmado, após o julgamento de recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, no sentido de que

“a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005” (REsp 1.333.349/SP, Segunda Seção, DJe 2/2/2015).

Naquela ocasião, ficou assentado que a novação disciplinada na lei de recuperação e falência é instituto com características distintas da novação prevista na lei civil. Enquanto esta tem como efeito a extinção das garantias das dívidas, inclusive as reais, aquela traz regra diversa. Vale dizer, *com a novação das dívidas decorrente da aprovação do plano de recuperação, ficam mantidas as garantias anteriores, que apenas serão suprimidas ou substituídas com a anuência expressa dos respectivos titulares.*

Vale lembrar que o plano de recuperação judicial, aprovado pela vontade dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, possui índole marcadamente contratual. Como corolário, ao juízo competente não é dado, em regra, imiscuir-se no conteúdo do acordo estipulado entre devedor e credores.

De fato, consoante lição do professor SÉRGIO CAMPINHO,

[...] o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação.

(*Falência e Recuperação de Empresa*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, ps. 12/13)

Por outro lado, contudo, verifica-se que há dispositivos que permitem o controle judicial do plano submetido à assembleia geral, impedindo que o acordo aprovado colida com ditames legais, a exemplo do que se constata da leitura do art. 54 (adstrição ao prazo para pagamento de créditos trabalhistas) e do § 2º do art. 58 da LFRE (vedação a tratamento diferenciado, na hipótese de concessão da recuperação na forma do § 1º desse artigo, entre os credores da mesma classe que houver rejeitado o plano).

Acerca do tema, esta Corte já manifestou entendimento no sentido de que se deve admitir, mesmo após a aprovação do plano de recuperação, a retificação do quadro geral de credores em hipóteses em que se discutam questões passíveis

de impugnação judicial, como a ausência, a legitimidade, a importância ou a classificação do crédito (REsp 1.371.427/RJ, Terceira Turma, DJe 24/8/2015).

De tudo isso, fica claro que *a assembleia geral convocada para deliberar acerca da aprovação ou rejeição do plano de recuperação apresentado pelo devedor não pode ultrapassar os limites impostos pela lei da qual derivam suas atribuições e os limites de sua atuação*.

Poderia se cogitar, *a priori*, da validade ou da eficácia de disposição assemblear que, embora não encontre respaldo expressamente na lei da recuperação de empresas, trate de questão cuja deliberação não seja vedada pelo diploma legal.

Não é o que ocorre na hipótese.

Isso porque o art. 59, *caput*, da Lei 11.101/05 é expresso ao dispor que, apesar de o plano de soerguimento implicar a novação dos créditos e obrigar o devedor e os credores a ele sujeitos, *as garantias ajustadas não são alcançadas* pelas disposições lá constantes:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Do mesmo modo, a norma do § 1º do art. 49 da mesma lei garante, sem deixar margem para interpretação, que *“os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”*.

O magistério de FÁBIO ULHOA COELHO é preciso quanto ao ponto:

De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado

(*Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186)

Com efeito, assim como, por malferimento do plano à lei, “o credor não sujeito à recuperação judicial não passa a ser alcançado pelos efeitos desta somente porque ocorreu a inclusão de seu nome no plano de recuperação”

(*Ibid.*, p. 238), também *devem ser conservados intactos, a despeito de deliberação da assembleia em sentido diverso, os direitos, privilégios e garantias titulados pelos credores que não anuírem com a supressão de suas garantias, haja vista a existência de expressa previsão normativa nesse sentido.*

Portanto, da colisão entre o que estabelece expressamente a lei e o que ficou disposto no plano de recuperação, deve prevalecer o conteúdo da norma legal.

É oportuno destacar, como reforço argumentativo acerca da inviabilidade de os credores disporem sobre os direitos e privilégios detidos por terceiros contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, que até mesmo a possibilidade prevista pelo art. 50, XI, da LFRE – venda parcial de bens como meio de recuperação judicial – está condicionada pela lei (art. 50, § 1º) à *aprovação expressa dos titulares das garantias* que recaem sobre tais bens.

Nesse contexto, a supressão das garantias somente pode ser admissível – por se tratar de direitos disponíveis – na hipótese de haver anuência prévia dos respectivos titulares, consubstanciada na manifestação assemblear favorável à proposta de soerguimento apresentada pelo devedor.

De se gizar, outrossim, conforme bem assinalado pelo e. Relator, que no permissivo constante da norma do art. 49, § 2º, da LFRE não se inserem as garantias ajustadas. Eis o teor desse dispositivo:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º *As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.*

[...]

As regras de hermenêutica não autorizam concluir que a previsão legal de que o plano de soerguimento possa dispor de modo diverso sobre as condições das obrigações originalmente contratadas seja estendida às garantias pactuadas.

Isso porque a norma que confere aos credores o direito de manutenção de seus direitos e privilégios em face de coobrigados, fiadores e obrigados de regresso está aposta no parágrafo imediatamente anterior do mesmo dispositivo

legal, de modo que seu substrato fático não pode, por imperativo lógico, ser abarcado pela regra do parágrafo subsequente.

Rogando vênia àqueles que entendam de modo diverso, a interpretação deve ser feita da seguinte forma:

I. o *caput* do art. 49 cria a *norma geral*: todos os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial;

II. o § 1º *excepciona* essa regra: *as garantias* contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso tituladas por credores da recuperanda *não podem ser atingidas* pela recuperação judicial;

III. o § 2º traz outra *exceção*: *as condições originalmente previstas* (valores, prazos, encargos) para cumprimento das obrigações anteriores ao pedido – ***ressalvadas as garantias, pois já excluídas da recuperação pelo dispositivo precedente*** – podem ser modificadas pelo plano de soerguimento.

Por derradeiro, quanto à manutenção das garantias e à necessidade de anuência do credor para possibilitar sua supressão, cabe transcrever a posição de JOSÉ DA SILVA PACHECO:

De um modo geral, as obrigações anteriores à recuperação observam as condições originariamente contratadas ou previstas em lei, no que diz respeito aos encargos, a não ser que no plano aprovado tenha sido estabelecido diferentemente.

Após a decisão que, aprovando o plano, concede a recuperação com base na data do pedido, com exclusão dos acima apontados, ficam sujeitos à recuperação e ao respectivo plano.

*O plano de recuperação produz, em consequência, a renovação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, a não ser que, **por expressa concordância do credor**, tenha havido supressão ou substituição dela.*

[Processo de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 202, sem destaque no original]

Forte nessas razões, acompanho às inteiras as conclusões do e. Relator e, assim, ***dou parcial provimento*** ao recurso especial, para possibilitar, no particular, o tratamento diferenciado dispensado aos credores da mesma classe, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos na fundamentação do voto de Sua Excelência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.707.405-SP (2017/0285776-3)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Relator para o acórdão: Ministro Moura Ribeiro
Recorrente: Paulo Braganti Camilo
Recorrente: Deonilda Rorato Camilo
Recorrente: Paula Rorato Camilo Sartori
Advogados: Mauro Bastos Valbao - SP049532
Marly Terezinha Mendes Moreira Colombo - SP134403
Recorrido: Wanderlei Goncalves Rezende
Advogado: Ricardo Pacheco Siqueira - SP188187

EMENTA

Direito Civil Civil. Recurso especial. Contrato de locação comercial. Perecimento do bem em incêndio. *Irresignação submetida ao NCPC*. Entrega das chaves em momento posterior. Impossibilidade de cobrança de aluguéis no período correspondente. Recurso especial provido.

1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso 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*.

2. Discute-se nos autos a exigibilidade dos aluguéis no período compreendido entre o incêndio que destruiu o imóvel locado e a efetiva entrega das chaves pelo locatário.

3. A locação consiste na cessão do uso ou gozo da coisa em troca de uma retribuição pecuniária, isto é, tem por objeto poderes ou faculdades inerentes à propriedade. Assim, extinta a propriedade pelo perecimento do bem, também se extingue, a partir desse momento, a possibilidade de usar, fruir e gozar desse mesmo bem, o que inviabiliza, por conseguinte, a manutenção do contrato de locação.

4. O mutualismo que está na base dessa relação jurídica pressupõe, necessariamente, a existência de prestações e contraprestações recíprocas, sendo certo que a quebra desse sinalagma pode configurar enriquecimento sem causa vedado pelo ordenamento pátrio.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Moura Ribeiro, que lavrará o acórdão.

Vencidos os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrichi. Votaram com o Sr. Ministro Moura Ribeiro os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 07 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 10.6.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Paulo Braganti Camilo e Outros*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Execução por quantia certa. Título extrajudicial (alugueres e encargos de locação não residencial escrito). Embargos do devedor. Juízo de procedência. Apelo do exequente, embargado. Parcial provimento (fl. 269 e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 293-296 e-STJ).

Nas razões recursais (fls. 299-313 e-STJ), os recorrentes apontam violação dos arts. 393 e 567 do Código Civil de 2002 e 26 da Lei n. 8.245/1991, além do dissídio jurisprudencial.

Sustentam que o contrato de locação comercial foi rescindido por força do incêndio no imóvel ocorrido em 4/8/2012, momento em que cessou a obrigação de pagar os aluguéis e demais encargos.

Ponderam que, “dissolvido o contrato, nada mais é devido por ele e para ele e em decorrência dele, a partir da destruição da coisa” (fl. 308 e-STJ).

Nesse contexto, aduzem que não poderia o aresto impugnado determinar o pagamento dos aluguéis até 21/1/2013, data da efetiva entrega das chaves.

Com as contrarrazões (fls. 504-512 e-STJ), a Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de origem admitiu o recurso especial (fls. 513-514 e-STJ).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia a definir se os aluguéis são devidos até a data do incêndio no imóvel ou até o dia da efetiva entrega das chaves.

1. Do histórico da demanda

Na origem, Paulo Braganti Camilo, Deonilda Rorato Camilo e Paula Rorato Camilo Sartori (ora recorrentes) opuseram embargos à execução de contrato de locação comercial ajuizada por *Wanderlei Gonçalves Rezende* (ora recorrido) alegando que os aluguéis são devidos até a data do incêndio no imóvel.

O magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido formulado nos embargos para determinar o arquivamento da execução (fls. 173-174 e-STJ).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso nos termos da seguinte fundamentação:

(...)

Independentemente de possível dever reparatório relacionado a incêndio, que destruiu o imóvel locado (matéria a cogitar noutra sede), aqui, tratando-

se de aferir da obrigação de honrar o pagamento de alugueres e encargos, nenhuma dúvida de que a locatária e respectivos fiadores respondem pela dívida até a efetiva devolução do imóvel, com a entrega de chaves (fl. 70), disciplina a observar, à luz do contrato (fls. 8.082), também porque em sintonia com a natureza do vínculo (artigo 23, III, 39, da Lei n. 8.245/91).

Danificado ou não, o certo é que o imóvel havia que restituir ao locador, desde logo, até mesmo para que pudesse encaminhar providências, acautelatórias, depois corretivas, já na perspectiva de oportuna restauração e conseqüente reaproveitamento econômico.

Dispositivo

Do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a respeitável sentença, acolhidos os embargos do devedor apenas para deduzir pagamentos parciais, devidamente comprovados, exigíveis valores remanescentes (alugueres e encargos) até a efetiva restituição do imóvel, marcada pela entrega de chaves, em 21 de janeiro de 2013 (fl. 70). *Dando causa à litigiosidade (inadimplência de alugueres e encargos), os devedores, embargantes, respondem pelas despesas processuais, nessa rubrica honorária de patrono do credor, embargado, arbitrada em vinte por cento do crédito, exequendo (resíduo exigível), devidamente atualizado (fls. 269-270 e-STJ - grifou-se).*

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 293-296 e-STJ).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise do presente recurso.

2. Do termo final do pagamento dos alugueis

Os recorrentes alegam que o contrato de locação comercial foi rescindido por força do incêndio no imóvel, momento em que cessou a obrigação de pagar os alugueis e demais encargos (IPTU, tarifas de águas e de esgoto).

Conforme a sentença de piso, o incêndio aconteceu em 4/8/2012, inviabilizando o uso do bem para os fins locatícios, sendo que a efetiva entrega das chaves ocorreu em janeiro de 2013. Eis, por pertinente, o excerto que trata do ponto:

(...)

No mérito, verifica-se que, efetivamente, aconteceu o incêndio do imóvel no dia 4 de Agosto de 2012, o qual devastou o imóvel, tornando-o impróprio para os fins locatícios em vista das fotografias que instruem a inicial.

Logo, contrariamente ao pretendido pelo credor embargado, não poderia ele exigir (como fez em suas contas de fls. 76/77) aluguéis e acessórios de locação até Janeiro de 2013.

É certo que, como informa o documento de fls. 70, a inquilina entregou o imóvel apenas em Janeiro de 2013 (fl. 174 e-STJ).

A Lei n. 8.245/1991 não estabelece norma específica para regular a questão em debate, permitindo ao julgador a aplicar o regramento previsto no Código Civil de 2002 às locações de imóveis urbano. É o que dispõe o art. 79 da Lei do Inquilinato: “no que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil.”

De acordo com o art. 567 do CC/2002, “*se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava*”. (grifou-se)

Havendo *deterioração* do imóvel durante a vigência do contrato de locação, *sem culpa do locatário*, deverá o locador realizar os reparos necessários. Inexistindo o conserto, o inquilino poderá exigir a redução proporcional do preço ou, caso o imóvel se torne imprestável para a finalidade do contrato, a resolução do negócio. Todavia, se o *locatário agir culposamente*, danificando ou permitindo a danificação do imóvel, a responsabilidade será sua e não do locador.

Caso o prejuízo seja decorrente de *caso fortuito ou força maior*, o locador assumirá, em regra, os prejuízos, conforme o art. 393, *caput*, do CC/2002, haja vista a aplicação do brocardo *res perit domino* (a coisa perece para o dono).

No caso, as instâncias ordinárias não apreciaram quem foi o responsável pelo incêndio que destruiu o imóvel locado, pois reputaram ser desnecessário ao deslinde da matéria. Há nos autos apenas um laudo feito pela Secretaria da Segurança Pública de São Paulo (Superintendência da Polícia Técnico-Científica) indicando as possíveis causa do evento, mas que não foi submetido ao contraditório, não podendo, assim, ser examinado nesta instância recursal.

Além disso, ainda que fosse afastada eventual culpa do locatário, *a resolução do contrato de locação não se operaria automaticamente com o evento causador da deterioração total do imóvel*, exigindo-se o mútuo acordo entres os contratantes, a rescisão unilateral por perda da coisa locada ou a propositura de ação judicial com a finalidade de desfazer o negócio.

O que importa, para fins de exoneração da cobrança dos aluguéis, é a comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato. Essa conclusão se baseia, inclusive, no dever do locatário de levar ao conhecimento do locador o surgimento de eventuais danos, defeitos e até turbações da posse/propriedade por terceiros, nos termos do art. 23, IV, da Lei n. 8.245/1991.

Nesse sentido, eis a seguinte lição doutrinária:

(...)

Percebe-se, pela leitura do texto, que a resolução do contrato não se opera de pleno direito, ao arbítrio do locatário, o que representaria perigoso precedente, a apontar para um indesejável retorno ao sistema da autotutela dos direitos.

Daí referir-se o artigo a “pedir”, o que sugere o recurso ao Judiciário, a quem se reserva a competência para solucionar os conflitos de interesses.

É a sentença judicial que irá pôr fim ao contrato, após apreciar a prova adunada na fase de instrução. (SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil - vol. III*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 377 - grifou-se)

Ademais, a própria redação do art. 567 do CC/2002 também permite concluir que a resolução do contrato reclama a intervenção do locatário, que ainda poderá optar por manter o contrato e exigir, se for o caso, a redução proporcional do aluguel. Por tal razão, o referido artigo utiliza do verbo “pedir”, cabendo ao inquilino escolher entre as duas opções legais, nada impedindo que, de comum acordo, encontrem outra solução para o impasse.

Nessa linha, Pontes de Miranda leciona que “a regra jurídica permite a redução do aluguel, que é ‘pedida’, isto é, reclamada, em exercício de pretensão à redução do aluguel. Ou os interessados acordam na redução, ou o locatário pede-a ao juiz”. (*Tratado de direito privado - tomo 40*. Campinas: Bookseller, 2005, pág. 118)

Silvio Rodrigues igualmente ensina que “a lei defere ao locatário, em caso de deterioração da coisa alugada, a seguinte prerrogativa: ou rescindir o contrato (se a deterioração for de tal vulto que frustre sua utilização) ou pedir redução proporcional do aluguel (CC, art. 567)”. (*Direito Civil, vol. III: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*). São Paulo: Saraiva, 2004)

Na hipótese, não se extrai do acórdão recorrido nenhum ato do locatário tendente a por fim ao contrato de locação comercial, devendo, por isso, ser considerado extinto o negócio apenas na data da entrega das chaves (janeiro de 2013).

A propósito:

Processo Civil. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Locação. Ação consignatória. Art. 67 da Lei n. 8.247/91. Extinção da relação locatícia. Entrega das chaves em juízo. Devidos os aluguéis referentes ao período que antecedeu o depósito. Recebimento do imóvel após reforma. Condição potestativa. Inadmissibilidade. Embargos de declaração protelatórios. Multa do art. 1.026, § 2º, do NCPC. Manutenção. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido.

1. O presente agravo interno foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos 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.

2. Esta Corte superior compreende que a ação consignatória prevista no artigo 67 da Lei n. 8.245/91 pode ser utilizada para a devolução do próprio imóvel, representada pela entrega das chaves. Precedentes.

3. *O Superior Tribunal de Justiça, há muito e de modo reiterado, firmou a orientação de que a entrega das chaves em Juízo põe fim ao contrato de locação, sendo devidos aluguéis ao período anterior à aludida extinção.*

4. É possível a entrega das chaves do imóvel objeto de locação em cartório judicial, na hipótese em que o locador se recusa a recebê-lo sem a realização de reforma pelo locatário, porque, além de ser um direito de este devolver o imóvel ao fim do prazo do contrato, a exigência do locador caracteriza condição potestativa, ressaltando-se que eventual prejuízo deve ser discutido em ação própria. (...)

8. Agravo interno não provido, com imposição de multa.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.617.757/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/10/2018, DJe 25/10/2018 - grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Locação de imóvel. Entrega de chaves. Matéria que demanda reexame de fatos e provas. Súmula 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Súmula 83/STJ. Agravo interno não provido. (...)

2. *O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a entrega das chaves do imóvel em juízo põe fim à relação locatícia, sendo devido o aluguel referente ao período que antecedeu referida extinção. Precedente" (AgRg no Ag 1.061.971/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho,*

Quinta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 29/11/2010). Incidência da Súmula 83 do STJ.

3. A Corte local, com base nos elementos fático-probatórios dos autos, concluiu pela procedência da reconvenção da parte recorrida, devendo a recorrente arcar com os alugueres e encargos até a desocupação e com a indenização pelos danos apurados. Assim, alterar o entendimento do acórdão recorrido demandaria reexame de fatos e provas, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal quanto à alegada má-fé da parte recorrida e ausência de justa causa demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso.

4. Agravo interno não provido.

(AglInt no AREsp 1.168.902/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 3/5/2018 - grifou-se)

3. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Em observância ao art. 85, § 11, do CPC/2015, deixo de majorar os honorários advocatícios, haja vista que, na origem, já foram estipulados no patamar máximo (20% - vinte por cento - sobre valor do crédito exequendo).

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Consta dos autos que *Paula Rorato Camilo Sartori (Paula)* celebrou contrato de locação comercial com *Wanderlei Gonçalves Rezende (Wanderlei)* tendo por objeto imóvel que veio a ser destruído em incêndio ocorrido aos 4/8/2012, tendo ela requerido a extinção do negócio jurídico apenas aos 21/1/2013, quando efetuou a devolução das chaves.

Em seguida, *Wanderlei* propôs execução contra *Paula* e seus fiadores, cobrando os seis meses de aluguel vencidos no período assinalado (do incêndio até a devolução das chaves), além dos valores correspondentes ao IPTU, taxas de água e esgoto e multa pela quebra do contrato (e-STJ, fls. 83/86).

Paula opôs embargos à execução, sustentando que todas as contas de água e também uma das parcelas do IPTU estariam pagas. Afirmou, ainda, que

o aluguel não seria devido, tendo em vista o incêndio que destruiu o imóvel (e-STJ, fls. 2/12).

A sentença acolheu os embargos para extinguir a execução sob o entendimento de que o sinistro havia devastado o imóvel, tornando-o impróprio para os fins locatícios, de modo que *Wanderlei* não poderia exigir aluguéis e os acessórios correspondentes até a entrega das chaves. Foi ressaltado, na ocasião, que referido ato representaria mera formalidade, sem efeitos jurídicos, diante da perda do objeto do contrato pelo perecimento do bem (e-STJ, fls. 173/174).

Wanderlei apelou aduzindo, basicamente, que (1) o incêndio ocorreu por culpa de *Paula*, que não tomou os cuidados necessários à segurança do imóvel; e, (2) a utilização do bem não estaria completamente inviabilizada, porque ele não teria sido totalmente destruído (e-STJ, fls. 183/195).

O Tribunal de origem, sem enfrentar essas alegações, deu provimento ao recurso de apelação por outro fundamento. Entendeu que a dívida seria exigível independentemente dessas considerações, porque somente a entrega das chaves liberaria *Paula* da obrigação contratual de pagar aluguéis e encargos.

Anote-se:

Independentemente de possível dever reparatório relacionado a incêndio, que destruiu o imóvel locado (matéria a cogitar noutra sede), aqui, tratando-se de aferir da obrigação de honrar o pagamento de alugueres e encargos, nenhuma dúvida de que locatária e respectivos fiadores respondem pela dívida até a efetiva devolução do imóvel, com a entrega de chaves (fl. 70), disciplina a observar, à luz do contrato (fls. 8.082), também porque em sintonia com a natureza do vínculo (artigo 23, III, 39, da Lei n. 8.245/91).

Danificado ou não, o certo é que o imóvel havia que restituir ao locador, desde logo, até mesmo para que pudesse encaminhar providências, acautelatórias, depois corretivas, já na perspectiva de oportuna restauração e consequente reaproveitamento econômico (e-STJ, fl. 270).

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 293/296).

Nas razões do seu recurso especial, *Paula* afirmou que o imóvel foi imediatamente desocupado após o incêndio e que as chaves sempre estiveram à disposição de *Wanderlei*. Acrescentou que o perecimento da coisa locada por motivo de caso fortuito extinguiu automaticamente o contrato, não sendo possível imputar-lhe nenhuma responsabilidade sob pena de ofensa ao art. 393 do CC/02. No mesmo sentido, apontou dissídio jurisprudencial em relação a acórdão do TJMG.

Apresentadas contrarrazões, o recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 347/349).

Na sessão do dia 26/2/2019, o Ministro Relator, *Ricardo Villas Bôas Cueva* votou pelo não provimento do recurso especial, por entender que *Paula* deveria responder pelo pagamento dos aluguéis mesmo na hipótese do perecimento da coisa locada. Isso porque, muito embora a Lei de Locações (n. 8.245/199) não contenha norma específica para regular o caso, deveria a ele ser aplicado, por analogia, o art. 567 do CC/02.

Com base nesse dispositivo, Sua Excelência afirmou que o dano irreversível ocorrido no curso do contrato de locação não seria suficiente para resolver automaticamente o negócio jurídico em pauta, mostrando-se imprescindível, nesse sentido, pedido expresso ou, ao menos, comunicação inequívoca de que o bem não mais se prestava à locação comercial.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

Importa destacar, de início, que, segundo o art. 2.036 do CC/02, *a locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida.*

Isso significa que, em princípio, a solução do caso sob julgamento deve se pautar pela aplicação da Lei n. Lei n. 8.245/1991, e não pelo Código Civil

Ocorre que o diploma locatício, conforme assinalado no voto do Ministro *Villas Bôas Cueva*, não regula, de forma expressa, a situação retratada nos autos.

O seu art. 5º afirma que a locação termina em decorrência de desapropriação, com a imissão do expropriante na posse do imóvel. Nos termos do art. 6º, o *locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias.* O art. 7º estabelece, a seu turno, que o usufrutuário ou fideicomissário pode denunciar a locação nos casos de extinção do usufruto ou de fideicomisso. O art. 9º assevera que o contrato de locação pode ser desfeito por acordo mútuo (inciso I), em decorrência de prática de infração legal ou contratual (inciso II), em virtude do inadimplemento (inciso III), ou para realizar reparos urgentes determinados pelo Poder Público e que não possam ser executados com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, quando ele se recusar a consenti-las (inciso III).

HUMBERTO AGRÍCOLA BARBI, ao comentar a Lei de Locações, destaca, em primeiro lugar, a impropriedade conceitual do legislador, que ora fala em denúncia, ora em resolução, ora em rescisão, ora em desfazimento, para designar o término da relação locatícia. Após registrar que deveria ter

sido observada maior precisão terminológica, afirmou que a Lei n. 8.245/1991 não encerra todas as hipóteses de extinção do contrato locatício – *as hipóteses contempladas no art. 9º são algumas das formas pelas quais a locação poderá se extinguir, não abrangendo todas as hipóteses em que ela possa ocorrer* (**Das locações comerciais e residenciais: Doutrina, Prática e Jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 50).

Assim, muito embora a Lei n. 8.245/1991 não estabeleça que o contrato se encerra pelo perecimento do imóvel, descabe afirmar que as hipóteses contempladas por ela constituem um rol taxativo ou que, a partir dessa conclusão, seja possível extrair, segundo uma interpretação *a contrario sensu*, que a locação continuaria vigendo a despeito da perda total do bem.

Se a norma de regência não traz solução para o caso, está configurada hipótese de anomia, cuja solução, nos termos do art. 4º da LINDB, deve observar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Em função disso é que o Ministro *Villas Bôas Cueva*, em seu voto, manifestou-se por uma aplicação analógica, e não direta, do art. 567 do CC/02, como forma de solucionar o caso.

O dispositivo em comento tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

Com base nesse artigo, o Ministro Relator afirmou que o dano irreversível ocorrido no curso do contrato de locação seria insuficiente para resolver automaticamente o negócio jurídico em pauta, mostrando-se necessário, para tanto, pedido expresso de *Paula* ou, ao menos, comunicação inequívoca de que o bem não mais se prestava à locação.

Com a devida vênia, penso que o art. 567 do CC/02 não se subsume perfeitamente ao caso concreto, porque fala em *deterioração* da coisa alugada, ao passo que, na hipótese dos autos, se está diante de verdadeiro *pericimento* do bem.

Os conceitos, como parece evidente, não se confundem.

Segundo o HOUAISS, *deterioração* significa *estado alterado para pior, danificação, decomposição, estrago*. A expressão, segundo ele, designa a *condição do que está decadente e*, em termos jurídicos, indica *dano, degeneração, estrago*

sem importar destruição total. Por outro lado, *perecimento*, segundo o mesmo linguista, significa o *ato de perecer, extinguir-se, extermínio, aniquilamento*, designando, na linguagem jurídica, *coisa ou direito que deixa de existir por perda, destruição ou extinção.* (**Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. CD-ROM)

O mesmo entendimento é perfilhado por DE PLÁCIDO DE SILVA, para quem:

[Deterioração] *é, assim, o desgaste natural das coisas deterioráveis.*

A deterioração, por esta forma, mostra-se de significação inconfundível com a destruição, que se mostra o consumo das coisas consumíveis, ou o perecimento das coisas, mesmo inconsumíveis, em consequência de ação violenta que as aniquila.

Quando muito, se pode dizer que a deterioração é uma destruição lenta, apropriadamente dita desgaste, ou uma destruição parcial, provocada pelo dano causado à coisa. (**Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2016).

Perecimento, de outra parte, é vocábulo que apresenta outro sentido.

Na terminologia jurídica, sem fugir ao sentido literal, é o vocábulo empregado, em relação a coisas ou direitos que deixam de existir, na acepção de perda, destruição e extinção.

O perecimento das coisas, revela-se na sua destruição ou na perda das qualidades, que lhes são essenciais, pelo que, se perdidas ou desaparecidas, resultam na sua destruição. (id ibdem).

Consoante fixado na sentença (e essa circunstância não foi modificada pelo acórdão recorrido) - ***o incêndio devastou o imóvel, tornando-o impróprio para os fins locatícios*** (e-STJ, fl. 174).

Assim, admitindo-se que o imóvel foi completamente destruído, isto é, que houve o seu *perecimento*, não há como invocar a aplicação subsidiária do art. 567 do CC/02, criado para solucionar casos de *deterioração*.

O obstáculo, vale frisar, não é de ordem meramente gramatical, uma vez que o próprio conteúdo normativo do dispositivo legal em comento também inviabiliza sua aplicação ao caso concreto.

Perceba-se que quando há deterioração, isto é, quando verificado algum dano à integridade física da coisa locada, ainda faz sentido conferir ao locatário a opção de pleitear a redução proporcional do preço do aluguel ou o desfazimento

do contrato como forma de solucionar o conflito de interesses a partir de então instaurado entre ele e o locador.

Nas hipóteses de perecimento do bem, salvo melhor juízo, não faz sentido imaginar que o conflito possa ser resolvido pela via eleita, com o devido respeito. Quando o bem alugado perece, isto é, quando ele não mais existe ou não se presta mais à finalidade econômica que justificou a contratação, não é razoável imaginar que o locatário tenha interesse em optar pela manutenção do negócio jurídico requerendo, simplesmente, um abatimento proporcional do preço do aluguel.

Desse modo, admitindo-se que tenha havido *perecimento* do bem locado, e não a sua *deterioração*, não parece adequado suprir a lacuna normativa pela invocação analógica do art. 567 do CC/02. Com efeito, na situação descrita revela-se muito mais razoável, de acordo com o art. 4º da LINDB, aplicar o princípio geral do Direito identificado pelo brocardo latino *res perit domino* e também pelas regras contidas nos *arts. 77 e 78 do CC/16, verbis*:

Art. 77. Perece o direito, perecendo o seu objeto.

Art. 78. Entende-se que pereceu o objeto do direito:

I – quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico;

II – quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir;

III – quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

O objeto do contrato de locação, como se sabe, não é exatamente a coisa ou prédio locado, mas o uso ou a fruição que deles se faz. Nada obstante, o perecimento da coisa ou do prédio extingue a locação, porque não há mais possibilidade de cobrar aluguel pelo uso ou fruição de um bem que não mais existe ou que não mais se presta à locação.

Nesse sentido, a lição de NILTON DA SILVA COMBRE:

O perecimento da coisa, ou do prédio locado, há de acarretar, conseqüentemente, a extinção da relação de locação, atingindo toda a sua eficácia futura, porque o uso ou a fruição não pode mais ser prestado.

Ensinam os doutores que o perecimento do direito só se verifica quando o perecimento ou a destruição da coisa que lhe constitui objeto é total.

Isso porque, não sendo completa a destruição, o direito real permanece sobre as partes restantes, ou os resíduos da coisa, na precisa lição de VON TUHR (Teoría General del Derecho Civil Alemán, cit., vol. II, Parte I, § 47, pág. 105).

Mas é evidente que a destruição parcial pode equivaler à destruição total, a coisa se tornar imprestável para o fim a que se destinava.

Nesses casos, e também quando a coisa perde o seu valor econômico, o contrato de locação, que tem como objeto a prestação do uso da coisa total ou parcialmente destruída, também se extingue. (**Teoria e Prática da locação de imóveis**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 192)

EDUARDO ESPÍNDOLA FILHO compartilha da mesma opinião:

Que o desaparecimento da coisa, pelo incêndio, propagado de outro, sem culpa do locatário, pelo desabamento, pela completa destruição, pela inundação total, há-de pôr termo à locação, é manifesto, pois faltará a esta o seu objeto próprio, a sua precípua finalidade, já que o locatário não poderá ter o uso e o gozo da coisa, como é da essência desse contrato, qual resulta do art. 1.188 do Código Civil. (**Manual do inquilinato no direito civil vigente**. 5 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 185).

No mesmo sentido, leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para quem:

Em caso de incêndio imputável ao locatário, rescinde-se a locação por falta de objeto e, pela mesma razão se deteriorações ou danificações o tornarem impróprio ao uso normal, mesmo que não importe em seu perecimento (**Instituições de Direito Civil**. v III. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 195).

VICENTE SABINO JÚNIOR, a propósito, ensina que desde o Direito Romano a locação de coisas chegava ao término *pela perda fortuita da coisa arrendada, situação em que o locatário podia suspender o pagamento da “merces”, ficando os riscos a cargo do locador (“periculum est locatoris”)* (**A locação no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. pp. 107/108)

Muito embora o Código Civil em vigor não tenha reproduzido a redação do art. 77 do CC/16, é possível observar que a mesma racionalidade daquela norma subsiste no art. 1.275, IV, do CC/02:

Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

[...]

IV - por perecimento da coisa;

Os atualizadores de PONTES DE MIRANDA, a propósito, destacam que o art. 1.275, IV, do CC/02 não se circunscreve apenas à propriedade imóvel,

como fazia o art. 589 do CC/016, tendo sido fixada a mesma regra para outras hipóteses, como de usufruto, penhor, hipoteca e legado. Tudo isso, segundo afirmam, teria ocorrido justamente com o objetivo de suprir a falta da regra geral antes inserta nos arts. 77 e 78 do CC/16.

Confira-se:

O perecimento da coisa é causa extintiva da propriedade. O art. 1.275 do CC/02 não se circunscreve, como o fazia o art. 589 do CC/16, apenas à da propriedade imóvel (RODRIGUES. Silvio. Direito Civil: direito das coisas. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 5, p. 173-177) A redação mais ampla do Código Civil de 2002 deve-se a não se haver reproduzido os arts. 77 (...) e 78 (...) do CC/16. Os efeitos do perecimento da coisa não se conectam somente à perda de propriedade, mas à extinção da hipoteca e do penhor, além da caducidade dos legados (**Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. tomo XIX. 2 tiragem. Atualizado por GUEDES, Jefferson Carús e RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 440)

Dessarte, se a locação consiste na cessão do uso ou gozo da coisa em troca de uma retribuição pecuniária, é possível afirmar que ela tem por objeto poderes ou faculdades inerentes à propriedade. Assim, extinta a propriedade pelo perecimento do bem, também se extingue, a partir desse momento, a possibilidade de usar, fruir e gozar desse mesmo bem, o que inviabiliza, por conseguinte, a exploração econômica dessas faculdades da propriedade por meio do contrato de locação.

Ora, tratando-se de contrato oneroso e bilateral, como é o caso do negócio jurídico em testilha, a impossibilidade de exploração útil do bem deve implicar, de ordinário, o encerramento do contrato, com a isenção do pagamento do aluguel e seus consectários.

O mutualismo que está na base dessa relação jurídica pressupõe, necessariamente, a existência de prestações e contraprestações recíprocas, sendo certo que a quebra desse sinalagma pode configurar até mesmo enriquecimento sem causa para um dos contratantes.

De acordo com o Ministro Relator, também seria possível admitir a cobrança dos aluguéis no período compreendido entre o incêndio e a entrega das chaves com amparo no art. 23, IV, da Lei n. 8.245/1991, que estabelece como obrigação do locatário *levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros.*

Mas *dano ou defeito* não se confunde com perecimento.

Essa imediata comunicação a que se refere o texto legal tem por objetivo viabilizar o dever contratual do proprietário/locador (art. 22, III, da Lei n. 8.245/1991) de garantir a fruição do bem nas condições em que o imóvel foi entregue:

Art. 22. O locador é obrigado a:

(...)

III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel;

SIDNEY ROBERTO ROCHA DE SOUZA comentando sobre os deveres do locador, afirma a propósito:

Diz o texto legal que o locador é obrigado a entregar o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina. Embora clara a disposição, pode ocorrer que a realidade dela se distancie, como constatando-se defeito oculto e anterior à locação.

[...]

Da mesma forma, algumas causas, *inclusive supervenientes*, podem inviabilizar o uso, impossibilitar que o objetivo esperado seja atingido.

Parece claro que de motivo que venha a obstar o locatário de usar, como pretendia, o imóvel surge o seu direito de dar por rescindido o contrato (**Obrigações de locador e locatário**. In: *Locações, aspectos relevantes*. Coord. Francisco Antônio Casconi e José Roberto Neves Amorim. São Paulo: Método, 2004. pp. 261/262)

Em síntese, o perecimento do bem alugado, implica a automática extinção do contrato de locação e, por conseguinte, impede a cobrança de aluguéis.

Ressalte-se que referida consequência se impõe independentemente de o incêndio que destruiu a coisa ter sido causado pela locatária Paula, por caso fortuito ou por fato de terceiro. É que, mesmo na eventualidade de se comprovar culpa da locatária (*Paula*), o locador/proprietário do bem (*Wanderlei*) fará jus a perdas e danos, e não propriamente aos aluguéis.

Até se pode admitir que, nesses casos, uma parte da indenização devida, relativa aos lucros cessantes, coincida com os aluguéis que vinham sendo auferidos com o contrato de locação, mas essa coincidência se dará apenas com relação a expressão econômica da condenação imposta, uma vez que sua

fundamentação será o ato ilícito consistente na destruição culposa do bem, e não propriamente o contrato de locação.

Nesse sentido, a lição de J.M. CARVALHO SANTOS:

O perecimento da coisa faz perecer o direito, quer aquele perecimento seja devido a fato do próprio proprietário, quer seja resultado de caso fortuito ou força maior, quer finalmente, seja obra de um terceiro. Costumam os tratadistas asseverar que, para o direito perecer com o perecimento da coisa é essencial que este seja resultado de um acontecimento fortuito ou de força maior, porque se foi obra de um terceiro, o direito continua a subsistir, no sentido de que o seu titular passará a ter direito sobre o valor da coisa e à indenização dos danos. Mas aí já se verifica uma substituição, originando-se um outro direito, como vamos verificar ao comentar o art. 79 [do CC/16] (**Código Civil Brasileiro Interpretado**. v. 2. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 255/256)

Essa distinção conceitual é relevante no caso concreto, porque *Wanderlei* ajuizou uma execução para cobrança de aluguéis, e não uma ação de conhecimento para pleitear perdas e danos.

Nessas condições, peço vênia para divergir do substancioso voto apresentado pelo Ministro Relator e *dou provimento* ao recurso especial, restabelecendo a sentença.

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.724.722-RJ (2014/0124765-9)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro

Procurador: Marcelo Salles Melges e outro(s) - RJ060019

Recorrente: BB Gestao de Recursos - Distribuidora de Titulos e Valores Mobiliarios S.A.

Advogados: Marcelo Glasherster - RJ076543

Marcelo Siqueira de Menezes - RJ147339

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Fundos de investimento. Administração. Deveres do administrador. Precificação das cotas. Alteração da legislação aplicável. Modificação da composição da carteira. Dano injusto. Ausência.

1. Ação ajuizada em 03/03/2004. Recursos especiais interpostos em 25/09/2013 e 11/09/2013, e atribuídos a este Gabinete em 25/08/2016.

2. O propósito recursal consiste em verificar se a recorrente BB DTVM seria responsável pelos prejuízos suportados pela recorrente PREVIRIO, decorrente da administração de fundo de investimento especializado em compra e venda de títulos da dívida pública. A recorrente PREVIRIO também alega a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional.

3. Ante a ausência de omissão, contradição ou obscuridade, não se verifica na hipótese a pretensa ofensa ao art. 535 do CPC/73.

4. O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços de fornecedores de serviços bancários, o que implica a exigência, por parte desses, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro.

5. Na hipótese, o Tribunal de origem foi enfático ao negar a existência de prejuízos decorrentes da alteração dos métodos de precificação das cotas do fundo pertencentes à recorrente PREVIRIO. Portanto, não houve nenhum prejuízo, mas sim apenas a precificação correta dos ativos que compõem a carteira do fundo.

6. Para a configuração da responsabilidade civil, não basta a ocorrência de uma perda, de uma redução do patrimônio, mas esse prejuízo deve ser precedido de um fato antijurídico que constitua a sua causa.

7. O administrador de fundo de investimento não se compromete a entregar ao investidor uma rentabilidade contratada, mas de apenas

de empregar os melhores esforços – portanto, uma obrigação de meio – no sentido de obter os melhores ganhos possíveis frente a outras possibilidades de investimento existentes no mercado.

8. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça afirma que a má-gestão, consubstanciada pelas arriscadas e temerárias operações com o capital do investidor, ou a existência de fraudes torna o administrador responsável por eventuais prejuízos.

9. Na hipótese em julgamento, o Tribunal de origem afirma, com fundamento em laudo pericial, que houve uma “troca inoportuna” dos títulos naquele momento conflagrado do mercado financeiro, o que é uma avaliação de mérito sobre a qualidade do serviço de administração de fundos de investimento, não uma afirmação de falha do serviço, nos termos do CDC, originada de possível má-gestão ou de negligência ou imperícia.

10. Recurso especial da PREVIRIO desprovido.

11. Recurso especial da BB DTVM provido para afastar a condenação.

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 de PREVIRIO e dar provimento ao recurso especial de BB DTVM, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Dr(a). Marcelo Siqueira de Menezes, pela parte recorrente: BB Gestao de Recursos - Distribuidora de Titulos e Valores Mobiliarios S.A.

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

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 29.8.2019

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuidam-se de recursos especiais interpostos por PREVIRIO – *Instituto de Previdência e Assistência do Município do Rio de Janeiro* e por *BB Gestão de Recursos – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S.A.*, com fundamento exclusivo na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/RJ.

Ação: de cobrança, ajuizada pela recorrente PREVIRIO, em que pleiteia o pagamento de R\$ 12.926.055,77 (doze milhões, novecentos e vinte seis mil, e cinquenta e cinco reais), cumulado com lucros cessantes, em razão de duas operações realizadas pela recorrente BB DTVM ocorridas no ano de 2002: (i) a primeira relacionada a ajustes contábeis ocorridos no setor de fundos de investimento; e (ii) a segunda relacionada à alteração da composição da carteira de investimentos por meio da troca de títulos públicos de curto prazo por outros de médio e longo prazo, em momento de grande incerteza do mercado financeiro.

Sentença: julgou o pedido parcialmente procedente, proferida com o seguinte teor:

Isto posto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o Réu ao pagamento de R\$ 6.445.000,00 (seis milhões quatrocentos e quarenta e cinco mil reais), montante pretendido sob esta rubrica na inicial, corrigidos a partir do marco utilizado para a apuração do valor referido no item 6.1. da inicial e acrescidos de juros moratórios pela *Taxa Selic*, conforme pacificado pelo STJ, incidentes a partir da citação. Sem honorários face à sucumbência recíproca. E pelo mesmo motivo devem ser rateadas as despesas efetuadas pelas partes ao longo do processo.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente PREVIRIO, foram rejeitados pelo Juízo de 1º grau de jurisdição.

Acórdão: o Tribunal de origem negou provimento às apelações interpostas pelas recorrentes, conforme a ementa abaixo transcrita:

Apelações cíveis. Ação ordinária de cobrança ajuizada por PREVIRIO. Autora que afirma ter sofrido prejuízo em função da má gestão dos fundos próprios de investimento administrados pela ré BB DTVM. Alegação de que a ré BB DTVM não informou claramente os critérios utilizados para contabilizar o valor dos investimentos e que realizou operações de compra e venda de títulos que geraram evidente perda de rentabilidade e liquidez, porque efetuados por

valores superiores aos praticados no mercado. Informam que sofreram prejuízos nos investimentos porque a ré não cumpriu a alteração da sistemática de contabilização dos fundos determinada pelo Banco Central. Alegam que a ré tem obrigação de indenizar os prejuízos sofridos além de lucros cessantes. Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos. Apelação de ambos, autor e ré. Desprovemento de ambos 05 apelos. Sentença que não merece reparo.

1. O Autor PREVIRIO alega que aplicava a quantia de R\$236.335.005,40 (duzentos e trinta e seis milhões trezentos e trinta e cinco mil cinco reais e quarenta centavos) em fundos de investimento administrados pela ré BB DTVM. Que a BB DTVM não informou nem corretamente, nem claramente os critérios utilizados para contabilizar o valor dos fundos de investimento. Que tais equívocos de informação e erros de administração do fundo proporcionaram uma séria perda financeira aos investidores. Informam que a BB DTVM não atendeu a alteração da sistemática legal de contabilização dos fundos de investimento determinada pelo BACEN. Que a ré geriu o fundo com superavaliação dos seus ativos, beneficiando-se da incidência da taxa de administração sobre valores artificialmente majorados. Que mesmo após a alteração da sistemática dos fundos pelo Banco Central, a BB DTVM realizou operações de compra e venda de títulos que geraram evidente perda de rentabilidade e liquidez, omitindo dos investidores dados relevantes, induzindo-os a erro, em clara violação aos deveres de transparência e informação.

2. Contestação da Ré GB DTVM alegando que da análise dos fatos verifica-se que não houve qualquer atuação irregular possa dar azo à pretensão autoral, vez que agiu de acordo com as normas do BACEN n 9 3086 de 15/02/2002 e n2 3096 de 06/03/2002, instrução CVM n 9 365 de 29/05/2002. Além disso, que a Ré é parte ilegítima para figurar no polo passivo, uma vez que os entes responsáveis pela mudança normativa operada no mercado financeiro são as autoridades monetárias do País, implicando em “fato do príncipe”.

3. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para condenar Ru ao pagamento da quantia de R\$6.445.000,00, montante pretendido na petição inicial, acrescidos de juros moratórios pela Taxa Selic, conforme pacificado pelo STJ, incidentes a partir da citação. Sem honorários face à sucumbência recíproca.

4. *Apelação do Autor. PREVIRIO. Apelante 1* – Em preliminar de apelação, requereu a análise e julgamento de agravo retido interposto contra decisão que homologou os honorários periciais, alegando que o profissional não esclareceu os parâmetros utilizados para fixação do *quantum* devido pelo seu serviço, que se insurge do fato de que a sentença não condenou à Ré BB DTVM ao pagamento de lucros cessantes. Aduz que o autor deixou de lucrar com a remuneração do capital desfalcado pela lesiva operação do réu na administração do fundo de investimento. Também se insurge do valor arbitrado a título de honorários periciais, e que o laudo pericial não apurou os lucros cessantes, configurando cerceamento de defesa. Requer a procedência do apelo com a reforma da sentença para julgar procedente todo o pedido, com a apuração dos lucros

cessantes.

5. *Apelação da ré. BB DTVM. Apelante 2* – Alega que não houve dano efetivo à autora. Que não é possível indenizar dano hipotético, mas sim aquele efetivamente comprovado o que não foi o caso dos autos. Aduz que a perícia deixou de comparar o rendimento originário da aplicação, com aquele efetivamente auferido na liquidação dos títulos ou no resgate das quotas do fundo de investimento. Requer a reforma da sentença para afastar a condenação imposta à Ré. Alternativamente, requer a conversão do feito em diligência para que seja apurado, através de perícia contábil, o rendimento que seria auferido originariamente pelo fundo de investimento, com aquele que foi efetivamente auferido na liquidação dos títulos no vencimento ou no resgate das quotas do fundo, pois somente desta forma será possível verificar a existência de lucro ou prejuízo.

6. *Apelações que não merecem prosperar*. Quanto ao *Apelante 1*, não lhe assiste razão na insurgência quanto aos valores fixados a título de honorários periciais. No caso dos autos é indiscutível a imprescindibilidade da prova técnica, além da complexidade da questão posta em debate. No mérito, restou comprovada a má gestão dos recursos aplicados no fundo de responsabilidade da Ré, acarretando ao Autor prejuízos significativos, os quais merecem ser devidamente indenizados. Entretanto, não há que se falar em lucros cessantes diante das conclusões exaradas pelo Perito. A remuneração do capital, na falta de qualquer outra indicação, está resumida à incidência da correção monetária e dos juros, até porque não há provas de que a valorização dos títulos do respectivo fundo fosse superior à incidência conjunta dos dois índices.

7. Quanto ao *Apelante 2* – Não há que se falar em nova perícia, eis que os esclarecimentos foram suficientes para embasar o deslinde da questão. Além do que, ficou comprovada a má-gestão na compra das LFTs.

8. Voto no sentido de negar provimento aos apelos.

Embargos de declaração (2): opostos pela recorrente PREVIRIO, foram rejeitados pelo Tribunal de origem.

Recurso especial de BB DTVM: alega violação ao art. 159 do CC/1916 e ao art. 927 do CC/2002, pois afirma que não há prejuízo passível de indenização, pois não se poderia “*confundir lucro inferior ao esperado, o que ocorreu na hipótese, com efetivo prejuízo*” (e-STJ fl. 1.205).

Recurso especial de PREVIRIO: alega a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, em afronta ao art. 535 do CPC/1973, bem como violação aos arts. 402 e 927 do CC/2002. Afirma que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a violação ao dever de informar e sobre a existência de lucros cessantes.

Admissibilidade: os recursos não foram admitidos na origem (e-STJ fls. 1.254-1.260). Após a interposição dos respectivos agravos (e-STJ fls. 1.263-1.278 e 1.280-1.291), o STJ determinou a autuação dos agravos em recursos especiais, para melhor análise da matéria (e-STJ fl. 1.311).

Parecer do MPF: de lavra do Subprocurador-Geral da República, Sady d'Assumpção, opina pelo não conhecimento de ambos os recursos especiais (e-STJ fls. 1319-1326).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): O propósito recursal consiste em verificar se a recorrente BB DTVM seria responsável pelos prejuízos suportados pela recorrente PREVIRIO, decorrente da administração de fundo de investimento especializado em compra e venda de títulos da dívida pública. A recorrente PREVIRIO também alega a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional.

1. Da delimitação fática

A recorrente PREVIRIO mantinha recursos no montante de R\$ 236.335.005,40 (duzentos e trinta e seis milhões, trezentos e trinta e cinco mil, e cinco reais) aplicados em um fundo de investimento denominado FAC BB *Exclusive XXV*, sendo a totalidade desse valor investido em outro fundo, o FIF BB *Capital*, composto exclusivamente de títulos da dívida pública federal com rentabilidade pós fixada (80% em Letras Financeiras do Tesouro – LFT e o restante em Notas do Tesouro Nacional NTN-D). Esses fundos são administrados pela recorrente BB DTVM.

Assim, o recurso em julgamento tem sua origem com o ajuizamento de ação de cobrança, pela recorrente PREVIRIO, em que pleiteia o pagamento superior a R\$ 12.926.055,77 (doze milhões, novecentos e vinte seis mil, e cinquenta e cinco reais), cumulado com lucros cessantes, em razão de duas operações realizadas pela recorrente BB DTVM ocorridas no ano de 2002, quais sejam: (i) a realização de ajustes contábeis ocorridos no setor de fundos de investimento; e (ii) a alteração da composição da carteira de investimentos por meio da troca de títulos públicos de curto prazo por outros de médio e longo prazo, em momento de grande incerteza do mercado financeiro.

O momento em que ocorreram as operações feitas pela recorrente BB DTVM foi marcada por uma forte crise de confiança na capacidade de o Brasil honrar suas dívidas financeiras, causadas pela expectativa de vitória, nas eleições presidenciais de 2002, do então candidato pelo Partido dos Trabalhadores, Luís Inácio Lula da Silva, conhecido à época por discursos de ruptura com a política econômica mantida pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Isso causou instabilidade inclusive no mercado de títulos públicos, normalmente considerados como de menor risco ao investidor.

2. Da negativa de prestação jurisdicional

A recorrente PREVIRIO afirma haver ofensa ao art. 535 do CPC/73 em razão da manutenção dos vícios apontados no acórdão que julgou a apelação, por supostamente não ter se manifestado acerca da existência de lucros cessantes.

No entanto, ao averiguar o julgamento da apelação interposta pela recorrente, verifica-se que o Tribunal de origem afirmou expressamente a ausência de prova quanto à ocorrência de lucros cessantes, afastando, assim, sua incidência na hipótese dos autos:

Quanto à alegação de cerceamento de defesa por falta de apreciação dos lucros cessantes pelo perito, também não assiste razão ao Apelante 1, pois conforme bem salientado pelo Juízo *a quo*, a remuneração do capital, na falta de qualquer outra indicação, está resumida à incidência da correção monetária e dos juros, até porque não houve provas de que a valorização dos títulos do respectivo fundo fosse superior à incidência conjunta dos dois índices. (e-STJ fl. 1.174)

Pelo exposto, não se verifica na hipótese a pretensa ofensa ao art. 535 do CPC/73.

3. Da mudança de critérios de precificação

O fundo de investimento funciona como um condomínio de investidores onde os investimentos realizados são administrados pela figura do gestor, que é remunerado por esse serviço. O capital do fundo é dividido e os investidores são proprietários de determinadas cotas (cotistas) e seu valor é atualizado diariamente, indicando assim o valor do investimento e do patrimônio de cada cotista.

As instituições financeiras utilizavam diferentes metodologias para determinar o valor da carteira – a chamada precificação – e a sua rentabilidade.

Em 15/02/2002, o Banco Central editou a Circular n. 3.086 que alterou esta sistemática, determinando um critério único para a fixação do valor das cotas dos fundos.

De forma resumida, o Banco Central determinou que os títulos sejam cotados dia-a-dia por seu valor de mercado, representando uma maior segurança para o investidor. O art. 12 do mencionado normativo permitia que os fundos se adequassem as novas regras até o dia 30/06/2002, prazo posteriormente prorrogado para 30/09/2002.

No entanto, a competência para fiscalizar os fundos de investimento de renda fixa, tal como o gerido pela recorrente BB DTVM, que era o Banco Central, foi transferida para a Comissão de Valores Mobiliários – CVM com a entrada em vigor da Lei 10.303/2001, o que ocorreu em 04/03/2002. E, em 29/05/2002, a CVM editou a Instrução n. 365 determinando a aplicação imediata das disposições da Circular 3.086.

De fato, um dos principais deveres do administrador de um fundo de investimentos é a divulgação de informações claras e precisas a todos seus cotistas, conforme já manifestado por mim nesta Terceira Turma:

O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços dessas instituições, o que implica a exigência, por parte do fornecedor dos serviços bancários, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro.

No universo das informações que devem ser prestadas, inclui-se, como ensina Fernando Estevam Bravin Ruy (Ob. Cit., p. 135) a informação “sobre os serviços prestados, sobre os produtos desejados para futuro investimento ou os produtos que estão sendo vendidos em razão dos investimentos anteriormente realizados, além dos produtos que não serão adquiridos”. Salienta-se ainda que, por força da regra contida no art. 8º do CDC, as informações necessárias e adequadas a respeito de “riscos normais e previsíveis” também estão abrangidas no dever geral de informação imposto ao fornecedor de serviços.

(REsp 1.131.073/MG, julgado em 05/04/2011, DJe 13/06/2011)

Quanto a este tópico, o Tribunal de origem foi enfático ao negar a existência de prejuízos decorrentes da alteração dos métodos de precificação das cotas do fundo pertencentes à recorrente PREVIRIO, nos termos do seguinte trecho do voto:

Desta forma, como detectou o laudo pericial, não houve nenhuma ilicitude na forma de avaliação das cotas pela instituição financeira Ré. Isto porque todo aquele- detentor de títulos com valor flutuante só pode acusar a existência de prejuízo econômico no momento do resgate de suas cotas, que terão maior ou menor valor, diariamente, conforme as oscilações que são inerentes ao mercado, mesmo aqueles de renda fixa. (e-STJ fl. 1.176)

Portanto, há de se concordar que, por ocasião da aplicação da Instrução CVM n. 365/02 pela recorrente BB DTVM, não houve nenhum prejuízo, mas sim apenas a precificação correta dos ativos que compõem a carteira do fundo.

4. Da alteração da composição das carteiras

Quanto à alteração da carteira de investimento, em 15/05/2002, a BB DTVM promoveu a alteração da composição da carteira com a de troca dos títulos que lastreavam as aplicações (todos com vencimentos em 2003) por outros de maior prazo (vencimentos em 2004, 2005 e 2006), alongando o perfil da carteira.

Conforme relatado no acórdão recorrido, os títulos foram vendidos e comprados por valores superiores às taxas da ANDIMA (Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro). Essas operações teriam causado uma perda financeira de R\$ 8.806.308,73 (oito milhões oitocentos e seis mil trezentos e oito reais e setenta e três centavos). Esse valor corresponde à diferença entre os valores mínimo e máximo dos títulos que foram adquiridos pela recorrente BB DTVM, em seu movimento de diversificar a carteira de investimentos do fundo.

Nesse ponto, deve-se questionar qual seria a responsabilidade do administrador do fundo de investimento, bem como se essa perda financeira corresponderia ao dano injusto que ensejaria o dever de reparação pela BB DTVM.

Sobre a noção de dano indenizável, é necessário tecer breves considerações, ainda mais considerando o tipo de negócio presente na hipótese em julgamento – i.e., fundos de investimento –, em que podem ocorrer perdas financeiras, sem a configuração de obrigação de indenizar por partes dos administradores.

Assim, a noção de dano implica perda, uma lesão a um patrimônio, compreendido em sentido amplo como conjunto de bens e direitos de que seja titular a pessoa afeta pela ação de um terceiro.

Em outras palavras, trata-se de lesão a interesses juridicamente protegidos ou mesmo a supressão de uma situação favorável reconhecida ou protegida pelo direito. No entanto, essa lesão deve vir qualificada, pois deve ser originada a partir de uma conduta antijurídica sobre patrimônio de terceiro. Nas palavras da doutrina:

Dano é consequência da violação de um direito. Como pressuposto da responsabilidade civil, note-se que só se pode referir á indenização e ao dever de indenizar na medida em que haja dano injusto. É a existência do dano injusto que se configura causa de atribuição patrimonial para que determinado valor pecuniário se transfira do patrimônio do autor do dano ou de quem responda pelo dever de indenizar a vítima. (MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 156)

Como consequência, não basta a ocorrência de uma perda, uma redução do patrimônio, mas esse prejuízo deve ser precedido de um fato antijurídico que constitua a sua causa:

É condição para a constituição da obrigação de indenizar e nascimento da pretensão de indenização que o dano resulte de um fato antijurídico. É essa relação de causa e consequência que dará origem ao dano injusto, qualidade necessária ao dano passível de indenização. (MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157)

Quanto à responsabilidade do administrador de fundo de investimento, cumpre mencionar que, em outra oportunidade, a Terceira Turma negou provimento a recurso especial interposto por investidor que buscou a responsabilização do banco pelas perdas havidas em fundo de investimento – decorrentes da maxidesvalorização sofrida pelo real em 1999 –, sob o fundamento de que “*no investimento em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar americano, é ínsito o alto grau de risco, tanto para grandes ganhos, como para perdas consideráveis*”, concluindo que “*aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados estão cientes dos riscos do negócio, caso contrário depositariam suas reservas em investimentos mais conservadores, como, por exemplo, na poupança*”.

Consagrou-se, assim, a presunção de conhecimento pelo homem-médio (consumidor-padrão) acerca dos riscos normais e previsíveis íntos aos fundos de investimento, os quais, em outro precedente desta Corte (REsp 747.149/RJ, Quarta Turma, DJ 05/12/2005), foram denominados de “*variações que acontecem, que são próprias do mercado*”, como de fato foi o episódio ocorrido em 1999, em decorrência da alteração da política cambial, implementada pelo governo como estratégia de contenção à perda de reservas.

De fato, a doutrina especializada afirma expressamente que o administrador de fundo de investimento não se compromete a entregar ao investidor uma rentabilidade contratada, mas apenas de empregar os melhores esforços – portanto, uma obrigação de meio – no sentido de obter os melhores ganhos possíveis frente a outras possibilidades de investimento existentes no mercado, *in verbis*:

O administrador não está obrigado a obter a rentabilidade esperada, sendo-lhe defeso, aliás, fazer qualquer promessa aos cotistas nesse sentido. O sucesso da sua atividade, no entanto, varia, na justa medida em que consegue propiciar aos cotistas a melhor rentabilidade frente aos demais concorrentes de mercado, aliada a uma menor exposição de seus investimentos ao risco. Rentabilidade e segurança formam o binômio que separa, no mercado de fundos de investimento, os administradores vencedores dos perdedores.

(...)

Tendo a aplicação em fundos a natureza de investimento financeiro, esta não está imune a riscos, que podem, inclusive, implicar perda da rentabilidade ou mesmo de parte ou da totalidade do capital investido. (MONTEIRO, R. Responsabilidade do administrador de fundos de investimento. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, v. 8, n. 30, out./dez. 2005)

Essa orientação é confirmada pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma a existência de responsabilidade do administrador de fundos de investimento somente na presença de má-gestão, originada de culpa em sentido estrito, com operações arriscadas e temerárias. Nesse sentido, mencionem-se os seguintes trechos dos julgamentos do STJ abaixo referidos:

Não fica caracterizado defeito na prestação do serviço por parte do gestor de negócios, o qual, não obstante remunerado pelo investidor para providenciar as aplicações mais rentáveis, não assumiu obrigação de resultado, vinculando-se a lucro certo, mas obrigação de meio, de bem gerir o investimento, visando à tentativa de máxima obtenção de lucro. Não pode ser considerado defeituoso serviço que não garante resultado (ganho) financeiro ao consumidor. (REsp 799.241/RJ, Quarta Turma, DJe 26/02/2013)

A má-gestão, consubstanciada pelas arriscadas e temerárias operações com o capital do investidor, como na hipótese em exame, ultrapassa a razoabilidade prevista no art. 14, § 1º, II, do CDC, a justificar a excludente do nexo de causalidade, ainda que se trate de aplicações de risco. (REsp 1.164.235/RJ, Terceira Turma, DJe 29/02/2012)

Outra hipótese de responsabilidade do administrador seria na presença de fraudes financeiras, o que seria capaz de incluir as instituições financeiras na obrigação de ressarcimento dos danos suportados pelos investidores, tal como julgado por esta Turma referente ao “Caso Madoff” (REsp 1.606.775/SP, Terceira Turma, DJe 15/12/2016).

Na hipótese em julgamento, o Tribunal de origem afirma, com fundamento em laudo pericial, afirma que houve uma “troca inoportuna” dos títulos naquele momento conflagrado do mercado financeiro. Por sua relevância para o deslinde do julgamento, veja-se o teor das conclusões pericial, que também constam no acórdão do TJ/MG:

1) Quanto à precificação – que a partir da circular n2 3.086 do BACEN, foi determinado em seu artigo 12 que os fundos se adequassem às novas regras, com prazo até 30/06/2002, e ampliação para 30/09/2002 pela Circular n2 3.096. Posteriormente, a CVM em 29/05/2002 editou a Instrução ne 365 que determinou a aplicação imediata das disposições da circular n2 3086 do BACEN. Que a partir de 31/05/2002, a Ré, através do ofício 88 DTVM n2 2002/307 informou aos seus quotistas que estaria optando por seguir a tabela de preços da ANDIMA, na valorização dos títulos em carteira. Que no dia 15/05/2002 a Ré promoveu a alteração integral da composição em LFT da carteira, com a troca dos títulos com vencimento em 2003 por outros com vencimentos em 2004, 2005 e 2006, e que as vendas com vencimento em 2003 geraram um ganho de R\$ 2.131.000,00 (dois milhões cento e trinta e um mil reais), ou seja, os títulos foram vendidos com PU acima daqueles que estavam registrados em sua carteira e acima, também, da Tabela da ANDIMA. Não se confirmando as alegadas perdas.

2) Os preços pagos pela Ré na compra das LFT com vencimento em 2004, 2005 e 2006, no dia 15 de maio de 2002, foram os preços mais altos pagos naqueles dias, e mesmo tendo em conta o poder discricionário dos gestores da Ré, a troca dos títulos de curto prazo, com vencimento para 2003 por outros com vencimento para 2004, 2005 e 2006, ficou em dissonância com a percepção do mercado, à época.

3) As perdas registradas pela Ré decorreram basicamente do PU elevado pago na compra, não só da troca inoportuna dos títulos de curto prazo por títulos de prazo mais longo ocorrida em 15/05/2002, como também, em especial, em face dos preços elevados pagos pelos títulos adquiridos naquela data, eis que na comparação com os preços mínimos, a Ré pagou a mais R\$8.806.308,73 (oito milhões oitocentos e seis mil trezentos e oito reais e setenta e três centavos).

4) Quanto à alegação de que o fundo recuperaria as perdas caso carregasse os títulos até seu vencimento, naturalmente que o investidor recuperaria eventuais perdas ocorridas, caso não se desfizesse de seus papéis antes do vencimento. Entretanto, a eventual perda por conta do custo de uma compra a preços acima

do que poderia ser realizado é irreversível. Igualmente, conforme o Regulamento, o resgate é previsto a qualquer dia, portanto, é parte intrínseca da natureza do Fundo a previsão de que o investidor pode a qualquer momento solicitar o resgate. Assim sendo, esse aspecto teria que, necessariamente, ser levado em conta pelo Gestor do Fundo. (e-STJ fls. 1.167-1.168)

No entanto, afirmar que houve “uma troca inoportuna” dos títulos ou que eles não foram negociados ao preço mínimo não é suficiente para configuração da responsabilidade do gestor do fundo, neste julgamento, a recorrente BB DTVM.

É interessante reparar que o Tribunal de origem afirma a existência de troca inoportuna de título, mas não afirma a existência de culpa em sentido estrito, não se reconhecendo uma imperícia ou negligência da recorrente BB DTVM na administração do fundo de investimento, como é possível verificar neste trecho do julgamento recorrido:

Quanto à compra destas Letras em 15/05/2002, com vencimentos para 2004, 2005 e 2006, o fato é que a Ré pagou os preços máximos pagos no mercado naquele dia, e ainda que se considerasse o poder discricionário dos gestores da ré, esta troca de títulos foi feita em desacordo com o que à época se praticava no mercado que privilegiava os títulos com vencimento em curto prazo.

Além disso, a operação de compra dos títulos representou 42,82% do volume total dos negócios realizados no mercado, concluindo a perícia que a perda reconhecida pelo fundo não decorreu apenas da troca inoportuna dos títulos de curto prazo para outros de prazo mais longo, e sim dos elevados preços que foram pagos pelos títulos adquiridos naquela data que em comparação com os preços mínimos evidenciou que a BB DTVM pagou R\$ 8.806.308,73 a mais do que deveria, indiciando a prática de má-gestão.

Desta forma, ficou caracterizado prejuízo para o Autor/Apelante 1, que tinha a expectativa de um bom desempenho da Ré/Apelante na administração dos recursos que nela investiu, pagando altas taxas de administração do serviço.

Também é razoável admitir que o autor/Apelante 1 [PREVIRIO] sabia do risco, posto que os investidores costumam receber o regulamento do fundo (fls. 24/26).

Verifica-se às fls. 24/26, no Regulamento do Fundo de Aplicação em quotas de fundo de investimento BB Exclusive XXV, ao qual aderiu o Autor, o disposto no artigo 5º 9, *verbis*:

“Artigo 5º - a rentabilidade do Fundo é função do valor de mercado dos ativos que compõem sua carteira. Esses ativos apresentam alterações de preço, o que configura a possibilidade de ganhos, mas também de perdas. Desta forma, eventualmente, poderá haver perda do capital investido, não

cabendo à Administradora, nem ao Fundo Garantidor de Crédito, garantir qualquer rentabilidade ou o valor originalmente aplicado. Os ativos que compõem a carteira do BB EXCLUSIVE XXV, sujeitam-se, em especial, aos seguintes riscos:

(...) c) Risco de Preço, é o risco relacionado especificamente às variações de preço dos ativos em carteira e que afetam a sua rentabilidade. Aplica-se tanto aos ativos de renda fixa quanto aos ativos de renda variável." Logo, no contrato estabelecido entre as partes, ficou expresso que poderia haver a perda do capital investido em decorrência da possibilidade de adoção de política de investimento agressivo pela Administradora, ora Apelante 2, cabendo ao quotista suportar eventual redução do valor da quota, não havendo garantia da instituição administradora ou do fundo garantidor dos créditos. (e-STJ fl. 1.175)

Em realidade, não haveria como afirmar a existência de dano comparando-se o fundo gerido pela recorrente BB DTVM com ele próprio. Como está inserido em um mercado com a presença de diversos outros fundos, eventuais danos deveriam ser calculados à luz do que aconteceu com outros fundos, no mesmo período.

Aceitar a ocorrência de dano a partir de uma única operação seria conferir uma garantia plena à recorrente PREVIRIO, que possuía a qualidade de investidora, eximindo-a da exposição de qualquer risco existente nessa modalidade de investimento.

Em conclusão, apesar da perda financeira constatada pelo Tribunal de origem, não há como afirmar a existência de dano injusto, pela ausência de ato antijurídico pela recorrente BB DTVM.

Veja-se que o acórdão recorrido se refere a "troca inoportuna", o que é uma avaliação de mérito sobre a qualidade do serviço de administração de fundos de investimento, não uma afirmação de falha do serviço, nos termos do CDC, originada de possível má-gestão ou de negligência ou imperícia.

5. Da conclusão

Forte nessas razões, *conheço* dos recursos especiais e *nego provimento* àquele interposto pela PREVIRIO, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, e *dou provimento* àquele interposto pela BB DTVM, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para afastar a condenação ao pagamento do montante de R\$ 6.445.000,00 (seis milhões, quatrocentos e quarenta e cinco mil reais) ante a ausência de dano injusto indenizável.

Por fim, determino a inversão dos ônus sucumbenciais, inclusive dos honorários advocatícios, que deverão ser suportados pela recorrente PREVIRIO.

RECURSO ESPECIAL N. 1.748.504-PE (2017/0002638-1)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Ipojuca Cartorio Unico

Advogado: Felipe de Oliveira Alexandre e outro(s) - PE029415

Recorrido: Jose Weydson Carvalho de Barros Leal

Recorrido: Maria Antonieta Oliveira de Barros Leal

Advogado: Sylvio Marconi Torres e outro(s) - PE009874

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Ação de nulidade de ato registral. Venda “a non domino”. Celebração de compra e venda de imóvel com base em procuração com qualificação errônea dos outorgantes. Negligência do cartório. Fraude.

1. Polêmica em torno da existência, validade e eficácia de escritura pública de compra e venda do imóvel dos demandantes, lavrada em Tabelionato por terceiros que atuaram como vendedores com base em procuração pública também fraudada, constando, inclusive, dados errôneos na qualificação dos outorgantes, efetivos proprietários, como reconhecido pelas instâncias de origem.

2. Deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, não havendo a demonstração clara dos pontos do acórdão que se apresentam omissos, contraditórios ou obscuros, senão a pretensão de que esta Corte Superior analise os embargos de declaração para dali extrair aquilo que, por ventura, a parte recorrente entenda não tenha sido bem analisada quando do julgamento dos embargos.

3. Não há falar na incidência do prazo quadrienal previsto no art. 178, § 9º, inciso V, “b”, do CC/16, voltado à anulação de contratos com base em vícios do consentimento, quando sequer consentimento houve por parte dos autores, que foram surpreendidos pela venda “a non domino” do seu imóvel.

4. Escritura de compra e venda realizada com base em procuração na qual constam nomes incorretos do casal proprietário, troca de numeração de documentos pessoais, utilização de número de identidade de outro Estado. Questões fático-probatórias. Insindicabilidade.

5. Negligência do Tabelião que, ao confeccionar a escritura pública de compra e venda, não conferiu os dados dos supostos alienantes.

6. Nulidade do registro mantida.

7. Insindicável o valor arbitrado pela instância de origem a título de honorários com base no § 4º do art. 20 do CPC/73 que não se revela exacerbado, atraindo-se o enunciado 7/STJ.

8. *Recurso especial desprovido.*

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

Brasília (DF), 14 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 21.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Ipojuca Cartório Único*, com fundamento na alínea “a” do inciso

III do art. 105 da CF, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, prolatado no curso de ação de declaração de nulidade de ato registral contra ele ajuizada por *José Wedyson Carvalho de Barros Leal* e *Maria Antonieta Oliveira de Barros Leal*, cuja ementa está assim redigida:

Apelação cível. Recurso adesivo. Ação de nulidade de atos registral. Escritura Pública de compra e venda. Registro realizado com negligência do Cartório. Imprescritibilidade. Nulidade do ato. Majoração dos honorários advocatícios.

1. No caso, a escritura impugnada foi realizada com base em procuração na qual não constam os nomes corretos do casal ora apelados e proprietários do imóvel. Destaque para a ausência do sobrenome Leal para ele, da troca do RG dele e dos documentos pessoais dela, inclusive com a utilização de número de identidade do Estado do Rio Grande do Norte. Caracterizado, portanto, não ter agido o Cartório com aquilo que se espera das atribuições conferidas a seu representante;

3. A complementação do nome do pretense vendedor por parte do representante do Cartório fere não só a ética como também o artigo 6º, II, da Lei 8.935/94;

4. A declaração de nulidade absoluta de ato jurídico é imprescritível, com base nos arts. 166, II do Código Civil de 1916, posição esta da doutrina e da jurisprudência reforçada pela leitura do art. 169 CC/2002;

5. O Cartório agiu com negligência ao realizar escritura pública de compra e venda sem conferir os dados dos supostos alienantes. Nulo, portanto, o registro atacado;

6. É de se aplicar o art. 20 § 4º do CPC para, considerando o zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, e, sobretudo, a natureza e a importância da causa, majorar os honorários sucumbenciais de dois salários mínimos para R\$ 15.000,00;

7. Negado provimento à apelação do Serviço Notarial de Ipojuca e dado parcial provimento ao recurso adesivo de José e Maria para majorar de dois salários mínimos para R\$ 15.000,00 os honorários sucumbenciais a favor do casal/apelado.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados em acórdão assim ementado:

Embargos de declaração na Apelação. Nulidade de escritura. Responsabilidade do cartório. Prequestionamento

1. O Cartório entende ser necessário o prequestionamento e apresenta os presentes embargos. No entanto, toda a matéria levantada pelas partes já foi devidamente tratada na decisão embargada, inclusive com respaldo em dispositivos legais e em jurisprudência.

2. O prazo prescricional de 4 anos previsto no art. 178 do CC/16 foi expressamente afastado na decisão embargada e, conseqüentemente, não há que se falar em extinção do feito com resolução do mérito (art. 269 do CPC).

3. A responsabilidade do Cartório já estava tratada na decisão embargada e os arts. 40 e 22 da Lei n. 8.935/94 e arts. 186, 187 e 927 do CC apenas a reforçam.

4. Os autores provaram os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I do CPC) e essas provas foram consideradas na decisão embargada.

5. Por fim, o Cartório afirma ter havido equívoco no valor fixado a título de honorários. Mais uma vez, a matéria foi tratada, inclusive com menção expressa ao art. 20 do CPC.

6. Os argumentos trazidos na decisão embargada são suficientes para caracterizar a efetiva apreciação do feito e o prequestionamento da matéria, independentemente da menção expressa a determinados dispositivos legais.

7. Assim, todas as questões relevantes à resolução da lide foram expressamente tratadas na decisão embargada.

8. Embargos de declaração rejeitados.

Em suas razões recursais, sustentou a afronta aos arts. 333, I, 535, II, do CPC/73, 178, § 9º, V, “b”, 186 e 927 do CCB/16, 4º e 22 da Lei 8.935/94, e 20 do CPC. Além da negativa de prestação jurisdicional, sustentam incidir a prescrição quadrienal prevista no CC/16 da pretensão de desconstituição de escritura pública com base em alegada fraude ocorrida nos idos de 2002, tendo em conta o ajuizamento da ação em 2010.

Asseverou, por outro lado, a ausência de sua responsabilidade. Registrou que em 19/02/1998, o autor, José Weydson Carvalho de Barros Leal, adquiriu de Maria Celeste Valadares Ribeiro Cavalcanti e Manoel Francisco de Moraes Cavalcanti, o imóvel mediante escritura lavrada e registrada no Cartório recorrente. Posteriormente, o imóvel foi objeto de uma nova alienação, no dia 11/10/2002, comparecendo no Cartório terceiros, oportunidade em que exigiu-se a documentação necessária, que lhe fora apresentada, inclusive procuração por instrumento público e substabelecimento transferindo poderes ao vendedor para atuar em nome do proprietário registral, lavrados em cartório diverso, cujos dados encontravam-se corretos, razão da inexistência de responsabilidade pela alegada fraude.

Finalmente, sustentou o excesso da verba honorária arbitrada em R\$ 15.000,00 e postulou o provimento do recurso.

Houve contrarrazões.

O recurso não foi admitido.

Interposto agravo em recurso especial a ele neguei provimento.

Em sede de agravo interno, em juízo de retratação, tornei sem efeito a decisão, determinado a conversão do agravo em recurso especial.

Acórdão recorrido publicado antes da entrada em vigor da Lei 13.105/2015, sendo o juízo de admissibilidade realizado na forma do CPC/73, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme Enunciado Administrativo STJ 2/2016.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas, antecipo que a irresignação recursal, manejada no curso de ação de desconstituição de atos registraes levados a efeito sobre o imóvel dos autores, não merece provimento.

Registro que a polêmica é travada em torno da existência, validade e eficácia dos atos registraes e de escritura pública de compra e venda do imóvel dos demandantes, lavrada e registrada pelo recorrente, tendo, terceiros, atuado como vendedores do imóvel dos recorridos com base em procuração pública também fraudada, em que, inclusive, constavam dados errôneos na qualificação dos outorgantes, efetivos proprietários.

As questões devolvidas no especial limitam-se aos seguintes tópicos: a) negativa de prestação jurisdicional; b) prescrição da pretensão; c) responsabilidade; d) honorários de advogado.

Analiso separadamente cada um dos tópicos controvertidos.

a) Negativa de prestação jurisdicional:

De pronto, tenho por patente a deficiência da fundamentação do recurso especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/73, pois formulado de modo absolutamente genérico, não havendo a demonstração clara dos pontos do acórdão que se apresentam omissos, contraditórios ou obscuros.

Pretende-se, sim, que esta Corte Superior analise os embargos de declaração opostos para dali extrair aquilo que, por ventura, a parte recorrente entenda não tenha sido bem analisada quando do julgamento dos aclaratórios.

Aplica-se, assim, o óbice do enunciado 284 da Súmula do STF. Nesse sentido: AgRg no Ag 1.130.264/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJe de 01/07/2011; REsp 1.253.231/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 03/11/2011; REsp 1.268.469/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 27/02/2012; e REsp 1.190.865/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 01/03/2012.

b) Prescrição da pretensão:

O acórdão recorrido reconheceu que a pretensão de declaração de nulidade de escritura pública lavrada pelo cartório recorrente seria imprescritível, enquanto o recorrente sustenta que o prazo é quadrienal, pois a pretensão de desconstituição do ato seria a alegada fraude, a fazer anulável o ato.

Não há aplicar o prazo prescricional de quatro anos, consubstanciado em fato que torna o ato jurídico anulável, àquele que não participou do referido ato jurídico que deseja ver desconstituído, isso com base em evidente fraude a torná-lo nulo e não anulável.

A situação é completamente diversa daquela em que um dos contratantes, enganado pelo outro, engano este levado a efeito por algum dos defeitos dos negócios jurídicos a que faz referência o art. 178, § 9º, V, “b”, do CC de 1916 (erro, dolo, simulação ou fraude) pretende ver o contrato anulado, caso em que, não o fazendo no, relativamente curto, prazo de quatro anos, ter-se-á por convalidada a anulabilidade.

Relembro que os vícios do consentimento são tidos como defeitos leves, remetendo à anulabilidade do ato jurídico por não atingirem o ato de forma definitiva, propiciando a sua convalidação.

A propósito, César Fiuza ensina (in *Direito Civil - Curso Completo*, 2ª ed. em e-book, Ed. RT, 2016, Cap. VII, item 3.8):

b) Defeitos leves – São os que não atingem o ato de forma definitiva, considerados tais os listados no art. 171, ou seja, a incapacidade relativa do agente, os vícios do consentimento (erro, dolo, coação), o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, além de outros, previstos na legislação de maneira difusa.

(...)

Vícios do consentimento – São aqueles defeitos que se verificam quando o agente declara sua vontade de maneira defeituosa. São vícios ou defeitos da

vontade do agente. Os vícios do consentimento são o erro, o dolo e a coação. Em princípio, admitem correção. São leves.

Na espécie, tem-se hipótese de venda *a non domino*, e esta, de tão grave, já titubeou a doutrina no sentido de dar ensejo à nulidade absoluta e insanável do ato ou torná-lo simplesmente ineficaz em face do verdadeiro proprietário real ante a seriedade da fraude perpetrada.

Nesse sentido, Daniel Carnacchioni explica (*in Curso de Direito Civil – Direitos Reais*, 1ª ed. em e-book, Ed. RT, 2014, Cap. 6, Item 6.3):

Como regra, a alienação feita pelo proprietário aparente é nula, porque transferiu coisa que não lhe pertence, de propriedade de outrem. Por isso, o legítimo proprietário poderá reivindicar a coisa das mãos de quem quer que, injustamente, a possua ou detenha, por ser esta uma das faculdades inerentes ao direito subjetivo de propriedade (art. 1.228, *caput*, do CC). O evicto, terceiro adquirente de boa-fé, enganado pela propriedade aparente do alienante, terá o direito de exigir perdas e danos do proprietário aparente que efetivou alienação *a non domino* (arts. 447 e 450 do CC). Essa é a regra geral.

Luciano de Camargo Penteadó, lecionando sobre o tema, defende a sua ineficácia (*in Direito das Coisas*, 1ª ed. em e-book, Ed. RT, 2014, Cap. III, item 26.3):

Na compra e venda *a non domino* a ineficácia do contrato se verifica justamente porque o alienante não é titular do poder de disposição. Na fraude à execução, a ineficácia do ato de disposição em face do exequente é sanção a exercício de poder em situação de ilegitimidade negocial.

Esta Corte Superior já declarou sua aptidão à nulidade absoluta e, também, a sua ineficácia:

Processual Civil e Administrativo. Ação de desapropriação. Terras devolutas. Estado do Paraná. Julgamento no STJ. Impossibilidade de declaração de nulidade dos títulos de propriedade. Mudança de entendimento. Nulidade absoluta insanável.

(...)

3. A alienação pelo Estado da Federação de terras de fronteira pertencentes à União é considerada transferência *a non domino*; por isso, apresenta-se como uma nulidade absoluta insanável, podendo assim ser declarada de ofício. É máxima jurídica sedimentada que “ninguém pode transferir o que não tem”, tampouco a entidade pública pode desapropriar bem próprio (*nemo plus iuris transfere ad*

alium potest quam ipse habet). (REsp 867.016/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 5.5.2009, DJe 6.8.2009; AgRg nos EDcl no REsp 1.104.441/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1.6.2010, DJe 30.6.2010; EREsp 970.832/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 10.2.2010, DJe 1.3.2010.)

(...)

Recurso especial provido. (REsp 1.244.041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/06/2011, DJe 13/06/2011)

Direito Civil. Venda *a non domino*. Validade da escritura entre as partes. Art. 145, CC. Ineficácia em relação ao *verus dominus*. Recurso provido.

I - *A compra e venda de imóvel a non domino não é nula ou inexistente, sendo apenas ineficaz em relação ao proprietário, que não tem qualidade para demandar a anulação da escritura não transcrita.*

II - *Os atos jurídicos são nulos nos casos elencados no art. 145, CC.* (REsp 39.110/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28/03/1994, DJ 25/04/1994, p. 9.260)

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery, em comentário ao art. 172 do CCB, a tratar da anulabilidade dos negócios, lembram decisão do STF a bem esclarecer o instituto da venda *a non domino* e o prazo de prescrição (in Código Civil Comentado, 1ª ed. em e-book, Ed. RT, 2014,):

A venda feita por quem não era dono da coisa (*a non domino*) é nula (CC/1916 145 II [CC 166 II]) e não anulável por dolo ou simulação, razão por que não está sujeita ao prazo decadencial do CC/1916 178 § 9º V b [v. CC 178 II]. Entretanto, pode convalidar-se pela ulterior aquisição da coisa pelo vendedor – Voto do Min. Aliomar Baleeiro (STF, 1ª T., RE 71.091-BA, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 8.6.1973, DJU 10.9.1973).

Não fossem estes argumentos suficientes, é de se ressaltar que os verdadeiros proprietários não tiveram o seu consentimento viciado. Na realidade, não consentiram, pois não participaram do negócio em questão, não se podendo pautar a prescrição da pretensão em vício de vontade.

Na hipótese dos autos, o imóvel dos autores fora alienado mediante escritura lavrada pelo cartório recorrente por terceiros e para terceiros. Os terceiros que atuaram como vendedores o fizeram mediante procuração pública também fraudada e, inclusive, com dados errôneos na qualificação dos outorgantes, efetivos proprietários, como reconheceu a instância de origem.

A vingar a tese dos recorrentes, não mais haveria segurança jurídica no comércio jurídico de bens imóveis.

Dentro do diminuto prazo de quatro anos, poder-se-ia cristalizar toda a sorte de fraudes de que nunca teriam tido ciência os proprietários registrais, máxime diante de erros como o presente, em que se aduz que os dados presentes no instrumento público de procuração e substabelecimento a fazer os terceiros representarem os reais proprietários sequer condiziriam com a realidade, aferível no próprio cartório em que lavrada e registrada anterior escritura pública de venda e compra do bem.

Ou seja, mesmo quando desrespeitadas as garantias erigidas para a proteção de contratos relevantes como a venda e compra de imóveis, com toda a sacralidade formal que lhes é própria, ainda assim, ter-se-ia a cristalização da propriedade em nome de fraudários ou, ao menos, em nome de terceiros em razão de uma fraude cometida por aqueles que não são, nem representam os proprietários, isso pelo tão só implemento do prazo prescricional de 4 anos, na hipótese inaplicável.

Esta Corte Superior, através da sua Colenda Segunda Seção, já teve a oportunidade de reconhecer a inaplicabilidade do prazo quadrienal em situações como a presente.

A propósito:

Agravo interno na ação rescisória. Acórdão rescindendo. Venda de imóvel *a non domino*. Nulidade absoluta. Impossibilidade de convalidação. Ausência de violação a literal disposição de lei. Improcedência da ação rescisória. Agravo desprovido.

1. O entendimento desta Corte preconiza que, no caso de venda por quem não tem o título de propriedade do bem alienado, venda *a non domino* não tem mera anulabilidade por vício de consentimento, mas sim nulidade absoluta, impossível de ser convalidada.

2. “Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, V, ‘b’, do Código Civil, se a hipótese cuidar, como no caso, de venda por quem não tinha o título de propriedade do bem alienado em garantia (venda *a non domino*), ou seja, venda nula, não se enquadrando, assim, nos casos de mera anulação do contrato por vício de consentimento” (REsp 185.605/RJ, Rel. Ministro **Cesar Asfor Rocha**).

3. O acolhimento da ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC exige que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo discrepante que viole o dispositivo legal em sua literalidade, porque, se a decisão rescindenda

elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt na AR 5.465/TO, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018)

O *locus* próprio da prescrição prevista no art. 178, § 9º, V, “b”, do CC/16 é aquele bem explicitado pela Colenda 4ª Turma, sob a relatoria do Min. Barros Monteiro, em que os contratantes tem a vontade viciada por ato de terceiro:

Caso em que irmãos analfabetos foram induzidos à celebração do negócio jurídico através de maquinações, expedientes astuciosos, engendrados pelo inventariante-cessionário. Manobras insidiosas levaram a engano os irmãos cedentes que não tinham, de qualquer forma, compreensão da desproporção entre o preço e o valor da coisa. Ocorrência de dolo, vício de consentimento. - Tratando-se de negócio jurídico anulável, o lapso da prescrição é o quadrienal (art. 178, § 9º, inc. V, “b”, do Código Civil). (REsp 107.961/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 04/02/2002, p. 364)

Quando a lei trata dos vícios do consentimento, ademais, é clara ao referir viciada a vontade do contratante. Relembrem-se, a propósito, os respectivos enunciados normativos:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Não há, assim, espaço para o reconhecimento da afronta ao art. 178, § 9º, do CC/16, uma vez que a pretensão não se compraz a vício de vontade dos autores.

Além disso, dentro do espaço de oito anos entre o ajuizamento da demanda e o negócio inquinado de nulidade, não há, sequer, o implemento do prazo geral de prescrição, impondo-se manter o acórdão recorrido ao afastar a prefacial de mérito.

c) Responsabilidade civil:

A tese sustentada pelo demandado é a de que os arts. 186 e 927 do CCB/16, 4º e 22 da Lei 8.935/94, e 333, I, do CPC/73.

Antes da análise da tese, deixo claro que, apesar de a ação ter sido ajuizada contra o “Cartório”, ente juridicamente despersonalizado que não poderia fazer parte do polo passivo da ação, houve a devida indicação, desde a inicial, do notário/oficial de registro responsável pela serventia, Sr. Petrônio Barbosa de Arruda.

O titular da serventia, pois, fizera parte da ação desde o início, outorgando procuração judicial e em seu nome sendo praticados os atos processuais, já que, ele próprio, nominou-se representante do “*Serviço Notarial e Registral da Comarca de Ipojuca*”.

Analiso, assim, a arguição de afronta ao art. 333, inciso I, do CPC, antecipando ser evidente a atração do enunciado 7/STJ. Não é preciso mais do que a afirmação de que não cabe a esta Corte investigar o cumprimento ou não do ônus da prova por parte do demandante acerca da responsabilidade do notário pelos atos levados a efeito quando do exercício do seu público ofício, impondo-se, sim, partir da premissa fático probatória cristalizada no acórdão.

Acerca desta, por sua vez, o juízo sentenciante e o acórdão recorrido são categóricos em reconhecer a patente negligência do recorrente no exercício público do seu mister, lavrando escritura de venda e compra com base em procuração com informações errôneas acerca dos outorgantes/vendedores (fls. 188/189 e 302 e-STJ):

Sentença:

Vale ressaltar neste início que os autores são casados sob o regime de comunhão universal de bens, passando a mulher a adotar o nome Maria Antonieta de Oliveira de Barros Leal. fl. 11 dos autos.

O nome da esposa do Autor se encontra lançado na Escritura de Compra e Venda do Lote 10, Quadra “F-1”, componente do Loteamento denominado “Modificação do Loteamento Merepe II”, adquirida em 20/03/2002, fls. 16/13, portanto *é fato que o nome da Autora pode ser encontrado no Livro D Indicador Pessoal que deve existir no Cartório do Réu.*

Da procuração de substabelecimento, fl. 28, que deu ensejo a esta demanda lavrada em 20/06/2002, se denota que *o nome Leal, foi omitido no nome do suposto outorgante sendo grafado como José Wevdson Carvalho de Barros e o nome da*

esposa do Autor constou como sendo Maria Luiza de Souza Barros, ademais o RG do Autor constou como sendo 1.836.231 SSPE quando o correto é 1.075.404/SDSPE, da mesma forma constou erroneamente os documentos pessoais da esposa do Autor como sendo o RG 1.230.003/SSP/RN quando o n. correto é 393.178/SSPE e o CPF correto é 001.029.624-72 em detrimento do n. que constou com sendo 000.462.994-91, ou seja, como sendo igual ao CPF do Autor.

A segunda procuração de substabelecimento lavrada, também em 20/06/2002, consta erroneamente os nomes dos Autores e seus documentos pessoais, fl. 29.

É de bom alvitre analisar e levar em consideração que consta da Escritura de Compra e Venda supostamente realizada em 11/10/2002, o nome do Autor com a partícula do nome Leal e nome incorreto da esposa do Autor.

Não há como não se concluir que o Cartório do 1º Ofício de Ipojuca agiu de má-fé, e exasperou nas suas atribuições legais, posto que da Escritura Pública lavrada em 11/10/2002, para o suposto comprador, Wilson Martins Meyer, assentou o nome correto do Autor, quando nenhuma das procurações constou a partícula do nome Leal.

Acórdão:

A questão de fato é a comprovação de que José e Maria não tiveram nenhuma participação na lavratura do instrumento procuratório.

E isso foi amplamente comprovado e sobre tal ponto não há divergência. Nomes não coincidentes - o dela, integralmente, o dele parcialmente, além do registro de identificação dele. (vide fls. 26/29) Se trata da questão de maneira sucinta é por ter sido generosa a sentença em suas considerações sobre primeira procuração.

Destaque para a ausência do sobrenome Leal para ele, da troca do RG dele e dos documentos pessoais dela, inclusive com a utilização de número de identidade do Estado do Rio Grande do Norte. O mesmo em relação ao substabelecimento (fl. 29).

Nesta conjuntura fática, é efetivamente responsável o recorrente pela manifesta incúria com os dados pessoais dos proprietários, supostamente outorgantes, quando da lavratura da escritura de compra e venda por pretensos procuradores daqueles que titularizam o imóvel.

A aceitação de documentos em que constam dados errôneos na qualificação dos contratantes é fato grave, respondendo os notários e oficiais de registro pelos danos causados na prática de atos próprios da serventia.

A instância de origem é clara, ainda, em reconhecer que o recorrente tinha em sua posse documentos a evidenciar a incongruência das informações trazidas pelo pretense procurador, agindo em completo desvelo de suas funções ao não atentar para tais irregularidades.

Ademais, a assertiva formulada no especial de que os documentos conteriam as informações corretas, à evidência, contrasta com a afirmação do juízo sentenciante e do aresto recorrido e, com fundamento no enunciado 7/STJ, não pode ser sindicada por esta Corte Superior.

Acerca da insindicabilidade da responsabilidade na espécie, digno de nota o seguinte precedente:

Processual Civil. Agravo regimental. Decisão em agravo em recurso especial. Ação de anulação de escritura. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Provimento da Corregedoria. Legislação local. Natureza da culpa. Imóvel. Venda *a non domino*. Indenização. Tabelião. Responsabilidade subjetiva. Reexame de matéria fático-probatória. Descabimento. Enunciados 280 e 284, da Súmula do STF, e 7 do STJ.

(...)

3. Identificada a responsabilidade subjetiva do notário pelo evento danoso com base nos elementos fático-probatórios dos autos, não é lícito desconstituir tal conclusão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 7-STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 491.976/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 20/06/2014)

Não há, assim, qualquer violação aos arts. 186 e 927 do CCB, nem mesmo aos arts. 4º e 22 da Lei 8.935/94, diante do contexto fático traçado no acórdão e a sua revisão é vedada em sede de especial.

d) Honorários de advogado:

Sustentou o recorrente o excesso dos honorários de advogado arbitrados em R\$ 15.000,00.

O acórdão recorrido embasou o arbitramento nos seguintes termos:

José e Maria adesivamente requereram para que fossem os honorários sucumbenciais majorados de dois salários mínimos para 20% do valor atribuído à escritura declarada nula - devidamente corrigido.

Logo, de início, em decorrência da natureza da decisão, não vejo como aplicar o disposto no CPC em seu art. 20, § 3º, em decorrência de ausência de condenação de caráter indenizatório.

É de se aplicar o § 4º do mesmo dispositivo. Assim sendo, e por considerar o zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, e, sobretudo, a natureza

e a importância da causa, majoro os honorários sucumbenciais de dois salários mínimos para R\$ 15.000,00.

Não cabe a esta Corte Superior rever a verba honorária que não se mostre irrisória ou exacerbada, *ictu oculi*, pois a depender, assim, da revisão do contexto fático-probatório, consubstanciado nos parâmetros previstos no art. 20 do CPC considerados na origem pelos julgadores para o equitativo arbitramento, o que encontra óbice no enunciado 7/STJ.

A propósito, por todos:

Tributário. Arrolamento de bens. Alegação de violação do art. 535 do CPC/73. Inexistência. Alteração do valor dos honorários advocatícios. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

(...)

IV - O Tribunal de origem ao analisar o valor fixado a títulos de honorários assim se manifestou (fls. 270-271, e-STJ): "A equidade serve como valioso recurso destinado a suprir as lacunas legais e auxiliar a aclarar o sentido e o alcance das leis, atenuando o rigorismo dessas, de molde a compatibilizá-las às circunstâncias sociais, inspirada pelo espírito de justiça. Ao passo que se deve ter em conta o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço, também deve-se remunerar dignamente o causídico, impedindo-se o aviltamento da profissão. Tendo em mente que a lide envolve um ente público, a moderação deve imperar, adotando-se valor que não onere demasiadamente o vencido e remunerar merecidamente o patrono do vencedor na demanda. Observando o art. 20, § 4º, do CPC, bem como considerando o valor da causa (R\$ 234.646,74), tenho que o valor de R\$ 3.000,00, fixado pelo MM. Juízo monocrático, atende a ambos os critérios, nem representando quantia exorbitante, nem acarretando aviltamento à dignidade profissional do advogado".

V - Verifica-se que o Tribunal de origem levou em consideração os critérios previstos no art. 20, § 4º, do CPC/1973 para manter o valor referente aos honorários advocatícios fixados pela sentença.

VI - Cumpre ressaltar que é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que deve ser conhecido e provido recurso especial para rever a fixação de verba honorária em valor irrisório ou excessivo, pois nesses casos não há observância do juízo de equidade preconizado na legislação processual civil. Nesse sentido: REsp 526.508/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.2.2005; REsp 606.375/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 29.11.2004.

VII - No entanto, não-configurada a hipótese supramencionada, aplica-se o entendimento consolidado neste Tribunal no sentido de que a redução do valor relativo aos honorários advocatícios, consubstanciada na tese de que houve

condenação em valor exacerbado, requer a apreciação dos critérios descritos no artigo 20, § 4º, do CPC/1973, os quais são primordialmente factuais, quais sejam o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

VIII - Assim sendo, a revisão do valor fixado a título de honorários advocatícios encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

IX - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1.124.005/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018)

Nesta conjuntura, não há outra solução senão a manutenção do acórdão recorrido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.770.124-SP (2018/0186724-0)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S.A

Advogados: Janaina Castro de Carvalho - DF014394

Eduardo Antonio Lucho Ferrão - DF009378

Bruno Cesar Alves Pinto - DF026096

Carlos Maximiano Mafra de Laet - SP104061

Juliana Fernandes Montenegro e outro(s) - SP310794

Recorrido: Fabiana Karla de Jesus Silva

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Desistência da demanda após a concessão da tutela provisória. Extinção do feito, sem resolução de mérito. Cumprimento de sentença formulado pela parte ré pleiteando o ressarcimento dos valores despendidos em razão do deferimento da tutela provisória. Cabimento. Desnecessidade

de pronunciamento judicial prévio nesse sentido. Obrigação *ex lege*. Indenização que deverá ser liquidada nos próprios autos. Arts. 302, *caput*, inciso III e parágrafo único, e 309, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015. Reforma do acórdão recorrido que se impõe. Recurso provido.

1. A questão jurídica discutida consiste em definir se é possível proceder à execução, nos próprios autos, objetivando o ressarcimento de valores despendidos a título de tutela antecipada, posteriormente revogada em virtude de sentença que extingue o processo, sem resolução de mérito, por haver a autora desistido da ação.

2. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a mesma linha do CPC/1973, adotou a teoria do risco-proveito, ao estabelecer que o beneficiado com o deferimento da tutela provisória deverá arcar com os prejuízos causados à parte adversa, sempre que: i) a sentença lhe for desfavorável; ii) a parte requerente não fornecer meios para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias, caso a tutela seja deferida liminarmente; iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; ou iv) o juiz acolher a decadência ou prescrição da pretensão do autor (CPC/2015, art. 302, *caput* e incisos I a IV).

3. Em relação à forma de se buscar o ressarcimento dos prejuízos advindos com o deferimento da tutela provisória, o parágrafo único do art. 302 do CPC/2015 é claro ao estabelecer que “a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”, dispensando-se, assim, o ajuizamento de ação autônoma para esse fim.

4. Com efeito, a obrigação de indenizar a parte adversa dos prejuízos advindos com o deferimento da tutela provisória posteriormente revogada é decorrência *ex lege* da sentença de improcedência ou de extinção do feito sem resolução de mérito, como no caso, sendo dispensável, portanto, pronunciamento judicial a esse respeito, devendo o respectivo valor ser liquidado nos próprios autos em que a medida tiver sido concedida, em obediência, inclusive, aos princípios da celeridade e economia processual.

5. Recurso especial 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, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 24.5.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Fabiana Karla de Jesus Silva ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, em desfavor de Amil Assistência Médica Internacional Ltda., buscando autorização para realizar o procedimento de cirurgia bariátrica a ser custeado pela ré.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido pelo Juízo de primeiro grau, sendo determinado que a ré autorizasse imediatamente a realização da referida cirurgia.

Depois do cumprimento da tutela provisória, foi designada audiência de conciliação, oportunidade em que a parte autora, devidamente acompanhada pelo defensor público, desistiu da ação, argumentando que houve perda de objeto em virtude da realização da cirurgia pleiteada.

O Juízo de primeiro grau, então, proferiu sentença julgando extinto o processo sem resolução de mérito, revogou a liminar concedida e determinou que eventuais custas processuais remanescentes ficassem a cargo da autora.

Após o trânsito em julgado do feito, a Amil requereu o cumprimento de sentença, buscando o pagamento do montante de R\$ 33.884,64 (trinta e três mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), referente ao custo da cirurgia bariátrica realizada.

O Juízo de primeiro grau, entendendo que a pretensão deveria ser deduzida em ação própria, determinou o cancelamento do incidente de cumprimento de sentença (e-STJ, fl. 18).

Contra essa decisão, a Amil interpôs agravo de instrumento, o qual foi desprovido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer. Cumprimento de sentença. Desistência da ação ajuizada pela agravada, após a concessão da tutela de urgência. Ausência de condenação imposta em título executivo judicial apta a dar supedâneo à pretensão da agravante, na quantia de R\$ 33.884,64. Cumprimento de sentença que exige título executivo judicial. Recurso improvido.

Daí o presente recurso especial, em que a recorrente Amil Assistência Médica Internacional Ltda. afirma que o acórdão recorrido violou os arts. 300, § 3º, 302, inciso III e parágrafo único, e 523, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em síntese, que “não há se falar em ausência de título executivo judicial, porquanto tem-se, da decisão proferida pelo Juízo que deferiu a tutela de urgência pleiteada, bem como a r. sentença que extinguiu o processo, sem a resolução do mérito, revogando a liminar concedida, configurado o dito título, visto que daquela decisão decorreu uma obrigação de fazer” (e-STJ, fl. 40).

Aduz que “a determinação de obrigação de fazer à Recorrente, a qual, aliada aos comprovantes já anexados aos autos, que demonstram os custos despendidos pela autora no Hospital Vitória, tornam líquida, certa e exigível a quantia a ser paga pela recorrida, sem que seja necessária a formação de um novo título executivo ou o ajuizamento de uma nova demanda, o que apenas retardaria a prestação jurisdicional” (e-STJ, fl. 40).

Busca, assim, o provimento do recurso para que “seja reconhecido o direito da Recorrente de ser ressarcida, nos próprios autos, pelos prejuízos decorrentes do cumprimento de decisão que deferiu a antecipação da tutela” (e-STJ, fl. 47).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): A questão jurídica discutida consiste em definir se é possível proceder à execução, nos próprios autos, objetivando o ressarcimento de valores despendidos a título de tutela

antecipada, posteriormente revogada em virtude de sentença que extingue o processo, sem resolução de mérito, por haver a autora desistido da ação.

Conforme relatado, colhe-se dos autos que Fabiana Karla de Jesus Silva ajuizou ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, em desfavor de Amil Assistência Médica Internacional Ltda., pleiteando a autorização para realização de cirurgia bariátrica, a ser custeada integralmente pela ré.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido pelo Juízo de primeiro grau, sendo determinada que a ré autorizasse imediatamente a realização dos procedimentos médicos indicados na petição inicial, especialmente a cirurgia bariátrica, sob pena de multa diária de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

A ré apresentou contestação e a autora manifestou-se em réplica, por meio da Defensoria Pública.

Depois do cumprimento da tutela provisória pela Amil, foi designada audiência de conciliação, oportunidade em que a parte autora, devidamente acompanhada pelo defensor público, desistiu da ação, tendo em vista a suposta perda de objeto em razão da realização da cirurgia pleiteada.

O Juízo de primeiro grau, então, proferiu sentença julgando extinto o processo sem resolução de mérito, revogando, em consequência, a tutela provisória anteriormente concedida.

Após o trânsito em julgado da ação, a Amil requereu o cumprimento de sentença, buscando o pagamento do montante de R\$ 33.884,64 (trinta e três mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e sessenta e quatro centavos), referente ao custo da cirurgia bariátrica realizada.

O Juízo de primeiro grau, no entanto, entendendo que a pretensão deveria ser deduzida em ação própria, determinou o cancelamento do incidente de cumprimento de sentença (e-STJ, fl. 18), decisão que foi mantida pelo Tribunal de origem.

Contra esse *decisum*, é que se insurge a Amil no presente recurso especial, pretendendo que o cumprimento de sentença ocorra nos próprios autos, e não em ação autônoma, como decidido pelas instâncias ordinárias.

*De início, vale destacar que causa espécie a atuação do defensor público de requerer, na audiência de conciliação, a desistência da ação tão somente em razão do cumprimento da tutela antecipada, sem contar com a **obviedade** de que, caso a tutela não fosse confirmada por sentença, a autora teria que reembolsar os valores pagos pela ré.*

O manifesto equívoco na conduta processual adotada, que causou significativo prejuízo à parte autora, poderia ensejar, em tese, eventual responsabilidade civil do Estado ou do próprio defensor público atuante no caso.

Feitas essas considerações iniciais, passo ao exame de mérito do recurso especial.

No que concerne à tutela de urgência (cautelar ou antecipada), o Código de Processo Civil de 2015, seguindo a mesma linha do CPC/1973, adotou a teoria do risco-proveito, ao estabelecer que o beneficiado com a tutela provisória deverá arcar com os prejuízos causados à parte adversa, sempre que: i) a sentença lhe for desfavorável; ii) a parte requerente não fornecer meios para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias, caso a tutela seja deferida liminarmente; iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; ou iv) o juiz acolher a decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Vale destacar que essa responsabilidade é objetiva, isto é, independe da demonstração de dolo ou culpa da parte que requereu a tutela provisória, bastando que o prejudicado comprove o nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo ocorrido.

Confira-se, nesse sentido, a lição de Wambier e Talamini:

Cessada a eficácia da tutela provisória, o requerente tem responsabilidade objetiva relativamente aos danos causados ao requerido, caso não tenha o direito que desde o início afirmou ter (art. 302 do CPC/2015). Mais uma vez, trata-se de regra aplicável a todas as espécies de tutela provisória, ainda que expressamente inserida na disciplina da tutela provisória urgente.

Responsabilidade objetiva é aquela que se verifica independentemente de haver culpa ou dolo, sendo necessário exclusivamente nexo causal entre fato e prejuízo. Então, o requerente da tutela provisória assume o risco de ressarcir, ao adversário, todos os prejuízos produzidos pela concessão e a execução da providência urgente, quando essa vier a ser extinta por um ato ou omissão imputável ao autor da medida ou por se constatar que ele não tem o direito antes reputado plausível. E, para tanto, é irrelevante que o requerente da medida tenha agido de boa ou má-fé, com ou sem dolo ou culpa. Aliás, se tiver havido litigância de má-fé responderá também, cumulativamente, pelas penalidades imputáveis a tal conduta (conforme explicita a parte inicial do art. 302 do CPC/2015).

(WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, volume 2. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 880 - sem grifo no original)

O referido regramento está disciplinado no art. 302 do CPC/2015 nos seguintes termos:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

O inciso III do aludido art. 302 do CPC/2015, que interessa para a solução do presente caso, deve ser analisado juntamente com o art. 309 do mesmo diploma processual, que traz as hipóteses legais de cessação da eficácia da tutela provisória, estabelecendo o seguinte:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

- I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
- II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;
- III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor **ou extinguir o processo sem resolução de mérito.**

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Da leitura dos referidos dispositivos legais (CPC/2015, arts. 302, III, e 309, III, parte final), a conclusão que se extrai é que, no caso em julgamento, a autora deverá responder pelo prejuízo que a efetivação da tutela antecipada causou à parte ré, porquanto houve, na espécie, a cessação da eficácia da tutela provisória concedida em razão da extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a desistência da ação.

Quanto à forma de se buscar o ressarcimento dos prejuízos advindos com o deferimento da tutela provisória, o parágrafo único do art. 302 do CPC/2015 é claro ao estabelecer que “a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível”, dispensando-se, assim, o ajuizamento de ação autônoma para esse fim.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, entendeu que o ressarcimento pretendido pela ré deveria ser discutido em ação própria, e não em cumprimento de sentença nos próprios autos, sob o fundamento de ausência de título executivo judicial, pois, no caso, não houve “condenação imposta à agravada, exceto o pagamento de custas processuais. Sequer honorária fora fixada em favor do patrono da agravante. Portanto, o óbice do imediato cumprimento da sentença se insere na ausência do *an debeatur*” (e-STJ, fls. 30-31).

Ocorre que, ao contrário do que ficou consignado no acórdão recorrido, para se buscar o ressarcimento pelos danos causados, em razão do cumprimento de tutela provisória posteriormente revogada, não é necessário que haja um capítulo autônomo na sentença do processo principal condenando o beneficiário da tutela a indenizar a parte *ex adversa*.

Com efeito, a obrigação de indenizar a parte adversa dos prejuízos advindos com o deferimento da tutela provisória posteriormente revogada é decorrência *ex lege* da sentença de improcedência ou de extinção do feito sem resolução de mérito, como no caso, sendo dispensável, portanto, pronunciamento judicial a esse respeito, devendo o respectivo valor ser liquidado nos próprios autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível, conforme determina o parágrafo único do art. 302 do CPC/2015.

Na linha da doutrina acima destacada, é de se reconhecer, portanto, ser *“desnecessário qualquer requerimento do réu da demanda de tutela provisória para obter tal condenação em seu favor - e a imposição da responsabilidade em exame também independe de expressa determinação do juiz. Para que se estabeleça o dever de indenizar, basta não haver mais recurso contra a decisão (de primeiro ou segundo grau, interlocutória ou final) que casse, reforme ou revogue a tutela provisória, implícita ou explicitamente. A condenação do requerente ao pagamento dessa indenização é um efeito anexo, automático, da própria decisão que implique a cessação de eficácia da medida”* (Cf. WAMBIER, Luis Rodrigues; e TALAMINI, Eduardo. Ob. cit., p. 880 - sem grifo no original).

Esta Corte Superior, embora em julgamento fundamentado nas regras processuais dispostas no Código de Processo Civil de 1973 - ressaltando-se que a mesma sistemática foi adotada no CPC/2015 -, já se manifestou nesse mesmo sentido, conforme se verifica do seguinte precedente:

Direito Processual Civil. Ação de interdição de estabelecimento comercial localizado em *shopping center*. Antecipação de tutela concedida. Sentença de improcedência. Responsabilidade objetiva pelos danos causados pela execução da tutela antecipada. Arts. 273, § 3º, art. 475-O, incisos I e II, e art. 811, parágrafo

único, do CPC. Indagação acerca da má-fé do autor ou da complexidade da causa. Irrelevância. Responsabilidade que independe de pedido, ação autônoma ou reconvenção.

1. Recurso especial interposto por Condomínio do Conjunto Nacional:

1.1. Afigura-se dispensável que o órgão julgador venha a examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes, bastando-lhe que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC.

1.2. O acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, revelando-se evidente a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, entre os pedidos e a decisão, razão por que não se há falar em ausência de fundamentação ou de julgamento *citra petita*.

1.3. As conclusões a que chegou o acórdão recorrido no que concerne à segurança do empreendimento e à ausência de infração a disposições condominiais decorreram da análise soberana da prova e, por isso, não podem ser revistas por esta Corte sem o reexame do acervo fático-probatório. Incidências das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Recurso especial interposto por Mozariém Gomes do Nascimento:

2.1. Os danos causados a partir da execução de tutela antecipada (assim também a tutela cautelar e a execução provisória) são disciplinados pelo sistema processual vigente à revelia da indagação acerca da culpa da parte, ou se esta agiu de má-fé ou não. Basta a existência do dano decorrente da pretensão deduzida em juízo para que sejam aplicados os arts. 273, § 3º, 475-O, incisos I e II, e 811 do CPC. Cuida-se de responsabilidade objetiva, conforme apregoa, de forma remansosa, doutrina e jurisprudência.

2.2. *A obrigação de indenizar o dano causado ao adversário, pela execução de tutela antecipada posteriormente revogada, é consequência natural da improcedência do pedido, decorrência ex lege da sentença e da inexistência do direito anteriormente acautelado, **responsabilidade que independe de reconhecimento judicial prévio**, ou de pedido do lesado na própria ação ou em ação autônoma ou, ainda, de reconvenção, bastando a liquidação dos danos nos próprios autos, conforme comando legal previsto nos arts. 475-O, inciso II, c/c art. 273, § 3º, do CPC. Precedentes.*

2.3. A complexidade da causa, que certamente exigia ampla dilação probatória, não exige a responsabilidade do autor pelo dano processual. Ao contrário, neste caso a antecipação de tutela se evidenciava como providência ainda mais arriscada, circunstância que aconselhava conduta de redobrada cautela por parte do autor, com a exata ponderação entre os riscos e a comodidade da obtenção antecipada do pedido deduzido.

3. Recurso especial do Condomínio do Shopping Conjunto Nacional não provido e recurso de Mozariém Gomes do Nascimento provido.

(REsp n. 1.191.262/DF, Relator o Ministro Luis Felipe Salmoão, DJe de 16/10/2012 - sem grifo no original)

Dessa forma, não há que se falar em ausência de título executivo judicial apto a permitir o cumprimento de sentença formulado pela ora recorrente, pois o comando a ser executado é a própria decisão que antecipou a tutela, juntamente com a sentença de extinção do feito sem resolução de mérito que a revogou, sendo, portanto, perfeitamente possível extrair não só a *obrigação* de indenizar o dano causado à parte ré (*an debeatur*), nos termos dos dispositivos legais analisados (CPC/2015, arts. 302 e 309), como também os próprios *valores* despendidos pela Amil com o cumprimento da tutela provisória deferida (*quantum debeatur*).

Entendimento diverso, aliás, além de violar os dispositivos legais correspondentes, não seria compatível com os princípios da economia e celeridade processual, que é justamente o objetivo da norma ao determinar que a indenização deverá ser liquidada nos próprios autos que a tutela provisória tiver sido concedida.

Por essas razões, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido, determinando que o cumprimento de sentença requerido pela recorrente prossiga nos próprios autos da ação de obrigação de fazer (Processo n. 1008595-34.2015.8.26.0005/01).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.777.632-SP (2018/0291611-1)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Jose Luis Romero Reig

Advogados: Renato Augusto de Carvalho Nogueira - SP245343

Arthur Antonioli de Araujo e outro(s) - SP266208

João Marcos Cavichioli Feiteiro - SP307654

Recorrido: Condominio Edificio Maison Rosseau Renoir

Advogado: Priscila de Andrade Santos - SP207481

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Recurso interposto sob a égide do NCPC. Ação de cobrança de taxa condominial. Afirmada violação dos arts. 183, 467, 468, 471, 472 e 472 do CPC/73. Prequestionamento inexistente. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. Deficiência da fundamentação. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284 do STF. Alegada negativa de vigência dos arts. 219 do CPC/73 e 202, § 5º, I, do CC/02. Prescrição da pretensão. Réus que faleceram antes do ajuizamento da ação. Trânsito em julgado de decisão que anulou o processo e a citação por edital. Citação decretada nula não pode interromper o prazo prescricional. Recurso especial provido.

1. Aplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade do recurso especial 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 aos requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

2. A ausência do indispensável prequestionamento do tema federal e a deficiência na fundamentação impossibilitam o conhecimento do recurso especial, no que tange a alegada ofensa aos arts. 183, 467, 468, 471, 472 e 472 do CPC/73. Aplicação, por analogia, das Súmulas n. 282, 356 e 284 do STF.

3. Da interpretação conjugada das normas dos arts. 219 do CPC/73 e 202, I, do CC/02, extrai-se o entendimento de que a prescrição é interrompida pelo despacho que ordena a citação e que a sua concretização faz com que seus efeitos interruptivos retroajam à data da propositura da ação.

4. Processo em que não houve citação válida é inexistente.

4.1. Decretada a nulidade absoluta do processo e da citação por edital dos réus falecidos antes da propositura da ação de cobrança da taxa condominial por decisão já transitada em julgado, não pode ele renascer já que não existiu, muito menos ela serviu para interromper a prescrição.

4.2. Ato nulo, por resguardar interesse público maior, em regra, é ineficaz, não pode ser confirmado pelas partes e não pode ser convalidado pelo decurso do tempo.

5. A Corte Especial já proclamou que não há interrupção da prescrição (i) se a citação ocorre depois da implementação do prazo prescricional; ou, mesmo antes, (ii) se a citação não obedece a forma da lei processual.

6. Recurso especial provido para reconhecer a ocorrência da prescrição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). João Marcos Cavichioli Feiteiro, pela parte recorrente: Jose Luis Romero Reig

Brasília (DF), 25 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 1º.7.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Condomínio Edifício Maison Rosseau e Renoir (Condomínio)* ajuizou (30/4/2003), ação de cobrança contra *Antônio Romero Herraéz e Amparo Reig Vicedo (Antônio e outra)*, proprietários do apartamento n. 54, que ali se localiza, visando compeli-los ao pagamento de débito condominial referente ao período de setembro de 2002 até abril de 2003.

Os réus foram citados por edital e a eles foi nomeado Curador Especial que ofertou contestação por negativa geral. O pedido foi julgado procedente. Deu-se início a execução, com a penhora do imóvel objeto da dívida condominial.

Diante da notícia do falecimento dos réus antes mesmo da propositura da demanda, o Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de São Paulo determinou (31/10/2013), que o *Condomínio* regularizasse o polo passivo, requerendo a citação dos herdeiros ou do espólio, sob pena de nulidade do processo (e-STJ, fl. 357).

O *Condomínio* cumpriu a determinação judicial e requereu a intimação do herdeiro e a modificação do polo passivo para Espólio de *Amparo Reig Vicedo e Antônio Romero Herraes* (e-STJ, fls. 360/361), o que foi deferido (26/2/2014), com determinação para que os espólios (de Antônio e Amparo) fossem citados na pessoa do herdeiro (e-STJ, fl. 364).

Citado aos 14/4/2014, o herdeiro *José Luis Romero Reig (José)* ofertou contestação (6/6/2014), na qual sustentou, em síntese 1) que a citação por edital e os atos subsequentes eram nulos porque os réus estavam falecidos antes da propositura da ação, que, assim, foi ajuizada contra parte ilegítima; e, 2) que a pretensão do *Condomínio* se encontrava prescrita (e-STJ, fls. 371/376).

Aos 10/9/2015, foi proferida decisão declarando a nulidade absoluta de todos os atos processuais praticados porque os óbitos antecederam a propositura da ação, inclusive da citação realizada por edital, com determinação de anulação do feito desde o início (e-STJ, fls. 404/405).

Diante do revés, o *Condomínio* interpôs agravo de instrumento contra a decisão que anulou o processo. O recurso, porém, não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por intempestividade (e-STJ, fls. 454/457), tendo o acórdão transitado em julgado (e-STJ, fl. 458).

O Juízo de Primeiro grau, considerando o comparecimento espontâneo do único herdeiro dos réus, entendeu que ficou suprida a citação pela oferta da contestação, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC/73 (e-STJ, fl. 459), bem como entendeu que a peça contestatória foi ratificada após a anulação do processo (e-STJ, fl. 488).

O Magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido e condenou o herdeiro dos réus, *José*, ao pagamento de R\$ 2.388,16 (dois mil, trezentos e oitenta e oito reais e dezesseis centavos), corrigidos a partir do ajuizamento da ação, determinou, ainda, que a condenação abrangesse as contribuições condominiais vencidas, e não pagas após o ajuizamento da demanda (e-STJ, fls. 512/515).

A apelação de *José*, que sustentou, em suma, que os créditos condominiais estavam prescritos, não foi provida pelo Tribunal de origem, nos termos da seguinte ementa:

Despesas de condomínio. Ação de cobrança. Prescrição não configurada. Sentença mantida. Apelação não provida (e-STJ, fl. 620).

Inconformado, *José* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, alegando violação dos arts. 166, 169 e 206, § 5º, do CC/02, e 183, 219, 467, 468, 471, 472 e 473 do CPC/73, sustentando que (1) deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição em virtude da já decretada nulidade absoluta da citação dos réus primitivos, que eram falecidos à época da propositura da demanda; (2) é contraditório o acórdão que declarou que não se operou a prescrição com o fundamento de que, mesmo nula a citação por edital, ela a interrompeu; (3) a decisão que reconheceu a nulidade da citação e anulou o processo desde o início está acobertada pela preclusão; (4) ato processual nulo e inexistente não é capaz de produzir efeitos jurídicos a ponto de interromper o prazo prescricional; (5) a citação válida do herdeiros dos réus primitivos somente ocorreu aos 15 de maio de 2014, quando já havia passado dez anos do ajuizamento da ação, o que se deu em 2003; e, (6) a ausência de citação regular constitui causa de nulidade absoluta que não se convalida e independe de boa-fé da parte autora.

Contrarrazões do recurso especial (e-STJ fls .677/701).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O inconformismo merece prosperar.

De plano, vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos 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.

O cerne da controvérsia consiste em saber se a ação de cobrança de débitos condominiais ajuizada aos 30/4/2003, visando a cobrança das parcelas referentes ao período de setembro e novembro de 2002 e dos meses de fevereiro a abril de 2003, na qual foi decretada, diante da notícia de que os réus faleceram antes mesmo do ajuizamento da ação, a nulidade de todos os atos processuais aos 10/9/2015, foi alcançada pela prescrição a pretensão do *Condomínio*.

1) *Da violação dos arts. 166, 169 e 206, § 5º, do CC/02, e 183, 219, 467, 468, 471, 472 e 473 do CPC/73.*

José, recorrente, sustentou, em síntese, que a ação de cobrança do débito condominial ajuizada em 2003 foi fulminada pela prescrição em virtude da decretação da nulidade da citação dos réus primitivos, seus pais, que se deu por edital quando eles já tinham falecido e isso antes mesmo do ajuizamento da demanda, de modo que o seu marco interruptivo somente ocorreu com a sua citação válida, o que ocorreu em maio de 2014, quando já havia ultrapassado o prazo de 5 anos previsto no art. 206, § 5º, do CC/02.

Para o juiz sentenciante, a alegada ocorrência de prescrição não se enfeixou, com a seguinte motivação:

[...]

Não prospera a alegada prescrição. Isto porque, a minguada averbação do óbito dos genitores do réu na matrícula do imóvel (objeto das despesas condominiais — fl. 17/18), é lícito presumir que o condomínio autor agiu com boa-fé na propositura da ação de cobrança em 30/04/2003 contra os antigos proprietários (já falecidos). Logo, conquanto tenham sido declarados nulos os atos processuais, não se pode deixar de reconhecer que a citação por edital (em abril de 2007) teve o condão de interromper o prazo prescricional, nos termos do antigo art. 219, do CPC/73, sobretudo porque o autor não se manteve inerte em nenhum momento do processo (e-STJ, fl. 514).

O Tribunal de origem, por sua vez, no julgamento da apelação interposta por *José*, confirmou a sentença porque entendeu que *entre a propositura da ação de cobrança em 2003 e a citação por edital que ocorreu em abril de 2007 o lapso temporal permaneceu suspenso, conforme alude o art. 219 do CPC de 1973* (e-STJ, fl. 622).

Como visto, para a instância precedente, não obstante a declaração de nulidade de todos os atos processuais desde o início, não ocorreu a prescrição, pois a ação de cobrança da taxa condominial foi proposta regularmente, e

o *Condomínio* não se manteve inerte em nenhum momento, devendo ser reconhecida que a citação por edital produziu o efeito de interromper o prazo prescricional.

Delimitada a controvérsia, de início, afasto as alegações de violação do disposto nos arts. 166 e 169 do CC/02, e arts. 183, 467, 468, 471, 472 e 473 do CPC/73: a uma, porque, apesar dos embargos de declaração opostos, eles não foram objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, estando ausente o indispensável requisito do prequestionamento, incidindo, por analogia, as Súmulas n. 283 e 356 do STF.

A duas, porque *José* não demonstrou de forma inequívoca, clara e fundamentada como eles teriam sido violados ou tiveram a vigência negada pelo acórdão recorrido, tendo se limitado a fazer menção genérica a eles nas razões do apelo nobre, revelando a deficiência da fundamentação, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula n. 284 do STF.

Remanesce, no entanto, a alegada ocorrência da prescrição com base nos arts. 219 do CPC/73 e 206, § 5º, do CC/02, devolvendo ao conhecimento desta eg. Corte Superior a análise do tema sobre a pretensão da cobrança do débito condominial e a definição do seu marco interruptivo.

A propósito, a legislação vigente à época dos fatos que trata do marco interruptivo da prescrição, com suporte na citação, estava disciplinada nos arts. 219, *caput*, e § 1º, do CPC/73, e 202, I, do CC/02:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.

O CPC/15 trata do tema, no seu art. 240 e § 1º, nos mesmos moldes do art. 202 do CC/02:

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

Verifica-se que a legislação civil escolheu o despacho do juiz que ordena a citação como o marco interruptivo da prescrição, desde que o interessado a promova no prazo e na forma do Código de Processo Civil.

E a lei processual, por sua vez, dizia que o despacho que ordenava a citação somente tinha o condão de interromper a prescrição se o autor promover a *citação válida* do réu no prazo de 10 dias, o qual poderia ser prorrogado até o máximo de 90 dias, nos termos dos parágrafos do art. 219 do CPC/73.

Da conjugação das normas de regência sobre o tema, tem-se que a prescrição seria interrompida pelo despacho que ordenava a citação e que a concretização do ato citatório válido fazia com que os seus efeitos interruptivos retroagissem à data da propositura da ação.

A doutrina especializada a respeito da interrupção da prescrição, de NELSON NERY e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ensina que:

O CC 202 admite a interrupção da prescrição apenas uma vez. Sendo efeito material, a interrupção da prescrição deve ser regulada, precipuamente, pela lei material que, no caso, é o CC. O CC 202 I determina que a prescrição seja interrompida não pela citação (com retroação à data da propositura da ação [CPC 263], conforme o CPC 219, § 1º), como, previsto no CPC 219, mas pelo despacho do juiz, mesmo incompetente, desde que o interessado promova a citação no prazo dos §§ 2º e 3º do CPC 219. Ou seja: pelo CC 202, a interrupção se dá com o despacho, e será completado por outro ato: a citação. Trata-se de ato complexo. No sistema do CPC a interrupção se dá pela citação, retroagindo os seus efeitos à data da propositura da ação (**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 5

Os referidos autores ressaltam que não há incompatibilidade entre as normas do CC/02 e o CPC/73, pois, na prática, os efeitos do cumprimento de ambas serão os mesmos: a data da interrupção da prescrição é a do despacho do juiz que ordenou a citação, que deverá ser feita no prazo e na forma dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/73, e o que determinava a interrupção era a efetiva citação feita no prazo legal.

Nesse mesmo sentido, NESTOR DUARTE, comentando a norma do art. 202 do CC/02, diz que *embora a interrupção da prescrição se dê com o despacho*

que a ordenar, a citação é imprescindível para conferir-lhe tal eficácia e deve suceder no prazo e na forma que o CPC prescreve (**Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. Coordenador Cezar Peluso. 9. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2015, p. 128).

Numa palavra: a prescrição continua a se interromper pelo despacho que ordena a citação e a sua efetivação no prazo legal, a torna válida e faz com que a sua eficácia interruptiva retroaja ao momento do ajuizamento da ação.

Feitas essas considerações, é indispensável colacionar os seguintes fatos relevantes e incontroversos nos autos, de modo a aferir se ocorreu a prescrição:

1) a ação de cobrança de débito condominial foi ajuizada em 2002 contra os réus que constavam como sendo os proprietários do imóvel, sobre o qual incidia a taxa condominial inadimplida;

2) a ação de cobrança foi ajuizada em 2003 e o *Condomínio* promoveu todos os atos visando a citação do réus no prazo legal, o que somente veio a ocorrer por edital em 2007;

3) quando da propositura da ação os réus já eram falecidos;

4) o Juízo *a quo*, diante da notícia do falecimento dos réus, aos 26/2/2014, não extinguiu o feito sem resolução do mérito, mas sim determinou a regularização do polo passivo e a citação dos espólios na pessoa do herdeiro;

5) a decisão que decretou a nulidade absoluta do processo, desde o início, e também da citação por edital, porque a ação foi promovida contra réus já falecidos, precluiu; e,

6) a instância ordinária entendeu, depois, que a citação por edital teve o condão de interromper a prescrição, sob o fundamento de que não houve inércia do *Condomínio*.

Nesse cenário, em que é incontroverso que não houve a inércia do *Condomínio*, mas que a ação foi promovida contra réus já falecidos, é importante fazer as seguintes considerações.

Como é sabido, o pressuposto da prescrição, que tem por objeto a pacificação social, é a inércia, ou seja, a negligência do sujeito que deixa perecer o direito do qual é titular, não ingressando com a ação dentro do prazo legal para a sua propositura e não emprega todos os esforços e diligências necessárias para citação do devedor, o que não é caso.

Com efeito, o *Condomínio* não foi inerte e não deixou de promover por todos os meios a seu alcance a citação dos réus no momento oportuno, mostrando-se diligente para com seu crédito.

Esse comportamento é protegido e prestigiado pela nossa jurisprudência, como se pode observar dos seguintes precedentes:

[...]

2. O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer possibilidade de exercer sua pretensão, *justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte.*

(REsp n. 1.347.715/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 4/12/2015, sem destaque no original).

Agravo interno. Direito Cambiário. Execução. Nota promissória. Constatação de inércia do titular do crédito, por lapso superior ao prazo prescricional para a ação cambial de execução. Inviabilidade do manejo de execução por título extrajudicial.

1. *'Registre-se que a orientação adotada pela Corte de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ que assevera que a prescrição pressupõe mora do credor decorrente de inércia motivada por incúria, negligência ou desídia.'* (AgRg nos EDcl no AREsp 496.042/RN, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, **Primeira Turma**, julgado em 06/08/2015, DJe 21/08/2015)

2. No caso, as instâncias ordinárias observaram que a cedente era a titular dos direitos creditícios desde o ano 2000 - e não a exequente anterior -, e o cessionário, ora recorrente, só ajuizou a execução dez anos depois, não podendo o período da primeira execução ser computado em favor daquele que sabia que era o titular do crédito, mas permitiu - sem a devida e necessária substituição processual - que terceiro continuasse a figurar como exequente em processo de execução diverso, embasado no título de crédito exequendo.

3. Com efeito, após a consumação da prescrição, eventual crédito referente ao negócio subjacente poderá ter relevância para o direito material (relação fundamental), em eventual ação de conhecimento em sua pureza, ou monitória, mas não é circunstância hábil a justificar o prosseguimento da execução embasada em título prescrito. (REsp 1.183.598/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/11/2015, DJe 15/12/2015)

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.411.255/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 23/11/2017, sem destaque no original).

Agravo interno no recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. CPC/73. Ação de cobrança de cotas condominiais. Prescrição. Inocorrência.

1. Não há falar em fluência de prazo prescricional em sendo o credor, de modo evidente, diligente no sentido da percepção de seu crédito.

2. O indevido afastamento, em sede de execução, das prestações continuadas e vencidas após a sentença de procedência da primeira ação de cobrança de cotas condominiais, pelo período em que o credor discutira o direito a este crédito, não pode ser computado como de inação para fins de cômputo do prazo prescricional.

3. 'As verbas condominiais decorrem de relações jurídicas continuativas e, por isso, devem ser incluídas na condenação as obrigações devidas no curso do processo até o pagamento, nos termos do art. 290 do CPC/73.' (REsp 1.548.227/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

4. Efetiva suspensão do prazo prescricional no curso das anteriores ação e execução.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.644.401/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 8/4/2019, DJe de 15/4/2019, sem destaque no original).

Desse modo, reconhecendo, com base nos elementos que instruem o feito, que o *Condomínio* agiu nos limites das suas possibilidades perseguindo o crédito a que faz jus, tendo inclusive pedido e promovido a citação dos réus na forma e no prazo legal, inexistindo evidência de ato que denotasse desídia dele, na linha da jurisprudência destacada, não deveria incidir a prescrição pretendida por JOSÉ, único herdeiro dos réus.

Contudo, no caso dos autos, há uma peculiaridade relevante, pois a suposta interrupção do prazo prescricional, nos termos dos arts. 219 do CPC/73 e 202 do CC/02, se deu com base em citação por edital, que posteriormente foi anulada por decisão já preclusa, porque a ação foi promovida contra réus que já eram falecidos (1995 e 1999) quando do ajuizamento da demanda.

A propósito, a conduta do Juízo *a quo*, quando tomou conhecimento de que a ação foi ajuizada contra réus já falecidos, de não extinguir o feito,

sem resolução do mérito, apesar de estar diante de uma flagrante hipótese de ausência de uma das condições da ação (ilegitimidade passiva), e de determinar a regularização do polo passivo e a citação do herdeiro, não é rejeitada pela nossa jurisprudência, apesar de existir opiniões doutrinárias e entendimento jurisprudencial em sentido contrário.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.559.791/RS, esta Terceira Turma, em hipótese de execução promovida contra devedor falecido antes do ajuizamento da ação, firmou o entendimento de que o enquadramento jurídico de tal situação jurídica é a de ilegitimidade passiva do *de cuius*; no entanto, facultou ao autor, diante da ausência de ato citatório válido, emendar a inicial para regularizar o polo passivo, dirigindo a sua pretensão contra o espólio.

Do voto condutor do acórdão, da lavra da e. Ministra *Nancy Andrigbi*, extrai-se a seguinte motivação:

Na verdade, a situação em que a ação judicial é ajuizada em face de réu preteritamente falecido revela a existência de ilegitimidade passiva do *de cuius*, devendo, pois, ser oportunizada ao autor da ação a possibilidade de emendar a petição inicial para a regularizar o polo passivo, sobretudo porque, evidentemente, ainda não ter havido ato citatório válido e, portanto, o aditamento inicial é admissível independentemente de aquiescência do réu, conforme expressamente autorizam os arts. 264 e 294 do CPC/73, a fim de que o espólio seja o sujeito passivo da relação jurídico-processual em que deduzida a pretensão executiva, especialmente porque o espólio responder pelas dívidas do falecido (art. 597 do CPC/73).

O julgado ficou assim ementado:

Civil. Processual Civil. Execução de título extrajudicial. Réu falecido antes do ajuizamento da ação. Desnecessidade de habilitação, sucessão ou substituição processual. Necessidade de se facultar a emenda à inicial para correção do polo passivo diante da ausência de citação válida. Pretensão que deve ser dirigida ao espólio. Ausência de inventário ou de inventariante compromissado. Representação judicial do espólio. Administrador provisório. Embargos de declaração protelatórios. Possibilidade de afastamento. Excepcionalidade. Divergência jurisprudencial não configurada.

1- Ação distribuída em 12/05/2011. Recurso especial interposto em 10/05/2012 e atribuídos à Relatora em 25/08/2016.

2. *O propósito recursal consiste em definir se a execução em face de devedor falecido antes do ajuizamento da ação deve ser suspensa até o processamento de ação de habilitação de sucessores ou se, ao revés, é admissível a emenda à inicial, antes da citação, para a substituição do executado falecido pelo seu espólio.*

3. A propositura de ação em face de réu preteritamente falecido não se submete à habilitação, sucessão ou substituição processual, nem tampouco deve ser suspensa até o processamento de ação de habilitação de sucessores, na medida em que tais institutos apenas são aplicáveis às hipóteses em que há o falecimento da parte no curso do processo judicial. Inteligência dos arts. 43, 265, I, e 1.055, todos do CPC/73.

4. *O correto enquadramento jurídico da situação em que uma ação judicial é ajuizada em face de réu falecido previamente à propositura da demanda é a de ilegitimidade passiva do de cujus, devendo ser facultado ao autor, diante da ausência de ato citatório válido, emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, dirigindo a sua pretensão ao espólio.*

5. Na ausência de ação de inventário ou de inventariante compromissado, o espólio será representado judicialmente pelo administrador provisório, responsável legal pela administração da herança até a assunção do encargo pelo inventariante.

6. É admissível que esta Corte afaste a multa aplicada por embargos de declaração reputados protelatórios, em caráter excepcional, quando a ausência do manifesto propósito de protelar for evidente e aferível da mera leitura da peça recursal.

7. A ausência de cópia do acórdão paradigma e de cotejo analítico entre os julgamentos alegadamente conflitantes impede o conhecimento do recurso especial pela divergência jurisprudencial.

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp n. 1.559.791/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado aos 28/8/2018, DJe de 31/8/2018).

Assim, na hipótese dos autos, em que não houve a extinção do processo sem resolução do mérito, mas foi decretada, por decisão preclusa, diante do falecimento dos réus antes do ajuizamento da ação, a nulidade de todo o feito desde o início, até mesmo da citação por edital, bem como se determinou a regularização do polo passivo em 2014, com o redirecionamento da ação contra o herdeiro, deve ser aplicado o mesmo direito, entendendo-se como correto, o procedimento adotado pelo Juízo *a quo* que deu seguimento ao feito.

Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação a conclusão de que a citação dos réus já falecidos por edital, expressamente anulada por decisão preclusa, teria o condão de interromper o prazo prescricional, como entendeu a Corte de origem.

O ato nulo, como é sabido, por resguardar o interesse público maior, em regra é ineficaz, e, também, nos termos do art. 169 do CC/02, não pode ser

confirmado pelas partes, nem tampouco convalidado pelo tempo, devendo ele ser conhecido de ofício pelo juiz quando dele se inteirar, como ocorreu na espécie.

Ora, se já foi dito que a interrupção da prescrição se dá com o despacho que ordenar a citação a ser promovida no prazo e na forma legal, então, para ela ser válida, conferindo a eficácia de retroagir à data da propositura da ação, e como no caso, a citação válida do herdeiro somente veio a ocorrer em 2014, dever ser reconhecida a prescrição da pretensão do *Condomínio*.

Isso porque, na ação promovida em 2003 contra réus já falecidos na qual efetivamente a citação válida, que teve o condão de interromper o prazo prescricional, somente se efetivou na pessoa do herdeiro deles, em 2014, ou seja, muito além dos cinco anos do prazo previsto no art. 206, § 5º, I, do CC/02.

Por oportuno, convém registrar que esta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial n. 1.483.930/DF, no rito dos recursos repetitivos, publicado no DJe de 1º/2/2017, consolidou o entendimento de que “na vigência do Código Civil de 2002 é quinquenal o prazo prescricional para que o Condomínio geral ou edifício (vertical ou horizontal) exercite a pretensão de cobrança de taxa condominial ordinária ou extraordinária, constante em instrumento público ou particular, a contar do dia seguinte ao vencimento da prestação.”

Não é só.

Como o Juízo *a quo*, após a declaração de nulidade de todos os atos processuais, inclusive da citação por edital dos réus originários, determinou a alteração do polo passivo da ação com a inclusão e a citação do herdeiro deles, operou-se, em verdade, a emenda da inicial ajuizada em 2003, com o redirecionamento da ação de cobrança contra *José*. Então, a relação processual somente se estabeleceu e se concretizou em 2014, ocasião em que ocorreu a citação válida dele, com a interrupção da prescrição que só se deu após o implemento do lapso prescricional quinquenal.

É consequência inafastável das normas em estudo, que não há interrupção da prescrição se a citação válida ocorre depois da concretização do prazo prescricional ou se ela não obedece a forma da lei processual, como na hipótese de direcionamento da ação contra parte ilegítima, como também ocorreu na espécie.

Nessa ordem de decidir, destaco o seguinte precedente da Corte Especial:

Embargos de divergência no agravo em recurso especial. Processual Civil. Administrativo Servidor público. Imposto de renda. Restituição. Ajuizamento de

ação indenizatória contra parte ilegítima. Citação válida. Ausência de interrupção da prescrição. Inteligência do art. 202, inciso I, do Código Civil/2002 e art. 219, *caput* e § 1º, do CPC/1973 (atual art. 240, § 1º, do CPC/2015). Embargos de divergência conhecidos e acolhidos.

1. Nos termos do § 1º do art. 219 do CPC/1973, a citação válida, ainda quando ordenada por juiz incompetente, interrompe a prescrição, que retroagirá à data da propositura da ação. O § 1º do art. 240 do CPC/2015, por sua vez, alinhado com a novo Código Civil, reza que a interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

2. O inciso I do art. 202 do Código Civil/2002 condiciona o efeito interruptivo da prescrição, a partir do despacho que ordenar a citação, “se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”.

3. *É consequência inarredável das normas de regência que não há interrupção da prescrição (i) se a citação ocorre depois da implementação do prazo prescricional, salvo demora imputável à administração judiciária (§ 3º do art. 240 do CPC/2015); ou, mesmo antes, (ii) se a citação não obedece a forma da lei processual. Nessa segunda perspectiva, se a ação é endereçada à parte ilegítima, claramente não foi observada a forma da lei processual e, por conseguinte, não há falar em interrupção do prazo prescricional.*

4. Cumpre ressaltar que, no caso dos autos, não há falar em dúvida acerca da parte legítima - o que, eventualmente, poderia ensejar a mitigação desse entendimento acerca da interrupção do prazo prescricional -, porquanto as ações foram propostas apenas em face da União, parte já reconhecidamente ilegítima à época, em razão do julgamento do REsp n. 989.419/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, *Primeira Seção*, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 193) e da edição da Súmula n. 447/STJ: “Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.” (Súmula n. 447, *Primeira Seção*, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

5. Embargos de divergência conhecidos e acolhidos para, cassando o acórdão embargado da Segunda Turma, conhecer do agravo em recurso especial e dar provimento ao recurso especial do *Estado do Paraná*, a fim de restabelecer a sentença de primeiro grau, que havia declarado a prescrição da pretensão dos Autores, com a consequente extinção do processo, com base no art. 269, inciso IV, do CPC/1973.

(EAREsp n. 1.294.919/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado aos 5/12/2018, DJe de 13/12/2018, sem destaque no original).

Esta Turma, sobre o tema, se pronunciou no julgamento do REsp n. 1.527.157/PR, da relatoria do e. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, no qual se

discutiu se a citação válida, mas de parte ilegítima, possui eficácia interruptiva em desfavor da parte legítima contra a qual apenas se direcionou a demanda, acolhido o pedido de emenda da petição inicial e realizada nova citação, após o implemento do prazo prescricional e o escoamento dos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/73, contados do primeiro despacho ordinatório da citação. São estas as palavras do Relator:

[...]

Mas não só o despacho para a mera citação em uma ação cuja petição inicial atenda os requisitos do art. 283 do CPC/73 faz interrompido e retroagido o efeito da interrupção. Como já referi, haverá, ainda, a necessidade de *a citação realizar-se válida e tempestiva*.

Elegeu o legislador como que um ato complexo a deflagrar os efeitos materiais relativos à interrupção, notadamente a sua retroação. Conjugou-se o despacho que ordena a citação à hígida e tempestiva realização do ato citatório. Sem esta hígidez formal e sem atender-se aos prazos previstos na legislação não haverá falar em retroação e nem em interrupção.

Ora, se inexistente citação, se ela é declarada nula, ou, ainda, se ela é realizada em pessoa totalmente diversa daquela que deveria responder pela prestação que se busca ver satisfeita na ação, não vejo como reconhecer-se interrompido o lapso prescricional.

Para a retroação do efeito interruptivo oriundo da citação tenho que é imperioso que o ato citatório ocorra na pessoa daquele contra o qual se postula a condenação à prestação cujo prazo prescricional encontra-se em curso.

Com efeito, apenas a citação hígida e tempestiva da parte legitimada para estar no polo passivo da ação, conciliando-se, a um só tempo, a cessação da inércia do titular do direito à prestação e, ainda, a constituição em mora do efetivo devedor, enquanto efeito próprio da citação, é que se poderá entender interrompida a prescrição e, ainda, retroagidos os seus efeitos à data da petição inicial apta.

Não se justificaria ter o legislador eleito a conjugação da citação válida ao despacho que a ordena, se bastasse para a interrupção do prazo prescricional o mero ajuizamento da ação contra qualquer pessoa que não aquele materialmente responsável pela satisfação da obrigação.

Na hipótese dos autos, ademais, sequer se trata de hipótese em que a legitimidade passiva para a causa poderia ser considerada controvertida. O próprio demandante acabou por reconhecer que a sociedade empresária por ele originalmente indicada como ré sequer retransmitiria o sinal do SBT, empresa do ramo das telecomunicações em que veiculado o programa jornalístico em que propagandas as pretensas ofensas, senão o sinal da Record, que vínculo algum possuía com o referido programa televisivo.

Relembro que, de um modo ou de outro, as hipóteses legais previstas no Código Civil de interrupção da prescrição tangenciam a constituição em mora ou a ciência do devedor da prestação que se busca ver cumprida (sem destaques no original).

Observa-se da fundamentação supracitada a afirmativa de que se não existe citação, ou se ela é declarada nula, ou se é realizada em pessoa diversa da que deveria responder pela prestação, não se reconhece a interrupção do prazo prescricional, entendimento que é perfeitamente aplicável ao caso em análise, seja porque a citação foi declarada nula, seja porque os réus previamente falecidos, não mais eram partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Interrupção da prescrição. Citação válida. Ajuizamento de ação indenizatória contra parte manifestamente ilegítima. Emenda realizada após o implemento do prazo prescricional. Citação da parte legítima ocorrida de modo intempestivo, quando já escoado o lapso prescricional. Inaplicabilidade do efeito interruptivo retroativo.

1. Discussão acerca da eficácia interruptiva da prescrição operada pela citação válida, mas de parte ilegítima, em relação à parte legítima contra a qual apenas foi direcionada a demanda após o acolhimento do pedido de emenda da petição inicial.

2. Nova citação realizada apenas após o implemento do prazo prescricional e do escoamento dos prazos previstos nos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC/73, contados do primeiro despacho ordinatório.

3. Ação indenizatória por danos morais decorrentes de veiculação, em 15/06/2004, de matéria jornalística alegadamente ofensiva ajuizada em 13/06/2007, alguns dias antes do implemento da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, inciso V, do CC.

4. A maior parte dos precedentes do STJ, versando acerca dos efeitos interruptivos da prescrição advindos da citação válida, remontam a fatos ocorridos na vigência do art. 175 do CC/16, cuja revogação pelo CC/02 e posterior tratamento legislativo do tema, exige uma nova abordagem da questão.

5. A interpretação que mais bem atende ao disposto no art. 219, § 1º, do CPC/73 e, ainda, ao art. 202, inciso I, do CC, é a de que apenas com a citação formalmente correta e tempestiva da parte legitimada para estar no polo passivo da ação, é que se poderá entender interrompida a prescrição.

6 Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.527.157/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado aos 5/6/2018, DJe de 8/6/2018).

Para finalizar, destaco a doutrina de SÍLVIO DE SALVO VENOSA, segundo a qual a citação ordenada em processo anulado é idônea para interromper a prescrição, desde que a nulidade não tenha sido decretada justamente por vício da citação (**Código Civil Interpretado**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 310).

Nessa mesma linha, NERY JÚNIOR e ROSA MARIA, citando Cahali e Pontes de Miranda, entendem que *ocorre a interrupção da prescrição pela citação, ainda que o processo venha a ser anulado, salvo se o motivo da anulação é a invalidade da própria citação* (**Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 573).

E por fim, cá entre nós, difícil engolir pela presunção *omnis*, comum, que o *Condomínio* não soubesse do falecimento dos antigos condôminos.

Diante de todo o exposto, considerando 1) que a prescrição não se interrompe quando a citação é considerada nula; 2) que a citação eivada de vício formal, como na hipótese de ilegitimidade passiva, não interrompe a prescrição; 3) que ela só retroage à data da propositura se a ação tiver condições de desenvolvimento válido e regular, o que não ocorre quando a emenda da inicial e determinação de nova citação se deram porque já decorrido o prazo prescricional; e 4) se o motivo da anulação do processo é a invalidade da citação, então, não há interrupção da prescrição, e por isso o recurso especial merece prosperar, e deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão de cobrança das taxas condominiais inadimplidas.

Cabe ressaltar que a solução encontrada pode ser vista, em um primeiro momento, como injusta, pois não há evidência de que o *Condomínio* tivesse sido inerte na perseguição do seu crédito, bem como há indícios de má-fé processual por parte de *José* que, com o falecimento de seus genitores, recebeu em 1999 a transmissão do imóvel objeto da cobrança das taxas condominiais, à luz do art. 1.784 do CC/02, que consagra o instituto do *droit de saisine*, bem como não promoveu o inventário dos bens no prazo legal, o que acabou contribuindo para a nulidade do processo e da própria citação efetivada por edital.

É evidente que *José* sabia do seu dever.

Ocorre que, aqui, há um óbice intransponível que impede a confirmação do acórdão recorrido, pois ele entendeu que a citação válida, considerada posteriormente nula, por decisão preclusa, teria o condão de interromper o prazo prescricional, o que não se admite.

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior, que orienta o universo dos jurisdicionados e que tem por missão uniformizar o direito federal infraconstitucional, é firme no sentido de que a citação declarada nula não pode interromper o prazo prescricional.

Nessas condições, pelo meu voto, *dou provimento* ao recurso especial para reconhecer a ocorrência da prescrição.

Fixo os honorários sucumbenciais, com suporte no art. 85, § 4º, do NCPC, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), em favor do patrono do recorrente.