



Quarta Turma

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 100.405-GO (2011/0234480-8)

Relator: Ministro Raul Araújo

Agravante: Ministério Público do Estado de Goiás

Procurador: Bruno Barra Gomes

Agravado: Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e outro

Advogado: Cássio Leite de Oliveira e outro(s) - GO021232

EMENTA

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Consumidor. Ação civil pública. Imposição de cláusula de arbitragem em contratos firmados entre fornecedores de bens imóveis e consumidores. Dano moral coletivo não configuração. Agravo interno desprovido.

1. “A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores” (REsp 1.303.014/RS, Quarta Turma, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015).

2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade.

3. No caso concreto, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJ/GO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o SECOVI - Sindicato da Habitação de Goiás -, terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para

discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais. Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização.

4. Não se vislumbra grave ofensa à moralidade pública ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio.

5. O processo foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 19.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de agravo interno interposto por *Ministério Público do Estado de Goiás* contra decisão monocrática da lavra deste Relator que conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Em suas razões recursais, o ora agravante alega, em síntese, que a discussão encampada pelo presente recurso é estritamente jurídica e gira em torno da prescindibilidade de comprovação do abalo psicológico para configuração do dano moral coletivo. Assim, defende a inaplicabilidade ao caso da Súmula 7/STJ.

Requer, ao final, a reforma da decisão agravada pela Turma Julgadora.

Intimada, a parte agravada não apresentou manifestação (e-STJ, fl. 1.262).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Cuidam os autos de ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público do Estado de Goiás* contra a *Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia* e *Outro*, requerendo que as réus se abstivessem de promover arbitragem e a respectiva execução relativamente a litígios decorrentes de relação de consumo firmada entre fornecedores de bens imóveis e consumidores adquirentes de propriedades imóveis, bem como fossem condenadas ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

Na r. sentença, foi acolhida a preliminar de falta de interesse de agir relativamente aos pedidos de obrigação de não fazer (promoção da arbitragem e de sua execução), por terem sido revogados os atos que autorizavam a realização de arbitragem em tais hipóteses, o que ensejou a extinção do processo sem resolução de mérito, nesse tópico, nos termos do art. 267, VI, do CPC de 1973. Por sua vez, no tocante ao alegado dano moral coletivo, o pedido foi julgado improcedente, nos termos da seguinte fundamentação:

O Requerente afirma que a conduta dos Réus acarretou dano moral coletivo e que em razão disso, ambos devem ser condenados, individualmente, ao pagamento de indenização no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor.

A defesa coletiva instaurada na lide visa proteger os chamados “interesses ou direitos difusos”, os quais, na definição do inciso I do art. 81, do CDC, são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Tendo o autor da ação arguido o ferimento a direito da sociedade como um todo,, a hipótese é de “indeterminação de pessoas, ligadas por circunstâncias

de fato" (interesses ou direitos difusos), e não de "pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica" (interesses ou direitos coletivos), ou de "interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum".

Passemos agora a analisar a existência de dano moral coletivo indenizável.

A possibilidade de indenização por dano moral coletivo encontra respaldo legal na parte final do *caput* do ad. 10 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e nos incisos VI e VI do art. 60 do CD)C, *in verbis*:

(...)

Na seara das relações de consumo, o que causa o dano moral coletivo é a prática pelo fornecedor de serviço ou produto de ato antijurídico contra determinado segmento da coletividade, ofendendo seus valores extra-patrimoniais, gerando repulsa na comunidade.

(...)

Contudo, o dano moral coletivo é de difícil aferição no caso concreto.

Se houve sofrimento moral de algum consumidor adquirente de propriedade imóvel, ele é pontual, restrito à individualidade, do adquirente, não podendo ser ampliado a uma coletividade. Sua reparação, portanto, prescinde da postulação de ação indenizatória individual pelo interessado.

Dessa forma, não vislumbro um sentimento de angústia e inquietude de toda uma coletividade, a ensejar reparação do pleiteado dano moral, uma vez que não restou demonstrada a ofensa ao sentimento coletivo, ou seja, de valores compartilhados pela coletividade, caracterizando danos aos interesses extra-patrimoniais dos membros de um grupo ou coletividade, a ensejar indenização que atenda toda a comunidade atingida pelo evento danoso, ao contrário, restou demonstrado que houve ofensa sim, mas restrita ao interesse individual de cada consumidor.

Portanto, no caso dos autos, não há a evidência do abalo psicológico e também não se vislumbra o dano moral coletivo, razão pela qual, não procede o pleito indenizatório.

Na apelação interposta, a Corte estadual, no que tange ao dano moral coletivo, ao confirmar a r. sentença, concluiu:

Ao apreciar a presente ação, o magistrado singular às fls. 946/959, julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, por não restarem os mesmos evidenciados no feito.

Inconformado com o teor do *decisum*, o demandante avia o presente recurso de apelação (fls. 962/999), requerendo o conhecimento e provimento do apelo, a fim declarar-se a nulidade de todos os atos e decisões de natureza executória,

incidente nesta lide ou em processo autônomo das cortes arbitrais, proferida pela primeira requerida ora apelada. E ainda, pugna pela condenação das apeladas, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo na quantia de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), cada um, a ser destinado ao Fundo de Defesa do Consumidor.

(...)

Compulsando os autos, tenho que a pretensão do recorrente não deve prosperar pelos seguintes motivos.

(...)

In casu, é inegável a relação de consumo tratada nos autos, que tem como causa do dano moral coletivo, a prática pelo fornecedor de serviço ou produto de ato antijurídico, contra determinado segmento da coletividade, gerando ofensa aos valores extra-patrimoniais desta sociedade.

Contudo, nesta demanda, *não se verificou a ocorrência de dano moral coletivo*, haja vista que o sofrimento moral de qualquer consumidor, adquirente de propriedade imóvel, é individual, não podendo ser ampliado a uma coletividade. Logo, para se pretender a reparação do alegado dano, cabe ao interessado ajuizar ação indenizatória individualmente.

Constata-se que os acontecimentos narrados nos autos não são capazes de ocasionar a indenização pleiteada, porquanto, não houve lesão efetiva à coletividade, não havendo, por conseguinte, dano moral coletivo a ser indenizado.

(...)

Assim, como o autor/apelante não demonstrou de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social de consumidor titular do interesse coletivo ou difuso, o desacolhimento do pedido de indenização por danos morais coletivos é medida impositiva.

No recurso especial, a discussão trazida foi unicamente a respeito do cabimento, na hipótese, dos danos morais coletivos.

Na decisão de fls. 1.237-1.241 (e-STJ), este Relator conheceu do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Tal decisão há de ser confirmada no presente agravo interno, com acréscimo das seguintes motivações.

A respeito da configuração do dano moral coletivo, este Relator já teve a oportunidade de se manifestar, no julgamento do REsp 1.303.014/RS, no âmbito desta colenda Quarta Turma, delineando, na ocasião, que o referido dano é de índole fortemente punitiva, caracterizando-se quando a lesão atingir valores de uma comunidade, transbordando os limites da tolerabilidade. Destarte, “a

condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores” (julgado em 18/12/2014 e publicado no DJe de 26/5/2015).

Com efeito, a jurisprudência desta Corte de Justiça orienta-se no sentido de considerar que “não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. *Massami Uyeda*, *Terceira Turma*, julgado em 02/02/2012, DJe de 10/02/2012).

Nesse sentido, citam-se, ainda, outros julgados das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal:

Agravo em recurso especial. Decisão agravada. Fundamentos. Impugnação específica. Inocorrência. Não conhecimento.

1. O agravo interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial que não impugna, especificamente, todos os fundamentos por ela utilizados, não deve ser conhecido, conforme disposto na Súmula 182/STJ.

2. Agravo em recurso especial interposto por *Banco Bonsucesso S/A* não conhecido.

Recurso especial. Consumidor. Interesses individuais homogêneos. Ação civil pública. Débito. Pagamento antecipado. Art. 52, § 2º, do CDC. Valores essenciais. Lesão intolerável. Ausência. Danos morais coletivos. Inocorrência.

1. Acórdão recorrido publicado em: 03/03/2016; concluso ao gabinete em: 02/10/2017; julgamento: CPC/73.

2. Na presente ação coletiva, o Ministério Público questiona a ocorrência de prática abusiva, decorrente do fato de não ter sido encaminhado aos consumidores o boleto necessário para o pagamento da dívida contraída com instituição financeira que não possui agência na cidade de seu domicílio, o que violaria o direito dos consumidores de quitarem antecipadamente o débito (art. 52, § 2º, do CDC).

3. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo.

4. *O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais.*

5. *Se, por um lado, o dano moral coletivo não está relacionado a atributos da pessoa humana e se configura in re ipsa, dispensando a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral, de outro, somente ficará caracterizado se ocorrer uma lesão a valores fundamentais da sociedade e se essa vulneração ocorrer de forma injusta e intolerável.*

6. *A lesão de interesses individuais homogêneos pode acarretar o comprometimento de bens e institutos jurídicos superiores cuja preservação é cara à própria comunidade, vulnerando, pois, valores fundamentais da comunidade, razão pela qual é passível, em tese, de reclamar a compensação de danos morais coletivos.*

7. Na hipótese em exame, todavia, a lesão ao direito previsto no art. 52, § 2º, do CDC não acarreta a violação de valores essenciais da sociedade e o não envio dos boletos necessários à quitação do débito, ainda que possa configurar negativa de vigência à lei de regência, não configura lesão intolerável a interesse individual homogêneo, razão pela qual não há dano moral coletivo a ser indenizado.

8. Recurso especial conhecido interposto pelo *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* conhecido e desprovido.

(REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe de 07/06/2018, grifou-se)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Descumprimento do dever de informar. Danos morais coletivos. Ausência de abalo a toda coletividade. Danos materiais. Inexistência. Inviável modificar as conclusões do acórdão *a quo*. Incidência das Súmulas n. 7 e 83 do STJ. Agravo desprovido.

1. *A condenação à indenização por dano moral coletivo em ação civil pública deve ser imposta somente aos atos ilícitos de razoável relevância e que acarretem verdadeiros sofrimentos a toda coletividade, pois do contrário estar-se-ia impondo mais um custo às sociedades empresárias.* Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do acervo probatório dos autos, consignaram não ter havido prova da ocorrência de danos, sejam eles materiais ou morais, capazes de ensejar a condenação à reparação civil, pois não se comprovou o dano aos correntistas, tendo em vista as isenções de tarifas, bem como não houve dificuldade oposta pela casa bancária para transferência dos vencimentos para as instituições financeiras escolhidas pelos servidores públicos. Infirmar tais conclusões demandaria o reexame de provas, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 964.666/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 11/11/2016)

Recurso especial. Ação civil pública. Dignidade de crianças e adolescentes ofendida por quadro de programa televisivo. Dano moral coletivo. Existência.

1. *O dano moral coletivo é aferível in re ipsa, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.* Precedentes.

2. Na espécie, a emissora de televisão exibiu programa vespertino chamado “Bronca Pesada”, no qual havia um quadro que expunha a vida e a intimidade de crianças e adolescentes cuja origem biológica era objeto de investigação, tendo sido cunhada, inclusive, expressão extremamente pejorativa para designar tais hipervulneráveis.

3. A análise da configuração do dano moral coletivo, na espécie, não reside na identificação de seus telespectadores, mas sim nos prejuízos causados a toda sociedade, em virtude da vulnerabilização de crianças e adolescentes, notadamente daqueles que tiveram sua origem biológica devassada e tratada de forma jocosa, de modo a, potencialmente, torná-los alvos de humilhações e chacotas pontuais ou, ainda, da execrável violência conhecida por *bullying*.

4. Como de sabinça, o artigo 227 da Constituição da República de 1988 impõe a todos (família, sociedade e Estado) o dever de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito e de lhes colocar a salvo de toda forma de discriminação, violência, crueldade ou opressão.

5. No mesmo sentido, os artigos 17 e 18 do ECA consagram a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral das crianças e dos adolescentes, inibindo qualquer tratamento vexatório ou constrangedor, entre outros.

6. Nessa perspectiva, a conduta da emissora de televisão - ao exibir quadro que, potencialmente, poderia criar situações discriminatórias, vexatórias, humilhantes às crianças e aos adolescentes - traduz flagrante dissonância com a proteção universalmente conferida às pessoas em franco desenvolvimento físico, mental,

moral, espiritual e social, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade, configurando-se, portanto, hipótese de dano moral coletivo indenizável, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.

7. *Quantum* indenizatório arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas.

8. Recurso especial não provido.

(REsp 1.517.973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/11/2017, DJe de 1º/02/2018)

Nesse contexto, o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade.

Na análise dos autos, não se verifica nenhuma das situações acima descritas capazes de ensejar o reconhecimento de dano moral coletivo.

Na hipótese em exame, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJ/GO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o SECOVI - Sindicato da Habitação de Goiás, em junho de 2006 (Protocolo de Interação e Cooperação Técnica, às fls. 286-297, e-STJ), terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais.

Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização.

Não se constata, pois, grave ofensa à moralidade pública ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio.

Ademais, conforme salientado na r. sentença e no acórdão do Tribunal estadual, o feito foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública, pelo Decreto Judiciário 112/2008, emanado da Presidência do

TJ/GO, que entrou em vigor em 24/3/2008. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade.

Com base nessas considerações, há de ser confirmado o não acolhimento do pleito formulado na ação civil pública de indenização do dano moral coletivo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.450.434-SP (2014/0058371-2)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda

Advogados: Rodrigo Rocha de Souza - RJ085889

Caio Vasconcelos Araújo e outro(s) - SP309287

Paulo Henrique de Paiva Santos - DF056343

Recorrido: Artur Luiz Godoy Fernandes

Advogado: Sandro Raymundo e outro(s) - SP173562

EMENTA

Responsabilidade civil e consumidor. Recurso especial. Assalto à mão armada em *drive-thru* de estabelecimento comercial. Fortuito interno. Fato do serviço. Relação de consumo. Obrigação de indenizar.

1. O *drive-thru*, em linhas gerais, é a forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza aos seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham que sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao “passar” com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja.

2. Assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço de *drive-thru* em troca

dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito de lealdade e segurança em qualquer relação contratual, como incidência concreta do princípio da confiança (inteligência da Súm. 130 do STJ).

3. Ao estender a sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a lanchonete buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar os seus ganhos e proventos, pois, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos seus produtos e serviços, facilitou a compra e venda, aumentou as suas receitas, perfazendo um diferencial competitivo para atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela. Por conseguinte, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade.

4. De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos.

5. Aliás, o sistema *drive thru* não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, sim, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o *modus operandi* do serviço, no qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa.

6. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada, em que se constata a promessa de segurança de seus clientes.

7. Na hipótese, diante de tais circunstâncias trazidas aos autos, verifica-se que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim em fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente. O fornecedor, por sua vez, pelo que consta dos autos, não

demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito *drive-thru* tampouco comprovou que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Paulo Henrique de Paiva Santos, pela parte recorrente: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 9.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Artur Luiz Godoy Fernandes ajuizou ação de reparação por danos materiais e morais em face de McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., sustentando que, em 25 de julho de 2003, enquanto comprava um lanche no serviço *drive-thru*, sem sair do carro, foi assaltado por um homem armado que roubou sua carteira e a chave do veículo, tendo ficado com seu carro travado na fila da lanchonete.

O magistrado de piso julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos materiais, a importância de R\$ 235,00 e, pelos danos morais suportados, o montante de R\$ 14.000,00 (fls. 355-361).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso:

Apelação. Indenização por danos materiais e morais. Assalto à mão armada em drive-thru de estabelecimento comercial. Procedência. Apelo do réu insistindo nas excludentes de responsabilidade. Responsabilidade objetiva configurada. Procedência ratificada nos moldes do artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal. Danos morais configurados. Valor arbitrado em R\$ 14.000,00, com observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Negado provimento ao recurso.

(fls. 407-416).

Nas razões do recurso especial, alegou-se violação aos arts. 535, II, do CPC e 393 do Código Civil.

Aduz que o acórdão foi omissivo. Sustenta, ademais, que o evento narrado na inicial se afigura como caso fortuito ou força maior, ocorrendo apenas em razão de ato cometido por terceiro, não tendo a recorrente participado, tampouco colaborado, ativa ou passivamente, para o ato de violência narrado, perfazendo, por conseguinte, a exclusão de sua responsabilidade civil.

Assevera que “a recorrente não possui o dever legal de manter segurança armada em seu estabelecimento, tampouco evitar que ações criminosas como o assalto abordado nestes autos ocorra. Isso porque, o roubo a mão armada não figura um risco inerente a atividade de um simples restaurante, tampouco poderia prever a ocorrência deste fato, visto que é uma empresa de alimentos, e não uma instituição financeira, por exemplo”.

Salienta que “os seguranças da recorrente nada poderiam fazer no intuito de coibir a atividade criminosa sem que, para tanto, colocasse em risco a vida dos demais consumidores”.

Contrarrazões às fls. 501-506.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 527-530), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 570).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC/73, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos.

A leitura do recurso de apelação interposto revela a não ocorrência dos vícios ensejadores da oposição de embargos declaratórios, tendo o Tribunal fundamentado a sua decisão no princípio do livre convencimento motivado, apenas divergindo da pretensão da recorrente.

Com efeito, aplica-se a jurisprudência desta Corte segundo a qual não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a ele.

Confira-se:

(...)

1. Não há omissão em acórdão que, apreciando explicitamente as questões suscitadas, decide a controvérsia de forma contrária àquela desejada pela recorrente.

(...)

(REsp 1.057.477/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/09/2008, DJe 02/10/2008)

Ademais, como se percebe, o acórdão, ao adotar o entendimento da sentença, transcreveu trechos das razões do referido julgado, valendo-se da técnica de fundamentação *per relationem*, amplamente aceita no âmbito do STF e do STJ, não se cogitando de nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

Recurso especial. Processo Civil. Inexistência de razões sobre a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel. Violação do art. 535 do CPC/1973 configurada.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/1973.

2. O acórdão recorrido, na hipótese, foi omisso, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - pela ausência de motivação sobre a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel rural -, não se manifestou de forma satisfatória sobre os pontos fundamentais articulados.

3. É pacífico no âmbito do STF e do STJ o entendimento de ser possível a fundamentação *per relationem* ou por referência ou por remissão, não se cogitando nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal,

desde que os fundamentos existentes aliunde sejam reproduzidos no julgado definitivo (principal), o que, como visto, não ocorreu na espécie.

4. O enfrentamento da questão ventilada nos embargos de declaração é absolutamente insuperável e não pode ser engendrado pela primeira vez nesta Corte, principalmente pelo óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.426.406/MT, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 11/05/2017)

3. A controvérsia principal está em definir se o estabelecimento comercial responde civilmente pelos danos sofridos por consumidor vítima de assalto à mão armada no momento em que adquire, na cabine *drive-thru*, produtos do fornecedor.

O Tribunal de Justiça, confirmando os fundamentos da sentença, reconheceu a responsabilidade da lanchonete pelos seguintes fundamentos:

Arthur Luiz Godoy Fernandes ajuizou a presente ação em face do *Mc Donald's Comércio de Alimentos Ltda* visando o ressarcimento por danos materiais e morais que, segundo relato da inicial, sofreu quando abordado na cabine do "drive thru" de um estabelecimento da ré por um homem que, portando arma de fogo, roubou-lhe a carteira e a chave do veículo.

Dando ensejo ao presente recurso, houve por bem a Magistrada de origem exarar o decreto de procedência para condenar a ré a pagar para o autor, a título de indenização por danos materiais, a importância de R\$ 235,00, bem como o montante de R\$ 14.000,00, a título de danos morais, valores a serem monetariamente corrigidos a partir da propositura da demanda, acrescidos de juros legais desde a citação. Carreou à demandada, ainda, os ônus da sucumbência, fixando a verba honorária em 15% do valor da condenação.

Inconsistente o reclamo.

A MM. Juíza a quo *apreciou corretamente os elementos jurídicos e fáticos trazidos à baila no presente feito, dando a ele solução escorreita e irretocável, pelo que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, in verbis:*

Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la.

Na Seção de Direito Privado deste *Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo*, o dispositivo regimental tem sido largamente utilizado por suas Câmaras,

seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos. Anote-se, dentre tantos outros: Apelação 99406023739-8, Rel. Des. Elliot Akel, em 17/06/2010; AI 990101539306, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, em 17/06/2010; Apelação 99402069946-8, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, em 08/06/2010; Apelação 99405106096-7, Rel. Des. Neves Amorim, em 29/06/2010; Apelação 99404069012-1, Rel. Des. José Roberto Bedran, em 22/06/2010; Apelação 99010031478-5, Rel. Des. Beretta da Silveira, em 13/04/2010; Apelação 9940500973556, Rel. Des. James Siano, em 19/05/2010; Apelação 99401017050-8, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, em 27/05/2010; Apelação n. 99404080827-0, Rel. Des. Alvaro Passos, em 17/09/2010; Apelação 99404073760-8, Rel. Des. Paulo Alcides, em 01/07/2010; AI n. 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n. 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010.

O *Colendo Superior Tribunal de Justiça* tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece “a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*” (REsp n. 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, j. de 4.9.2007; REsp n. 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. *Castro Meira*, j. de 21.11.2005; REsp n. 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. *Eliana Calmon*, j. 17.12.2004 e REsp n. 265.534-DF, 4ª Turma, Rel. Min. *Fernando Gonçalves*, j. de 1.12.2003).

Corretamente fez consignar a r. sentença que “... os autos cuidam de hipótese de prestação de serviços, tendo plena incidência o Código de Defesa do Consumidor na disciplina das relações havidas entre as partes...” Reportando-se à norma do art. 6º, VI da legislação consumerista, enfatizou “... serem direitos básicos do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, encontrando-se, ainda, “... devidamente alinhada a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços por defeitos relativos a essa prestação, quanto aos danos causados ao consumidor” (fls. 340, 6º e 7º parágrafo).

Destacando, enfim, que define “... A lei como sendo serviço defeituoso aquele que não fornece ao consumidor a segurança que dele se pode esperar (parágrafo 1º)”, sobretudo quando propalada pela empresa a segurança física de seus clientes e funcionários, restava à Magistrada, senão, exarar o decreto de procedência que encontra ressonância na jurisprudência pátria:

Processo Civil e Civil. Cerceamento de defesa. Inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Existência dos requisitos autorizadores. Roubo efetivado no estacionamento da fornecedora. Dever de cuidado, guarda e vigilância. Responsabilidade civil objetiva. Recurso improvido.

1. Inexiste cerceamento de defesa em razão da inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, mormente quando se sabe

que tal inversão, prevista no art. 6º, VIII do CDC, é um meio de facilitação da defesa em face da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança da alegação, segundo as regras ordinárias de experiência. Doutrina e precedente.

2. A prestação de serviços pelo sistema do *drivethru*, bem como a sua prolongação com o pedido de que o consumidor espere em estacionamento privativo da empresa a conclusão do lanche solicitado, enquadra-se, perfeitamente, no conceito de relação de consumo, sendo a sua responsabilidade informada, *in casu*, pela teoria da responsabilidade civil objetiva.

3. Negar a possibilidade de indenização é permitir que a fornecedora possa usufruir de todas as benesses advinda da oferta de estacionamento privativo, com captação de um maior número de atendimento de clientes, ainda que pelo sistema *drive thru*, eximindo-se de toda e qualquer responsabilidade pela guarda e vigilância dos mesmos.

4. Nos termos da pacífica jurisprudência das 3ª e 4ª Turmas do e. STJ a “empresa ou estabelecimento comercial que permite aos seus empregados e clientes utilizarem seu estacionamento responde por roubo ou furto de veículos a eles pertencentes, pois assume o dever de guarda e proteção. Mesmo não havendo contrato de depósito, a empresa se beneficia indiretamente, aplicando-se, portanto, o princípio da boa-fé objetiva.” (TJ/DF Apelação 20030110330330 - Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Relator Nilsoni de Freitas Custodio - J. em: 26/05/2004 - Data de Publicação: 03/06/2004).

Ausentes questionamentos quanto danos materiais, relativamente aos danos morais, não menos acertadamente decidiu a Magistrada de origem quando destacou ter sido o autor “... submetido à violência da abordagem à mão armada” e que “... pouca assistência recebeu dos funcionários do estabelecimento, como se depreende da prova oral colhida”; viabilizado, destarte, seu arbitramento nos moldes em que pretendido, porque comedido estimado. (fls. 342, penúltimo parágrafo).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Mostra-se incontroversa, portanto, a relação de consumo vivida entre as partes e o fato de o consumidor, ora recorrido, ter sido assaltado à mão armada no momento em que se valia do serviço de *drive-thru* oferecido pelo fornecedor.

4. Nesse passo, como sabido, o CDC previu a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco da atividade, estabelecendo que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art. 14), destacando que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (§ 1º).

O referido normativo previu, ainda, possíveis causas de mitigação da responsabilização - inexistência do defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º) -, sendo que a jurisprudência vem admitindo, ainda, o caso fortuito ou a força maior (expressamente previstos no art. 393 do CC), notadamente após a introdução do produto ou serviço no mercado de consumo.

À guisa de exemplo:

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte.

1. Como assentado em precedente da Corte, o “fato de o artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil” (REsp n. 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00).

2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 330.523/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 11/12/2001, DJ 25/03/2002, p. 278)

A força maior e o caso fortuito vêm sendo entendidos, atualmente, como espécies do gênero fortuito externo, no qual se enquadra a culpa exclusiva de terceiros, sendo aquele fato, imprevisível e inevitável, estranho à organização da empresa; contrapondo-se ao fortuito interno, que, apesar de também ser imprevisível e inevitável, relaciona-se aos riscos da atividade, inserindo-se na estrutura do negócio.

É o destaque da doutrina:

Lembre-se, contudo, da distinção entre o *caso fortuito interno* e o *caso fortuito externo*, admitindo-se que apenas quando se trate da segunda hipótese (externo) existiria excludente de responsabilidade. O *caso fortuito interno* consistiria no fato “inevitável e, normalmente, imprevisível que, entretanto, liga-se à própria atividade do agente. Insere-se, portanto, entre os riscos com os quais deve arcar

aquele, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade". Já o fortuito externo é aquele fato estranho à organização ou à atividade da empresa, e que por isso não tem seus riscos suportados por ela. Com relação a este, sustenta-se sua aptidão para excluir a responsabilidade objetiva.

(MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 546)

5. Dessarte, considerando a existência de relação de consumo - e o *fato do serviço* incontroverso -, resta saber se, no roubo ocorrido em *drive-thru*, há incidência da excludente de responsabilização.

5.1. Não há uma palavra no vernáculo para designar esse serviço. O sistema *drive-thru* é o "estabelecimento (lanchonetes e restaurantes *fast-food*) no qual o cliente é atendido sem sair do automóvel" ou "posto com máquina(s) de autoatendimento, em que o cliente tem acesso a serviços bancários, sem sair do veículo" (Dicionário Aurélio).

Em expressão similar, destaca Maria Helena Diniz que *drive-in* é "estabelecimento mercantil em que se pode entrar com o automóvel, permanecendo nele sentado, para assistir a filmes ou ser atendido pelo garçom" (*Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289). Diferentemente, no *drive-thru* - ou *drive-through* - a pessoa também é atendida no veículo, mas não fica no local consumindo o produto.

A título de curiosidade, tem-se a seguinte notícia da gênese do sistema:

O ano era 1931. Royce Hailey acabara de ser promovido a gerente de uma lanchonete tradicional de Dallas, no Texas, a *Pig Stands*. Aos 21 anos, mesmo sem saber dirigir, seu sonho era o de todo jovem americano da época: comprar um carro. Mas os Estados Unidos viviam os anos duros da recessão, depois da quebra da bolsa em 1929, e o *Pig Stands* estava às moscas. Os ombros do jovem gerente doíam pela pesada responsabilidade de fazer que os clientes voltassem a ocupar as mesas do restaurante.

Um dia, ouviu de seu patrão uma máxima inspiradora: "As pessoas que têm carro são tão preguiçosas que não querem sair dele nem para comer". Ele percebeu que era esse tipo de gente que precisava agradar. A solução encontrada por Royce foi original. Colocou, na entrada da lanchonete, uma plaqueta em que se lia "drive-thru" - literalmente, "dirija por" - um serviço até então nunca visto. Os clientes gostaram da novidade e, em pouco tempo, um congestionamento de Fords Modelo T e de outros calhambeques se formou diante da lanchonete. Só os gramáticos protestaram. Afinal, no vernáculo anglo-saxão, deveria ser "drive-through", e não a corruptela "thru". De qualquer maneira, um pedestre acabara de inventar a roda na história da alimentação.

Royce Hailey era um sujeito carismático e energético que nasceu em 1910 e aos 14 anos já trabalhava na lanchonete. O *drive-thru* não foi sua única boa idéia. Hailey também é responsável por uma das mais deliciosas invenções gastronômicas nas bandejas de *fast food*: os *onion rings*, anéis de cebola à milanesa. Em 1939, ele também transformou a *Pig Stands* na primeira lanchonete com luzes fluorescentes de que se tem notícia.

Em comparação com os atuais, o primeiro *drive-thru* da história era bem rudimentar. O motorista se dirigia aos fundos do *Pig Stands* e fazia o pedido diretamente para a cozinha. O próprio cozinheiro vinha trazer a encomenda, num pacote marrom sem identificação. Para beber, nada de refrigerante. Os motoristas saíam do *Pig Stands* tomando cerveja ao volante de seus calhambeques.

Apesar do sucesso, a idéia custou a se espalhar na terra do automóvel. A rede de lanchonetes Wendy's só aderiu ao sistema na década de 70 e o primeiro McDonald's com *drive-thru* só foi aberto em 1975. Hoje, claro, tudo mudou. 90% das lojas americanas de *fast food* têm caixas expressas de *drive-thru*. A QSR, importante publicação do setor de alimentação, faz um ranking anual dos melhores (e piores) *drive-thrus* do mercado. O sistema financeiro criou o *drive-thru banking* e até casamentos são realizados com o sistema – em Las Vegas, onde mais?

(OPPERMANN, Álvaro. *O inventor do drive-thru*. Revista Super Interessante. <<https://super.abril.com.br/historia/o-inventor-do-drive-thru/>>, acessado em 13/09/2018)

Trata-se, portanto, de forma de atendimento ou de serviço diferenciado de fornecimento de mercadorias em que o estabelecimento comercial disponibiliza a seus clientes a opção de aquisição de produtos sem que tenham de sair do automóvel. O consumidor é atendido e servido ao “passar” com o veículo pelo restaurante, mais precisamente em área contígua à loja.

No direito comparado, há caso famoso em tribunal norte-americano envolvendo o serviço, exemplo corrente na doutrina civilista ao tratar do *punitive damage*, assentando a responsabilidade do fornecedor, em que uma “idosa senhora, de 79 anos de idade, comprou um café no *drive-through* de uma lanchonete McDonald's. Ao dar partida no seu carro derramou o líquido em si mesma, vindo a sofrer queimaduras. O McDonald's recusou-se a indenizá-la espontaneamente. Na Justiça, um Júri do Tribunal de Albuquerque, no Estado do Novo México, condenou a empresa a pagar cerca de U\$3 milhões por danos (morais) punitivos, quantia esta posteriormente reduzida a U\$540 mil em virtude de a vítima ter contribuído com sua conduta para o acidente” (GOMES, José Jairo, *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296).

5.2. Por sua vez, o roubo mediante uso de arma de fogo é fato de terceiro equiparável à força maior, apto a excluir, em regra, o dever de indenizar, ainda que no âmbito da responsabilidade civil objetiva, por ser inevitável e irresistível, acarretando uma impossibilidade quase absoluta de não ocorrência do dano.

No entanto, ainda assim, em diversas situações o STJ reconhece a obrigação de indenizar, tais como: serviços em cuja natureza se verifica, em sua essência, risco à segurança, por se tratar de evento previsível (como as atividades bancárias); quando há exploração econômica direta da atividade (por exemplo, em estacionamentos pagos); quando, em troca dos benefícios financeiros indiretos, o fornecedor assume, ainda que implicitamente, o dever de lealdade e segurança (tal qual nos estacionamentos gratuitos de *shoppings* e hipermercados); ou, ainda, quando o empreendedor acaba atraindo para si tal responsabilidade (caso das ofertas e publicidades veiculadas).

Destaca-se que, ao contrário da hipótese dos autos, o caso objeto do EREsp 1.431.606/SP, já admitido pela em. Min. Isabel Gallotti para apreciação pela Segunda Seção, traz como acórdãos divergentes dois julgados que, apesar de tratarem da mesma lanchonete dos autos, ora recorrente, tem como fator preponderante e distinto da presente espécie (*distinguishing*) o fato de que o roubo ocorreu no estacionamento externo do empreendimento, não no interior do sistema *drive-thru*.

Assim, creio que não há precedente específico sobre o tema objeto deste recurso.

6. Nessa ordem de ideias, a rede de restaurantes, ao disponibilizar o serviço *de drive-thru* aos seus clientes, acabou atraindo para si - segundo entendo - a obrigação de indenizá-los por eventuais danos causados, não havendo falar em rompimento do nexo causal.

Isso porque, assim como ocorre nos assaltos em estacionamentos, a recorrente, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assumiu o dever implícito em qualquer relação contratual de lealdade e segurança, como incidência concreta do princípio da confiança.

Deveras, tenho que a responsabilidade em questão se assemelha muito àquelas situações dos empreendimentos comerciais, como *shoppings* e hipermercados, que colocam o estacionamento à disponibilização de sua freguesia, respondendo pelos danos sofridos nesse local (inteligência da Súm. 130 do STJ).

O enunciado da súmula tem a seguinte redação: “*A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento*”. Equivale a dizer: é a incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço e responsável pelo local de atendimento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor.

Neste sentido é a jurisprudência da Casa:

Responsabilidade civil. Recurso especial. Tentativa de roubo em cancela de estacionamento de *shopping center*. Obrigação de indenizar.

1. A empresa que fornece estacionamento aos veículos de seus clientes responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos no seu interior, uma vez que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, o estabelecimento assume o dever - implícito em qualquer relação contratual - de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança. Inteligência da Súmula 130 do STJ.

[...]

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.269.691/PB, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 05/03/2014)

Recurso especial. Ação indenizatória. Danos morais e materiais. Veículo. Roubo. Emprego de arma de fogo. Atacadista. Estacionamento externo. Gratuito. Área pública. Caso fortuito ou força maior. Fortuito externo. Súmula n. 130/STJ. Inaplicabilidade ao caso.

[...]

5. Em casos de roubo, a jurisprudência desta Corte tem admitido a interpretação extensiva da Súmula n. 130/STJ para entender configurado o dever de indenizar de estabelecimentos comerciais quando o crime for praticado no estacionamento de empresas destinadas à exploração econômica direta da referida atividade (hipótese em que configurado fortuito interno) ou quando esta for explorada de forma indireta por grandes shopping centers ou redes de hipermercados (hipótese em que o dever de reparar resulta da frustração de legítima expectativa de segurança do consumidor).

6. No caso, a prática do crime de roubo, com emprego inclusive de arma de fogo, de cliente de atacadista, ocorrido em estacionamento gratuito, localizado em área pública em frente ao estabelecimento comercial, constitui verdadeira hipótese de caso fortuito (ou motivo de força maior) que afasta da empresa o dever de indenizar o prejuízo suportado por seu cliente (art. 393 do Código Civil).

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.642.397/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 23/03/2018)

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais em razão de roubo sofrido em estacionamento de supermercado. Procedência da pretensão. Força maior ou caso fortuito. Não reconhecimento. Conduta omissiva e negligente do estabelecimento comercial. Verificação. Dever de propiciar a seus clientes integral segurança em área de seu domínio. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade, *in casu*. Dano moral. Comprovação. Desnecessidade. “*Damnum in re ipsa*”, na espécie. Fixação do *quantum*. Observância dos parâmetros da razoabilidade. Recurso especial provido.

I - É dever de estabelecimentos como shoppings centers e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores;

[...]

V - Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp 582.047/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/08/2009)

Com efeito, examinando-se os precedentes que deram origem ao Enunciado Sumular n. 130 do STJ, verifica-se que a maioria se funda na teoria do risco e, ainda que tais julgados sejam anteriores ao CDC, desde sempre expressam a preocupação da Corte com a vulnerabilidade do usuário em face do poder econômico, sustentando que:

[...] o manifesto interesse econômico do estabelecimento comercial, identificado com o aumento de sua lucratividade e incremento da clientela decorrente da comodidade que o estacionamento oferta ao cliente, presume-se o dever de guarda.

De tal sorte, entendo que a obrigação de indenizar radica no âmbito do risco profissional do empreendimento, resultante do proveito auferido, ainda que indireto. (REsp 35.352/SP, Rel. Ministro Antonio Torreão Braz, Quarta Turma, julgado em 30/11/1993, DJ 21/02/1994)

Confira-se, ainda:

Direito Civil. Indenização. Estacionamento em supermercado. Furto de veículo. Responsabilidade pela guarda da coisa. Recurso provido.

- A empresa que, em atenção aos seus objetivos empresariais, oferece local presumivelmente seguro para estacionamento, assume obrigação de guarda e vigilância, o que torna civilmente responsável por furtos em tal local ocorridos.

(REsp 30.033/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 08/02/1993, DJ 08/03/1993)

No caso dos autos, configurada efetivamente a falha do serviço, não parece razoável afastar a responsabilidade do fornecedor, apenas por não se tratar de estacionamento propriamente dito, mas de local em que o cliente parqueia o seu automóvel, em um estreito corredor, muitas vezes ficando encurralado aguardando atendimento, inclusive tarde da noite.

Observo, na verdade, que a razão de imputação da responsabilidade ao estabelecimento é, em suma, a mesma para ambas as hipóteses:

É certo que, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto, a empresa deverá assumir o dever de velar pela segurança do estacionamento e pela integridade física dos seus usuários.

Por essa razão, revela-se descabida a intenção da empresa de desonerar-se dessa incumbência, a pretexto de caso fortuito ou de força maior. Com efeito, o proveito financeiro indireto obtido pela empresa atrai-lhe o correspondente ônus de proteger o consumidor de eventuais furtos, roubos ou latrocínios.

Nessa linha de raciocínio, esta Corte já decidiu que é dever de estabelecimentos como *shoppings centers* e hipermercados zelar pela segurança de seu ambiente, de modo que não se há falar em força maior para eximi-los da responsabilidade civil decorrente de assaltos violentos aos consumidores."

(REsp 582.047/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 04/08/2009)

7. Por outro lado, pelo que consta dos autos, não demonstrou ter adotado todas as medidas, dentro de seu alcance, para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito *drive-thru* ou, ainda, que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência.

Hão de se considerar, ainda, as ponderações lançadas pelo Min. Raul Araújo em seu voto-vista no REsp 1.269.691/PB, nas quais enfatiza que o roubo é crime "do tipo que somente ocorre quando o meliante, percebendo a fragilidade da vítima, identifica um momento de oportunidade adequada para a prática delituosa, portanto, uma vigilância simples e eficiente seria capaz de evitar essas oportunidades"; "por se tratar de tentativa de roubo, de cunho nitidamente oportunista, evento lamentavelmente muito comum no dia a dia do

cidadão brasileiro, é previsível e facilmente evitável desde que adotadas cautelas mínimas [...]; e “outro poderia ser o entendimento caso se tratasse de um crime mais arquitetado e dissimulado, que exigisse planejamento pelos meliantes, mostrando-se de difícil prevenção, mas disso não se trata no caso”.

Importante salientar, ainda, que os tribunais estaduais vêm reconhecendo o dever de indenizar, haja vista que a conduta criminosa de roubo em *drive-thru* tem sido tão corriqueira nos dias atuais que sequer pode ser considerada como imprevisível.

À guisa de exemplo:

- *Apelação n. 0017651-82.2013.8.26.0004 (TJSP)*

Sobre a tese defensiva do fortuito, em sentido amplo (o *casus*), ponderou-se que “embora tenha havido fato de terceiro para a produção dos danos, não é menos verdade que a falta de cautela e precaução do prestador de serviço contribuiu ativamente para a ocorrência do evento danoso, *que não era imprevisível, até porque corriqueiras as notícias na mídia de eventos com o uso de arma de fogo, o que impunha maior segurança e vigilância no serviço drive-thru.*”

Estas mesmas teses, adotadas no acórdão embargado (Ap. civ. n. 0003884-20.2005.8.26.0048, rel. Des. Elliot Akel, j. 12.11.2013), já se encontravam em precedentes anteriores da Câmara (Ap. civ. n. 9146894-45.20078.26.0000, rel. Des. Elliot Akel, j. 08.11.2011), bem assim de outras Câmaras (v.g. Ap. civ. 9158288-20.2005.8.26.0000, rel. Des. Viviani Nicolau, j. 08.11.2011), particularmente sobre o *drive-thru*.

[...]

Em segundo lugar, também não se nega que, salvo em casos em que o serviço oferecido seja de segurança, como bancos e transportes de valores, o roubo qualificado pelo emprego de arma venha, normalmente, sendo considerado fortuito externo, isto é, evento estranho ao risco normal da atividade. *Mas sabe-se que esta estraneidade pode bem se superar quando haja a repetição de acontecimentos em condições semelhantes, omitindo-se o fornecedor na tomada de providências básicas que sirvam a enfrentá-los. Exatamente como na espécie.*

- *Apelação n. 1007165-38.2016.8.26.0223 (TJSP)*

Se a ré se predispôs a prestar tal serviço, que, por sua natureza, deixa veículos de consumidores e cabines de funcionários expostos e mais vulneráveis, gerou legítima expectativa de segurança a quem dele usufrui e assumiu risco claro e evidente de ser objeto de ações criminosas, que, *nos dias de hoje e em cidades como São Paulo, não podem mais ser consideradas extraordinárias ou imprevisíveis, tanto que a própria ré admitiu ter contratado segurança privada.*

8. Além disso, ao estender sua atividade para a modalidade *drive-thru*, a requerida buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços de *fast food*, facilitando a compra e venda, aumentando o fluxo de clientes e de suas receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais a sua clientela.

De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviços, ao agregar a forma de venda pelo *drive-thru* ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, o risco à sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetuar o consumo de seus produtos de dentro do veículo, em área contígua ao estabelecimento, deixando-os, por outro lado, mais expostos e vulneráveis a intercorrências como a dos autos.

Realmente, ao facilitar o atendimento, com a abertura de seu balcão para o lado externo, permitindo aos clientes que permanecessem dentro de seus carros para pedir, pagar e efetivar a retirada do produto, a recorrente, além do aumento dos lucros, fez com que os influxos e as filas internas de seu restaurante diminuíssem, reduzindo, também, a quantidade de veículos parados em seu estacionamento, tornando mais dinâmica sua atividade.

No entanto, com isso, propiciou - ou, ao menos, facilitou - que seus clientes ficassem mais desprotegidos, salvo se passasse a adotar a correspondente vigilância, o que parece ser seu dever.

Importante assinalar que o sistema *drive thru* não é apenas uma comodidade adicional ou um fator a mais de atração de clientela. É, também, um elemento essencial de viabilidade da atividade empresarial exercida, sendo o *modus operandi* do serviço, o qual o cliente, em seu veículo, aguarda por atendimento da empresa.

Por conseguinte, o fornecedor, ao ampliar os ramos de sua empresa, chamou para si o ônus de fornecer a segurança legitimamente esperada em razão dessa nova atividade.

No ponto, a doutrina especializada aponta que:

Se o causador do dano pode legitimamente exercer uma atividade perigosa, a vítima tem direito (subjético) à incolumidade física e patrimonial, decorrendo daí o dever de segurança. Com efeito, existe um direito subjético de segurança, cuja violação justifica a obrigação de reparar sem nenhum exame psíquico ou

mental, sem apreciação moral da conduta do dano. A segurança material e moral constitui um direito subjetivo do indivíduo, garantido pela ordem jurídica.

[...]

O principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não é o risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o princípio da segurança. O risco, como sempre repetimos, por si só não gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente. Que dever jurídico é esse? Quando se fala em risco, o que se tem em contrapartida é a ideia de segurança. *Por isso, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o dever de segurança. E foi justamente esse dever que o CDC estabeleceu para o fornecedor de produtos e serviços. Em suma, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo, o CDC impõe o dever de segurança; de só fornecer produtos ou serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor.*

(CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 177-185, 547).

A questão do estacionamento de veículo em empresa assume duas vertentes.

Caso o proprietário do veículo tenha ido a uma loja, fábrica, supermercado, estabelecimento comercial, industrial ou de serviços para fazer compras e nesses locais houver estacionamento gratuito para os clientes, incide a teoria da guarda da coisa ou do depósito, de sorte que esses estabelecimentos passam a ser os guardiães e responsáveis pelo veículo enquanto ali estiver.

Como o serviço é gratuito e, portanto, mera liberalidade, incide a disposição do art. 186 do CC/2002, respondendo o guardador subjetivamente, ou seja, por dolo ou culpa, que é presumida, invertendo-se o ônus da prova.

Todavia, se esse estabelecimento cobrar para acolher o veículo em seu estacionamento está-se diante de uma prestação de serviço de estacionamento, estabelecendo-se um contrato de guarda e depósito, com subsunção da hipótese no art. 3º, § 2º, do CDC.

Essa responsabilidade, como não se desconhece, é objetiva. Aliás, nesse sentido pronunciou-se o STJ, através da Súmula 130.

(STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: tomo I*. São Paulo: RT, 2013, p. 970)

Portanto, diante de tais circunstâncias trazidas nos autos, tenho que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, mas sim fortuito interno, porquanto incidente na proteção dos riscos esperados da atividade empresarial desenvolvida e na frustração da legítima expectativa de segurança do consumidor-médio,

concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

9. Ademais, configurada a responsabilização da fornecedora em razão da própria publicidade veiculada pela empresa, em que se constata a promessa de segurança dos clientes. Confira-se:

E o que espera um consumidor desta metrópole ao dirigir-se a uma loja do McDonald's, situada num bairro de classe média, para comprar seu lanche na cabine de "drive-thru"?

Quem responde a essa questão é a própria empresa, em sua publicidade: garantia ao público consumidor de conforto, qualidade de atendimento e, sobretudo, total segurança. In verbis:

A maior preocupação do McDonald's é preservar a segurança física de seus clientes e funcionários. Por isso o McDonald's mantém um quadro de seguranças treinados que circulam pelo restaurante com dois objetivos: primeiro, e acima de tudo prestar ajuda a clientes e funcionários; em segundo lugar, preservar o patrimônio da empresa (fls. 29).

E o que o cliente não espera desse fornecedor? Encontrar no quadro de "seguranças", propalado pela publicidade da empresa (que não é pouca, nem barata), um "orientador de público", cuja orientação funcional é afastar pedintes das lojas e "passar para o gerente" eventuais assaltantes que se apresentem no local. É esse o procedimento que a ré adota em sua segurança, para preservar a integridade física de seus clientes, como bem relatou a testemunha Wellington Tadeu, arrolada pelo McDonald's.

A prova produzida pela requerida é absolutamente falha na demonstração de que presta um serviço adequado e compatível com a justa expectativa de seu consumidor, em termos de segurança."

(fls. 358/359).

Com efeito, em relação à oferta, estabelece o Código Consumerista que "*toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*" (art. 30).

Destaca, ainda, que "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31).

Por outro lado, o Código Civil, em seu art. 393, prevê que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, *se expressamente não se houver por eles responsabilizado*”.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que houve a formalização de um liame pré-contratual entre o recorrente e o recorrido, que deve ser fielmente cumprido, conforme amplamente ofertado pelo fornecedor, dando-se concretude à boa-fé objetiva e aos deveres anexos de confiança, proteção, informação e cooperação.

É a jurisprudência da Casa:

Processual Civil e Consumidor. Panfletos publicitários propaganda enganosa por omissão. Não configurada. Recurso especial provido.

1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta ao Makro Atacadista S/A em razão de publicidade enganosa por não ter veiculado em seus encartes promocionais distribuídos aos consumidores o preço nos produtos.

2. A propaganda comercial, consubstanciada em panfletos comerciais, para que atenda aos preceitos encartados no CDC, deve levar ao conhecimento do consumidor - a título de informação essencial do produto ofertado - o preço, podendo esse englobar custo, formas e condições de pagamento do produto ou serviço.

3. *O artigo 30 do CDC confere à oferta - tida como espécie de publicidade apta a veicular uma forma de informação - caráter vinculante e, como tal, disposta a criar vínculo entre fornecedor e consumidor, surgindo uma obrigação pré-venda, no qual deve o fornecedor se comprometer a cumprir o que foi ofertado.*

4. No caso do encarte publicitário *in comento*, verifica-se duas formas distintas de publicidade. Uma delas - que ora se examina - denominada de “uma super oferta de apenas um dia”, apesar de não expor expressamente o preço numérico da promoção, afirmou o compromisso de garantir o menor preço nos produtos ali mencionados, sendo esses apurados com base em pesquisa realizada em concorrentes.

5. A veiculação de informação no sentido de que o valor a ser praticado seria menor do que o da concorrência, somado à fixação na entrada do estabelecimento de ampla pesquisa de preço, são elementos aptos a fornecer ao consumidor as informações das quais ele necessita a despeito do numerário a ser utilizado para adquirir a mercadoria, podendo, a partir de então, fazer uma opção livre e consciente quanto à aquisição dos produtos.

6. O encarte em tela, apesar de não especificar o preço, não é capaz de se consubstanciar em propaganda enganosa, pois traz outra informação, igualmente prevista no norma, que o substitui, qual seja, forma de aquisição do produto pelo menor custo.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.370.708/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 01/07/2015)

Direito do Consumidor. Recurso especial. Vício do produto. Automóveis seminovos. Publicidade que garantia a qualidade do produto. Responsabilidade objetiva. Uso da marca. Legítima expectativa do consumidor. Matéria fático-probatória. Súm. 7/STJ.

1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6º, IV).

2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à princiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30.

3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade.

4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.365.609/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015)

De fato, “independentemente da maior ou menor demanda, a oferta obriga o fornecedor a cumprir o que ofereceu, a agir com transparência e a informar adequadamente o consumidor. Descumprida a oferta, a concessionária viola os direitos não apenas dos consumidores concretamente lesados, mas de toda a coletividade a quem se ofertou o serviço, dando ensejo à reparação de danos materiais e morais (inclusive, coletivos)” (REsp 1.469.087/AC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 17/11/2016).

E ainda:

Direito do Consumidor. Lei n. 8.078/90 e Lei n. 7.565/86. Relação de consumo. Incidência da primeira. Serviço de entrega rápida. Entrega não efetuada no prazo contratado. Dano material. Indenização não tarifada.

I - Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitem com o Código de Defesa do Consumidor.

II - As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III - Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja conseqüência não deve arcar o consumidor.

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 196.031/MG, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/04/2001, DJ 11/06/2001)

No ponto, em verdade, sequer houve impugnação quanto ao referido fundamento - publicidade vinculando o fornecedor -, o que, por si, é suficiente para mantê-lo, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF.

Assim, violado o dever geral de segurança legitimamente e razoavelmente esperado pelo consumidor, tendo como matriz a boa-fé objetiva, deve prevalecer a responsabilização civil da fornecedora pelo fato do serviço.

10. Por fim, não merece provimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado, haja vista que trouxe como paradigmas acórdãos que discutem a questão do roubo como sendo apta ao rompimento do nexo causal, em situações diversas à exposta nos autos - ônibus e posto de gasolina -, além de que o mérito do presente caso discute, ainda, a responsabilidade pela oferta/publicidade, vinculando o serviço de segurança.

Sob esse prisma, é sabido que o recurso fundado na alínea *c* do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência, “exige-se que o recorrente demonstre, ‘analiticamente’, que os ‘casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal”.

Ora, como visto, não se trata de casos idênticos, mas, sim, diversos, tanto no aspecto fático como no aspecto jurídico, o que afasta qualquer pretensão com o referido viés.

11. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, ouvi atentamente a bela sustentação oral e o minucioso voto do eminente Relator.

Observo que o caso ora em julgamento apresenta peculiaridades em relação ao Recurso Especial n. 1.269.691/PB, em que votei vencida. Naquele caso, se não me falha a memória, houve um assalto na entrada de um *shopping*, no limite externo, mas na guarita que dava acesso ao estacionamento. Não há dúvida de que, se fosse um crime cometido dentro de estacionamento – como o do *shopping*, o qual, mesmo que não seja pago, infunde sensação de segurança, agrega valor aos serviços e é usado para atrair consumidor –, haveria a responsabilidade da empresa.

Pareceu-me que, naquele caso, em primeiro lugar, havia sido fora do estacionamento, mas, sobretudo, considere que havia segurança que tinha atuado. E tanto atuou que não houve dano material, foi impedido o assalto. Postulavam-se danos morais. Entendi que esse grande elástico da responsabilidade civil para atingir até um caso como aquele, em que nem dano material houve, porque foi frustrada a tentativa de subtração dos pertences do consumidor, encarece a atividade econômica como um todo, transformando os agentes econômicos em seguradores universais, sendo que, primariamente, a segurança competiria ao Estado.

Penso que há uma diferença entre aquele caso e o presente, porque naquele havia segurança. Apenas o fato de haver segurança foi considerado pela maioria da Turma que não era suficiente para afastar a responsabilidade, porque essa segurança não dissuadiu o meliante da tentativa de assalto e também porque

se considerou que eram frequentes as tentativas de assalto naquela entrada de *shopping*. Para mim, o *shopping* fez o que era razoável dele se exigir e, não havendo dano material, também não haveria dano moral indenizável.

No caso presente, considero que a empresa ré, como acentuou o eminente Relator, resolveu expandir as suas atividades, não apenas oferecer lanches dentro do estabelecimento, que é uma área mais iluminada, de mais difícil e improvável a abordagem. Mas esses *drive-thrus*, realmente, podem virar um ponto de estrangulamento até da passagem dos transeuntes, e penso que, infelizmente, dada a nossa realidade atual, viraram atividade econômica que implica risco, sendo de se esperar, como acentuou o eminente Relator, que houvesse o cuidado de ter alguma segurança externa ao lado daquele *drive-thru* e que a mera presença de um segurança poderia impedir esse tipo de meliante mais rasteiro. Ele furtou a carteira, nem o carro queria, porque só o usou como obstáculo para impedir o trânsito. Neste caso, realmente, a empresa procurou expandir sua atividade econômica, lucrando com o *drive-thru*, que aumentou sua clientela, não se resumia àqueles que pudessem estar dentro do restaurante claro, iluminado, mas também a todos os que transitassem pelo *drive-thru*. Ela expandiu sua atividade, atraindo o risco. Com isso, penso que, além do CDC, incide o Código Civil, no ponto em que dispõe que, quando a atividade econômica traz risco, acarreta responsabilidade pelo risco acrescido. Assim, se a empresa lucra com o aumento de sua clientela e de sua possibilidade de negócios, ela deva oferecer uma segurança compatível com a existência de um *drive-thru* na conjuntura atual.

Portanto, com essas considerações, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Senhor Presidente e eminentes Pares,

De início, gostaria de registrar meus cumprimentos ao eminente advogado, que fez uma sustentação belíssima da tribuna, e, da mesma forma, ao eminente Relator, pelo brilhante e fundamental voto, que acompanho.

Mas, assim como fez a e. Ministra Isabel Gallotti, preciso mencionar – para fins de distinção com a hipótese dos autos – o caso do AgRg no REsp n. 1.087.717/SP, em cujo julgamento este Colegiado afastou a responsabilidade da administradora de um *shopping center* por danos decorrentes de trágico evento ocorrido em suas dependências, especificamente, em uma de suas salas

de cinema. Naquela ocasião, concluiu-se que a segurança do *shopping* estava presente e, na medida do possível, atuou, embora não tivesse como prever ou evitar a tragédia diante das circunstâncias em que essa se deu.

No caso ora em julgamento, o quadro fático é diferente. Em que pese, pois, publicidade do restaurante em sentido contrário – como bem destacou em sua manifestação o e. Presidente –, restou evidenciada a falta de segurança no *drive thru*, conforme consignado na sentença e no acórdão recorrido.

Nesse sentido, destaco do item 7 do voto do eminente Relator que: “[...] *pelo que consta nos autos, [a ré, ora recorrente] não demonstrou ter adotado todas as medidas dentro do seu alcance para inibir, dificultar ou impedir o ocorrido na área reservada ao circuito drive thru, ou ainda que o evento tenha se dado em outra área sobre a qual não tenha ingerência*”.

Por essas razões, ressaltando a diferença entre os casos cotejados, acompanho o e. Relator para *negar provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.580.432-SP (2012/0177028-0)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Semp Toshiba Informática Ltda

Advogado: Renato de Britto Gonçalves e outro(s) - SP144508

Recorrido: Alberto José Fossa

Advogado: Caroline Borges Diz e outro(s) - SP306222

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização. Danos material e moral. Relação de consumo. Defeito do produto. Fornecedor aparente. Marca de renome global. Legitimidade passiva. Recurso especial desprovido.

Insurgência recursal da empresa ré.

Hipótese: A presente controvérsia cinge-se a definir o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, a fim de aferir se na exegese de referido dispositivo contempla-se a figura do fornecedor aparente - e, conseqüentemente, sua responsabilidade -, entendido como aquele que, sem ser o fabricante direto do bem defeituoso, compartilha a mesma marca de renome mundial para comercialização de seus produtos.

1. A adoção da teoria da aparência pela legislação consumerista conduz à conclusão de que o conceito legal do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor abrange também a figura do fornecedor aparente, compreendendo aquele que, embora não tendo participado diretamente do processo de fabricação, apresenta-se como tal por ostentar nome, marca ou outro sinal de identificação em comum com o bem que foi fabricado por um terceiro, assumindo a posição de real fabricante do produto perante o mercado consumidor.

2. O fornecedor aparente em prol das vantagens da utilização de marca internacionalmente reconhecida, não pode se eximir dos ônus daí decorrentes, em atenção à teoria do risco da atividade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, reconhece-se a responsabilidade solidária do fornecedor aparente para arcar com os danos causados pelos bens comercializados sob a mesma identificação (nome/marca), de modo que resta configurada sua legitimidade passiva para a respectiva ação de indenização em razão do fato ou vício do produto ou serviço.

3. No presente caso, a empresa recorrente deve ser caracterizada como fornecedora aparente para fins de responsabilização civil pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca *Toshiba*, ainda que não tenha sido sua fabricante direta, pois ao utilizar marca de expressão global, inclusive com a inserção da mesma em sua razão social, beneficia-se da confiança previamente angariada por essa perante os consumidores. É de rigor, portanto, o reconhecimento da legitimidade passiva da empresa ré para arcar com os danos pleiteados na exordial.

4. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 4.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Semp Toshiba Informática Ltda.*, fundado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se da inicial (e-STJ, fls. 3-17) que *Alberto José Fossa*, ora recorrido, ajuizou ação ordinária de indenização por danos patrimoniais e morais em face de *Semp Toshiba Informática Ltda.*, alegando, em síntese, que adquiriu um *notebook* da marca *Toshiba*, modelo 335 CDS P266, 32MB, HD 40, 20X FM, 56K DUAL, da empresa *Compus-Sul Informática Ltda* para utilização em seu ofício de consultoria em engenharia.

Narra o autor que, com apenas dois meses de uso, o referido computador apresentou defeito, ficando sem sinal e tela de imagem, impossibilitando o acesso aos arquivos produzidos em decorrência do seu trabalho. Tendo entregue o produto para ser reparado pela empresa responsável pela venda, após o prazo de trinta dias para conserto, constatou que essa havia mudado de endereço e, em dois meses de diligências, inclusive perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, conseguiu reaver o aparelho, oportunidade em que constatou terem sido perdidos os dados já armazenados.

A petição inicial defendeu a legitimidade passiva da recorrente face à caracterização da cadeia de consumo, conforme preleção do art. 3º do Código

de Defesa do Consumidor, requerendo a sua condenação à reparação dos danos morais e materiais sofridos, notadamente os lucros cessantes no montante de R\$ 66.924,00 (sessenta e seis mil e novecentos e vinte e quatro reais), advindos tanto do defeito do produto quanto da má-prestação do serviço de reparo.

Citada, a empresa ré apresentou contestação (e-STJ, fls. 57-62), arguindo, em preliminar, a carência da ação por ilegitimidade passiva *ad causam*, salientando que não produziu ou comercializou o equipamento adquirido pelo autor, e, portanto, sustentou que não lhe incumbe a responsabilidade pela sua manutenção ou conserto, uma vez que, em relação aos produtos importados, a legislação consumerista impõe a responsabilidade ao importador; e, no mérito, defendeu que os danos alegadamente sofridos pelo autor, ora recorrido, não foram comprovados.

O magistrado *a quo* acolheu a preliminar de carência da ação pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, asseverando que o autor não havia logrado provar que a empresa demandada teria participado da cadeia de fornecedores prevista no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, não sendo aplicado à espécie o conceito de fornecedor aparente. Por fim, julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973.

Irresignado, o acionante interpôs apelação (e-STJ, fls. 128-146), reiterando os argumentos da exordial, acrescentando a ocorrência de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide e pleiteando a aplicação da regra de inversão do ônus da prova inserta no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Reformando a decisão de primeiro grau, o Tribunal de origem decidiu pela existência da responsabilidade solidária da empresa acionada a partir do acolhimento da tese de fornecedor aparente, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 200):

Apelação. Ação de indenização. Danos material e moral. Relação de Consumo. Extinção do feito com fulcro no artigo 267, VI, do CPC. Art. 6º, VIII, CDC. Inobservância. Cerceamento de defesa configurado. Legitimidade passiva. Fornecedor aparente. Na definição de fornecedor do artigo 3º do CDC incluem-se também as empresas que arrogam a si a marca de expressão global, beneficiando-se de sua publicidade e reputação. Pólo passivo legítimo. Sentença anulada. Recurso provido.

A Corte de origem aplicou a regra de julgamento disposta no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, salientando que “cabia a ré – sociedade limitada provida de instrumentos mais diversos e completos a subsidiar suas alegações – expor o seu quadro social com a precisão necessária à melhor apuração de sua responsabilidade” (e-STJ, fl. 202).

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados pelo acórdão às fls. 212-220 (e-STJ).

Nas razões do especial (e-STJ, fls. 225-237), a empresa recorrente apontou, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 3º; 12, § 3º, I e III; 13 do Código de Defesa do Consumidor; 267, VI e 333 do Código de Processo Civil de 1973.

A parte insurgente sustentou, em síntese, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que não há previsão legal para responsabilizá-la pelos danos causados em razão de defeito no produto que não fabricou, importou ou colocou no mercado. Salientou, ainda, que não pode ser confundida com a sociedade empresarial Toshiba Internacional. Defendeu, então, sua irresponsabilidade no presente caso ante a culpa exclusiva do recorrido pela aquisição do equipamento importado com vício.

Insurgiu-se, ainda, contra o reconhecimento do cerceamento de defesa na hipótese, porquanto fora o próprio recorrido quem requereu o julgamento antecipado da lide.

Por último, suscitou dissídio jurisprudencial, apontando julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quanto à possibilidade do fabricante brasileiro ser responsabilizado pelo produto importado adquirido do mesmo conglomerado empresarial.

Contrarrazões às fls. 275-294 (e-STJ) pela inadmissibilidade do especial, apontado a ausência de prequestionamento, no tocante ao dissídio apontado, a falta de similitude fática entre as demandas.

Em juízo de admissibilidade, foi negado seguimento ao reclamo, o que levou à interposição do agravo (e-STJ, fls. 300-312), convertido em recurso especial, para melhor análise da controvérsia, por força da decisão de fl. 383 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso não merece prosperar.

A presente controvérsia se restringe em saber se, à luz do conceito de fornecedor previsto no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, adota-se a teoria do “fornecedor aparente”, para enquadrar nessa espécie a empresa que se utiliza de marca mundialmente reconhecida, beneficiando-se, portanto, da confiança dessa perante o consumidor, para responder pelos bens lançados no mercado sob tal identificação, ainda que não seja sua fabricante direta.

1. Delineamento da controvérsia em exame.

Primeiramente, necessário se faz explicitar a *moldura fática* delineada pelas instâncias ordinárias acerca da responsabilização da empresa recorrente e dos danos apontados pelo recorrido. Para tanto, ainda que tenha dado pela improcedência da demanda, destacam-se os seguintes trechos da sentença (e-STJ, fl. 115):

Por outro lado, a empresa Semp Toshiba Informática Ltda utiliza-se da marca Toshiba para melhorar seu desempenho no mercado, não sendo possível sua confusão com a fabricante de computadores mundialmente conhecida. No próprio contrato social da ré (fls. 33/44) consta que esta denominava-se Lince Informática Ltda. e que entre seus sócios encontra-se a Semp Toshiba Amazonas S/A, mas que é pessoa jurídica autônoma, sem se confundir com a ré.

E no acórdão da Corte de origem podem ser apontadas as conclusões que se seguem (e-STJ, fls. 203-205):

In casu, a hipossuficiência de Alberto José Fossa é patente e competia à ré - sociedade limitada provida de instrumentos mais diversos, e completos a subsidiar suas alegações - expor o seu quadro social com a precisão necessária à melhor apuração de sua responsabilidade.

Sem embargos, a legitimidade passiva de Semp Toshiba Informática Ltda. restou caracterizada.

A propósito do tema, com notável discernimento, Claudia Lima Marques ressalta a dificuldade do consumidor em identificar os seus fornecedores, conforme o trecho abaixo:

“O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência - no caso dos serviços, principalmente - que mantém relação contratual com todos ou

que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços”

Continua a autora para explicar que referida dificuldade se deve ao modelo em que se assentou a sociedade de consumo em massa, que fragmentou deveras o sistema de produção, tornando forçosa a aplicação da teoria da aparência à cadeia de fornecedores, caracterizando como também fornecedoras aquelas empresas que, servindo-se da marca de expressão global, beneficiam-se da confiança previamente angariada por esta entre os consumidores, sendo, pois, solidariamente responsáveis pelos bens lançados no mercado sob tal identificação.

(...)

Assim e ademais, conquanto lógico o raciocínio do apelante no que concerne à aplicação do artigo 28, parágrafo 5º, da Carta Consumeirista, *desnecessário que ora se sirva o apelante do instituto, pois que pela razão social da ré e documentos juntados aos autos se verifica que incide na hipótese acima traçada, classificando-se como fornecedora aparente da marca que ostenta o bem defeituoso adquirido pelo autor, sendo, portanto, parte legítima a integrar o pólo passivo da lide.*

A partir dos excertos acima transcritos, depreende-se incontroverso que o produto defeituoso adquirido pelo autor, ora recorrido, *ostenta a mesma marca* da empresa recorrente, *por meio de sua razão social*, e essa, apesar de não ser a fabricante direta do produto, beneficia-se do nome, da confiança e da propaganda *Toshiba* com o intuito de melhorar seu desempenho no mercado consumidor.

Dessa forma, a leitura dos autos revela ter o acórdão recorrido concluído, a partir da *teoria da aparência*, ser possível aferir uma coligação entre as empresas, notadamente em decorrência da utilização pela recorrente da mesma marca da empresa fabricante do produto defeituoso, de modo que tal quadro fático leva à caracterização daquela como fornecedora na relação jurídica em debate, e, portanto, parte legítima para responder a presente ação de reparação de danos, nos moldes da legislação consumerista.

Portanto, o *cerne* do presente debate reside exatamente sobre o alcance da interpretação do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor no sentido de incluir como *fornecedor* para os fins previstos na norma, notadamente de reparação de danos, a empresa que legitimamente se utiliza de marca de renome

mundial para comercializar seus produtos, mesmo não sendo a fabricante direta do bem defeituoso.

2. Legitimidade passiva do fornecedor aparente: exegese do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, cabe lembrar que a legitimidade das partes é uma das condições da ação entendida como a pertinência subjetiva da demanda.

Como bem ressalta Daniel Amorim Assunção Neves “tradicionalmente se afirma que serão legitimados ao processo os sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante”, isto é, figurarão, em regra, nos pólos da demanda, os titulares da relação de direito material (NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. único. 8ª ed. Ed. Juspodivm, p. 78).

No caso em testilha, discute-se a *legitimidade passiva* da empresa recorrente para fins de responsabilização civil pelo bem defeituoso adquirido pelo recorrido, ainda que *não* tenha sido sua fabricante direta, isso por compartilhar a mesma marca, internacionalmente reconhecida, podendo ser enquadrada, assim, na categoria de *fornecedor aparente*.

Nesse caminho cabe perquirir se a figura do fornecedor aparente está prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Pois bem, sabe-se que são *elementos da relação de consumo*: o consumidor, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços que se destina a satisfação de uma necessidade pessoal, e o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor deteve-se em delimitar os conceitos desses elementos, ao anunciar no art. 2º que “*Consumidor* é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” e, nos parágrafos do art. 3º que:

§ 1º *Produto* é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º *Serviço* é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Igualmente, encontra-se na legislação consumerista, em seu art. 3º, o conceito de fornecedor, qualificado como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados,

que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Extrai-se da norma, portanto, que será considerado como *fornecedor* de produtos ou serviços, toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade mediante remuneração (desempenho de atividade mercantil ou civil) e de forma habitual, seja ela pública ou privada, nacional ou estrangeira e até mesmo entes despersonalizados.

Nessa direção, este Tribunal Superior, no julgamento do REsp n. 519.310/SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, já decidiu que: “Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração”. (REsp 519.310/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 262).

Observa-se que a lei traz a definição *ampliada* de fornecedor. Nessa ótica, o doutrinador Bruno Miragem lembra que:

Destaca-se a amplitude da definição legal. O legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. *Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.*

(MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito Do Consumidor. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 135)

Em outras palavras, pode-se afirmar que “fornecedor é aquele que atua profissionalmente no mercado, recebendo remuneração *direta ou indireta* pela produção, distribuição e comercialização de bens e serviços” (BESSA, Leonardo.

Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023).

Sobre o conceito de fornecedor, a doutrina nacional aponta a existência de quatro subespécies, a saber: a) o fornecedor real; b) o fornecedor presumido; c) o fornecedor equiparado e d) o fornecedor aparente.

Assim, o *fornecedor real* é a pessoa física ou jurídica que, sob sua responsabilidade, participa do processo de fabricação ou produção do produto acabado, de um componente ou de uma matéria prima, isto é, diz respeito àquele que participa efetivamente da realização e criação do produto, envolvendo o próprio fabricante, o produtor, o construtor.

De outro lado, o *fornecedor presumido*, é o disciplinado pelo art. 13 do Código de Defesa do Consumidor, *ipsis litteris*:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

- I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Leonardo Bessa, partindo da perspectiva da atividade desempenhada, traz o conceito de *fornecedor equiparado*, isto é, entidades que, embora não se encontrem diretamente na conceituação prevista pelo art. 3º do CDC, são a ele sujeitos em razão da natureza da atividade que desenvolvem. Para tanto, exemplifica o autor, os seguintes casos: a) o banco de dados e os cadastros de consumidores (art. 43 do CDC), b) o anunciante, a agência publicitária e o veículo em relação às atividades publicitárias (art. 37 do CDC). (BESSA, Leonardo. Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023-1.029).

Por sua vez, o *fornecedor aparente* compreende aquele que, embora não tendo participado do processo de fabricação, apresenta-se como tal pela colocação do seu nome, marca ou outro sinal de identificação no produto que foi fabricado por um terceiro.

Nos dizeres de Antônio Carlos Efiging:

A responsabilização do fornecedor aparente justifica-se pelo fato de que, ao indicar no produto fabricado por terceiro seu nome, marca ou outro sinal que o identifique, o fornecedor aparente assume perante o consumidor a posição de real fabricante do produto. Isso permite a sua plena responsabilização na forma do art. 12 do CDC.

(EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito das Relações de Consumo e Sustentabilidade. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83).

Diante dessas lições, compreende-se o produtor aparente como aquele que *não* participa do processo de fabricação do produto, porém, em virtude da disposição do seu nome ou marca na individualização deste, passa a ser entendido como se fosse o seu próprio formatador. É nessa aparência que reside o fundamento para a responsabilização deste fornecedor, não sendo exigida para o consumidor, vítima de evento lesivo, a investigação da identidade do fabricante *real*.

Com efeito, tal alcance torna-se possível na medida em que o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo proteger o consumidor “daquelas atividades desenvolvidas no mercado, que, pela própria natureza, são potencialmente ofensivas a direitos materiais (...) são criadoras de situações de vulnerabilidade independentemente da qualificação normativa de quem a exerce”. (BESSA, Leonardo. Fornecedor Equiparado *in* Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor. Volume I. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.023-1.029).

Assim, verifica-se que a legislação consumerista abraçou a *teoria da aparência* para responsabilizar aquele que, a despeito de não participar diretamente do processo de fabricação do produto, por ostentar a marca por ele utilizada, passa a ser responsabilizado pelos danos decorrentes dessa relação.

Cabe lembrar que a teoria da aparência, amplamente adotada no direito brasileiro, foi estruturada para proteção do terceiro de boa-fé, prestigiando aquele que se porta com lealdade em nome da segurança jurídica.

Neste raciocínio, Cláudia Lima Marques esclarece que:

O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência - no caso dos serviços, principalmente - que mantém relação contratual com todos ou que, em matéria de produtos, pode exigir informação e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A *nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico*

de “fornecimento” e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento de produtos e serviços.

(MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 430).

Tal situação de dificuldade - por vezes, de concreta impossibilidade - de identificação do real fabricante/fornecedor do bem adquirido decorre do fenômeno nomeado pela doutrina de “cadeia de fornecedores” ou “cadeia de consumo”, caracterizado pela fragmentação do sistema de produção, pelo qual um elevado contingente de sujeitos se reúnem para atuação conjunta ou comum com o propósito de colocar à disposição do consumidor produtos e serviços.

Essa concepção de cadeia de fornecimento, visível, doravante, para além do que permite enxergar a corrente de contratos ou operações formais, opera no sentido de conferir maior efetividade ao sistema de proteção do consumidor, evitando que lhe sejam impostas barreiras à identificação dos responsáveis por eventuais prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, ao obrigar a solidariedade entre todos os seus participantes, na esteira do preceituado nos arts. 12, 14, 18, 20 e 34 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

(...)

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos

Dessa forma, a aplicação da teoria da aparência à cadeia de fornecimento conduz à conclusão de que igualmente serão caracterizados como “fornecedoras aquelas empresas que, servindo-se da marca de expressão global, beneficiam-se da confiança previamente angariada por estas entre os consumidores, sendo, pois, solidariamente responsáveis pelos bens lançados no mercado sob tal identificação” (*e-STJ, fl. 203*), ou seja, *o presente consumidor somente adquiriu o produto diante da confiança na marca nele estampada.*

Destaca-se, por oportuno, que *este Colegiado* já analisou situação semelhante à dos autos, ocasião em que incluiu, no conceito do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, todo o grupo de fornecedores da mesma marca.

O acórdão restou assim ementado:

Direito do Consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“Panasonic”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria.

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbem-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos.

(REsp 63.981/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

Convém destacar as conclusões alcançadas pelo Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira* manifestadas em seu voto, cujos excertos transcreve-se:

No mérito, no entanto, tenho para mim que, por estarmos vivendo em uma nova realidade, imposta pela economia globalizada, temos também presente um novo quadro jurídico, sendo imprescindível que haja uma interpretação afinada com essa realidade. Não basta, assim, a proteção calcada em limites internos e em diplomas legais tradicionais, quando se sabe que o Código brasileiro de proteção ao consumidor é um dos mais avançados textos legais existentes, diversamente do que se dá, em regra, com o nosso direito privado positivo tradicional, de que são exemplos o Código Comercial, de 1850, e o Código Civil, de 1916, que em muitos pontos já não mais se harmonizam com a realidade dos nossos dias.

Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso País.

(...)

Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida "Panasonic do Brasil Ltda" da marca mundialmente conhecida "Panasonic".

(...)

Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as conseqüências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as conseqüências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto.

Igualmente pela responsabilidade solidária da cadeia de fornecimento: REsp 1.665.698/CE, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; REsp 1.187.365/RO, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/05/2014, DJe 25/08/2014; REsp 1.377.899/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 18/12/2014, DJe 11/02/2015; REsp 879.113/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, julgado em 01/09/2009, DJe 11/09/2009; REsp 1.021.987/RN, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009; AgRg no AREsp 531.320/RS, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014; entre outros.

Nesse sentido, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seus arts. 3º, 12, 14, 18, 20 e 34 é de reconhecer, de fato, a previsão normativa para a *responsabilização solidária do fornecedor aparente*, porquanto beneficiário da marca de alcance global, em nome da teoria do risco da atividade.

3. Solução do caso concreto.

No caso em tela, verifica-se que agiu com *acerto* o Tribunal de origem ao qualificar a empresa recorrente como fornecedora aparente, ao reconhecer a sua legitimidade passiva para responder pelos danos causados pela comercialização do produto defeituoso que ostenta a marca *Toshiba*.

Com efeito, as expressões presentes na sentença de que “a empresa Semp Toshiba Informática Ltda. utiliza-se da marca Toshiba para melhorar seu desempenho no mercado” (e-STJ, fl. 115) e nas razões recursais de que “muito menos deve ser responsabilizada empresa diversa, nacional e que apenas utiliza a marca da multinacional” (e-STJ, fl. 237), aliado ao fato de que entre os sócios da empresa recorrente figura a empresa Semp Toshiba Amazonas S/A somente servem para reforçar que, no caso concreto, a insurgente utiliza-se da marca da empresa multinacional, fabricante do produto, para alavancar a venda dos bens por ela comercializados, beneficiando-se da confiança e do respeito que a marca detém no mercado de consumo e, de outro lado, usufruindo da publicidade global que naturalmente possui.

Portanto, se os fornecedores, além de operar com a marca, valem-se do prestígio da mesma *até no conteúdo de sua razão social*, nítido que o fazem em prol das vantagens daí decorrentes, não podendo se eximir, em compensação, dos

ônus que esse vínculo eventualmente lhes acarrete, em atenção à teoria do risco da atividade, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Cabe ressaltar, todavia, que não se quer aqui estender, *por óbvio*, tal responsabilização a todo e qualquer fornecedor que ostentar a mesma marca de uma empresa globalmente reconhecida. O vínculo restará caracterizado quando, aos olhos do consumidor hipossuficiente, a relação da empresa com a cadeia de fornecimento for, conforme exemplo supra, indissociável ou não houver informação clara e suficiente que lhe permita a correta e perfeita identificação do real fabricante/fornecedor.

Portanto, a partir da análise do entendimento exposto, depreende-se que no presente caso também *não* há como dissociar a empresa recorrente com a marca mundialmente conhecida Toshiba, uso que, se por um lado é legalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio, por outro, não pode servir de meio para *impedir* a reparação dos danos sofridos pelo consumidor, impondo a responsabilidade solidária aos que assim procedem, ressalvado o direito de regresso.

Dessa forma, partindo-se da premissa estabelecida, segundo a qual a legitimidade das partes se afere em razão da titularidade do direito afirmado, e caracterizando-se a *empresa recorrente como fornecedora aparente da marca que ostenta o bem defeituoso adquirido pelo autor*, conclui-se, na esteira do que decidido pelo Tribunal de origem, *pela sua legitimidade passiva* para responder a presente demanda.

4. Do exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.611.915-RS (2016/0085675-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Webjet Linhas Aereas S/A

Advogados: Márcio Vinícius Costa Pereira - RJ084367

Gustavo Antônio Feres Paixão - RJ095502

Karina Gross Machado e outro(s) - RS081753

Recorrido: Mauricio Borges Zortea

Advogados: José Pedro Turela - RS019861

Alexandre de Almeida Turela e outro(s) - RS079909

Interes.: Decolar. Com Ltda

EMENTA

Recurso especial. Ação condenatória. Acessibilidade em transporte aéreo. Cadeirante submetido a tratamento indigno ao embarcar em aeronave. Ausência dos meios materiais necessários ao ingresso desembarçado no avião do dependente de tratamento especial. Responsabilidade da prestadora de serviços configurada. Redução do *quantum* indenizatório improcedente. Recurso especial desprovido.

Hipótese: Trata-se de ação condenatória cuja pretensão é o reconhecimento da responsabilidade civil da companhia aérea por não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave.

1. Recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do STJ.

2. Não há violação ao art. 535 do CPC/73 quando não indicada a omissão e a demonstrada a importância da análise da matéria para a resolução da controvérsia. Na hipótese de fundamentação genérica incide a regra da Súmula 284 do STF.

3. O Brasil assumiu no plano internacional compromissos destinados à concretização do convívio social de forma independente da pessoa portadora de deficiência, sobretudo por meio da garantia da acessibilidade, imprescindível à autodeterminação do indivíduo com dificuldade de locomoção.

3.1. A Resolução n. 9/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil, cuja vigência perdurou de 14/6/2007 até 12/1/2014, atribuiu às empresas aéreas a obrigação de assegurar os meios para o acesso desembarçado da pessoa com deficiência no interior da aeronave, aplicando-se, portanto, aos fatos versados na demanda.

4. Nos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90, o fornecedor de serviços responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido, o que ocorreu na hipótese.

4.1. O fato de terceiro, excludente da responsabilidade do transportador, é aquele imprevisto e que não tem relação com a atividade de transporte, não sendo o caso dos autos, uma vez que o constrangimento, previsível no deslocamento coletivo de pessoas, decorreu da própria relação contratual entre os envolvidos e, preponderantemente, da forma que o serviço foi prestado pela ora recorrente.

5. A indenização por danos morais fixada em quantia sintonizada aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não enseja a interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do montante arbitrado. Incidência da Súmula 7 do STJ. Verba indenizatória mantida em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira (Presidente).

Brasília (DF), 06 de dezembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 4.2.2019

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, interposto por *Webjet Linhas Aereas S/A*, com amparo na alínea “a” do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fls. 227-228, e-STJ):

Apelação cível. Transporte. Transporte de pessoas. Ação condenatória por danos materiais e morais. Transporte aéreo de passageiro portador de deficiência e usuário de cadeira de rodas. Ausência de equipamento de embarque e desembarque da aeronave, por parte do autor, independentemente do auxílio de terceiros. Situação vexatória de ingresso e saída do avião, em cadeira de rodas, no colo de prepostos da empresa aérea co-ré. Anulação da autonomia da pessoa com deficiência e ofensa ao princípio fundamental da acessibilidade. Situação vexatória. Exposição do passageiro a quadro de humilhação e impotência. Dano moral. Avaria da almofada da cadeira de rodas, em decorrência da sua exposição ao sol. Dano material. Responsabilidade solidária da agência de viagens.

1- A agência de viagens responsável pela intermediação da compra e venda das passagens aéreas adquiridas pelo consumidor qualifica-se como parte legítima para responder por eventuais danos decorrentes de falhas na prestação do serviço ocorridas durante a consecução do contrato de transporte, solidariamente à companhia aérea também demandada. Pessoas jurídicas que integram a mesma cadeia de fornecedores e que, por isso, podem figurar em concomitância, no pólo passivo, na forma do art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor.

2- Enseja a configuração de dano moral a ausência de equipamento a possibilitar o embarque e o desembarque do passageiro portador de deficiência locomotiva, de forma autônoma, ao acarretar o seu ingresso e saída, do avião, em sua cadeira de rodas, no colo de prepostos da ré. Descumprimento, em prejuízo do passageiro-cadeirante, do dever de disponibilização de equipamento por meio do qual pudesse - em exercício da autonomia que preserva, apesar da sua condição de pessoa com deficiência - acessar a aeronave, e dela desembarcar, independentemente do auxílio de terceiros. Obrigação que deriva tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos (no caso, da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada com estatuta de emenda à Constituição) quanto da normativa interna expedida pela agência reguladora da atividade de aviação civil, no país (Resolução n. 009/2007 da ANAC), e cujo inadimplemento traduziu-se em sujeição do autor a dano moral, ante o tratamento vexatório, subjacente ao quadro de impotência e de falta de autonomia que a sua condução, em cadeira de rodas, no colo de prepostos da ré, denotou perante os demais presentes ao local.

3- Em atenção ao princípio da reparação integral do dano, que, extraído do art. 944 do Código Civil, orienta a fixação do montante indenizatório, não se afigura excessiva ou insuficiente a verba de R\$ 15.000,00 (quinze reais), arbitrada pelo Juízo de origem. Pedidos de majoração (pelo autor) e de minoração (pela empresa aérea co-ré) que se rejeitam. “Quantum” mantido.

4- Considerando, por um lado, a ausência de prova da resposta à reclamação extrajudicial do autor, acerca da avaria da almofada da sua cadeira de rodas, e, por outro, a falta de impugnação específica ao valor requerido, pelo consumidor, a título de indenização por dano material, impõe-se o reconhecimento do pedido, conforme a sentença, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Apelo do autor provido. Apelo da co-ré desprovido.

Do cotejo dos autos, verifica-se que *Maurício Borges Zortea* deflagrou a presente ação, de cunho condenatório, em face de *Webjet Linhas Aéreas S/A* e *Decolar.Com Ltda.*, objetivando a reparação dos danos materiais e morais experimentados em decorrência da má prestação de serviços pelas demandadas.

Consta da causa de pedir que o demandante, pessoa acometida por paraplegia dos membros inferiores e dependente de cadeira de rodas, adquiriu passagens por meio do sítio eletrônico “*Decolar.Com*” para viajar de Porto Alegre/RS para Brasília/DF em rota aérea operada pela *Webjet*. Narrou na petição inicial que o deslocamento se justificara para a realização de exames médicos disponibilizados pelo Hospital Sarah Kubitschek, situado na capital nacional.

Relatou que na ocasião do embarque, nos trechos de ida e volta, não foram propiciados os meios necessários ao ingresso na aeronave, mesmo após ter cientificado os responsáveis de sua dificuldade de locomoção. Asseverou que, ante a deficiência da acessibilidade, funcionários da *Webjet* carregaram-no pelas escadas de forma insegura e vexatória até o seu assento na aeronave, causando-lhe profundo abalo anímico. Ao final, argumentou que, durante o trajeto, a *Webjet* avariou almofada de uso especial, tornando-a inutilizável, de modo a causar danos patrimoniais indenizáveis.

Por tudo, pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas e pela condenação à reparação dos danos extrapatrimoniais e materiais vivenciados.

Após o processamento do feito, a magistrada de origem julgou improcedente a pretensão deduzida em face da sociedade empresária *Decolar*.

Com Ltda. Contudo, acolheu o pleito inaugural em relação à demandada *Webjet Linhas Aéreas S/A*, condenando-a ao pagamento de indenização pelos danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e patrimoniais na quantia de R\$ 1.709,91 (mil setecentos e nove reais e noventa e um centavos).

A Corte Estadual, ao apreciar as apelações manejadas pelo demandante e pela *Webjet Linhas Aéreas S/A*, deu provimento apenas ao primeiro reclamo para admitir a corresponsabilidade solidária da *Decolar.Com Ltda* e majorar a reparação pelo abalo moral em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Opostos embargos de declaração, esses foram rejeitados (fls. 252-256, e-STJ).

Irresignada com o resultado, a *Webjet Linhas Aéreas S/A* interpôs recurso especial (fls. 261-275, e-STJ), apontando que o aresto recorrido incorreu em violação ao art. 535, II, do CPC/73, art. 14, § 3º, II, do CDC, e arts. 186, 403, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil.

Em suas razões, sustentou a configuração de negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal Estadual, ao argumento de ter incorrido em omissão ao julgar os embargos de declaração (art. 535, II, do CPC/73).

Outrossim, argumentou que ficou caracterizada hipótese de excludente de causalidade, consistente na culpa exclusiva de terceiro, posto incumbir a *Infraero* a responsabilidade por garantir a acessibilidade do passageiro dependente de cuidados especiais (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Finalmente, defendeu a redução do montante indenizatório arbitrado na instância ordinária, por reputar contrastante com a razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a gerar enriquecimento ilícito ao beneficiado (arts. 186, 403, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil). Destaque-se que não houve manifestação de inconformidade pela recorrente em relação ao tópico dos danos materiais, definido no acórdão estadual.

Sem contrarrazões (fl. 283, e-STJ).

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em juízo prévio de admissibilidade, negou trânsito ao apelo nobre, sob o fundamento de inexistir a negativa de prestação jurisdicional e por incidir o enunciado da Súmula 7 do STJ.

Visando destrancar o apelo nobre na origem, a demandada *Webjet* agravou da decisão, ao que se determinou a convolação da insurgência em recurso especial para melhor análise da controvérsia (fls. 326-328, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A insurgência deve ser *parcialmente conhecida e, nessa parte, desprovida*.

1. Da legislação processual aplicável

Inicialmente, destaca-se que o acórdão recorrido foi publicado antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), estando o recurso submetido, portanto, aos requisitos de admissibilidade da legislação processual anterior, conforme Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em sessão datada de 9 de março de 2016.

2. Da delimitação da controvérsia

No reclamo especial, em preliminar, alega-se a negativa de prestação jurisdicional, com violação ao art. 535 do CPC/73, sob o fundamento de o Tribunal local não ter se pronunciado sobre os seguintes dispositivos quando do julgamento dos aclaratórios: a) art. 5º, V, da Constituição Federal; b) arts. 4º e 5º da LINDB; c) arts. 186, 406, 884, 886, 927, 944 e 946 do Código Civil; d) art. 333, I, do CPC/73; e) art. 14, § 3º, do CDC.

Quanto ao mérito recursal, a transportadora aérea recorrente afirma não ter responsabilidade de garantir a acessibilidade da pessoa com deficiência durante o processo de embarque em aeronave. A insurgente fundamenta sua tese na caracterização de excludente de causalidade, argumentando que o defeito no serviço decorreu da culpa de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC), no caso a *Infraero*, porquanto incumbia a esta empresa pública disponibilizar os meios de acesso à aeronave.

Além disso, a recorrente deduz pedido subsidiário com o objetivo de minorar o *quantum* indenizatório, uma vez que a configuração do dano moral é incontroversa.

E, em complementação a este exame, no que diz respeito à matéria fática delimitada no acórdão recorrido, depreende-se ser também incontroverso que o recorrido foi “carregado” pelas escadas de embarque da aeronave pelos prepostos da recorrente, pois não foi disponibilizado na ocasião o serviço de ponte conectada ao terminal aeroportuário (*finger*), nem elevador de acesso.

Confira-se trecho do aresto recorrido (fl. 237, e-STJ):

Tendo em vista a ausência de impugnação aos termos da inicial, neste particular, restou incontroverso que o demandante, portador de paraplegia dos membros inferiores e, por isso, usuário de cadeira de rodas, teve de ser carregado, pelos prepostos da companhia aérea ré, para realizar o embarque e o desembarque da aeronave, já que não lhe foi possibilitado o acesso ao equipamento por meio do qual pudesse acessá-la, na ausência do “finger”, a ponte de embarque e desembarque que, comumente, conecta o terminal de passageiros ao interior da aeronave. A bem da verdade, ainda que não se tratasse de questão incontroversa - a qual independente de prova, nos termos do art. 334, III, do CPC -, o que o exame dos autos revela é, justamente, a plena comprovação do fato em tela, demonstrado no arquivo de vídeo produzido pelo autor e gravado no CD à fl. 24. (grifou-se)

Portanto, estão delimitados os pontos que importam na análise da controvérsia recursal.

3. Da negativa de prestação jurisdicional

No que diz respeito à contrariedade ao art. 535, II, do CPC/73, nos casos em que a arguição é genérica, isto é, sem o apontamento específico das omissões consumadas durante o julgamento proferido na origem, não se conhece do recurso especial no ponto.

No caso em exame, a recorrente limitou-se a afirmar a falta de análise pelo Tribunal Estadual de uma série de dispositivos que elencou. Entretanto, não individualizou o exato ponto em que o aresto recorrido negligenciou os preceptivos legais e a sua importância para o deslinde da controvérsia.

Incide, nestes casos, o óbice da Súmula 284 do STF, assim redigida: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Neste sentido:

Agravo interno em agravo (art. 544 do CPC/73). Ação de indenização por danos materiais e morais. Decisão monocrática negando provimento ao reclamo. Insurgência recursal da requerente.

1. O recurso especial que indica violação aos artigos 458, 474 e 535 do CPC/1973, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, consoante entendimento firmado nesta Corte, o julgador não está obrigado a responder, nem se ater a todos os argumentos levantados pelas partes, se já tiver motivos suficientes para fundamentar sua decisão.

[...]

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 704.265/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016; grifou-se)

Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Transação penal. Realização. Reconhecimento de culpa. Impossibilidade. Art. 535 do CPC/1973. Súmula n. 284/STF. Fundamentos. Ausência de impugnação. Súmula n. 283/STF. Demonstração de nexo de causalidade. Não ocorrência. Súmula n. 7/STJ.

[...]

3. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, mas não especifica a omissão, contradição ou obscuridade a que teria incorrido o aresto impugnado e qual sua importância no desate da controvérsia, é deficiente em sua fundamentação, atraindo o óbice da Súmula n. 284/STF.

[...]

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.327.897/MA, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016; grifou-se)

Portanto, não se conhece do apelo nobre no ponto.

4. Da garantia de acessibilidade à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro

A proteção aos direitos humanos passou de uma fase de **universalização** para a atual etapa de **especificação**, na qual procede-se a individualização dos grupos titulares de tais prerrogativas dentro de suas especificidades, aprimorando-se os instrumentos de salvaguarda à minoria contemplada. Parte-se, então, para um esforço conjunto dos atores globais para valorizar de forma singularizada o sujeito de direitos.

É diante do referido contexto que surge a preocupação específica com as pessoas portadoras de deficiência, a partir da qual exsurtem políticas para assegurar a tais indivíduos o gozo da vida de maneira mais próxima possível da plenitude.

A propósito, vale lembrar as valiosas ponderações de Norberto Bobbio a respeito do assunto:

Além de processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização, [...] manifestou-se nesses últimos anos uma nova linha

de tendência, que se pode chamar de *especificação*; ela consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos.

[...]

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc. (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p 78-79).

Dentro do universo protetivo deste grupo minoritário, vale destacar, por importante ao caso, alguns atos multilaterais dos quais o Brasil é signatário no plano supranacional.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência, datada do ano de 1999 e promulgada em nossa ordem jurídica pelo *Decreto n. 3.956/2001*, buscou afastar distinções prejudiciais para esse determinado grupo.

Para esse fim, o instrumento tratou de prever o comprometimento dos países signatários em adotar medidas legislativas para promover a integração da pessoa acometida por dificuldades, em toda sorte de serviços e instalações público e privados, especialmente o transporte.

Com o propósito de cumprir a diretriz em questão, o parlamento nacional editou a *Lei n. 10.098/2000*, cuja função foi disciplinar os critérios para a promoção da acessibilidade para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, posteriormente regulamentada pelo *Decreto n. 5.296/2004*. Ao fazê-lo, em se tratando da realidade da aviação civil, este último ato legislativo delegou a normatização da temática aos órgãos técnicos competentes.

Mas a abordagem do tema não restringiu-se a esse normativo.

A evolução protetiva dos direitos das pessoas com deficiência prosseguiu, emoldurando-se o núcleo essencial da dignidade dos titulares de tais direitos de maneira mais ampla.

De fato, nesta ordem histórica de eventos, sobreveio a adesão do Brasil à Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada

pelo *Decreto 6.949/2009*. O instrumento em questão foi internalizado em nosso ordenamento jurídico com envergadura constitucional, porquanto submetido ao tratamento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Nele se observa a preocupação acentuada em assegurar a acessibilidade do portador de cuidados especiais, de forma a afastar tratamento discriminatório, realçando não só a pura adequação dos meios para sua concretização, mas também que permitam a *independência* do indivíduo ao executar as tarefas do cotidiano.

E o enfoque da autodeterminação é a tônica atual dada à proteção dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, ultrapassando-se a antiquada e reprovável visão de tratar esses indivíduos como mero assunto de saúde pública.

À sociedade hodierna impõe-se aceitar as distinções, dada a multitudine de características pessoais de cada um dos seus integrantes, máxime as pessoas com deficiência. Deve a coletividade agir com empenho para efetivar ao máximo a integração dos possuidores de dificuldades ao cotidiano da urbe, isto é, à vida comum, com a redução de situações embaraçosas e sem obstáculos ao deslocamento, objetivando promover a máxima inclusão.

Este contexto de contínuo processo de transformação social, aliado ao estabelecimento de instrumentos jurídicos de proteção às pessoas com deficiência, foi bem destacado pela professora Flávia Piovesan:

Com efeito, a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência demarca quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que deficiência simbolizava impureza, pecado ou, mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela indivisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nesta quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direito das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 483)

Na mencionada Convenção Internacional dos Direitos da Pessoas com Deficiência, a *acessibilidade* é princípio fundamental deste compromisso multilateral, de dimensão concretizadora da dignidade humana. É o que se extrai dos seguintes dispositivos:

Artigo 3

Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) *A acessibilidade;*
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (grifou-se)

Artigo 9

Acessibilidade

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver *de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida*, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho. (grifou-se)

Nessa ordem de ideias, atenta aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, assim como aos ditames da legislação interna que delegou aos órgãos técnicos a regulamentação específica sobre a acessibilidade do transporte público, a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) editou a *Resolução n. 9*, com vigência a partir 14/6/2007.

O art. 20, § 1º, do referido ato normativo, *atribuiu compulsoriamente às concessionárias de transporte aéreo* a obrigação de promover o embarque do indivíduo possuidor de dificuldade de locomoção, de forma segura, com o emprego de elevadores ou outros dispositivos apropriados.

Eis a redação do dispositivo:

Art. 20. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão assegurar o movimento de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida entre as aeronaves e o terminal.

§ 1º *As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão oferecer veículos equipados com elevadores ou outros dispositivos apropriados para efetuar, com segurança, o embarque e desembarque de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nos aeroportos que não disponham de pontes de embarque, ou quando a aeronave estacionar em posição remota.* (grifou-se)

A regra não destoa da técnica empregada por outros países, como, por exemplo, o seu congêneres no direito norte-americano, denominado “*Air carrier access act*”, cuja aplicação é voltada para as aeronaves em operação no território daquele país e para as estrangeiras que lá aportam, atribuindo-se à companhia aérea o mister de garantir a acessibilidade.

A *Resolução n. 9/2007* da ANAC *teve sua eficácia garantida até 12/1/2014*, momento em que foi substituída por outro ato normativo secundário. Porém, revela-se plenamente aplicável aos fatos controvertidos no presente feito, *ocorridos em janeiro de 2012*, consoante a máxima do *tempus regit actum*, segundo o qual aplica-se ao ato/fato jurídico a lei vigente à época de sua ocorrência.

A partir de 12/1/2014, a ANAC, por meio da *Resolução n. 280/2013*, transferiu ao operador aeroportuário a obrigação de garantir equipamento de ascenso e descenso ou rampa para as pessoas com dificuldade de acesso ao interior da aeronave, quando não houver a disponibilidade de ponte de embarque (art. 20, § 1º, da *Resolução n. 280/2013*).

Entretanto, apesar da prefalada disposição legal, o ato normativo em questão não é capaz de eximir a companhia aérea da obrigação de garantir o

embarque seguro e com dignidade da pessoa com dificuldade de locomoção. Afinal, **por integrar a cadeia de fornecimento**, recai sobre a referida sociedade empresária a **responsabilidade solidária** frente a caracterização do fato do serviço, quando não executado a contento em prol do consumidor que adquire a passagem.

E, neste panorama, em se tratando de uma *relação consumerista*, o fato do serviço (art. 14 do CDC) fica configurado quando o defeito ultrapassa a esfera meramente econômica do *consumidor*, atingindo-lhe a **incolumidade física ou moral**, como, aliás, é o caso dos autos, em que o autor foi carregado por prepostos da companhia, sem as devidas cautelas, tendo sido submetido a um tratamento vexatório e discriminatório perante os demais passageiros daquele voo.

Logo, nos termos do art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90, o fornecedor de serviços – a empresa de aviação *Webjet* - responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao ora recorrido, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido.

No caso, cumpre destacar que o defeito do serviço prestado pela ré encontra-se configurado, nos termos definidos no art. 14, §§ 1º e 2º, do CDC, correspondendo ao modo e ao risco de como foi por ela disponibilizado.

Isto porque, como nos adverte Claudia Lima Marques, “a ideia do CDC de assegurar a qualidade adequada e a segurança dos produtos e serviços prestados ou oferecidos à população (art. 4º, V, do CDC) levou o legislador a positivar não só um dever geral de informação (art. 9º e seguintes do CDC), mas principalmente, *a agravar o dever de segurança na prestação de serviços* e no fornecimento de serviços (arts. 12, 12 e ss. do CDC)” (MARQUES, Claudia Lima. *Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço*. In: *Direito do Consumidor: fundamentos do Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 636).

Ademais, o fato de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC), ao contrário do que se alega, somente caracterizará excludente da responsabilidade civil do fornecedor quando for: a) inevitável; b) imprevisível; e, c) não guardar qualquer relação com a atividade empreendida pelo fornecedor. Na hipótese, o constrangimento sofrido pelo recorrido guarda direta e estreita relação com o contrato de transporte firmado como a companhia de aviação ré. Ressalte-se, também, que a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência locomotiva ao serviço de transporte aéreo está na margem de *previsibilidade* e de *risco* desta atividade de exploração econômica, não restando, portanto, na presente controvérsia, caracterizado o fato de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente em estação de trem. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Empurrão perpetrado por outros passageiros. Fato que não exclui o nexo causal. Dever de indenizar. Agravo não provido.

[...]

2. O fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade de transporte, o que não é o caso dos autos, em que a vítima foi empurrada por outros passageiros, clientes da concessionária.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 621.486/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 11/02/2015; grifou-se)

Neste contexto, não há como a concessionária de transporte aéreo invocar excludente de causalidade, ao argumento de recair sobre terceiro a responsabilidade de assegurar a acessibilidade do cadeirante na aeronave, no caso a *Infraero*.

Deste modo, conclui-se, a partir da interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica, que é da sociedade empresária atuante no ramo da aviação civil a obrigação de providenciar a acessibilidade do cadeirante no processo de embarque, quando indisponível ponte de conexão ao terminal aeroportuário (*finger*).

Portanto, *reputa-se configurado o defeito na prestação de serviço, dada a ausência dos meios necessários para o adequado acesso do cadeirante ao interior da aeronave, com segurança e dignidade, ensejando a reparação dos danos causados ao recorrido*, como bem definiu o Tribunal Estadual.

5. Da quantificação do dano moral

Quanto ao dimensionamento dos danos morais, na esteira da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, os valores fixados a título de danos morais só poderão ser revistos, em sede de recurso especial, em casos que o *quantum* afrontar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, apenas as quantias que se revelam ínfimas ou exorbitantes em relação aos valores comumente estabelecidos em situações análogas, possuem o condão de invocar a pertinência da análise deste Tribunal.

Na hipótese, constata-se que a verba indenizatória obedeceu à razoabilidade e proporcionalidade, sendo que a majoração promovida pelo Tribunal *a quo* para R\$ 15.000,00 não constituiu afronta aos mencionados postulados, pois fundada na convicção de ter sido dispensado “tratamento vexatório” ao recorrido.

A jurisprudência desta Corte Superior tem fixado indenização em casos similares em patamar próximo ao definido nesta demanda:

Direito Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Falha na prestação de serviço de transporte público municipal. Pessoa com deficiência usuária de cadeira de rodas motorizada. Falta de acessibilidade. Tratamento discriminatório pelos prepostos da concessionária. Embargos de declaração. Omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ausência. Análise de direito local. Inviabilidade. Violação do direito ao transporte e mobilidade do usuário do serviço. Dano moral configurado. Valor fixado pelo Tribunal de origem. Adequação. Honorários de sucumbência. Majoração.

[...]

10. Nesse cenário, o dano moral, entendido como lesão à esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, sobressai de forma patente.

As barreiras físicas e atitudinais impostas pela recorrente e seus prepostos repercutiram na esfera da subjetividade do autor-recorrido, restringindo, ainda, seu direito à mobilidade.

11. Não há se falar em redução do quantum compensatório, estimado pelo Tribunal de origem em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), diante da gravidade da agressão à dignidade do recorrido enquanto ser humano.

12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

(REsp 1.733.468/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018; grifou-se)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Direito Civil. Indenização por danos morais. *Quantum* indenizatório. Revisão. Alegação de valor excessivo. Quantia fixada que não se revela exorbitante. Revisão que demandaria reexame fático-probatório. Incidência da Súmula 7 do STJ. Juros moratórios. Indenização por dano moral. Responsabilidade extracontratual. Súmula n. 54/STJ.

[...]

2. Na espécie, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.464,00, mercê do tratamento discriminatório que o seu preposto dispensou ao falecido autor - passageiro cadeirante que apresentava dificuldades para embarcar no veículo de transporte coletivo -, não se revela exorbitante a justificar a intervenção desta Corte Superior. Revisão do quantum que esbarra na Súmula 7/STJ.

3. Os juros moratórios, em indenização por danos morais, não têm incidência somente quando esta é fixada, mas desde o momento em que o devedor é constituído em mora (REsp 1.132.866/SP, Rel. p/ acórdão Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 23/11/2011).

4. Em se tratando de dano moral decorrente de ato ilícito puro, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ).

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 455.889/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 22/05/2014; grifou-se)

E, considerando os fatos assentados pela instância com soberania para sua apreciação, é de se reconhecer a relevância da dor moral vivenciada pelo recorrido, porquanto plenamente compreensível sua consternação em razão de ter sido carregado de modo precário por funcionários da recorrente para o interior do avião, de sorte a malferir a sua dignidade.

Desta forma, considerando que o valor fixado pelo Tribunal *a quo* a título de danos morais não se mostra excessivo e está em consonância com o *quantum* considerado proporcional e razoável por este Tribunal Superior em situações semelhantes, conclui-se que a revisão da pretensão da recorrente esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

Concluindo, o acórdão recorrido, pelos fundamentos acima alinhavados, não merece sofrer quaisquer reparos.

6. Do exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa extensão, *nego-lhe* provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.653.976-RJ (2017/0031243-2)

Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região)

Relator para o acórdão: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Banco Safra S A

Advogados: Marcelo Lamego Carpenter - RJ092518
Eric Cerante Pestre - RJ103840
André Luiz Souza da Silveira e outro(s) - DF016379
Gabriel Jose de Orleans e Bragança - SP282419
Marcelo Sobral Pinto Ribeiro Lino - RJ186203
Recorrido: Nitriflex S A Indústria e Comércio
Advogados: Ana Paula Haipek - SP146951
Luiz Felipe de Moura Franco - SP234725

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Portal eletrônico. Diário da Justiça eletrônico. Intimações por ambas as formas. Prevalência da intimação por meio de portal. Direito Empresarial. Recuperação judicial. Cessão de créditos. Alienação fiduciária. Não sujeição.

1. Controvérsia sobre o termo inicial do prazo recursal em caso de duplicidade de intimações eletrônicas realizadas na forma da Lei Federal n. 11.419/2006, sendo uma delas por meio do Diário da Justiça Eletrônico (art. 4º) e a outra pelo Portal Eletrônico (art. 5º).

2. A intimação efetivada por meio do portal previsto no art. 5º da Lei Federal n. 11.419/2006 prevalece sobre aquela realizada pelo Diário da Justiça eletrônico. Interpretação sistemática dos arts. 4º e 5º da lei de regência, à luz de dispositivos e princípios do CPC/2015.

3. No caso concreto, observado o decêndio previsto no art. 5º, § 3º, da lei de regência, o recurso especial é tempestivo.

4. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira dando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, a

Quarta Turma, por maioria, afastou a intempestividade do recurso especial e, quanto ao mérito, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial.

Lavrará o acórdão o Ministro Antonio Carlos Ferreira. Votou vencido o Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Votaram com o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Presidente) os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 1º.8.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Safra S/A*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Trava bancária. Determinação judicial de liberação de 70% dos créditos sujeitos à cessão fiduciária. Decisão que não merece reforma. Crédito fiduciário que, em regra, é excluído da recuperação judicial. Inteligência do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Necessidade de equacionamento dos interesses em conflito. Direito do credor fiduciário x princípio da preservação da empresa. Essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa. Impacto mínimo para o agravante, correspondendo percentual muito pequeno frente às demais garantias que possui. Devida e justificável a ingerência limitadora da garantia do credor fiduciário, como forma de atender aos princípios basilares da Lei n. 11.101/2005. Precedentes jurisprudenciais. Aplicação do Verbete Sumular de n. 58 do TJERJ. Desprovimento do recurso. (e-STJ, fl. 79)

A Presidência do Superior Tribunal de Justiça, em decisão de fls. 223/224, não conheceu do recurso especial ao observar sua intempestividade. Em decisão da relatoria do em. Ministro Raul Araújo, foi dado provimento ao anterior agravo interno para novo julgamento colegiado do recurso especial (e-STJ, fl. 249), o que se faz nesta oportunidade.

Nas razões do agravo interno interposto contra referido *decisum*, o recorrente, *Banco Safra S/A*, sustenta, em síntese, que seu recurso seria tempestivo, afirmando que, nos termos do § 3º do art. 5º da Lei 11.419/2006

(Lei do Processo Eletrônico), nos casos em que o destinatário da intimação eletrônica não realiza a consulta aos seus termos no portal, a intimação é considerada realizada dez dias após sua disponibilização no sistema, o que torna o recurso especial tempestivo no presente caso. Defende a validade e prevalência da intimação eletrônica em relação à publicação via DJe.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): A irresignação não merece prosperar.

Conforme delineado na decisão monocrática da Presidência desta Corte, verifica-se que a parte recorrente foi intimada do acórdão recorrido em 29/04/2016 (e-STJ, fl. 128), sendo o recurso especial interposto somente em 24/05/2016. Dessa forma, o recurso é manifestamente intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias úteis, nos termos do art. 994, VI, c/c os arts. 1.003, § 5º, 1.029 e 219, *caput*, todos do Código de Processo Civil.

O entendimento do STJ se firmou no sentido de que, “ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJERJ, prevalece esta última, uma vez que, nos termos da legislação citada (Lei n. 11.419/2006), a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais”. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Intimação eletrônica e no Diário de Justiça. Prevalência da última. Intempestividade configurada. Prazo recursal de 15 dias úteis escoado. Art. 1.003, § 5º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015. Agravo desprovido.

1. “Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais” (AgRg no AREsp 726.124/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/6/2016, DJe 1º/7/2016).

2. É intempestivo o recurso, à exceção dos embargos de declaração, interposto fora do prazo de 15 dias úteis, nos termos do art. 1.003, § 3º, c/c o art. 219, *caput*, do CPC/2015.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.101.413/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 26/10/2017)

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Convoação. Cabimento. Intempestividade do agravo nos próprios autos.

1. É cabível agravo interno contra a decisão que determina a autuação do agravo como recurso especial para discutir a tempestividade do agravo nos próprios autos.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, ocorrendo a duplicidade de intimações, intimação eletrônica e publicação no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais. Precedentes.

3. Logo, certificada a publicação da decisão de inadmissibilidade do apelo nobre em 15/7/2016, deve-se reconhecer a intempestividade do agravo em recurso especial protocolizado em 21/9/2016, pois ultrapassado o prazo previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC/2015, contado em dobro, mesmo considerando a suspensão dos prazos entre os dias 5 a 21/8/2016, o feriado local em 22 de agosto e o feriado nacional de 7 de setembro.

4. Se não há discussão quanto à licitude da intimação ocorrida no Diário de Justiça eletrônico, não faz sentido considerar, para fins de contagem do prazo recursal, a intimação eletrônica posterior, porque com a publicação no DJe todas as partes já se deram por intimadas. Vale dizer, não há renovação de prazo.

5. Ainda que ultrapassadas essas considerações, no embate de teses, teria razão a ora agravante no sentido de que a intimação eletrônica do Estado ocorreu em 18/7/2016 (*"Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, intimação realizada, em 18/7/2016 14:39"*) - e não no dia 24/7/2015 (*"Francesco Conte (representando Estado do Rio de Janeiro), intimação tácita, em 24/7/2016 13:33"*) -, porque tem validade de intimação pessoal aquela dirigida à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (Lei n. 11.419/2006, art. 5º, § 6º).

6. Agravo interno a que se dá provimento. Agravo em recurso especial não conhecido por intempestividade.

(AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Intempestividade do agravo em recurso especial porquanto interposto após o prazo previsto no art. 1.003, § 5º do CPC de 2015. Intimação tácita. Impossibilidade. Validade da publicação do Diário de Justiça eletrônico. (...) Decisão mantida. Agravo interno não provido.

1. O prazo para interposição do recurso especial e do agravo em recurso especial (art. 1.003, § 5º do CPC de 2015) é de 15 (quinze) dias úteis, conforme o art. 219 do CPC de 2015. Intempestividade constatada.

2. "Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais." Precedentes.

.....

6. Agravo interno não provido (g.n.).

(AgInt no AREsp 1.071.468/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe de 15/09/2017)

Embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial. Ausência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Intempestividade. Prevalência da publicação do Diário da Justiça eletrônico. Embargos rejeitados.

1. Não merecem acolhimento os embargos de declaração opostos sem a indicação de obscuridade, contradição, omissão ou erro material (CPC/2015, arts. 1.022 e 1.023), sendo inadmissível a sua oposição para rediscutir questões tratadas e devidamente fundamentadas no aresto embargado, já que não são cabíveis para provocar novo julgamento da lide.

2. Havendo intimação eletrônica e publicação da decisão no Diário da Justiça Eletrônico, prevalece a última, porquanto a Lei 11.419/2006 dispõe que a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 06/04/2017, DJe de 03/05/2017)

Dessa forma, não há como afastar a intempestividade do apelo especial na hipótese em comento.

Diante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do recurso especial, estando cassada a decisão deferitória da tutela provisória (e-STJ, fls. 278/281), e julgo prejudicado o agravo interno de fls. 299/303 (petição n. 581549/2017).

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Banco Safra S.A.*, na forma prevista pelo art. 105, III, "a", da CF/1988, contra acórdão do TJRJ assim ementado (e-STJ, fl. 79):

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Trava bancária. Determinação judicial de liberação de 70% dos créditos sujeitos à cessão fiduciária. Decisão que não merece reforma. Crédito fiduciário que, em regra, é excluído da recuperação judicial. Inteligência do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Necessidade de equacionamento dos interesses em conflito. Direito do credor fiduciário x princípio da preservação da empresa. Essencialidade dos valores liberados ao funcionamento da empresa. Impacto mínimo para o agravante, correspondendo percentual muito pequeno frente às demais garantias que possui. Devida e justificável a ingerência limitadora da garantia do credor fiduciário, como forma de atender aos princípios basilares da Lei n. 11.101/2005. Precedentes jurisprudenciais. Aplicação do Verbete Sumular de n. 58 do TJERJ. Desprovimento do recurso.

Os embargos de declaração opostos ao aresto foram rejeitados (e-STJ, fls. 108/118 e 121/127).

Nas razões recursais, o recorrente alega violação do art. 49, § 3º, da Lei Federal n. 11.101/2005. Defende, em síntese, que o crédito garantido por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, podendo ser cobrado na forma do contrato.

Contrarrazões às fls. 157/163 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fls. 213/214).

A Presidência do STJ, por meio da decisão de fls. 223/224 (e-STJ), não conheceu do recurso, ao fundamento de que intempestivo.

Interposto agravo interno contra a decisão (e-STJ, 228/231), os autos foram distribuídos para a relatoria do em. Ministro *Raul Araújo*, que reconsiderou a decisão agravada, a fim de que o recurso fosse pautado para julgamento colegiado (e-STJ, fls. 249/250).

Formulado, pela ora recorrente, pedido de tutela provisória de urgência (e-STJ, 256/276), a pretensão foi deferida pelo em. Relator (e-STJ, fls. 278/281). Contra a decisão, a aqui recorrida interpôs agravo interno (e-STJ, fls. 299/303), ainda pendente de julgamento.

Na sessão do dia 13/3 passado, o em. Ministro *Lázaro Guimarães* proferiu voto concluindo pela intempestividade do recurso, para tanto invocando precedentes deste Tribunal no sentido de que “ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJERJ, prevalece esta última, uma vez que, nos termos da legislação citada (Lei n. 11.419/2006), a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais” (AgInt no AREsp 1.101.413/RJ, Rel. Ministro *Marco*

Aurélio, Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 26/10/2017; AgInt no AREsp 1.040.421/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes, Segunda Turma*, julgado em 10/10/2017, DJe de 17/10/2017; AgInt no AREsp 1.071.468/RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão, Quarta Turma*, julgado em 12/09/2017, DJe de 15/09/2017; EDcl no AgInt no AREsp 861.128/RJ, Rel. Ministro *Raul Araújo, Quarta Turma*, julgado em 06/04/2017, DJe de 03/05/2017).

Isso porque consta dos autos certidão de que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado no DJERJ em 29/04/2016 (e-STJ, fl. 128), enquanto que o especial foi interposto somente em 24/05/2016 (e-STJ, fl. 142), o que sugere, em princípio, a extemporaneidade do recurso.

Entretanto, nas razões de seu agravo interno (e-STJ, fls. 228/231), a recorrente apontou que sua intimação deu-se por meio eletrônico (conforme informação que consta do documento de fls. 129/132 [e-STJ]), na forma prevista pelo art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.419/2006, que estipula o prazo de 10 (dez) dias para consulta da intimação eletrônica, considerando-a efetivada somente na data do término do prazo, caso não acessada. Desse modo, acrescido o decêndio, a irresignação revelar-se-ia tempestiva.

Pedi vista dos autos para aprofundar o exame das circunstâncias que envolvem a questão preliminar.

Rogando vênias ao em. Ministro Relator, penso que a jurisprudência sobre o assunto merece ser revisitada, pois a interpretação sistemática das disposições contidas na Lei n. 11.419/2006, que tratam da matéria, indicam a prevalência da intimação realizada por meio de portal (art. 5º) em prejuízo daquela efetivada pelo Diário de Justiça (art. 4º), ambos eletrônicos. Esse entendimento é roborado a partir da vigência do CPC/2015, ao trazer normas que orientam pela prioridade das intimações judiciais realizadas pela via digital.

Vejamus a redação dos dispositivos sob exame, com destaque para os itens que disciplinam a intimação dos atos processuais:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Como se colhe do texto legal, a intimação realizada por meio do Diário da Justiça Eletrônico “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal”. Essa forma de intimação, sabidamente, veio a substituir a publicação dos atos judiciais no Diário Oficial que circulava em meio físico (papel), procedimento que trouxe agilidade e substancial redução de custos.

Por sua vez, de modo ainda mais específico – e, portanto, preponderante à regra de abrangência geral –, o art. 5º do mesmo diploma preceitua que, aos que se cadastrarem, “[a]s intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio (...), *dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico*”.

Note-se que, feita a intimação por meio do referido “portal”, não se haverá de exigir a publicação do ato judicial no Diário da Justiça (inclusive o eletrônico referido no art. 4º) e, segundo prevê o § 6º do mesmo dispositivo, essa forma de intimação eletrônica é até mesmo suficiente para que se entenda por efetivada a intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, condição que não ostenta a publicação no Diário Eletrônico (art. 4º, § 2º, parte final).

Resta inequívoco, dessarte, que o legislador conferiu preponderância à intimação realizada pelo portal eletrônico, prestigiando a prática de atos processuais por meio dessa plataforma.

Sob essa perspectiva, penso que o advogado que se cadastra no portal eletrônico de um determinado Tribunal passa a considerar essa forma de intimação como a “principal”, quiçá exclusiva. Se acaso patrocinar causas apenas naquele Tribunal, decerto que nem sequer reputará necessário acompanhar as intimações de seu respectivo Diário da Justiça Eletrônico, depositando confiança no ato oficial praticado pela Corte de Justiça – a intimação por meio do portal. Do contrário, seria reconhecer a inutilidade da sistemática introduzida pela Lei do Processo Eletrônico, no que diz respeito ao portal de que trata seu art. 5º.

Não me parece, assim, razoável a interpretação que lhe impõe surpresa, após confiar no ato formalmente praticado pelo Judiciário (a intimação via portal), e contar o prazo nos estritos termos de previsão contida em texto expresso de lei.

No âmbito da Segunda Seção do STJ, o mais recente julgado sobre o assunto, proferido pela Terceira Turma, reviu o posicionamento anterior para consagrar o entendimento de que “[n]a hipótese de duplicidade de intimações, *prevalece a intimação eletrônica sobre aquela realizada por meio do DJe*” (AgInt no AREsp 903.091/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Ante a percuciência dos fundamentos lançados no voto condutor do referido acórdão, permito-me transcrevê-los, adotando-os como adicional razão de decidir:

O presente agravo interno versa sobre o conflito acerca dos efeitos da intimação efetivada via Diário da Justiça Eletrônico e aquela feita via portal de intimações.

As duas formas de intimação estão previstas na Lei 11.419/06 nos seguintes termos:

(...)

A jurisprudência desta Corte Superior conta com alguns julgados, inclusive da minha relatoria, no sentido de se resolver esse conflito dando prevalência à intimação via Diário da Justiça Eletrônico, uma vez que essa forma de intimação “substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais”, conforme previsto no art. 4º, § 2º, supra.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

(...)

Porém, revendo meu posicionamento anterior, entendo que deve prevalecer a intimação via portal eletrônico, pois essa modalidade de intimação dispensa a publicação via DJe, conforme expressamente previsto no já aludido art. 5º da Lei 11.419/06.

Essa previsão expressa de dispensa de publicação no DJe evidencia que a intimação eletrônica é a que deve ter prevalência.

Essa também foi a opção normativa esposada pelo novo CPC/2015, conforme se verifica nos seguintes dispositivos legais:

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.

.....

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

.....

Consoante lição de DANIEL AMORIM A. NEVES, a preferência pela intimação eletrônica se deve ao fato de se tratar de uma forma de comunicação “simples, rápida e barata” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 426).

Nessa esteira, impõe-se reconsiderar a decisão ora agravada para contar o prazo recursal a partir da data da intimação eletrônica, o que torna tempestivo o recurso, como bem demonstrado nas razões do presente agravo.

(...)

No caso concreto, cabe ainda ressaltar que uma primeira decisão que concluiu pela intempestividade do recurso (e-STJ, fls. 223/224) foi oportunamente impugnada por meio de agravo interno (e-STJ, fls. 228/231), que por sua vez veio a ser provido por decisão do em. Ministro *Raul Araujo* (e-STJ, fls. 249/250). Contra essa última decisão não manifestou a ora recorrida qualquer espécie de irresignação. Em que pese tratar-se de matéria de ordem pública, a expressa decisão sobre o assunto, inatacada, impõe-lhe os efeitos da preclusão (CPC/2015, art. 505). No ponto:

Agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/73). Ação cautelar de arresto, com fundamento na inadimplência de cédulas de crédito bancário. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Irresignação da parte ré.

(...)

2. Uma vez decidida e não impugnada tempestivamente, a matéria de ordem pública resta atingida pela preclusão consumativa, impedindo seu reexame.

(...)

(AgInt no AREsp 986.399/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 22/03/2018)

Agravo interno no recurso especial. Ação monitória. 1. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. 2. FINOR. Legitimidade do Banco do Nordeste. Existência. Súmula 83/STJ. 3. Prescrição. Matéria de ordem pública. Decisão não impugnada oportunamente. Preclusão. 4. Agravo desprovido.

(...)

3. Não obstante a prescrição seja matéria de ordem pública, deve ser impugnada oportunamente, no momento em que é apreciada pelo Magistrado *a quo*, sob pena de preclusão.

(...)

(AgInt no REsp 1.380.664/PB, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 13/03/2018)

Direito Civil e Processual Civil. Agravo interno em recurso especial. Inclusão de empresa sucessora no polo passivo em execução de sentença. Legitimidade passiva. Coisa julgada. Preclusão.

1. Não obstante as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias, a existência de anterior decisão sobre a mesma questão, quais sejam, as teses afetas à ilegitimidade passiva, impede a sua reapreciação, no caso, por existir o trânsito em julgado da mesma, estando assim preclusa sua revisão. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.424.168/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 19/06/2017)

Isso ponderado, afastado a aventada intempestividade.

Relativamente ao mérito da controvérsia, a jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial. Cito, a propósito:

Direito Falimentar. Recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária de créditos. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial do devedor-cedente. Registro no cartório de títulos e documentos. Desnecessidade.

(...)

3 - A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de créditos não estão submetidas aos efeitos da recuperação judicial (inteligência do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05). Precedentes.

(...)

(REsp 1.592.647/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 28/11/2017)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Recuperação judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e títulos de crédito. Credor titular de posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005. Matéria pacífica no âmbito das Turmas de Direito Privado do STJ. Pretensão de submeter aos efeitos da recuperação judicial, como crédito quirografário, os contratos de cessão fiduciária que, à época do pedido de recuperação judicial, não se encontravam registrados no cartório de títulos e documentos do domicílio do devedor, com esteio no § 1º do art. 1.361-A do Código Civil. Insubsistência. Agravo interno improvido.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

2. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 884.153/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil e Civil. Recuperação judicial. Ausência de violação ao art. 535 do CPC/73. Acórdão estadual devidamente fundamentado. Crédito garantido por alienação fiduciária. Ausência de violação ao art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. Discussão quanto à ofensa ao art. 620 do CPC/73. Fundamento da decisão agravada não atacado. Súmula 182/STJ. Agravo regimental conhecido em parte e, na extensão, desprovido.

(...)

2. A jurisprudência uníssona desta eg. Corte firmou-se no sentido de que, em "(...) face da regra do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por alienação fiduciária" (CC 131.656/PE, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Segunda Seção*, julgado em 08/10/2014, DJe de 20/10/2014).

(...)

(AgRg no REsp 1.379.356/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/05/2017, DJe 01/06/2017)

Recurso especial. Recuperação judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei 4.728/1965.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1.263.500/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013)

Processual Civil. Direito Empresarial. Embargos de declaração no recurso ordinário em mandado de segurança. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Caráter infringente. Princípio da fungibilidade. Recuperação judicial. Cédula de crédito garantida por cessão fiduciária de direitos creditórios. Natureza jurídica. Propriedade fiduciária. Não sujeição ao processo de recuperação judicial.

(...)

2. Os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis não se sujeitam à recuperação judicial, a teor do que dispõe o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

(...)

(EDcl no RMS 41.646/PA, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 11/10/2013)

Ante o exposto, mais uma vez rogando vênias ao em. Ministro Relator, *conheço e dou provimento* ao recurso especial para reformar em parte a decisão

agravada, dela excluindo, em relação ao recorrente, a disposição que determinou “a liberação de 70% do total dos créditos que se encontram ao abrigo da trava das Instituições Financeiras” (fl. 25 do apenso n. 1 [e-STJ]). Prejudicado o agravo interno de fls. 299/303 (e-STJ).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.713.167-SP (2017/0239804-9)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: L M B

Advogado: Adriana Cury Marduy Severini e outro(s) - SP106253

Recorrido: V M A

Advogados: Franco Mauro Russo Brugioni - SP173624

Vinicius de Figueiredo Teixeira - DF019680

Advogada: Cristina de Almeida Canêdo - DF026782

EMENTA

Recurso especial. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto.

1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os *pets*, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um *munus* exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar.

5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.

7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando

para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.

9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial por fundamentação diversa do relator, e o voto do Ministro Lázaro Guimarães no sentido da divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Com ressalvas de fundamentação do Ministro Marco Buzzi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 9.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. V. M. A. ajuizou ação objetivando regulamentação de visitas a animal de estimação em face de L. M. B., ao fundamento de que conviveram por mais de sete anos em união estável, sob o regime de comunhão universal de bens (desde 2004), tendo em 2008 adquirido uma cadela yorkshire de nome *Kimi*. Afirma que, com o passar do tempo, houve intenso apego ao animal, surgindo “...verdadeiro laço afetivo entre eles”, sendo

o requerente o responsável pela totalidade do valor da compra e dos gastos atinentes ao cão.

Com a dissolução da união em 2011, as partes declararam não existir bens a partilhar, deixando de tratar em específico a respeito do animal de estimação.

Salienta o autor que, inicialmente, ficou com a cadela, mas logo depois ela permaneceu em definitivo com a requerida. Aduz que sempre manteve visitas regulares ao animal na residência da ré, até que, em tempos mais recentes, acabou sendo impedido de ter contatos com o seu “mascote”, o que vem lhe causando intensa angústia.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido ao fundamento de que “...malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação trata-se de semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, concluindo que, em sendo o animal objeto de direito, não há falar em visitação. Asseverou que a ré apresentou prova de exclusiva propriedade sobre o cachorro, devendo, portanto, ser tida como sua única proprietária (fls. 122-123).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, estabelecendo a forma de visitação, nos termos da seguinte ementa:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 196-200).

Irresignada, L. M. B. interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; 82, 445, § 2º e 2.022, do CC; 140, 489, § 1º, 669 e 733 do CPC/2015; 1.124-A da Lei n. 11.441/2007.

Aduz que o acórdão foi nulo por ter deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável.

Salienta que “foi transacionado pelas partes que outorgaram reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros em razão da União Estável que existiu entre eles e ainda declaram que não existem bens móveis ou imóveis a partilhar”, sendo que, como estamos diante de um bem (animal), o recorrido poderia, à época da dissolução, “ter optado por manter o bem em condomínio”.

Afirma que o Tribunal de origem não poderia ter-se valido da analogia, quando a definição de animal vem disposta no art. 82 do CC.

Contrarrazões ao especial às fls. 220-238.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 239-240), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 294).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De plano, afasto a preliminar de nulidade do acórdão porque teria deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável, já que as partes teriam transacionado e outorgado reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros, declarando que não existiam bens móveis ou imóveis a partilhar”.

O acórdão recorrido afastou a omissão ao fundamento de “que a relação entre o embargado e o animal de estimação não se equiparava a um mero bem móvel. Tanto que aplicou por analogia os arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, que versam sobre guarda e visitas de menores” (fl. 199).

Realmente, a questão de haver ou não coisa julgada em relação à partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como meros bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que, no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia.

Assim, não há falar em omissão nem em nulidade do acórdão de origem.

3. A controvérsia principal está em definir se é possível haver regulamentação de visitas a animal de estimação, após o fim da união estável entre os conviventes.

O Tribunal de origem, reformando a sentença de piso, reconheceu sua possibilidade, *verbis*:

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, é importante lembrar que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”, conforme prevê o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Logo, para aplicar a lei é necessário saber anteriormente a finalidade para a qual foi criada.

Pois bem.

No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936).

Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma.

A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739>).

Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.

Nesses casos, deve o juiz decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei n. 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais (...) domésticos ou domesticados”.

Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. fls. 88/95), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. fls. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. fls. 16/29).

Com isso, mostra-se possível a fixação de visitas nos termos da inicial, a saber:

a) visitas em finais de semana e feriados prolongados alternados, com retirada na sexta-feira às 20:00 horas, retornando-a no domingo às 20:00 horas;

b) nas festas de final de ano como natal e ano novo, no primeiro ano passará o natal na companhia do Autor e o ano novo na companhia da Ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte e assim por diante, mantendo-se a alternância para os próximos anos;

c) o Autor poderá participar das atividades inerentes à cadela Kimi, bem como levá-la ao veterinário quando necessário (v. fls. 8).

Por fim, caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida no intuito de tentar reatar o relacionamento (v. fls. 144/151), o fato deve ser levado ao conhecimento do MM. Juízo a quo para as providências que entender cabíveis.

Em suma, impõe-se o provimento do recurso para julgar procedente o pedido, nos termos deste v. acórdão.

Sucumbente, a parte ré arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

(fls. 161-166)

Interessante observar que não há aqui qualquer discussão quanto ao ressarcimento de despesas ou indenização pela compra do animal de estimação; o ponto do recurso é mesmo quanto à possibilidade de se estabelecer a visitação, após o rompimento da união estável.

4. Inicialmente, afasto qualquer alegação de que a questão que ora se aprecia é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte.

Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação

como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

Ademais, em muitos países do mundo, esta questão envolvendo a mesma temática que ora se analisa já foi objeto de regulamentação por lei, o que ainda não ocorreu no Brasil.

Assim, parece mesmo muito relevante que esta Corte se debruce sobre o tema, máxime diante da dispersão da jurisprudência sobre a interpretação do diploma civil, e também em face de forte contróversia doutrinária, como se apresentará neste voto.

Nesse passo, é inegável que a degradação ambiental vem sendo objeto de maior conscientização do ser humano, notadamente no segundo pós-guerra, quanto à natureza e à qualidade do meio ambiente em que vive.

Especificamente em relação à proteção aos animais, diversas legislações, tanto no Brasil como em âmbito internacional, passaram a regular a questão, tendo a Constituição da República de 1988 estabelecido - como visto -, expressamente, tal abrigo dentro do contexto da preservação do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523).

Como direito de todos, tendo como contexto a ordem social, impôs-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, § 1º, VII).

Diante desse panorama, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se posicionar em lides de alta relevância. A título de exemplos:

Processo objetivo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Atuação do Advogado-Geral da União. [...] **Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade.** A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual

veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.

(ADI 4.983, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, Processo Eletrônico DJe-087 divulg 26/04/2017 public 27/04/2017)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei Fluminense n. 2.895/98). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei n. 9.605/98, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna. Inconstitucionalidade. - *A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (“gallus-gallus”).*

[...]

(ADI 1.856, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 divulg 13/10/2011 public 14/10/2011 Ement vol-02607-02 pp-00275 RTJ vol-00220-01 pp-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413)

Interessante notar que, recentemente, a Emenda Constitucional n. 96, de 2017, incluiu o § 7º ao art. 225, estabelecendo que, “para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações

culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, denominada de Lei dos Crimes Ambientais, tutela os animais, colocando-os a salvo de qualquer tratamento abusivo, maus-tratos, ferimentos ou mutilações, aliás, desde o Decreto 24.645, de 1934, já se estabelecia medidas de proteção aos animais, colocando-os sob a tutela do Estado e protegendo-os contra abusos e crueldades.

5. Decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais, tendo o referido diploma os tipificado como coisas - não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos - e, por conseguinte, objetos de propriedade.

De fato, os animais, via de regra, enquadram-se na categoria de bens semoventes, isto é, “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (art. 82).

Não há dúvidas de que o Código Civil tipificou-os na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446.

Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem considerados como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social.

Isso porque “a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal. Esta inércia do Poder Legislativo, contudo, tem sido oposta a um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da justiça” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica*. In *Tratado de Direito das famílias*, Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57).

É notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas.

Os Tribunais do país têm-se deparado com situações desse jaez, com divórcios e dissoluções de relações afetivas de casais em que a única divergência está justamente na definição da custódia do animal.

À guisa de exemplo, cito alguns casos, com as mais diversas soluções no âmbito dos Tribunais pátrios:

Direito Civil. Reconhecimento/dissolução de união estável. Partilha de bens de semovente. Sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex-convivente mulher. Recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal. Réu apelante que sustenta ser o real proprietário. Conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida. Direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia. Animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família cachorrinho “Dully” que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. Solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00hs de sábado às 17:00hs do domingo. Sentença que se mantém

1. Cuida-se de apelação contra sentença que, em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes e determinou, ainda, que a autora ficasse com a posse do cão de estimação da raça Coker Spaniel.

2. Insurge-se o réu unicamente com relação à posse do animal de estimação, sustentando, em síntese, que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do cão, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação.

3. De fato, da análise do conjunto probatório infere-se que a parte autora logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully.

4. Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador.

5. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família.

6. Cachorrinho "Dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial e extremo dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos.

7. Solução que, se não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente.

8. Recurso desprovido, fixando-se, porém, a despeito da ausência de previsão normativa regente o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo.

Nega-se provimento ao recurso.

(Apelação Cível n. 001 9757-79.201 3.8.19.0208, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 22ª Câmara Cível, Julgado em 27/01/2015)

Civil. Processo Civil. Indeferimento de produção de prova testemunhal. Questão de direito devidamente comprovada nos autos. Sobrepartilha de animal doado ao casal na constância do casamento. Divórcio. Partilha do bem. Recurso desprovido.

1. Na atualidade, os bichos de estimação têm conseguido cada vez mais espaço no seio da família brasileira e mundial, tornando-se, em muitos casos, membros efetivos, equiparados aos próprios filhos do casal, de modo que, com o fim do casamento, não raro, as pessoas enfrentam problemas tanto em relação a com quem vai ficar o animal querido e até mesmo discussão sobre a propriedade desse ente, como é o caso em análise, pois esses animais, além de ter valor de estimação, que não pode ser quantificado economicamente, ostentam também valor comercial.

2. Importa destacar que em nosso sistema jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado, onde o magistrado é livre para fundamentar sua decisão, desde que amparada na lei e nas provas dos autos. Assim, deve-se sopesar inicialmente os elementos de prova contidos nos autos, de acordo com

as circunstâncias de cada caso, para, só então, aferir a viabilidade e/ou a (des) necessidade da produção de outras provas além daquelas que estiverem contidas no processo.

3. O indeferimento de prova testemunhal que tinha como objetivo demonstrar fatos já devidamente comprovados nos autos, não traduz cerceamento de defesa e, por conseguinte, não compromete a validade constitucional da sentença.

4. A doação feita, na constância do casamento, celebrado sob regime da comunhão parcial, apenas em nome de um dos cônjuges, deve ser considerada como feita ao casal. Portanto, o bem doado ainda que somente a um dos integrantes da conjugalidade, deve ser partilhado com o fim do matrimônio.

5. Recurso desprovido

(Acórdão n. 885.178, 20140110611494APC, Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, Revisor: Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/07/2015, Publicado no DJe: 10/08/2015. Pág.: 240)

Direito Civil. Família. Divórcio. Sentença. Componente pragmático. Partilha de bens. Animal de Estimação. Posse. Abandono. Cônjuge mulher. Caracterização. Partilha. Cônjuge varão. Decisão confirmada. É característica marcante nas decisões proferidas nas varas de família um fortíssimo componente pragmático, que só devem ser reformadas pela instância revisora em casos de ilegalidade evidente, porquanto o Juiz que presidiu a produção da prova e teve contato pessoal com as partes está munido de melhores condições para decidir sobre a pensão de alimentos, guarda de filhos, regulamentação de visita e *a quem deve caber na partilha os animais de estimação. Restando caracterizado o abandono de animal por um dos cônjuges, o outro adquire-lhe a propriedade se sob a sua posse ele ficar, dispensado-lhe tratamento devido.* (TJMG - Apelação Cível 1.0694.02.006976-1/001, Relator(a): Des.(a) Manuel Saramago, 6ª Câmara Cível, julgamento em 13/04/2004, publicação da súmula em 07/05/2004)

União estável. Reconhecimento. Partilha dos bens. Contribuição. Desnecessidade. Mantém-se a partilha igualitária do imóvel porque os elementos coligidos aos autos comprovam, à saciedade, que o bem foi edificado com a participação de ambos os conviventes, na medida de suas possibilidades e em terreno de propriedade dos pais da mulher. *Aluguel pelo uso do imóvel comum. Descabimento.* Não se pode exigir o pagamento de locativos enquanto não perfectibilizada a partilha dos bens. É que inexistente título jurídico que autorize a cobrança de aluguel contra o companheiro que permanece residindo no imóvel comum, posto que os bens ficam em mancomunhão. *Indenização por danos causados a bem pertencente ao varão.* Descabe a indenização quando não constatado o descuido da mulher na preservação do bem. Ademais, tratando-se de móvel usado e desmontado, provavelmente apresentaria alguma avaria decorrente do próprio uso. **Animal de estimação.** Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal

ficavam a cargo da convivente. Apelo desprovido. (Segredo de justiça) (Apelação Cível n. 70007825235, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 24/03/2004)

Aliás, como bem destacado pelo acórdão recorrido, tamanha é a notoriedade do vínculo afetivo entre homem e seu animal de estimação que, segundo recente pesquisa do IBGE, é possível afirmar que existem mais cães e gatos em lares brasileiros do que crianças.

De fato, “em 2015 existem mais lares com cachorros (44%) que com crianças (36%) no Brasil. Além dos motivos demográficos (redução do número de filhos), estariam também os econômicos, haja vista o alto custo de criação de filhos. As projeções de 2013, em 45 milhões de crianças e 52 milhões de cães, apontam para 2020 o aumento dessa diferença: 41 milhões de crianças contra 71 milhões de cães. Há ainda, uma tendência de aumento dos domicílios onde mora uma só pessoa. São denominados arranjos unipessoais, onde, principalmente, pessoas sozinhas com mais de 50 anos, são ‘potenciais pais de um totó’ [...] Essa mudança ocorreu por diversos fatores, dentre eles famílias cada vez menores, maior número de pessoas morando sozinhas e o envelhecimento da população tem favorecido o aumento dos animais de estimação nos lares brasileiros” (SÉGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 82, ano 21, São Paulo: RT, abr./jun. 2016. p. 240).

Nos EUA, “estima-se que as disputas judiciais relativas à guarda de animais domésticos tenham crescido 23% apenas em 2011. Há, inclusive, indicação doutrinária de que recorrentemente o ex-casal consegue entrar em acordo relativamente aos bens, aos filhos menores, mas não se ajustam relativamente a quem ficará com os animais, iniciando sofridos, longos e dispendiosos litígios” (CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento da família multiespécie?* Artigo Científico, 2015, 33f).

Tamanho são os vínculos psicológico e afetivo em determinadas situações, que se tem notícia de casos, no mínimo, inusitados. Basta lembrar o ocorrido em 2010, onde “uma americana milionária deixou o equivalente a R\$ 21 milhões para sua cachorra em detrimento de seu filho que herdou apenas R\$ 1,7 milhões. O filho briga na Justiça alegando insanidade materna. Guardadas as devidas proporções, há relato de caso semelhante no Brasil, onde uma viúva sem filhos deixou seu apartamento para uma gatinha (Mimi) e sua cadela (Fifi).

Um irmão impugnou o testamento na qualidade de herdeiro. O testamento teria sido interpretado como encargo do herdeiro para que ele tomasse conta dos animais de estimação” (SÉGUIN, Élida; *op. cit.*, p. 244).

Inclusive, é bom destacar que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.058/2011 (no momento encontra-se arquivado), que tem como objetivo justamente dispor “sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências”.

A necessidade de regulamentação da questão foi destacada em sua justificativa: “[...] Os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem ser estipulados critérios objetivos em que se deve fundamentar o Juiz ao decidir sobre a guarda, tais como cônjuge que costuma levá-lo ao veterinário ou para passear, enfim, aquele que efetivamente assista o *pet* em todas as suas necessidades básicas [...]”.

Entre outras diversas disposições, prevê o Projeto:

Art. 2º. Decretada a separação judicial ou divórcio, ou fim da união estável pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda de animal de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Parágrafo único Entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir animal de estimação.

Art. 5º. Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

I – ambiente adequado para a morada do animal;

II – disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;

III – o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;

IV – demais condições que o juiz considerar imprescindíveis à manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.

Outras duas curiosidades do projeto de lei:

Art. 6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude de direitos, deveres e obrigações à estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.

§ 1º Para estabelecer as atribuições das partes e os períodos de convivência com o animal sob a *guarda compartilhada*, o juiz poderá *basear-se em orientação técnico-profissional para aplicação ao caso concreto*;

§ 2º Na *guarda unilateral*, a parte a que não esteja o animal de estimação poderá *visitá-lo e tê-lo em sua companhia*, podendo, ainda, *fiscalizar o exercício da posse da outra parte*, em atenção às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo no caso de seu descumprimento;

§ 3º A alteração não autorizada ou o *descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada*, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;

§ 4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferi-la-á pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.

Art. 7º *Nenhuma das partes poderá, sem a anuência da outra, realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento*, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Como se percebe, pelo Projeto, a guarda de animais de estimação traria disposição muito assemelhada com o instituto da guarda propriamente dita do Código Civil, inclusive podendo ser definida unilateralmente ou de forma compartilhada.

6. A preocupação com a proteção dos animais de companhia não é exclusividade dos brasileiros. Diversos outros ordenamentos, “como da Áustria, da Alemanha e da Suíça indicam expressamente que os animais não são coisas. Outros, como da França e da Nova Zelândia, vão mais além, indicando que os animais são seres sencientes” (CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

Em Portugal, por exemplo, houve sensível modificação em seu Código Civil - Lei n. 8, de 2017 - dispondo que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade (art. 201-B) e que, na ausência de lei especial, deverão ser submetidos às disposições relativas às coisas, desde que não se mostrem incompatíveis com a sua natureza (art. 201-D).

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o conhecido BGB, por sua vez, alterou o título “Coisas” (*Sachen*) para que nele passasse a constar “Coisas. Animais” (*Sachen. Tiere*), prevendo em seu § 90-A, que “os animais não são coisas. Os animais são protegidos por leis especiais. Os animais são regulados pelas regras relativas às coisas, com as necessárias modificações exceto se de outra maneira for previsto”.

Já o Código Civil Francês previu que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens” (art. 515-14).

7. Aqui no Brasil, doutrina e jurisprudência vêm-se dividindo basicamente em três correntes.

Os que pretendem elevar os animais ao *status* de pessoa, haja vista que, biologicamente, o ser humano é animal, ser vivo com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, inclusive em relação aos grandes símios, que, com base no DNA, seriam parentes muito próximos dos humanos. Em razão disso, ao animal deveria ser atribuído direitos da personalidade, o próprio titular do direito vindicado, sob pena de a diferença de tratamento caracterizar odiosa discriminação.

Alguns entendem que o melhor seria separar o conceito de pessoa e o de sujeito de direito, possibilitando a proteção dos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade, dando-se proteção em razão do próprio animal, e não apenas como objeto (na qualidade de patrimônio do seu proprietário) ou de direito difuso como forma de proteção ao meio ambiente sustentável.

Segundo outros, os animais de companhia devem remanescer dentro de sua natureza jurídica posta, como semoventes, *res*, e, portanto objeto de direito das relações jurídicas titularizadas pelas pessoas.

Não se olvide, a discussão é extremamente sensível, movida, muitas vezes, por paixão, provocando a revisitação de conceitos e dogmas cristalizados e, ao mesmo tempo, o exame das necessidades prementes dos novos tempos, atraindo inúmeros questionamentos, perplexidades e, a depender de seu enquadramento, das mais diversas consequências jurídicas, o que torna ainda mais complexa a adoção de uma única e adequada solução.

De plano, importante trazer à baila algumas indagações suscitadas por César Fiuza, em artigo específico sobre a matéria, e que demonstra a dificuldade do trato com a matéria:

Conferir personalidade aos animais pode parecer muito simpático, a um primeiro olhar. Mas a que animais vamos conferir personalidade? A todos? Entram nesse rol as baratas, os pernilongos, os ratos, os mosquitos da dengue, os vírus, as bactérias nocivas e outros tantos dos quais queremos distância? Se a resposta for não, a pergunta se mantém: a que animais conferir personalidade? Apenas aos que nos forem úteis? Como, então, legitimar um churrasco de picanha? Ou um bife de vitela? Ou seremos todos vegetarianos? Como proteger um animal

selvagem que não faz mal nem bem? Se a resposta ainda aqui for negativa, a pergunta permanece: a que animais conferir personalidade? Àqueles que não nos forem nocivos? Assim estaríamos protegendo não só os animais que nos sejam úteis, mas também os que não nos façam mal. De todo modo, continua o problema incontornável, para nós carnívoros, de comermos outras pessoas, o que culturalmente seria inaceitável. Em outras palavras, como legitimar um churrasco de picanha? Bem, se a resposta não é conferir personalidade aos animais, seria, então, a de conferir-lhes o *status* de sujeitos de direitos? Vimos, ainda há pouco que essa também não é a melhor solução. Um animal não pode ser sujeito de direito por um lado e objeto de propriedade por outro.

Um sujeito de direito não pode estar no cardápio de um restaurante. [...] Se os animais não são pessoas, tampouco sujeitos de direitos, qual seria o fundamento de sua proteção? A resposta é muito simples: o ser humano.

Os animais são objeto de direito, podem ser objeto de propriedade, podem ser caçados e devorados; podem ser, inclusive, extintos, como desejamos o seja o mosquito da dengue. Isso não significa que não devam ser protegidos. Em que situações ocorre a tutela protetiva? Quando protegemos nossa propriedade, quando protegemos o meio ambiente e quando protegemos os animais contra atos de crueldade, ou seja, quando os protegemos aparentemente, por eles mesmos. Na realidade, em todas essas hipóteses, o sujeito do direito é o ser humano, seja o proprietário, seja aquele que deseja um meio ambiente saudável, seja o que se projeta no animal em sofrimento.

(FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. *Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out.-dez. 2014., p. 200-201).

Realmente, diante da teoria geral do direito civil, o estudo da guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar -, instituto de direito de família por sua essência, não pode ser, a meu juízo, simples e fielmente subvertido para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque “a guarda é um *munus* exercido no interesse tanto do(s) pai(s) quanto (principalmente) do filho”; não se está diante de uma faculdade e sim de “um direito, mas também um *munus* que impõe ao(s) pai(s) a observância dos deveres inerentes ao poder familiar” (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. *Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias: TJRJ*. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p.170, maio-jun. 2015. p. 175).

É o destaque da doutrina especializada:

Seja como for, o que se pretende destacar é que, ainda que de simples coisas não se tratem e ainda que não estejam submetidos à simples partilha de bens, à guarda também não estarão, sendo necessário, caso se deseje, estipular regime jurídico próprio para este mister. O que não é possível, tampouco desejável, é a subversão de categorias dogmáticas há muito elaboradas e que dizem respeito à própria estrutura do sistema jurídico.

Como visto, o sistema jurídico, como sistema lógico, foi erigido com a função de ordenar os diversos interesses que emergem no seio social, dirimindo eventuais conflitos.

Para cumprir a sua função, o ordenamento jurídico atribui poderes e deveres, respectivamente, ao sujeito do interesse subordinante e ao sujeito do interesse subordinado.

[...]

Nesse sentido, se é verdade que a guarda é uma posição jurídica, necessariamente, por um imperativo lógico e de coerência sistêmica, deve-se atribuir à alguém – e não a algo – a correlata posição jurídica.

Assim, (a) ao considerar-se a guarda como um dever comportamental imposto aos pais (posição jurídica subjetiva passiva elementar, portanto), deve-se buscar aquele que titulariza a correlativa pretensão (posição jurídica subjetiva ativa elementar em enlace correlacional); (b) ao considerar-se a guarda como um dever autônomo com relação ao poder familiar, deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo poder jurídico; (c) ao considerar-se a guarda como um “direito-dever” (um poder funcional composto, portanto, de poderes formativos e deveres comportamentais), deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo dever de obediência ou as correlativas posições jurídicas de sujeição e de pretensão; e assim sucessivamente.

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, ela necessariamente estará em enlace correlacional com outra posição jurídica. Não existem poderes ou deveres jurídicos (em sentido genérico) fora de relação jurídica.

Destarte, pergunta-se: (a) se a guarda é um dever comportamental, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer a correlativa pretensão (definida como o poder-exigir subordinação do interesse alheio ao próprio) em face do dono?; (b) se a guarda é um dever autônomo, seria razoável pensar-se que um cachorro pudesse ser titular de um poder jurídico em face do dono?; (c) se a guarda é um “direito-dever” – e aqui a situação é ainda mais peculiar –, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer os direitos e os deveres (!) correlativos? Seria razoável atribuir-se deveres a um animal? A não ser que alguém pretenda responder afirmativamente a qualquer uma dessas perguntas, uma verdade se impõe: o princípio da correspectividade de posições jurídicas ativas e passivas, a coerência e a base do sistema jurídico privado nacional, erigido sob a égide da Teoria da Relação Jurídica, impedem que se considere juridicamente possível animais figurarem como objeto de guarda em sentido técnico.

A relação jurídica, categoria básica do Direito Privado, é sempre entre sujeitos de direito, entre vontade e vontade.

[...]

Cumpre consignar, ademais, que, seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, a sua utilização para regular situações que envolvam animais implicaria, necessariamente, atribuir-lhes a condição de sujeitos de direito.

(LUKASCHECK PRADO, Augusto César. A (im)possibilidade jurídica da guarda de animais. Revista de direito civil contemporâneo, São Paulo: RT, n. 5, v. 14, jan-mar./2018, p. 545-547)

Com efeito, *de lege lata*, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

Apesar disso, observada sempre a máxima *venia*, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna.

Nesse passo, penso que a ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de companhia - sobretudo nos tempos em que se vive - e negar o direito dos ex-consortes de visitar ou de ter consigo o seu cão, desfrutando de seu convívio, ao menos por um lapso temporal.

Sociólogos vêm demonstrando “uma série de ocorrências que indicam que os animais de companhia galgaram o *status* de verdadeiros membros da família: existe um crescente número de casamentos e uniões que terminam pelo fato de um dos membros do casal não gostar de como o outro trata o animal de companhia; as pessoas demonstram a cada dia mais disposição em arcar com altos custos financeiros com veterinários e tratamentos com seus *pets*; a prática de pessoas deixarem heranças substanciais para os seus animais de estimação em seus testamentos ou para alguém sob a condição de cuidarem dos animais; a benção de animais por padres e pastores; a prática de enterrar os animais da

família em cemitérios de animais; o crescente número de psicólogos e terapeutas que atendem pacientes em extremo sofrimento, vivenciando o luto pela perda do seu animal de estimação” (BOGDANOSKI, Tony. “Towards an Animal-Friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law’s Forgotten Family Members”, em *Griffith Law Review*, Vol. 19, n. 2, pp. 197-237, 2010, p. 208 *apud* CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

8. Nesse passo, não se pretende aqui humanizar o animal, tratando-o como pessoa ou sujeito de direito.

Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.

Deveras, “o problema e que à ideia de pessoa, como hodiernamente concebida, jaz intrínseca a capacidade ampla de direitos e obrigações. Elevar os animais ao *status* de pessoas seria garantir a eles amplos direitos, inclusive patrimoniais, e criar a possibilidade de eles serem responsabilizados por seus atos, solução, a nosso ver, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro” (FIUZA, César; *op. cit.*, p. 196).

Ocorre que não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado.

No ponto, bem assinala José Fernando Simão que:

A propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, segundo interpretação sistemática do Código Civil, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade.

(SIMÃO, José Fernando. *Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil*. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, ano 3, 2017, p. 899).

Nesse sentido, aliás, parece ter sido o entendimento da Segunda Turma do STJ, quando do julgamento do REsp 1.115.916/MG, Rel. Ministro Humberto Martins.

Na ocasião, discutia-se o uso de procedimentos cruéis para o extermínio de animais, tal como morte por asfixia, e a necessidade de se utilizar métodos amenizadores ou inibidores do sofrimento quando o aniquilamento for

imprescindível à saúde humana, acabando por concluir que o Administrador não pode valer-se da discricionariedade administrativa para justificar a prática de tais atos.

Em seu voto, destacou o Relator que “não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres”.

Assim, segundo o douto Ministro Relator, a proteção que deve ser dispensada aos animais “não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor”.

O acórdão foi assim ementado:

Administrativo e Ambiental. Centro de Controle de Zoonose. Sacrifício de cães e gatos vadios apreendidos pelos agentes de administração. Possibilidade quando indispensável à proteção da saúde humana. Vedada a utilização de meios cruéis.

1. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*.

2. A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*.

3. A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses.

4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998.

5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal.

6. *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.115.916/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009)

9. Nessa ordem de ideias, a premissa básica a se adotar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, de contratos de compra e venda, de doação, dentre outros.

Realmente, “para tutelar os animais e lhes conferir adequada proteção, não é necessário conferir-lhes personalidade, tampouco subjetividade. *Como objeto de direito podem receber proteção mais que suficiente. A extensão dessa proteção, os valores da sociedade, da cultura é que irá determinar. Repita-se, o homem é a medida de todas as coisas. Não escapamos de Protágoras*” (FIUZA, César; *op. cit.*, p. 203).

No entanto, penso que a solução também deve ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar, em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal.

Portanto, a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

Isso porque, o ordenamento jurídico pátrio é voltado para “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 326)

Somado a isso, deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma

série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito.

Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma “coisa inanimada”, sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal.

O Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, possui justamente esta dicção, *verbis*: “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Nesse sentido, também é a conclusão de Simão:

Depois de analisadas todas essas questões, as regras do direito de propriedade dos animais restam limitadas, abrandadas.

Ainda que o animal seja comum, levando-se em conta os três dados contidos no artigo 1.793-A do Código Civil [Português], o juiz pode estipular que o animal seja confiado a apenas um deles que indenizará a metade ao cônjuge preterido. Há uma exclusão do animal da partilha. Nessa hipótese, não se afasta a possibilidade de eventual direito de visitas por parte daquele que não é mais dono do animal.

Se o animal pertencer a apenas um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fáticas e das provas colhidas pelo magistrado.

Questão mais complicada é saber se o animal for bem particular, pertencer a apenas um dos cônjuges, se o juiz pode determinar que ele seja confiado ao outro que não seu proprietário. A resposta deve ser afirmativa. Alguns poderiam afirmar que retirar a propriedade de um dos cônjuges significaria verdadeiro confisco. Aqui há uma sutileza. O juiz confiará a posse, mas não a propriedade, ao outro cônjuge. Há uma restrição de uso e gozo, mas não de reaver o animal de um terceiro quem injustamente o detenha. É mais uma limitação ao direito de propriedade levando-se em conta o bem-estar animal.

(SIMÃO, José Fernando. *Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil*. Revista Jurídica Luso-brasileira, v. 4, ano 3, 2017, p. 908-909)

Na hipótese ora em julgamento, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial (caso se volte, por exemplo, apenas para forçar uma reconciliação do casal) deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis.

Assim, diante do contexto dos autos, penso ser plenamente possível o reconhecimento do direito do recorrente de efetuar visitas à cadela de estimação, tal como determinado pelo acórdão recorrido.

10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, cumprimento o Eminentíssimo Relator pelo seu minucioso voto que trouxe a doutrina e também elementos de outras legislações, pedindo, todavia, a máxima vênias à Sua Excelência para dele divergir.

Parto da premissa da diferença entre o âmbito do Direito, da Moral e da Psicologia. Penso que não é o afeto, por si só, que gera direitos subjetivos. No âmbito das relações familiares, o afeto é tratado dentro da disciplina de relação jurídica em que todos são sujeitos de direito, tanto os pais como os filhos.

No caso, o Tribunal de origem fez analogia, a meu ver, de todo inadequada, buscando a regulamentação de guardas e visitas de menores para disciplinar relação, que é de domínio. Os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens, submetidos à regência das regras de direito de propriedade.

É certo que o eminentíssimo Relator trata a questão não como um direito dos animais, mas sob a ótica do direito do seu proprietário. Entende que haveria uma limitação do direito de propriedade do ex-cônjuge, que detém a posse e o domínio do animal.

Anoto que, no caso ora em exame, não se cogita mais de partilha de bens. Já houve, quando do rompimento da união, uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar. Anos após foi ajuizada a presente ação, com o objetivo de “regulamentação de guarda e visitas” do animal.

Penso, *data maxima venia*, que as limitações ao direito real de propriedade são as previstas em lei. Não há nenhuma limitação de direito de propriedade baseada em afeto. Penso que essa questão demanda atuação concreta do legislador, tal como consta do voto do eminente Relator existir, por exemplo, no Código Português. E aqui houve um projeto de lei também mencionado pelo eminente Relator, mas que não está tramitando, está arquivado, o que demonstra, ao meu sentir, não lacuna, mas silêncio eloqüente do legislador.

Penso que estamos na seara de competência do legislador e não do julgador. Que não há fundamento, *data maxima venia*, seja sob prisma de limitação do direito de propriedade, seja sob o instituto da composesse, porque aqui sequer há composesse, pois é incontroverso que o animal pertence à ré e, após a separação, está sob a sua posse.

Penso que também não se trata da dignidade da pessoa humana e que, compreendidas nas agruras inevitáveis de uma separação, várias circunstâncias causam profundo sofrimento e a elas o Direito não pode dar solução. Esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo, ao meu sentir, regulamentação de visitas do animal. Mesmo que sob o título de “limitação do direito de propriedade”, segundo o entendimento do eminente Relator, na prática, houve regulamentação de visitas, nos mesmos moldes previstos para menores. Lê-se do acórdão recorrido que houve uma regulamentação de visitas:

Visitas em finais de semana e feriados prolongados, alternados, com retirada na sexta-feira, às 8 horas da noite, retornando no domingo às 8 horas. Nas festas de fim de ano como Natal e Ano-Novo, no primeiro ano passará o Natal na companhia do autor e no ano novo na companhia da ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte, assim por diante. O autor poderá participar das atividades inerentes à cadela, bem como levá-la ao veterinário quando necessário; e caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida, no intuito de reatar o relacionamento, o fato deverá ser levado ao conhecimento do juízo para as providências que entender cabíveis

Ou seja, não só estaria havendo essa regulamentação como sendo antevista a possibilidade de outros incidentes para que fossem arbitrados conflitos, eventualmente, resultantes desse sistema de visitação do animal.

Portanto, *data maxima venia* do eminente Relator, eu penso que não há amparo no ordenamento jurídico atual para tal pretensão, podendo – eventualmente – passar a haver caso seja editada uma lei sobre o assunto.

Registro, por fim, que aqui não se alega que o animal precisa de proteção ou está sendo mal tratado.

Com efeito, embora a legislação trate os animais como bens semoventes, passíveis de propriedade e não como sujeitos de direito, há lei específica, Lei n. 9.605/98 e, também, previsão constitucional que veda a submissão de animais a tratamento cruel e degradante.

É indene de dúvidas que há diferença entre coisas inanimadas e semoventes. As coisas inanimadas, se houver violência contra elas, o tipo penal correspondente será crime de dano. Se houver tratamento degradante contra animal há tipo penal específico. Mas, no caso, não se alega que essa providência esteja sendo tomada para evitar que a ré dê tratamento degradante ao animal, isso não está em questão. O que se pretende é exercer, com base em decisão judicial, um direito de visitas que não é previsto no ordenamento jurídico atual no Brasil. Parece-me que, no caso, não se trata de lacuna legal, mas de consciente opção do legislador de não regulamentar a matéria, tanto que havendo projeto legislativo para tanto, ele não teve andamento.

Penso que escapa, portanto, à atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei.

Com a devida vênia, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que deu pela improcedência do pedido.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por L. M. B. com amparo no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, V. M. A. ajuizou demanda contra L.M. B. objetivando, em síntese, fosse a ré condenada a permitir a convivência do autor com a cadela “Kimi”, por meio do convívio e da responsabilidade simultânea das partes em relação ao animal de estimação.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, sob a alegação de que “malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação trata-se de semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes

entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, motivo pelo qual não há falar em direito de visitação.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal Paulista deu provimento ao reclamo, aplicando, analogicamente, o disposto no diploma civilista acerca da guarda compartilhada e visita de filhos. O acórdão ficou assim ementado:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios pela ré, foram esses rejeitados pelo acórdão de fls. 196-200.

Nas razões do recurso especial (fls. 202-216), aduz a insurgente, além de dissenso jurisprudencial, violação aos dispositivos normativos que elenca, sobre os quais sustenta: a) ocorrência de nulidade no acórdão em razão de não ter enfrentado a tese afeta à coisa julgada incidente sobre a escritura pública de dissolução de união estável; b) houve transação pelas partes acerca dos bens, com a outorga recíproca e irrevogável de quitação; e, c) inviabilidade de utilização da analogia pelo Tribunal *a quo* para a definição de animal, visto que prevista expressamente no art. 82 do Código Civil.

O reclamo ascendeu a esta Corte Superior, tendo o e. relator Ministro Luis Felipe Salomão, em judicioso voto, proposto negar provimento ao recurso especial ante os seguintes fundamentos:

a) preliminarmente, incorrente a alegada nulidade do acórdão, pois “a questão de haver ou não coisa julgada em relação a partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia”;

b) a natureza jurídica dos animais, segundo o nosso legislador, é de coisa, não sendo a eles atribuída a qualidade de pessoas, motivo pelo qual, por não serem dotados de personalidade jurídica, inviável considera-los sujeitos de direitos;

c) a despeito de inexistir regramento jurídico acerca da guarda de animais, há projeto de lei (hodiernamente arquivado) que aproxima a relação mantida entre os humanos e os animais de estimação com o instituto da guarda propriamente dita, nos moldes do direito alienígena, bem ainda doutrina e jurisprudência que, ante lacuna legislativa, aplicam o instituto de forma analógica;

d) em que pese seja inviável equiparar a posse de animais com a guarda de filhos, inegavelmente não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado, motivo pelo qual “a premissa básica a se aditar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, contratos de compra e venda, de doação, dentre outros”, sendo que “a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade”, isso porque “o nosso ordenamento é voltado para a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as formas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e internas do indivíduo no social”, motivo pelo qual, para entender de forma diversa do Tribunal de origem, seja quanto à propriedade, seja quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao animal, seria necessário o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Inaugurando divergência, a e. Ministra Isabel Gallotti dá provimento ao reclamo para restabelecer a sentença de improcedência do pedido, porquanto, no seu entender, o Tribunal *a quo* aplicou a analogia de forma inadequada, buscando a regulamentação de guarda e visitas de menores para disciplinar relação que é de domínio, visto que os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens submetidos à regência das regras de direito de propriedade. Aduz que, na hipótese, inviável cogitar em partilha de bens, pois quando do rompimento da união foi redigida uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar, sendo incontroverso dos autos que o animal pertence à ré, motivo pelo qual sequer viável falar em comosse.

Assevera, ainda, inaplicável a temática da dignidade da pessoa humana para a solução da controvérsia, pois acerca das agruras inevitáveis de uma separação, esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo na seara jurídica, face a ausência de amparo legal, a regulamentação de visitas do animal, mesmo que sob o título de limitação ao direito de propriedade, pois escapa “a atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei”.

Ante os calorosos debates travados e a disparidade de entendimentos frente à controvérsia posta em julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise.

É o relatório.

Voto

Com a devida vênia aos entendimentos manifestados até então pelos eminentes pares, é de se afastar a preliminar de nulidade do julgado e, no mérito, negar-se provimento ao recurso especial por fundamentação diversa daquela preconizada pelo relator.

1. Delimitação da Controvérsia

A controvérsia ora em debate diz respeito ao direito de um dos litigantes compartilhar a convivência com um animal de estimação, na hipótese, a cadela Kimi, com a qual se afeiçoaram os ex-companheiros ao longo do tempo em que mantiveram vida em comum, agora já rompida.

1.1 Da inaplicabilidade da súmula 7/STJ

À sua solução, diversamente do entendimento delineado pelo e. Relator, não se afigura impreterível promover o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois as premissas acerca da propriedade do animal e de quando ele foi adquirido (na constância da união estável), e ainda, a demonstração quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao *pet*, bem como o convívio para com esse, inclusive após a separação do casal, todas essas matérias e provas alusivas a tais temáticas já estão amplamente delineadas de forma incontroversa na hipótese, motivo pelo qual, inaplicável à espécie o óbice da súmula 7/STJ, haja vista que o exame da questão é eminentemente jurídico.

2. Considerações iniciais

À guisa de considerações preliminares, rememora-se que, em regra, não é cabido ao Judiciário deflagrar as ações que aí estão aguardando julgamento, mas sim decidir/deliberar acerca dos questionamentos surgidos no âmbito da sociedade, ainda que de tal modo elementares, como o ora em tela, acerca do convívio entre os litigantes e um cachorro.

As disputas não voluntariamente solvidas no seio social são levadas ao Estado, que, por meio do Poder Judiciário, é instado a se manifestar, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de grafia similar ao recente *caput* do art. 3º do NCPC, *in verbis*: “não se excluirá da apreciação jurisdicional, ameaça ou lesão a direito”, ambos positivando o princípio da inafastabilidade de jurisdição. É dizer, no Brasil, o monopólio da jurisdição pertence ao Estado.

Portanto, o caso *sub judice*, como milhões de tantos outros, requer, sim, preciosas horas dos operadores do direito para alcançar solução.

Assim, não há como negar jurisdição ao caso em tela, como muito apropriadamente destacou o e. relator, ainda que surjam indagações no que toca à razoabilidade da mobilização de todo aparato judicial, pesado e caro, a fim de se deliberar sobre assunto que, ao menos em tese, é simples.

Partindo-se dessa premissa, o conflito bem poderia ter sido pacificado via os denominados métodos mais adequados de solução de conflitos, como lecionam os professores Kazuo Watanabe e, saudosa, Ada Pellegrini Grinover.

É de se recordar que, ao tempo do ajuizamento da presente demanda, já existia a política pública do Poder Judiciário em prol de soluções consensuais, instaurada no seio do Movimento Nacional pela Conciliação, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, inclusive anteriormente à expedição da conhecida Resolução n. 125 do ano de 2010.

2.1 A tendência de Humanização dos animais

O filósofo grego Protágoras foi quem proferiu a frase “o homem é a medida de todas as coisas”, a qual está gravada em destaque no painel/mural existente no Salão Nobre do Superior Tribunal de Justiça.

E, ao contrário do que apressadamente pode ser deduzido ao cabo da leitura do focado enunciado, o ser humano não é o centro do universo, nem do restrito ambiente da sua convivência. A ideia de humanidade origina-se no

animus que habita cada pessoa, nas noções elaboradas pelo indivíduo, a contar da sua razão e de todo o universo do seu próprio conhecimento, com o qual o humano lida com tudo que existe, razão por que o homem percebe o mundo segundo as medidas, as noções aprendidas com o seu saber.

E nem haveria como ser diferente.

Tudo aquilo que é reconhecido e designado como humanização dos animais merece, sim, os maiores e melhores elogios, jamais reprovação. Retrata, pois, uma conduta admirável do ser humano, o qual, ao adotar essa postura, na verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que ama, tanto que propicia aportes materiais, afetivos e de estima, iguais ou próximos daqueles que ensinaria a um querido semelhante humano.

Na medida em que o humano torna-se mais sensível, mais compreensivo e tem mais apurada a sua percepção em relação ao universo em que está contido, passa a cuidar melhor de todas as coisas (animadas ou inanimadas) que aí estão, no âmbito do complexo, fantástico e delicadíssimo lugar em que habita, o planeta terra e tudo que nele está.

Definido como uma categoria positiva, algo bom, o sentimento que humaniza as coisas, a bem da verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que entende ser relevante.

Nesse contexto, seja por entender omissa o sistema legal vigente no país, seja por concluir que o legislador pátrio deliberadamente não desejou até então disciplinar, especificamente, a matéria pertinente à relação entre o ser humano e os seus animais de estimação, o fato é que alguns admitem ser possível, com fundamento na elogiável tendência denominada como humanização dos animais, a utilização das regras de direito que disciplinam as relações familiares, notadamente no âmbito da guarda dos filhos.

Portanto, destaca-se não se ignorar que a designação “humanização dos animais” refere-se a atribuir ao relacionamento para com esses as regras de direito destinadas ao ser humano. Entretanto, na presente exposição, o que se defende é que, para dirimir o conflito oriundo da relação entre os humanos e os animais, é desnecessária a aplicação de normativo que não aquele já existente nas relações entre os seres humanos e os bens que os cercam, visto que o direito tradicional pátrio, conquanto possa ser aperfeiçoado ou especializado, contém regramento suficiente para resolver a controvérsia deduzida em juízo.

Reitera-se, é louvável a intenção que anima aqueles que buscam tutelar situações como esta ora em debate mediante a aplicação das regras do direito de família, sob o argumento de inexistir normativo capaz de fazê-lo com a plenitude que almejam. Todavia, até mesmo rendendo homenagens a tal atitude, pois voltada para o bem, ao propósito de dar guarida jurisdicional a pretensões como essa contida nestes autos, não é necessário, como adiante será demonstrado, empreender ampliação de interpretação legal diante do sistema normativo vigente no Brasil.

2.2 O normativo

Desde os primórdios, seres humanos e animais possuem uma estreita ligação, porém, originariamente, este relacionamento estava amparado no instinto de sobrevivência do homem, ora evitando ser predado pela fera, ora dela se valendo como recurso primário de subsistência.

A evolução social, o aperfeiçoamento das relações entre as pessoas e os animais - destacadamente aqueles que passaram a ser utilizados nas fainas do campo, na produção de bens, na proteção da moradia e no convívio familiar - ensejaram significativas mudanças no que concerne às qualidades inerentes ao conceito do animal não humano.

A decisão a ser dada na presente hipótese traduz os desafios enfrentados pelos magistrados e Tribunais brasileiros que, ante uma *alegada* ausência de legislação específica à solução dos conflitos envolvendo animais domésticos, no mais das vezes oriundas das relações surgidas em âmbito familiar, ensejam discussões que transcendem as questões patrimoniais propriamente ditas, guarda de filhos, direito de visitas e pensões alimentícias, estando, não raras vezes, o embate do casal, restrito à custódia e destino do animal de estimação, gerando celeuma jurídica, como no caso ora em julgamento.

Inegavelmente, as crises, as dificuldades, enfim, os próprios conflitos são verdadeiras oportunidades para o aperfeiçoamento do *establishment*, e, portanto, senão necessários, ao menos resultam úteis ao progresso das relações individuais e coletivas em uma sociedade, conforme, aliás, aludido desde as décadas de 50 e 60 no âmbito da Teoria dos Jogos.

Tradicionalmente, no Brasil, esses conflitos são resolvidos, em geral, pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ao qual, como já dito, foi conferido o monopólio jurisdicional. Em virtude disso, não pode o Judiciário, ainda que ante a hipótese de lacuna legislativa decorrente da ausência de regramento específico

para a realidade dos animais de estimação, deixar de cumprir seu ofício, ainda que mediato, de promover a pacificação social.

Com efeito, se para a solução da presente lide não há necessidade de recorrer sequer à analogia, pois existe, sim, normativo suficiente para dirimir o caso *sub judice*, também se acredita oportuno recordar que não é empreendido, aqui, nenhum exercício de ativismo ou protagonismo judicial, uma vez que, ao menos nesta hipótese, reitere-se, o caso sequer comporta atuação no âmbito daquelas searas.

A solução da controvérsia, inclusive, prescinde de interpretação elasticada do texto constitucional, a ensejar postura proativa do Judiciário em interferir nas opções institucionais dos demais poderes, não havendo falar em determinação para que seja redigida essa ou aquela norma, estabelecida essa ou aquela política pública.

Ademais, embora ausente, sim, uma norma específica para lidar com o fato ora submetido a julgamento, é suficiente utilizar as diretrizes atinentes ao Direito das Coisas, ao qual pertence a categoria de animais de estimação (bens semoventes infungíveis e indivisíveis), pois, ainda que haja forte tendência por parte da sociedade contemporânea ao tratamento diferenciado e carinhoso para com esses, tal atitude não obriga, tampouco exige equipará-los ao ser humano.

Ou seja, não há sequer necessidade da “humanização dos animais”, desde que a mesma sociedade se proponha, verdadeira e honestamente, a dar-lhes cuidado, proteção, zelo e atenção adequado, sejam eles domésticos ou selvagens.

3. O Direito das Coisas e a solução jurídica do caso

Voltando-se à hipótese concreta dos autos, é incontroversa entre as partes e reconhecida pelo Tribunal *a quo* a circunstância de que, por ocasião da dissolução da união estável, a mulher permaneceu com o animal, nada tendo sido decidido sobre a propriedade dele, conforme a escritura pública de fls. 30-31, no bojo da qual constou inexistirem bens móveis ou imóveis a partilhar, pretendendo agora o homem, por razões que alega ditadas pelo afeto, obter provimento judicial que garanta a sua possibilidade de compartilhar convivência com o *pet*.

A lide se instaurou, pois, em razão da benquerença que os litigantes têm para com o animal que em comum possuíam no recesso do lar.

Diante da resistência da mulher à pretensão do homem, o autor da ação almeja em sua petição inicial seja dado ao *pet* tratamento similar ao dispensado

ao ser humano, tanto que na fundamentação do pedido inicial aduz como premissa o seguinte:

considerando o espaço que os animais de estimação têm ocupado no ambiente familiar, na medida em que são efetivamente abrangidos no conceito de família das pessoas e que possuem sensibilidade e afeto significativos e cientificamente provados, é possível conferir-lhes status de pessoa, ou seja, membro da família, para fins pessoas, de guarda e visitas.

O juiz de primeiro grau indeferiu de plano a pretensão sendo que o Tribunal *a quo*, ao invocar a aplicação analógica, ao caso, dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, aduziu existir na disputa por animal de estimação uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de criança ou adolescente.

Como se vê, o entendimento preconizado pela Corte de origem trouxe para o âmbito do Direito de Família o enfrentamento de um tema que dogmaticamente diz respeito à seara do Direito das Coisas, daí a necessidade de perquirir sobre a classificação ou o enquadramento dado pelo sistema à natureza jurídica dos animais de estimação.

Comumente, frente ao próprio termo “estimação”, a relação que se forma entre pessoa e o animal (de estimação) é baseada na afetividade, no apreço, no amor, na ternura, na afeição, no carinho, na benquerença.

Juridicamente, contudo, conforme o conjunto normativo vigente no país, o laço de afeto para com um animal de estimação não tem o condão de transformar a afetividade para com o *pet* em uma relação pessoal/familiar, tampouco de equipará-lo a membro da família a fim de aproximá-lo da categoria sujeito de direito/pessoa.

No sistema jurídico vigente no Brasil, o animal de estimação, por mais afeto que possa merecer e receber, não equivale ao ser humano, sujeito de direitos, com personalidade, estando enquadrado na categoria de *bem*.

Enquanto os animais silvestres são definidos como bens de uso comum do povo e bens públicos (art. 225 da Constituição Federal e arts. 98 e 99 do Código Civil), os domésticos são considerados bens móveis/coisas, conforme está no do art. 82 do Código Civil: “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

É precisamente nesse contexto que o ordenamento jurídico pátrio insere os animais de estimação, não havendo em relação a esses omissão legislativa no que

concerne à sua natureza jurídica, tampouco necessidade de se valer de normativo diverso, seja por analogia ou qualquer outro recurso integrativo.

Em que pese os estudiosos do direito civil levantem distinções entre *coisas* e *bens*, a grande maioria alarga a classificação do Código Civil para considerar os animais como bens *semoventes*, porém não ousam afastá-los/retirá-los da classificação de *bens*, motivo pelo qual recebem, na prática, o mesmo tratamento jurídico dos bens móveis propriamente ditos, ainda que o *pet* se enquadre também na classificação de *bem semovente infungível e indivisível*, que pela sua qualidade individual, têm um valor especial, não podendo ser substituído por outro sem que isso acarrete uma alteração substancial no seu conteúdo.

Não se pode ignorar haver uma evidente distinção entre os animais de estimação e os demais bens, pois a relação de afeto faz dos animais com os quais o ser humano mantém relacionamento próximo - como, por exemplo, no recesso do recinto da residência - *bens especiais que desafiam um tratamento jurídico diferenciado*. Entretanto, não se pode negar que tais bens se submetam às regras do direito de propriedade, sempre interpretadas à luz do sujeito do direito, o homem, sendo o animal o objeto da relação.

E isso é assim - não porque o carinho para com um deles, o ser humano ou o animal de estimação, seja ou deva ser considerado um superior ao outro, mais qualificado, ou inferior, menos sofisticado - mas, sim, em razão da configuração essencial da categoria a que cada qual pertence, da inegável diferença que há na própria e singela classificação dos entes, da concreta distinção entre as espécies, afinal, o ser humano nessa relação é o único, juridicamente, sujeito de direito, sendo que o animal, embora *bem semovente infungível* não assume o papel de sujeito da relação jurídica, mas de objeto.

Tal não significa, todavia, que a sociedade ou o legislador neguem importância ou deixem de dar o devido valor aos animais, inclusive aos de estimação.

Longe disso.

Nessa senda, é necessário estar sensível à evidência de que, diante da intensidade que determinados interesses foram adquirindo nas últimas décadas, no seio das sociedades em geral, também no Brasil o tratamento legal acerca dos animais de estimação tende a receber enfoque mais específico do legislador, tanto é que se constata o trâmite, perante o Legislativo Nacional, de projetos de lei versando sobre as relações com os animais domésticos.

Essa atenção mais específica e pontual, por parte da sociedade brasileira, já aconteceu em relação a diversos outros temas, tendo sido editados normativos inerentes à proteção ao meio ambiente, à infância e juventude, ao consumidor, ao idoso, à tutela da mulher, das cidades, do patrimônio histórico, à regulação dos períodos de pesca (defeso), entre outros.

Ocorre que, mesmo anteriormente à edição de regramentos específicos, inerentes às peculiaridades e singularidades de muitos dos temas antes referidos, os conflitos então submetidos ao Judiciário não ficaram sem solução, pois, via de regra, outros normativos, ainda que gerais, conferiam amparo à adequada deliberação judicial.

Dessa forma, independentemente de considerações, sempre oportunas e bem-vindas acerca do direito comparado, trazidas pelo e. relator, e, ainda que ausente uma legislação especial para lidar com os fatos ora submetidos ao juízo, inviável dizer exista lacuna no sistema jurídico interno, de tal modo a exigir, para equiparação a modelos alienígenas, o emprego da analogia de sorte a solucionar a presente lide, pois existem regras gerais no direito interno que disciplinam a temática.

Nesse ponto, portanto, diverge-se do e. relator no que afirma não se mostrar “*suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente a posse e propriedade*”.

De outro lado, também não se comunga do respeitável entendimento lançado pelo alicerçado voto divergente da Ministra Isabel Gallotti, porquanto, como já afirmado, a pretensão deduzida em juízo encontra respaldo no âmbito do Direito das Coisas.

Aqui, repisa-se uma vez mais, embora se trate de conflito no qual ambos os contendores, ex-companheiros, desejam manter o vínculo com o animal de estimação, cuidando-o, alimentando-o, perfectibilizando o afeto que por ele nutrem, não há como integrar essa lide ao Direito de Família, isto é, dispende em relação ao *pet* idêntico tratamento dado à “guarda compartilhada de filhos”.

Também não basta para a solução do conflito seja simplesmente determinada a venda do bem e a consequente partilha do *quantum* apurado, de modo a solucionar a problemática, tal como ocorre em diversas lides submetidas ao Judiciário, quando em jogo pendências sobre bens móveis em geral, mesmo porque, no presente caso, sequer é esse o pedido da inicial.

Assim, a tutela jurisdicional deve considerar o afeto que as partes nutrem pelo *pet*, e bem assim, os necessários cuidados que esse requer, de modo a concretizar o intento dos litigantes, que se lançam em juízo em busca daquilo que compreendem seja o ideal para o cachorro de estimação. Daí por que tanto o seu bem-estar, bem como o dos litigantes devem ser sopesados.

Nessa esteira, para a efetiva distinção, atribuindo-se tratamento jurídico diverso daquele que se dá aos objetos inanimados, não é necessário retirar os animais das categorias dos bens e situá-los em outra, intermediária, ou mesmo na categoria jurídica das pessoas, como pretendem alguns. (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo. “Decisão comentada – Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias: TJRJ”, em Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, Vol. 9 (maio/jun.), pp. 159-177, 2015.)

Portanto, levando em consideração as ponderações acima declinadas, afirma-se que é exatamente na disciplina que rege a relação entre o sujeito humano e os bens que o cercam, as coisas com as quais lida, que está situado o tratamento jurídico a ser dispensado ao tema.

Dito isso, repita-se, *é incontroverso dos autos o afeto do ex-consorte para com a cadela Kimi*, e ainda que tenha constado na escritura pública de dissolução de união estável inexistirem bens a partilhar, *foi ela adquirida na constância da sociedade conjugal*. Confira-se, por oportuno, o trecho do acórdão recorrido no ponto:

Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. fls. 88/95), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. fls. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. fls. 16/29).

Consoante estabelecido no art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Na hipótese, conforme consta na escritura de união estável (fls. 14-15), elegeram as partes para reger as relações patrimoniais da união estável as normas similares ao *regime da comunhão universal de bens*, motivo pelo qual desnecessário perquirir acerca de quem efetivamente adquiriu o animal ou quem consta como proprietário no certificado do *pedigree*, haja vista que a cadela Kimi, bem semovente infungível e

indivisível, é de propriedade de ambos os demandantes, por força do regime de bens estabelecido entre as partes.

Também *restou incontroverso nos autos* - consoante se depreende da própria contestação ofertada pela ré (trecho a fl. 93), mesmo após a dissolução da união estável ocorrida em 27/07/2011 -, *que foi preservado o contato do autor com o animal de estimação*, mantido por meio de visitas até o momento no qual a ex-consorte impediu a preservação da convivência, vindo daí o ingresso da ação.

Confira-se o seguinte trecho da contestação:

(...) os e-mails enviados demonstram sem sombra de dúvida que a cadela Kimi era o único elo entre o *autor* e a *ré*, cujo contato ocorrida através das visitas concedidas por mera liberalidade pela *requerida* e isto ocorreu até os idos de 2012. (...)

Assim, ainda que desfeita a sociedade conjugal, o autor continuou a realizar visitas periódicas ao animal de estimação, embora esse permanecesse, por maior tempo, com a ex-companheira, tendo havido, portanto, inegável conduta por parte da ré a denotar que o animal permanecera em mancomunhão, como bem indiviso que é, *mantendo-se a copropriedade* e na prática uma posse conjunta, exercendo ambos os ex-consortes o uso, o gozo e fruição sobre o bem, com vistas à manutenção não só vínculo afetivo para com o animal, mas também, o dever de cuidar, guardar e conservar, deveres esses que são inerentes à propriedade, ainda que de bens semoventes.

A copropriedade ocorre quando o mesmo bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes, sendo obrigado a concorrer com as despesas para a sua conservação e preservação, inclusive suportando os ônus a que estiver sujeito.

Em se tratando de coisas indivisas, pertinente a lição doutrinária de Maria Helena Diniz:

Concede-se a cada consorte uma cota ideal *qualitativamente igual da coisa e não uma parcela material desta*; por conseguinte, *todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade da coisa*, sofrendo limitação na proporção quantitativa em que concorrem com os outros comunheiros na titularidade sobre o conjunto. Deveras, as cotas-partes são qualitativa e não quantitativamente iguais, pois, sob esse prisma, a titularidade dos consortes é suscetível de variação. *Só dessa forma é que se poderia justificar a coexistência de vários direitos sobre um mesmo bem.* (Dicionário Jurídico, 2ª edição, 2005, Editora Saraiva) – grifos nossos.

Como visto, nos termos dos artigos 1.314 e 1.315 do Código Civil, a copropriedade exercida sobre o bem semovente não necessita ser quantitativamente proporcional, ou seja, mediante o estabelecimento de quantidade de dias precisos sobre os quais terá cada qual dos sujeitos o direito de exercer a posse/guarda, mas sim que sejam os direitos qualitativamente proporcionais sobre a totalidade do bem, viabilizando que a posse/guarda e estabelecimento do vínculo afetivo sejam exercidos por ambos os ex-consortes.

Nessa medida, sendo desnecessária a aplicação por analogia do instituto da guarda compartilhada no caso concreto, em virtude de existir no ordenamento jurídico pátrio ditame legal atinente ao Direito das Coisas - aplicação do instituto da copropriedade - para a solução da contenda, deve ser mantido o entendimento do Tribunal *a quo* que estabeleceu as diretrizes para esse exercício, bem delineando a distribuição - *qualitativa* - dos comunheiros sobre o animal, conforme deliberado às fls. 164-165 do acórdão recorrido.

Deve ser afastado, contudo, o tratamento dado por aquela Corte, alusivo ao instituto da guarda e do direito de visita no âmbito familiar, aplicando-se ao caso concreto o ditame da copropriedade e terminologia pertinente (uso, gozo, fruição e reivindicação).

Portanto, em que pese lastrado em fundamentação diversa daquela adotada pelo Tribunal de origem, o comando da deliberação por ele adotada fica preservado, com as ressalvas acima declinadas.

4. Dispositivo

Por essa razão, com a devida vênia da divergência e por fundamentação diversa da estabelecida pelo e. relator, nego provimento ao recurso especial, mantendo a solução conferida pela Corte local acerca da divisão qualitativa da copropriedade sobre o bem semovente.

Em virtude do ditame contido no art. 85, § 11, do NCPC, majoro a verba honorária sucumbencial fixada pelo Tribunal de origem (R\$ 2.500,00), em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.



VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Senhor Presidente, ouvi com atenção desde a sessão em que o recurso

foi colocado em julgamento as posições dos eminentes Ministros Relator, Luis Felipe Salomão, e dos não menos eminentes Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, que têm posições diferentes em relação à questão, dando soluções com fundamentação diferente.

O Ministro Salomão aplica analogia para preservar a solução dada pelo Tribunal local, a de destinar ao animal uma espécie de guarda compartilhada. O Ministro Marco Buzzi já adota fundamentação diferente, que por sinal não é aquela constante do debate da causa, mas é uma solução que é buscada a partir da compreensão dessa disputa do animal pela existência de copropriedade. A Ministra Maria Isabel Gallotti vai na esteira da sentença de primeiro grau para julgar improcedente a demanda, entendendo que é incabível a aplicação do direito invocado pela parte, que busca a visita, a guarda compartilhada desse animal.

Em primeiro lugar me parece que realmente não há possibilidade, embora o Ministro Salomão tenha ido buscar em algumas legislações estrangeiras, que chegam a dispor sobre relação do homem com o animal, mas no nosso ordenamento não há essa disposição, não há qualquer regramento que assim autorize, que se determine direito de visita e guarda de um animal no momento da dissolução ou para eleger o comportamento das pessoas que se unem no caso de união estável. Parece-me que realmente não há. E não seria possível a analogia. Inclusive, valho-me de uma constatação do fenômeno da alienação no homem, na sociedade em função do fetiche da coisa.

Mas o que me parece é que essa solução do direito de visita, da guarda compartilhada, além de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, parece-me, é resultado de uma visão, repito, *data maxima venia*, sem querer refutar qualquer argumento no plano filosófico que Vossa Excelência tenha, qualquer base filosófica ou ideológica que Vossa Excelência pretenda dar, parece-me que há um sentido alienante, algo que decorre não de uma evolução, mas de uma involução, como eu disse, no fetiche em relação à coisa, seja coisa inanimada, sejam os animais, que se percebe em nossa sociedade. Os exageros que se constatarem em relação ao trato com animais e inclusive com coisa inanimadas também na nossa sociedade. Isso ocorre. E mais: ainda um outro aspecto que eu gostaria de destacar é que vemos que, na nossa sociedade, sociedade globalizada que tem abrangência mundial, há uma interpenetração muito forte entre o público e o privado que termina descaracterizando um e outro, uma invasão do privado pelo público, e do público pelo privado. Hannah

Arendt analisa essa situação com muita propriedade, partindo da concepção de público e privado no direito romano e mostrando como hoje realmente há essa invasão desses campos.

Neste caso concreto, parece-me que a relação, o afeto de uma pessoa com um animal tem que estar e deve estar no âmbito estritamente privado, é algo que tem que se resumir à família, às pessoas, como elas se comportam.

Agora, passando à fundamentação dada pelo Ministro Marco Buzzi de copropriedade, o que me parece é que, no momento em que se desfez a união estável e que se disse que não havia bens a compartilhar, o animal que estava com a mulher é de propriedade única da mulher.

Ele poderia visitá-la. Se a casa que ficou com a mulher é a casa da mulher, o fato de o ex-marido visitar a casa não importa em copropriedade. Do mesmo modo, com tudo que estiver na casa, todos os móveis e também os seres moventes. O animal, Kimi, é da mulher. Se há essa afetividade do homem em relação a esse animal, ele tem que se conformar em visitá-lo e estar com o animal na casa da mulher e não se valer do ordenamento quanto às relações de pais e filhos e relação à guarda e visitas.

Gostaria só de dizer isso, pedindo a máxima vênua aos eminentes Ministros que discordaram da Ministra Gallotti, mas me parece que a solução acertada é essa, que foi dada inicialmente pelo Juiz de primeiro grau e aqui no Tribunal pela Ministra Gallotti.

RECURSO ESPECIAL N. 1.733.685-SP (2018/0076990-4)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda

Advogados: Humberto Gordilho dos Santos Neto e outro(s) - SP156392

Juan Rodrigo Longo Ferreira Gómez - RJ152939

Recorrido: Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada

Advogados: Gabriel Battagin Martins e outro(s) - SP174874

Marcos Pelozato Henrique - SP273163

EMENTA

Recurso especial. Processo Civil. Pedido de falência. Inadimplemento de títulos de crédito. Contrato com cláusula compromissória. Instauração prévia do juízo arbitral. Desnecessidade. Depósito elisivo. Extinção do feito. Descabimento.

1. Não se verifica a alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, não sendo possível confundir julgamento desfavorável com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

2. A pactuação de convenção de arbitragem possui força vinculante, mas não afasta, em definitivo, a jurisdição estatal, pois é perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes.

3. A existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar, fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005. Logo, é de se reconhecer o direito do credor que só pode ser exercitado mediante provocação estatal, já que o árbitro não possui poderes de natureza executiva.

4. O depósito elisivo da falência, nos moldes do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, não é fato que autoriza o fim do processo de falência, uma vez que, a partir de então, o processo se converte em ação de cobrança e segue pela via executiva comum, o que seria inviável no juízo arbitral.

5. O processo deve, portanto, prosseguir perante a jurisdição estatal, porque, aparelhado o pedido de falência em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, da Lei 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou, oralmente, o Dr. Juan Rodrigo Longo Ferreira Gómez, pela parte recorrente.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 12.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 250):

Pedido de falência. Ré que realizou depósito elisivo e alegou que o contrato celebrado contém cláusula compromissória. Sentença que extinguiu a ação sem resolução de mérito, reconhecendo a competência de juízo arbitral para a solução da controvérsia. Apelação da autora. Pedido falimentar fundamentado em duplicatas protestadas. Objeto da demanda que afasta a competência do juízo arbitral. Necessidade de ato judicial decretando ou afastando a quebra, nos termos da Lei 11.101/2005. Precedentes do TJSP e do STJ. Anulação da sentença recorrida. Apelação provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta violação aos arts. 1.022, I e II, do CPC, 1º da Lei 9.307/96 e 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta que, ao efetuar o depósito elisivo, a recorrente afastou a possibilidade de ter decretada sua falência e, por consectário lógico, restringiu a controvérsia a questões de direitos patrimoniais disponíveis, atraindo a jurisdição arbitral como única e correta ao caso, nos exatos termos convencionados pelas partes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Preliminarmente, não prospera a alegada ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que o v. acórdão recorrido, embora não tenha examinado individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

É indevido conjecturar-se a existência de omissão, obscuridade ou contradição no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte. No mesmo sentido, podem ser mencionados os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.170.313/RS, Rel. Min. *Laurita Vaz*, DJe de 12/4/2010; REsp 494.372/MG, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 29/3/2010; AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 996.222/RS, Rel. Min. *Celso Limongi* (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe de 3/11/2009.

Na hipótese, *Metalzul Indústria Metalúrgica e Comércio Limitada* apresentou pedido de falência em relação à *Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda*, aduzindo ser credora da importância de R\$ 617.075,56 (seiscentos e dezessete mil, setenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), representada por várias duplicatas protestadas, sem que a requerida tivesse efetuado sua quitação.

Citada, a ré alegou que houve eleição de foro arbitral e, no mérito, sustentou ter quitado R\$ 425.800,45 (quatrocentos e vinte e cinco mil, oitocentos reais e quarenta e cinco centavos) por compensação. A requerida efetuou depósito elisivo nos autos.

A Juíza de Direito, entendendo ausente o interesse de agir na propositura da demanda, sem o prévio exaurimento da matéria no juízo arbitral, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

Seguiu-se apelação, a que o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento, determinando o retorno dos autos ao Juízo *a quo*, a fim de que fosse analisado o pedido de decretação da falência, nos termos da seguinte fundamentação:

Em que pese ter a ré suscitado a competência do juízo arbitral em sua contestação (fls. 72/81) e a existência de cláusula compromissória no contrato (fls. 88/100) celebrado, o pedido de falência por impontualidade encontra-se fundamentado em duplicatas protestadas e acompanhadas de documentos que comprovariam a prestação efetiva dos serviços (fls. 15/38 e 48/55).

Considerando-se que o objeto da demanda é a decretação ou não da falência da devedora e, ainda, a definição de a quem compete o levantamento de depósito elisivo já efetuado, não se discutem na presente lide direitos patrimoniais disponíveis, afastando a aplicação da cláusula compromissória nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96.

Em pedido falimentar que também se baseava em duplicatas protestadas e emitidas em razão de contrato em que havia cláusula compromissória, a antiga Câmara Reservada à Falência e Recuperação deste Tribunal reafirmou a competência do Poder Judiciário para análise da questão. (e-STJ, fl. 253, grifou-se)

A controvérsia consiste, então, em saber se o pedido de falência, fundamentado no inadimplemento de títulos de crédito, prescinde de anterior instauração do juízo arbitral na hipótese de o contrato que os originou conter cláusula compromissória.

A essência da arbitragem, como se sabe, consiste na renúncia à jurisdição estatal, motivada pela autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, elegem um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A convenção de arbitragem, tanto na modalidade do compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, é suficiente e vinculante, afastando a jurisdição estatal.

Nesse sentido: “A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*). (...) Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal” (REsp 1.694.826/GO, Rel. Ministra *Nancy Andriighi*, *Terceira Turma*, julgado em 07/11/2017, DJe de 13/11/2017)

É certo que a pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao juízo arbitral, com preponderância sobre o juízo estatal.

Todavia, no caso concreto, a despeito da previsão contratual de cláusula compromissória, existem títulos executivos inadimplidos, consistentes em duplicatas protestadas e acompanhadas de documentos para comprovar a prestação efetiva dos serviços, o que dá ensejo à execução forçada ou ao pedido de falência, com fundamento no art. 94, I, da Lei 11.101/2005, que ostenta natureza de execução coletiva.

É perfeitamente admissível a convivência harmônica das duas jurisdições, desde que respeitadas as competências correspondentes. Com a celebração da convenção de arbitragem, os contratantes optam por submeter suas controvérsias a um juízo arbitral, mas essa opção não é absoluta e não tem o alcance de impedir ou de afastar, em definitivo, a participação da jurisdição estatal, sobretudo quando a pretensão de uma das partes está aparelhada em título de natureza executiva.

Na hipótese de pretensão amparada em título de natureza executiva, o direito que assiste ao credor somente pode ser exercido mediante provocação do Judiciário, tendo em vista que o árbitro não possui poderes de natureza executiva, logo todos os atos de natureza expropriatória dependeriam do juízo estatal para serem efetivados.

A respeito do tema, colhem-se da doutrina os ensinamentos de LEONARDO DE FARIA BERALDO:

É possível a execução de título executivo extrajudicial via arbitragem?

A resposta para a pergunta acima só pode ser negativa, e a justificativa para tanto seria a incompatibilidade e falta de harmonia e de sentido para se tomar tal medida.

Vejam bem. O objetivo do processo de conhecimento é desvendar qual das partes tem o direito, para que seja satisfeito espontaneamente ou por meio do processo de execução (cumprimento de sentença) e, caso a sua efetividade possa ser comprometida, usa-se do processo cautelar. A execução de título executivo extrajudicial é apenas um meio de se encurtar o caminho acima. Isso porque quem tem um título executivo goza de presunção de ser o detentor do direito, logo, não precisa de passar, aprioristicamente, pelo processo de cognição.

A arbitragem foi criada, a nosso ver, para julgar os conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida que, caso fossem julgados pelo Poder

Judiciário, seriam certamente taxados de processo de conhecimento. As medidas cautelares, por sua vez, caso sejam necessárias, devem ser requeridas ao juízo arbitral (caso já esteja constituído e, apenas em caso de necessidade de se efetivar a medida de urgência deferida, é que se precisaria do auxílio da jurisdição estatal.

Com relação ao processo de execução lastreado em título executivo extrajudicial, tem-se que somente poderia tramitar perante o Judiciário. Essa é a lição que se tira dos arts. 29 e 31 da LA. Ora, o árbitro não possui poderes de natureza executiva, logo, todos os seus atos de natureza expropriatória dependeriam do juiz togado para serem efetivados.

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, 'a convenção de arbitragem, que impede a tutela jurisdicional cognitiva por via judicial (art. 267, inc. VII), não é impeditiva da execução forçada, porque os árbitros jamais podem ser investidos do poder de executar; existindo um título executivo extrajudicial, é lícito instaurar o processo executivo perante a Justiça estadual apesar da existência da convenção de arbitragem, porque do contrário a eficácia do título seria reduzida a nada'.

Assim, não há incongruência alguma entre a existência de um título executivo e a possibilidade de arbitragem, mas a correlação entre os temas devem ser bem compreendida: se houver alguma dúvida sobre o título (ou sobre as obrigações ali consignadas), tal crise de certeza deve ser dirimida pela via arbitral; mas se houver inadimplemento, o credor socorrer-se-á desde logo da via judicial, propondo demanda de execução, sem que haja espaço para a arbitragem. (BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 141-143)

Desse modo, deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma dívida que, no seu entender, já consta do título executivo extrajudicial, bastando realmente iniciar a execução forçada.

Nesse sentido:

Processo Civil. Possibilidade de execução de título que contém cláusula compromissória. Exceção de pré-executividade afastada. Condenação em honorários devida.

- Deve-se admitir que a cláusula compromissória possa conviver com a natureza executiva do título. Não se exige que todas as controvérsias oriundas de um contrato sejam submetidas à solução arbitral. Ademais, não é razoável exigir que o credor seja obrigado a iniciar uma arbitragem para obter juízo de certeza sobre uma confissão de dívida que, no seu entender, já consta do título executivo. Além disso, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, não podendo impor, contra a vontade do

devedor, restrições a seu patrimônio, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens.

- São devidos honorários tanto na procedência quanto na improcedência da exceção de pré-executividade, desde que nesta última hipótese tenha se formado contraditório sobre a questão levantada.

Recurso Especial improvido.

(REsp 944.917/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/09/2008, DJe de 03/10/2008, grifou-se)

Com efeito, é certo que o árbitro não tem poder coercitivo direto, de modo que não pode impor restrições ao patrimônio do devedor, como a penhora, e nem excussão forçada de seus bens. Essa é a conclusão que se extrai da interpretação conjunta dos arts. 22, § 4º, e 31 da Lei 9.307/96 e 475-N, IV, do CPC/73 (atual art. 515, VII, do CPC/2015), que exigem procedimento judicial para a execução forçada do direito reconhecido na sentença arbitral, bem como para a efetivação de outras medidas semelhantes.

No caso em debate, verifica-se que as partes celebraram um contrato de prestação de serviços que deu ensejo à emissão de diversas duplicatas, as quais, segundo alega a recorrida, não foram adimplidas.

Como já foi dito, o inadimplemento pode ensejar tanto um processo de execução por quantia certa quanto fundamentar um pedido de falência, de modo que a executividade de um título de crédito não é afetada pela convenção de arbitragem.

Por se tratar, na hipótese, de pedido de falência, basta a demonstração, pelo autor, de provável insolvência da ré para a configuração do seu interesse processual. Nessa linha, concluiu com acerto o Tribunal *a quo*, ao entender que a convenção de arbitragem não constitui causa impeditiva da deflagração do procedimento falimentar perante o Poder Judiciário.

Em situação semelhante, esta Corte se manifestou no sentido de que a existência de cláusula compromissória não afeta a executividade do título de crédito inadimplido e não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei 11.101/2005; logo, é de se reconhecer o direito do credor que só pode ser exercitado mediante provocação estatal. Confira-se:

Direito Processual Civil e Falimentar. Recurso especial. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Pedido de falência.

Inadimplemento de títulos de crédito. Contrato com cláusula compromissória. Instauração prévia do juízo arbitral. Desnecessidade.

1- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2- A convenção de arbitragem prevista em contrato não impede a deflagração do procedimento falimentar fundamentado no art. 94, I, da Lei n. 11.101/05.

3- A existência de cláusula compromissória, de um lado, não afeta a executividade do título de crédito inadimplido. De outro lado, a falência, instituto que ostenta natureza de execução coletiva, não pode ser decretada por sentença arbitral. Logo, o direito do credor somente pode ser exercitado mediante provocação da jurisdição estatal.

4- Admite-se a convivência harmônica das duas jurisdições - arbitral e estatal -, desde que respeitadas as competências correspondentes, que ostentam natureza absoluta. Precedente.

5- Recurso especial não provido.

(REsp 1.277.725/AM, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/03/2013, DJe de 18/03/2013)

Cabe destacar que o fato de a recorrente, no curso da presente ação, ter efetuado depósito elisivo, nos moldes do art. 98, parágrafo único, da Lei 11.101/2005, o que inviabiliza a decretação da falência, é irrelevante para remover a competência do Poder Judiciário, uma vez que, a partir do depósito elisivo, o processo se transforma em ação de cobrança e segue pela via executiva comum, o que de todo modo seria inviável no juízo arbitral. Isso, porque, como já se disse, a execução forçada do patrimônio do devedor não poderia ser satisfeita por meio do procedimento arbitral.

O processo, portanto, deve prosseguir perante a jurisdição estatal, porque, aparelhado o pedido de falência em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, da Lei 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar. Nesse sentido:

Direito Empresarial. Falência. Impontualidade injustificada. Art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005. Insolvência econômica. Demonstração. Desnecessidade. Parâmetro: insolvência jurídica. Depósito elisivo. Extinção do feito. Descabimento. Atalhamento das vias ordinárias pelo processo de falência. Não ocorrência.

1. Os dois sistemas de execução por concurso universal existentes no direito

pátrio - insolvência civil e falência -, entre outras diferenças, distanciam-se um do outro no tocante à concepção do que seja estado de insolvência, necessário em ambos. O sistema falimentar, ao contrário da insolvência civil (art. 748 do CPC), não tem alicerce na insolvência econômica.

2. O pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III).

3. Com efeito, para o propósito buscado no presente recurso - que é a extinção do feito sem resolução de mérito -, é de todo irrelevante a argumentação da recorrente, no sentido de ser uma das maiores empresas do ramo e de ter notória solidez financeira. Há uma presunção legal de insolvência que beneficia o credor, cabendo ao devedor elidir tal presunção no curso da ação, e não ao devedor fazer prova do estado de insolvência, que é caracterizado *ex lege*.

4. *O depósito elisivo da falência (art. 98, parágrafo único, da Lei n. 11.101/2005), por óbvio, não é fato que autoriza o fim do processo. Elide-se o estado de insolvência presumida, de modo que a decretação da falência fica afastada, mas o processo converte-se em verdadeiro rito de cobrança, pois remanescem as questões alusivas à existência e exigibilidade da dívida cobrada.*

5. *No sistema inaugurado pela Lei n. 11.101/2005, os pedidos de falência por impontualidade de dívidas aquém do piso de 40 (quarenta) salários mínimos são legalmente considerados abusivos, e a própria lei encarrega-se de embaraçar o atalhamento processual, pois elevou tal requisito à condição de procedibilidade da falência (art. 94, inciso I). Porém, superando-se esse valor, a ponderação legal já foi realizada segundo a ótica e prudência do legislador.*

6. *Assim, tendo o pedido de falência sido aparelhado em impontualidade injustificada de títulos que superam o piso previsto na lei (art. 94, I, Lei n. 11.101/2005), por absoluta presunção legal, fica afastada a alegação de atalhamento do processo de execução/cobrança pela via falimentar. Não cabe ao Judiciário, nesses casos, obstar pedidos de falência que observaram os critérios estabelecidos pela lei, a partir dos quais o legislador separou as situações já de longa data conhecidas, de uso controlado e abusivo da via falimentar.*

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.433.652/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe de 29/10/2014, grifou-se)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.774.987-SP (2018/0228605-4)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Carla Alessandra Fernandes

Advogado: Josias Wellington Silveira - SP293832

Recorrido: Banco Bradesco S/A

Advogados: Gisaldo do Nascimento Pereira - DF008971

Marina Emilia Baruffi Valente - SP109631

Izabel Cristina Ramos de Oliveira - SP107931

Advogados: Paula de Paiva Santos - DF027275

Tatiana Miguel Ribeiro - SP209396

Ian dos Santos Oliveira Milhomem - DF045993

Aline Elias Lasneaux Diniz Reis - DF041568

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Exibição de documento. Ação autônoma. Procedimento comum. Ação de produção antecipada de prova. Interesse e adequação.

1. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Ian dos Santos Oliveira Milhomen, pela parte recorrida: Banco Bradesco S/A

Brasília (DF), 08 de novembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 13.11.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: *Carla Alessandra Fernandes* propôs “Ação Autônoma Exibitória” em face do *Banco Bradesco S.A.*, aduzindo que teve seu nome lançado em rol de inadimplentes por conta de suposta dívida contraída com a instituição financeira. Não obteve, todavia, acesso ao contrato que gerou o débito questionado, apesar de ter efetuado solicitação realizada por via extrajudicial. Pede, assim, a exibição desse documento. Afirma que a solicitação encontra guarida nas regras dos arts. 399 e 497 do Código de Processo Civil de 2015.

A sentença (fls. 40/46 e-STJ) extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por carência de ação, pela falta de interesse-adequação. O juízo singular entendeu que, com a entrada em vigor do novo CPC, a exibição de documentos ou coisas passou a ser prevista expressamente apenas em caráter incidental, no curso do processo em andamento (arts. 396 a 404 do CPC). Afirmou também que não foi comprovado que houve pedido prévio à instituição financeira para que esta exibisse o documento, nem do pagamento do custo desse serviço.

A autora apelou, sustentando que não se trata de ação cautelar, mas de obrigação de fazer (fornecer documento), com fundamento no art. 497 do CPC. Argumentou que a providência jurisdicional requerida também encontra fundamento no art. 381, III, do CPC, que admite a produção antecipada de prova como ação autônoma, para prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Aduz que teve o nome negativado sem que lhe fosse fornecido documento algum, mesmo quando solicitado na esfera administrativa. Afirma que tal solicitação foi comprovada, não havendo de se falar em pagamento de taxas administrativas para obtenção de segunda via porque a primeira via nunca lhe foi fornecida.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Apelação. Obrigação de fazer. Pretensão a exibição de documentos. Medida inadequada ante a orientação processual estabelecida na legislação de 2015. Interesse de agir ausente. Extinção do processo mantida. Recurso desprovido.

A parte, assim, interpôs o presente recurso especial, no qual alega ofensa aos arts. 397, 399 e 497 do Código de Processo Civil. Sustenta que não há de se falar em ausência de interesse de agir, sendo viável o pedido de exibição de documento em ação autônoma, com natureza satisfativa, para verificação da possibilidade/viabilidade do ajuizamento de futura demanda. Argumenta que a instituição financeira tem o dever de apresentar os documentos relativos a negócios jurídicos ajustados com seus clientes. Suscita dissídio jurisprudencial com o REsp n. 1.349.453/MS. Aduz que realizou o pedido extrajudicial, e que não se trata de emissão de segunda via, mas da via do cliente, que lhe deveria ser entregue no ato de assinatura do contrato. Argumenta que a existência de taxa para fornecimento da via do cliente não lhe foi comunicada, ao contrário, a instituição financeira somente ignorou o pedido administrativo.

Contrarrrazões às fls. 100-106, em que a parte recorrida sustenta a incidência das Súmulas 5 e 7 e falta de prequestionamento.

Em juízo prévio de admissibilidade, a Corte de origem negou seguimento ao recurso especial, decisão que foi objeto de agravo, provido este para melhor exame da matéria.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Ao julgar a apelação, a Corte de origem assim manifestou seu entendimento:

Impõe-se desde já esclarecer que confirmada a falta de interesse processual da apelante.

Conforme se observa da mera leitura da inicial, ratificada na petição de emenda, a pretensão da recorrente encerra verdadeira medida de caráter cautelar, cujo tratamento de processo autônomo foi extirpado da novel legislação processual.

Ganhou atualmente a tutela de urgência o *status* de decisão com natureza cautelar, de tal sorte que pode ser requerida no corpo da ação principal ou em caráter antecedente.

Assim sendo, a presente medida carece de adequação e também da própria necessidade posto que poderia ser pleiteada nas hipóteses acima mencionadas.

Diante da inadequação e desnecessidade de provimento resta evidente a falta de interesse processual da apelante de agir pela via eleita.

Vale observar que exibir documento não constitui obrigação de fazer, daí o acerto da sentença em julgar extinta a ação por falta de interesse processual.

Assim, tem-se que a extinção da ação era mesmo medida de rigor, pelo que mantida a r. sentença.

Anoto que instrui a petição inicial carta dirigida à instituição financeira ré, com o respectivo aviso de recebimento (e-STJ fls. 15-16), solicitando “o documento(s) número(s) 17788989800000FI” e também a via do contrato que nunca lhe foi fornecida e “não uma nova via (segunda)”. O recebimento de tal documento não foi especificamente impugnado na genérica contestação.

Os temas relativos à necessidade de pedido extrajudicial e de pagamento de taxa bancária não integram, todavia, os fundamentos da Corte de origem para firmar a carência de ação, motivo por que essas questões não serão examinadas.

A questão federal a ser analisada pelo STJ, portanto, diz respeito à adequação e interesse de se ingressar com ação autônoma, tendo como pedido a obtenção de documento que se encontra na posse do réu.

Esse tema foi examinado no âmbito da II Jornada de Direito Processual Civil, evento realizado nos dias 13 e 14 de setembro de 2018 em Brasília, ocasião em que foram aprovados os seguintes enunciados:

Enunciado 119: É admissível o ajuizamento de ação de exibição de documentos, de forma autônoma, inclusive pelo procedimento comum do CPC (art. 318 e seguintes).

Enunciado 129: É admitida a exibição de documentos como objeto de produção antecipada de prova, nos termos do art. 381 do CPC.

Com efeito, o entendimento expresso nesses verbetes infirma a tese adotada pelo acórdão recorrido, para o qual o novo Código de Processo Civil só admitiria a exibição de documentos como incidente de uma demanda principal. A doutrina destoa de tal juízo, afirmando que a parte que necessita obter documento em posse de outrem pode se servir de ação autônoma para satisfazer sua pretensão:

Existem situações de fato nas quais o autor necessita ter contato com determinado documento ou coisa que não está em seu poder, para saber qual é o seu exato conteúdo ou estado e, assim, avaliar se é ou não o caso da utilização de uma medida judicial. Para viabilizar esse contato do autor a lei lhe permite a utilização da via processual denominada exibição de documento, que pode seguir o procedimento previsto para a tutela cautelar requerida em caráter antecedente ou o procedimento previsto nos art. 396 e seguintes, do CPC, variando se o pedido é feito em face da própria parte ou em face de terceiro. Há ainda, em tese, a possibilidade do autor pleitear a exibição mediante ação que siga o procedimento comum, embora possa obter a mesma eficácia com a utilização dos outros ritos, que são mais simples e por isso, mais indicados.

[Oliveira Neto, Olavo de, Curso de direito processual civil: volume 2: tutela de conhecimento (Lei n. 13.105/15 Novo CPC)/Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira - 1. ed. - São Paulo: Editora Verbatim, 2016, p. 262.]

Na vigência do CPC/1973, a medida aqui estudada era qualificada como uma “cautelar”, ajuizada em processo autônomo, mas que impunha à parte interessada: a) a demonstração do interesse na obtenção de determinada prova para uso em outro processo (dito “principal”); e b) a indicação precisa desse outro interesse (a ser objeto do processo seguinte) que seria protegido pela medida de obtenção de prova.

O modelo atual não contém tais requisitos. Por isso, habilita-se a postular a obtenção antecipada de prova qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para emprega-la em processo futuro, seja para fins de precaver-se de um eventual processo judicial, seja para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda, seja ainda para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito. Note-se, por isso, que sequer é necessário que o interessado indique para qual “eventual demanda futura” essa prova se destina. Basta que apresente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova. Por isso, qualquer pessoa que possa apontar uma das causas do art. 381, tem legitimidade para postular a medida em estudo, seja ou não parte em outra demanda judicial futura.

[Marinoni, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 317-318.]

A depender da circunstância de o documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em cada caso: contra a parte adversária, tem-se um *incidente processual*; contra o terceiro particular, um verdadeiro *processo incidente*.

(...) Uma ressalva há de ser feita.

A exibição de coisa ou documento contra a parte adversária poderá ocorrer por ação autônoma. Seria uma ação probatória autônoma, nos termos em que autorizada pelos arts. 381-383, CPC).

[Didier Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela/Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveria - 12. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. v. 2. pp. 257-258].

O art. 381 do novo CPC elenca, em rol exaustivo, as situações nas quais é possível a produção antecipada da prova. Será possível nas circunstâncias em que: "I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

(...)

No inciso III, ao contrário do que acabamos de afirmar, as partes não estão tão certas quanto aos fatos, e a prova será útil para saber se a ação principal poderá ou deverá ser proposta. O exemplo que nos vem à mente mais rapidamente é o da exibição de documento ou coisa. Dependendo do que for apresentado, e do teor do documento, pode ser que a parte promovente não tenha o interesse em manejar a ação posteriormente.

(...)

Conforme já informamos anteriormente, o requerimento pode ser feito antes de iniciada a fase instrutória do processo e, dependendo do caso, antes mesmo de se ingressar com a ação principal. Essa conclusão é tirada da interpretação dos três incisos do art. 381 do novo CPC, também do seu § 3º.

[Beraldo, Leonardo de Faria. Comentários às Inovações do Código de Processo Civil Novo CPC: Lei 13.105/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, pp. 163-164.]

No caso dos autos, como já relatado, a parte ingressou com o pedido de exibição por meio da presente ação, em razão da negativação de seu nome em órgão de proteção ao crédito. Afirma que desconhece a dívida, e necessita do teor do contrato que deu origem ao débito para tomar as providências cabíveis. Tal providência, a teor dos enunciados da II Jornada de Processo Civil e da doutrina autorizada, pode ser buscada por meio de ação autônoma, não havendo de se falar em falta de adequação ou interesse.

Apresentado o documento - especificamente indicado na inicial pelo número constante do cadastro negativo - o autor definirá se ajuizará ou não ação de conhecimento. Adequada, portanto, a ação autônoma de exibição para o fim proposto (CPC, arts. 381 e 396).

Em face do exposto, conheço do recurso especial e a ele dou provimento, para anular a sentença e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao juízo singular de origem, ensejando o prosseguimento do processo, superada a questão acima tratada.

É como voto.