



Quarta Turma

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM
RECURSO ESPECIAL N. 650.536-RJ (2015/0006850-7)**

Relator: Ministro Marco Buzzi

Agravante: Bradesco Saude S/A

Advogados: Antonella Marques Consentino - RJ107266

Jaime Henrique Porchat Secco e outro(s) - RJ129059

Advogada: Julliana Santos da Cunha - DF032440

Agravado: Johnn Kennedy Mancano Bessa Junior

Agravado: Johnn Kennedy Mancano Bessa - Espólio

Repr. por: Luziane Vanzeler de Andrade Mancano Bessa - Inventariante

Advogado: Vilma Vanzeler Andrade Pereira - RJ087371

EMENTA

Agravo interno no agravo interno no agravo (art. 544 do CPC/1973). Cumprimento de sentença. Execução de *astreintes*. Deliberação monocrática que negou provimento ao reclamo. Insurgência do executado.

1. Inviável nova análise acerca do montante das *astreintes* quando sobre a quantia estabelecida já existiu explícita manifestação, inclusive por esta Corte Superior, na já superada fase de cumprimento do julgado, e também, pronto e efetivo depósito para fins de pagamento dos valores por parte do devedor, face a ocorrência de preclusão lógica, a ensejar o reconhecimento da extinção da obrigação.

3. Agravo interno 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, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira negando provimento ao agravo interno, acompanhando o relator, e o voto do Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) no mesmo sentido, por maioria, *negar* provimento ao agravo interno, nos termos do relator.

Vencido o Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 19 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 29.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *agravo interno* interposto por **Bradesco Saúde S/A** contra decisão monocrática deste signatário (fls. 248/255 e-STJ), que, reconsiderando a decisão de fls. 218/219 (e-STJ), afastou a incidência da Súmula 182/STJ e negou provimento ao agravo (art. 544 do CPC/1973), mantendo a inadmissão do recurso especial.

O apelo nobre fora deduzido em desafio a acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual se encontra assim ementado (fls. 80/81, e-STJ):

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC, no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Cumprimento de sentença. Seguro saúde. Descumprimento da obrigação de pagar o reembolso de despesas médicas. Redução da multa diária pelo juízo a quo desconsiderando decisão anterior desta Corte que já havia diminuído o valor da multa. Impossibilidade. A posterior alteração pela primeira instância do valor atribuído à multa cominatória pelo Tribunal, após a efetivação do depósito, implica desconsideração por completo das decisões proferidas pelas instâncias superiores, o que, em hipótese alguma se admite por fazer do princípio do duplo grau de jurisdição letra morta. Ademais, não se pode afirmar que se trata de enriquecimento sem causa. Nesta hipótese, a causa se manifesta evidente por se tratar de aplicação de multa coercitiva decorrente do descumprimento de decisão judicial que, em 2005, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o reembolso de despesas efetuadas com o tratamento fisioterápico de portador de paralisia cerebral. Dessa forma, não se justifica a redução da multa diária. Primeiro, porque o agravante, descumprindo as decisões judiciais de primeira e de segunda instância, abriu nova discussão acerca do valor da

multa, ao invés de cumprir a obrigação. E segundo, porque a hipótese não implica enriquecimento sem causa por parte dos agravados. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Em suas razões de recurso especial (fls. 134/144, e-STJ), o recorrente apontou violação aos arts. 884 do Código Civil e 461, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, além de dissídio jurisprudencial.

Sustentou a necessidade de minorar o valor arbitrado a título de multa cominatória por descumprimento de ordem judicial de reembolso de despesas com tratamento fisioterápico a menor portador de paralisia cerebral, porquanto o valor da multa diária em R\$ 500,00 (quinhentos reais) é exorbitante e enseja o enriquecimento sem causa do agravado.

Contrarrazões às fls. 151/156, e-STJ.

Em sede de juízo provisório de admissibilidade, o Tribunal local negou seguimento ao recurso especial, o que ensejou o manejo do agravo, buscando destrancar o processamento daquela insurgência.

Contraminuta às fls. 198/204, e-STJ.

Às fls. 218/219 este signatário não conheceu do reclamo, por incidência da Súmula 182/STJ. Após o manejo do agravo interno de fls. 225/237 (e-STJ), em juízo de retratação, referida decisão foi reconsiderada, afastando-se o óbice sumular n. 182/STJ, porém foi negado provimento ao agravo, aplicando-se o enunciado da Súmula 7/STJ.

Irresignado, o ora insurgente repisa a tese de exorbitância da multa cominada, afirmando cuidar-se de montante que corresponde a quase 40 vezes o valor da obrigação principal, consistente na quantia de R\$ 753.906,22 (setecentos e cinquenta e três mil, novecentos reais e vinte e dois centavos).

Requer, por fim, a reconsideração da decisão impugnada, ou sua reforma pelo Colegiado.

Impugnação às fls. 281/298 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O agravo interno não merece acolhida, porquanto os argumentos tecidos pelo agravante são incapazes de

infirmar a decisão objurgada, motivo pelo qual merece ser mantida na íntegra por seus próprios fundamentos.

1. No tocante à insurgência do ora agravante, quanto à necessidade de minoração das *astreintes* pelo descumprimento da decisão judicial, razão não lhe assiste.

Como asseverado no *decisum* recorrido, as *astreintes* constituem um instrumento legal de coação que força o atendimento da obrigação determinada na decisão, pois, do contrário, o preceito judicial tornar-se-ia inteiramente inócuo. Assim, entende o STJ ser possível a aplicação de multa cominatória diária como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação determinada pelo juízo. Precedentes: REsp 679.048/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.11.2005; REsp 666.008/RJ, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 28.03.2005; REsp 869.106/RS, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 30.11.2006.

No entanto, é lícito ao magistrado, conforme autorizado pelo § 6º do artigo 461 do CPC/1973, a requerimento da parte ou de ofício, alterar o valor e a periodicidade da multa, quando entender ser esta insuficiente ou excessiva. A propósito: *AgInt no REsp 1.594.282/RJ*, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, julgado em 13.06.2017, DJe 26.06.2017 e *AgInt no AREsp 1.008.842/SE*, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, julgado em 06.06.2017, DJe 13.06.2017.

A Segunda Seção deste Tribunal Superior, em julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos, assentou entendimento segundo o qual a matéria relativa à aplicação de multa cominatória não preclui e, assim, não forma coisa julgada.

Nesse sentido:

Recurso especial representativo da controvérsia. Processual Civil. Expurgos inflacionários. Caderneta de poupança. Cumprimento de sentença. Exibição de extratos bancários. *Astreintes*. Descabimento. Coisa julgada. Inocorrência.

1. Para fins do art. 543-C do CPC:

1.1. “Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível.”

1.2. “A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.”

2. Caso concreto: Exclusão das *astreintes*.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1.333.988/SP, Segunda Seção, julgado em 09.04.2014, DJe 11.04.2014)

Em que pese referido entendimento, o caso possui peculiaridades que inviabilizam a modificação *ad eternum* da quantia estipulada a título de *astreintes*, pois *i)* já ocorreu expressa deliberação do Tribunal *a quo* e também desta Corte Superior, na própria fase de cumprimento e impugnação de sentença, acerca do valor da multa cominatória; *ii)* a parte devedora utilizou todos os procedimentos legais disponíveis para salvaguardar sua pretensão de exclusão/minoração do *quantum* devido a esse título (*astreintes*); *iii)* a seguradora, inclusive, efetuou o depósito/pagamento total da condenação no importe de R\$ 753.906,22 (*setecentos e cinquenta e três mil, novecentos reais e vinte e dois centavos*) pleiteando que o respectivo depósito surtisse os seus devidos efeitos legais, a ensejar a finalização do procedimento executivo e a impossibilidade de modificação do valor condenatório.

Apenas para bem elucidar, realiza-se breve explicitação acerca dos fatos processuais afetos à presente controvérsia, visto que imprescindíveis para a adequada compreensão dos motivos determinantes para a não redução do valor da multa no caso em concreto.

1.1 Na origem, cuida-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória ajuizada pelos ora agravados, em razão do descumprimento do contrato de seguro de saúde pelo agravante, que não pagou devidamente e em prazo adequado os reembolsos decorrentes de tratamento fisioterápico a que se submetera o menor, portador de paralisia cerebral infantil.

Em 11.08.2005 foi deferida tutela antecipada determinando que a parte ré reembolsasse as despesas com o tratamento fisioterápico, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) caso não realizasse o cumprimento imediato da determinação.

Na sentença, elaborada em 04.06.2007, os pedidos dos autores foram julgados parcialmente procedentes para determinar à seguradora a utilização de código específico da tabela de honorários médicos para fins de reembolso, no prazo de 10 (dez) dias, e para condená-la ao pagamento dos danos materiais correspondentes à diferença dos valores pagos a menor, a serem apurados em liquidação de sentença, além dos danos morais fixados em R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais). Tornou definitiva a tutela antecipada que havia sido parcialmente concedida, para determinar o reembolso imediato das despesas efetuadas com o tratamento fisioterápico, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Em sede recursal, a reforma da sentença restringiu-se à majoração da verba referente à indenização por dano moral para R\$ 25.000,00 (vinte mil reais) para cada autor nos termos do acórdão dos embargos de declaração.

Transitada em julgado a sentença a seguradora efetuou depósitos judiciais visando comprovar o pagamento da condenação imposta. Em 22 de julho de 2008 depositou a quantia de R\$ 68.390,00 e em 04 de setembro de 2008 pagou R\$ 16.220,60, perfazendo o total de R\$ 84.610,60.

No entanto, em razão do *pagamento a menor*, foi deflagrada a fase de *cumprimento da sentença* na qual pleitearam os autores a quantia de R\$ 664.000,00, sem prejuízo dos reembolsos futuros.

O magistrado *a quo* expediu mandado de levantamento dos valores já depositados e determinou ao devedor o pagamento da quantia, sob pena de incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973.

Opôs a seguradora embargos de declaração aduzindo a necessidade de liquidação do julgado, tendo esses aclaratórios sido rejeitados. Irresignada interpôs agravo de instrumento e *ofereceu à penhora apólice de seguro-garantia para os fins de apresentar impugnação, ou seja, para a garantia do juízo.*

O agravo de instrumento foi desprovido pelo Tribunal, sob a alegação de que *quando o valor da condenação depender de meros cálculos aritméticos o credor requerá o cumprimento da sentença na forma do art. 475-J do CPC/1973*, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

A seguradora apresentou impugnação, oportunidade na qual aduziu nada dever a título de multa. O juiz de piso julgou procedente a impugnação para *excluir o valor referente à multa*, desconstituindo a penhora.

Seguiu-se agravo de instrumento interposto pela parte credora, recurso esse que foi parcialmente provido para readmitir as *astreintes*, porém, com a redução, de ofício, do valor diário estipulado de R\$ 1.000,00 para R\$ 500,00.

Eis a ementa do referido julgado:

Agravo de instrumento. Procedência da impugnação à execução. Descabimento da multa diária fixada em sede de antecipação dos efeitos da tutela. Ausência de fixação de prazo para o cumprimento da obrigação de fazer. Decisão que merece reforma. A decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela determinou que a seguradora agravada providenciasse o reembolso de despesas médicas e que o não cumprimento de imediato, implicaria na incidência da multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). Portanto, conclui-se que houve fixação de prazo, razão pela

qual a agravada deveria ter cumprido a obrigação de fazer no momento em que recebeu a intimação. A multa cominatória pode ser alterada de ofício, conforme prevê o artigo 461, § 6º, do CPC, quando verificada sua excessividade. No caso em análise, a multa diária afigura-se exagerada, razão pela qual deve ser reduzida para R\$ 500,00 (quinhentos reais). Recurso parcialmente provido.

Confira-se, ainda, o teor da deliberação daquela Corte acerca da redução de ofício do valor das *astreintes*:

Entretanto, deve-se ressaltar que o escopo das *astreintes*, no caso em análise, não restou atingido, vez que a agravada não cumpriu com a obrigação determinada.

Conquanto a multa diária deva ser significativa de modo a coagir o devedor a cumprir com a obrigação, não pode configura-se em ônus excessivo. *No presente caso, entendo que a multa diária atingiu patamar irrazoável, havendo, pois, motivo plausível para a sua redução, de ofício, conforme permite o art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil (...)*

Por estas razões, dá-se provimento parcial ao recurso para determinar a execução da multa diária, a qual reduzo para a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais). (grifo nosso)

Contra referido acórdão, a Bradesco Saúde interpôs recurso especial alegando a violação ao artigo 461, § 4º do CPC/1973 face a impossibilidade de aplicação da multa diária visto não ter sido intimada pessoalmente para cumprir a obrigação de fazer o reembolso das quantias.

Inadmitido o reclamo adveio o agravo do art. 544 do CPC/1973 (AREsp 25.905/RJ) ao qual esse signatário negou provimento em deliberação monocrática, que restou mantida pelo colegiado desta Quarta Turma em razão do não conhecimento do agravo regimental (óbice da súmula 182/STJ).

Transitada em julgado a fase de impugnação ao cumprimento de sentença os autos retornaram à origem para o prosseguimento da execução.

Em seguida (21.08.2013) o devedor apresentou junto ao magistrado *a quo* pedido/requerimento de redução do valor das *astreintes* (fls. 78-84 dos autos em apenso).

Em 02.09.2013 a parte credora manifestou-se (fls. 85-87 do apenso) refutando o pleito formulado, promovendo o recálculo da dívida, considerando, desta feita, o valor já reduzido da multa diária (R\$ 500,00) e o decote das quantias já adimplidas pela seguradora.

Na data de 15.10.2013, o juiz determinou ao executado (fls. 95 do apenso) que procedesse ao pagamento da diferença devida.

Pela petição de fl. 96 do apenso, precisamente na data de 04.11.2013, a seguradora satisfaz a obrigação que lhe foi imposta, requerendo, na oportunidade “a juntada do incluso comprovante de pagamento da condenação, no valor de R\$ 753.906,22 (setecentos e cinquenta e três mil, novecentos e seis reais e vinte e dois centavos) para que produza seus devidos efeitos”.

A parte credora pleiteou a expedição do alvará de levantamento da quantia em 26.11.2013 (fl. 99 do apenso). Entretanto, em 07.01.2014, face o requerimento/pedido então formulado pelo devedor para a redução do valor das *astreintes*, o juiz só então acolheu o clamor formulado pelo devedor, nos termos da decisão de fls. 19-20 dos autos em apenso, promovendo a redução do valor global da multa para o total de R\$ 100.000,00.

Contra essa deliberação os credores interpuseram o competente agravo de instrumento, o qual foi provido por decisão monocrática do relator, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Cumprimento de sentença. Seguro-saúde. Descumprimento da obrigação de pagar o reembolso de despesas médicas. Redução da multa diária pelo juízo a quo desconsiderando decisão anterior desta Corte que já havia reduzido o valor da multa. Impossibilidade. Conquanto o valor da multa diária não acarrete coisa julgada material, a posterior alteração da quantia pela primeira instância, após a redução em segundo grau de jurisdição e a efetivação do depósito, implica desconsideração por completo das decisões proferidas pelas instâncias superiores, o que, em hipótese alguma se admite, por fazer do princípio do duplo grau de jurisdição letra morta. Recurso provido, na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC.

Essa deliberação foi mantida em sede de agravo regimental, acórdão contra o qual interpôs a seguradora recurso especial, que restou inadmitido na origem, dando ensejo ao presente agravo (AREsp 650.536).

Esse signatário, em deliberação monocrática negou provimento ao reclamo. Asseverou-se, naquela ocasião, que embora lícito ao magistrado, conforme autorizado pelo § 6º do artigo 461 do CPC/1973, a requerimento da parte ou de ofício, alterar o valor e a periodicidade da multa, quando entender ser essa insuficiente ou excessiva, no caso, o pleito de minoração do *quantum* estabelecido encontra óbice na súmula 7/STJ, porquanto autorizada a revisão do valor em sede de recurso especial apenas quando irrisório ou exagerado, hipóteses não

verificadas no caso dos autos. Aduziu-se, também, que a insurgência atinente ao valor global da multa cominatória já havia sido submetida à apreciação do Tribunal *a quo* e desta Corte Superior na própria fase de cumprimento de sentença.

Contra a decisão interpõe a seguradora o presente agravo interno, o qual não merece acolhida.

1.2 Todas as circunstâncias processuais relatadas são capazes de bem explicitar que nada mais resta ao devedor reclamar no tocante ao valor global alcançado pelas *astreintes* no presente caso.

Como visto, a seguradora depositou a quantia devida para fins de efetivo pagamento, objetivando por fim à controvérsia instaurada entre os contendores, quitando o valor principal a título de reembolso das despesas efetuadas pela parte credora, bem ainda, a quantia devida em virtude da penalidade aplicada decorrente do descumprimento da determinação judicial. Aqui não há mais espaço para se discutir acerca do direito do credor de receber o que lhe é devido e o dever do devedor de pagar a quantia, pois *o pagamento é, inegavelmente, a principal forma de extinção das obrigações, consistindo em um ato jurídico formal, unilateral, que corresponde à execução voluntária e exata por parte do devedor da prestação devida ao credor.*

Tão perfectibilizada é a extinção da obrigação que a parte credora requereu o levantamento da quantia depositada pela seguradora como pagamento, tendo a devedora afirmado, categoricamente, na resposta ao agravo de instrumento interposto pela exequente que está “amplamente ciente da já encerrada discussão acerca da incidência da quantia executada, que foi alvo de impugnação à execução já julgada”. (fl. 26)

Por essa razão, a Corte local asseverou que, embora possível a redução da penalidade que se mostrar excessiva com o passar do tempo, a minoração pretendida pela seguradora não poderia ter sido realizada pelo magistrado de primeiro grau em razão de *a insurgência, exatamente quanto a esse aspecto (valor da multa diária) já ter sido submetida à apreciação daquele Tribunal local e, também, do Superior Tribunal de Justiça, na própria fase de execução do julgado.* Aduziu, também, que em virtude de impugnação ao cumprimento de sentença manejado pela Bradesco Saúde naquela oportunidade, o valor da multa diária que havia sido definido na fase de conhecimento (sentença), com trânsito em julgado, na qual estabelecido R\$ 1.000,00 por dia para a obrigação de fazer, foi reduzido pela metade - R\$ 500,00 -, motivo pelo qual seria inviável nova limitação, ante o

não cumprimento da decisão judicial pela parte recorrente desde o ano de 2005, mesmo ciente do valor da penalidade aplicada e do bem envolvido, no caso, a vida, ante o não reembolso do seguro saúde.

Inegavelmente, a multa diária estabelecida em R\$ 500,00, não se mostra excessiva, uma vez que já reduzida pelo Tribunal de origem na já ultrapassada fase de impugnação, estando, ainda, consoante aos parâmetros adotados por esta Corte Superior em circunstâncias similares, conforme o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, sendo inafastável, no ponto, o óbice da súmula 7/STJ.

Ora, todas essas circunstâncias, aliadas ao fato de que a agravante já recebeu a devida contraprestação pela manutenção do plano de saúde do agravado, mas não correspondeu adequadamente ao seu pedido de reembolso, no tempo e modo adequado, desconsiderando por completo o delicado estado de saúde, legitima a manutenção do valor da multa - frisa-se, inclusive já quitada - que, neste caso, corresponde, proporcionalmente, à gravidade dos fatos e à recalcitrância da executada.

Desse modo, não se pode, sob o pretexto de que o valor da multa diária não faz coisa julgada material pretender rever indefinidamente o montante da sanção estabelecida quando sobre ela já existiu explícita e específica manifestação, inclusive por esta Corte Superior, na própria fase de cumprimento do julgado, e também o pronto e efetivo depósito para fins de pagamento da respectiva quantia, ensejando a extinção da obrigação.

Assim, ainda que a quantia global a título de *astreintes* não possa ser considerada irrisória, afigura-se inviável ante as peculiaridades verificadas no caso em concreto proceder-se à modificação do *quantum* devido quando já plenamente debatidos os fatores formadores da quantia em exigência e, inclusive, já procedido pelo devedor o depósito com o propósito de pagamento.

2. Do exposto, *nega-se* provimento ao agravo interno.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. John Kennedy Mançano Bessa Júnior e Espólio de John Kennedy Mançano Bessa interpuseram agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em face da decisão

do Juízo da 46ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro que, nos autos da liquidação de sentença, reduziu o montante referente às *astreintes*.

Sustentam que o montante total da condenação - multa estipulada em ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, ajuizada pelos agravados, em razão de ausência de pagamento devido e no prazo adequado dos reembolsos decorrentes de tratamento fisioterápico - fora depositado integralmente, totalizando R\$ 753.906,22, todavia o Juízo de primeira instância promoveu a redução para o percentual correspondente a 13% do valor depositado. Defendem, ainda, que a decisão interlocutória é *extra petita* e viola a coisa julgada.

Aduzem que, na fase de conhecimento, houve a fixação de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), modificada, em sede de apelação, para R\$ 500,00 (quinhentos reais). Interposto recurso especial, não foi provido e, em sede de liquidação de sentença, a própria demandada Bradesco Saúde S.A. depositou o montante da condenação.

O relator, na origem, deu provimento ao recurso, perfilhando o entendimento de que, conquanto o valor da multa diária não caracterize coisa julgada material, a posterior alteração da quantia pela primeira instância, após a redução em segundo grau de jurisdição e a efetivação do depósito, implica reconsideração das decisões proferidas pelas instâncias superiores.

Interposto agravo interno, não foi provido.

A decisão tem a seguinte ementa:

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC, no agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Cumprimento de sentença. Seguro saúde. Descumprimento da obrigação de pagar o reembolso de despesas médicas. Redução da multa diária pelo juízo a quo desconsiderando decisão anterior desta Corte que já havia diminuído o valor da multa. Impossibilidade. A posterior alteração pela primeira instância do valor atribuído à multa cominatória pelo Tribunal, após a efetivação do depósito, implica desconsideração por completo das decisões proferidas pelas instâncias superiores, o que, em hipótese alguma se admite por fazer do princípio do duplo grau de jurisdição letra morta. Ademais, não se pode afirmar que se trata de enriquecimento sem causa. Nesta hipótese, a causa se manifesta evidente por se tratar de aplicação de multa coercitiva decorrente do descumprimento de decisão judicial que, em 2005, concedeu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar o reembolso de despesas efetuadas com o tratamento fisioterápico de portador de paralisia cerebral. Dessa forma, não se justifica a redução da multa diária. Primeiro, porque o agravante, descumprindo as decisões judiciais de primeira e de segunda instância, abriu nova discussão acerca do valor da

multa, ao invés de cumprir a obrigação. E segundo, porque a hipótese não implica enriquecimento sem causa por parte dos agravados. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da Seguradora, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sustentando violação aos arts. 461, § 6º, do CPC/1973 e 884 do CC.

Expõe a recorrente que vindica a redução do valor total das *astreintes*, pois atingiram um montante total de R\$ 753.906,22, correspondente a quase 40 vezes o valor da obrigação principal descumprida.

Aduz que o cerne da controvérsia se resume à manifesta desproporção entre o valor da obrigação principal e a multa aplicada por seu descumprimento.

Pondera que o Tribunal local reduziu a multa diária, por descumprimento da liminar, de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 500,00 (quinhentos reais), todavia, ao final da demanda, por ocasião da execução, o valor total apurado revelou-se exorbitante, ensejando redução pelo Juízo de primeira instância.

Argumenta que o montante se encontrava fora dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade estabelecidos pela lei, e que a modificação do valor da multa não representa violação à coisa julgada.

Obtempera que a multa não se destina a compor verba indenizatória, mas tão somente compelir o devedor a cumprir a ordem judicial, e que cabe o restabelecimento do decidido pelo Juízo de primeira instância, a fim de evitar que a sanção se transforme em meio de enriquecimento ilícito.

Acena que, conforme precedentes do STJ e o art. 461, § 6º, do CPC/1973, o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou onerosa.

O recurso especial não foi admitido na origem.

Interposto agravo em recurso especial, o eminente relator, Ministro Marco Buzzi, proferiu decisão não conhecendo o recurso. Em face dessa decisão, a agravante manejou agravo interno, provido pelo relator para, em exercício do juízo de retratação, reconsiderar a decisão monocrática, para negar provimento ao agravo em recurso especial - decisão impugnada no presente agravo interno.

No julgamento do presente agravo interno interposto pela Seguradora, o douto relator apresentou voto reiterando sua decisão monocrática, pelos

seguintes fundamentos: a) é correto o entendimento perfilhado pela Corte local acerca de que as *astreintes* constituem instrumento legal de coação, evitando-se que o preceito judicial torne-se inteiramente inócuo; b) o STJ entende ser possível a aplicação de multa cominatória diária como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação determinada pelo Juízo; c) embora a Segunda Seção, em sede de recurso repetitivo, tenha firmado entendimento acerca de que a matéria relativa à aplicação de multa cominatória não preclui, o caso possui peculiaridades, pois não se pode modificar *ad eternum* a quantia estipulada; d) já houve deliberação da Corte local, confirmada pelo STJ, acerca do valor da multa cominatória; e) a Seguradora efetuou o depósito total da condenação, no importe de R\$ 753.906,22; f) a multa foi estipulada em sede de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, ajuizada pelos agravados, em razão do descumprimento, no tocante ao pagamento devido e no prazo adequado dos reembolsos decorrentes de tratamento fisioterápico; g) em 11.8.2005, foi deferida antecipação dos efeitos da tutela, determinando-se que a parte ré reembolsasse as despesas com o tratamento fisioterápico, sob pena de incidência de multa diária, no valor de R\$ 1.000,00; h) a sentença julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para determinar à seguradora a utilização de código específico da tabela de honorários médicos para fins de reembolso, no prazo de 10 (dez) dias, e para condená-la ao pagamento dos danos materiais correspondentes à diferença dos valores pagos a menor, a serem apurados em liquidação de sentença, além de danos morais fixados em R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais); i) a sentença tornou definitiva a tutela antecipada, para determinar o reembolso imediato das despesas efetuadas com o tratamento fisioterápico, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais); j) em sede de apelação, houve reforma da sentença, para majorar a indenização por dano moral para o montante de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor; k) transitada em julgado a decisão, a seguradora efetuou os depósitos judiciais, perfazendo o total de R\$ 84.610,60; l) em razão do pagamento a menor, foi deflagrada a fase de cumprimento de sentença, em que os autores pleitearam a quantia de R\$ 664.000,00, sem prejuízo dos reembolsos futuros; m) a seguradora sustentou a necessidade de liquidação do julgado, tese que não foi acolhida pelas instâncias ordinárias, que perfilharam o entendimento de serem necessários apenas simples cálculos aritméticos; n) a devedora apresentou impugnação aduzindo nada dever a título de multa, embora tenha sido acolhida pelo Juízo de primeira instância, houve reforma da decisão pela Corte local, para readmitir as *astreintes*, porém, com redução para o valor diário de R\$

500,00 - decisão confirmada, em decisão monocrática, por Ministro do STJ; o) a seguradora apresentou ao Juízo de primeira instância requerimento pugnando a redução do valor das astreintes, e a parte credora manifestou-se refutando o pleito e promovendo o recálculo da dívida, em vista de o valor da multa diária ter sido reduzido para R\$ 500,00; p) o Juízo determinou o depósito da diferença devida e, em vista do requerimento de redução do valor das *astreintes*, o juiz acolheu o pedido, promovendo a redução do valor global da multa para o total de R\$ 100.000,00; q) o pleito de minoração do *quantum* estabelecido encontra óbice na Sumula 7/STJ, porquanto somente é autorizada a revisão do valor em sede de recurso especial quando se mostra irrisório ou exagerado; r) a insurgência atinente ao valor da multa cominatória já havia sido submetida à apreciação; s) a seguradora depositou a quantia devida para fins de efetivo pagamento, não havendo mais espaço para se discutir acerca do direito do credor de receber o que lhe é devido; t) houve ato jurídico formal, unilateral, que corresponde à execução voluntária e exata por parte do devedor da prestação devida; u) o valor da multa diária, estabelecido em R\$ 1.000,00 (mil reais), foi reduzido pela metade, por isso é inviável nova limitação, ante o não cumprimento de decisão judicial desde o ano de 2005; v) “inegavelmente, a multa diária estabelecida em R\$ 500,00, não se mostra excessiva, uma vez que já reduzida pelo tribunal de origem, estando, ainda, consoante os parâmetros adotados por esta Corte Superior em circunstâncias similares”; w) a seguradora não correspondeu adequadamente ao pedido de reembolso, no tempo e modo adequado, desconsiderando o estado de saúde do autor, legitimando a manutenção do valor da multa; x) a pretexto de que o valor da multa diária não faz coisa julgada material, não se pode pretender rever indefinidamente o montante da sanção.

Pedi vista dos autos para melhor exame. É o relatório, além daquele apresentado pelo cuidadoso relator.

2. O acórdão recorrido dispôs:

Cuida a hipótese de Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória ajuizada pelos ora agravados, em razão do descumprimento do contrato de seguro de saúde pelo agravante, que não pagou devidamente e em prazo adequado os reembolsos decorrentes de tratamento fisioterápico a que se submetera o segundo agravado, portador de paralisia cerebral infantil e submetido a diversos procedimentos cirúrgicos no coração, pernas e pés.

Não se vislumbra, neste caso, vantagem patrimonial sem causa. A causa manifesta-se evidente por se tratar de aplicação de multa coercitiva decorrente do descumprimento de decisão judicial.

A alegação do agravante de que após a decisão proferida pelo Tribunal reduzindo o valor da multa, não havia feito o cálculo não convence.

O agravante, desde 2005, deixou de cumprir a *tutela antecipada concedida para determinar o imediato reembolso das despesas efetuadas com o tratamento fisioterápico do agravado*.

Não se revela crível que não tenha calculado que a incidência da multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais) alcançaria considerável monta.

[...]

Nesta perspectiva, a insistência no descumprimento de decisão judicial pelo ora agravante, desde 2005, aliada ao fato de que recebeu a devida contraprestação pela manutenção do plano de saúde do agravado, *mas não correspondeu adequadamente ao seu pedido de reembolso*, desconsiderando por completo o delicado estado de saúde em que este se encontra, *legítima a fixação da multa* que, neste caso, corresponde, proporcionalmente, à gravidade dos fatos. (fl. 83)

Segundo meu ponto de vista, de modo diverso do entendimento perfilhado por meu culto colega, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, pois a matéria devolvida é eminentemente jurídica, e o montante global da multa diária alcançou o valor correspondente a quase 40 vezes o valor da obrigação principal descumprida (tem valor histórico inferior a R\$ 20.000,00) que, como reconhece o douto relator, é, de fato, vultoso, atingindo um montante de R\$ 753.906,22.

Com efeito, os exames acerca da possibilidade de revisão do correspondente ao somatório das astreintes, da violação ao art. 461, § 6º, do CPC/1973 e do possível enriquecimento sem causa são temas que, no caso, a meu juízo, não demandam reexame de provas.

3. Ademais, observando sempre a máxima vênia, penso que o depósito efetuado pela seguradora não caracterizou pagamento.

Com efeito, consoante aduzido pelo ilustre relator, os fatos se sucederam da seguinte forma: I) transitada em julgado a decisão que pôs termo à fase de impugnação ao cumprimento de sentença, os autos retornaram ao Juízo de origem para o prosseguimento da execução; II) “[e]m seguida (21.08.2013), o devedor apresentou junto ao magistrado *a quo* pedido/requerimento de redução do valor das *astreintes* (fls. 78-84 dos autos em apenso); III) “[e]m 02.09.2013 a parte credora manifestou-se (fls. 85-87 do apenso) refutando o pleito formulado, promovendo o recálculo da dívida”; IV) “[n]a data de 15.10.2013, o juiz determinou ao executado (fls. 95 do apenso) que procedesse

ao pagamento da diferença devida”; V) a seguradora cumpriu a determinação imposta; VI) a credora requereu a expedição do alvará de levantamento, todavia, “face o requerimento/pedido então formulado pelo devedor para a redução do valor das *astreintes*, o juiz só então acolheu o pleito formulado pelo devedor, nos termos da decisão de fls. 19-20 dos autos em apenso, promovendo a redução do valor global da multa para o total de R\$ 100.000,00”.

Dessarte, em vista desses fatos, a meu sentir, *data venia*, não reputo o mais adequado o entendimento de que o depósito teve fins de efetivo pagamento, objetivando pôr fim à demanda.

Ora, pendente a apreciação do pleito de revisão do montante global das *astreintes*, houve ordem para o depósito em Juízo da verba, não se podendo presumir tenha sido para pagamento - ato unilateral -, tampouco o sucumbente ser penalizado por ter colaborado com a Justiça, cumprindo a ordem de depósito em Juízo.

Ainda que assim não fosse, como sustenta o recorrente, de fato, o art. 461, § 6º, do CPC/1973 estabelece que o juiz poderá, *de ofício*, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou onerosa.

Na mesma linha, o art. 537, § 1º, I, do NCPC dispõe que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa ou até mesmo excluí-la, caso verifique que se tornou excessiva.

Nesse mesmo diapasão, lealmente reconhece o ilustre relator, a Segunda Seção, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo 1.333.988/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, fixou a tese de que a decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada.

No caso, como observado pelo relator, e reconhecido pela própria recorrente, é verdade que a *questão acerca do cabimento das astreintes está preclusa*, pois foi deferida pelas instâncias ordinárias, que arbitraram o valor diário de R\$ 500,00 (quinhentos reais) - decisão mantida, no âmbito do STJ, por decisão unipessoal do em. relator em outro feito, já transitada em julgado.

No entanto, a questão ora examinada é diversa, pois se está a discutir a revisão do montante global das *astreintes* que, como incontroverso, corresponde a valor deveras vultoso, e que representa quase 40 vezes o valor do montante principal (obrigação pecuniária, consistente no pagamento de reembolso de despesas pela seguradora, no valor de R\$ 19.057,25).

Nesse particular, já foi pacificado pela Segunda Seção que a “jurisprudência desta Corte, sensível a situações em que salta aos olhos a superveniência de valor

excessivo decorrente, na maioria das vezes, da recalcitrância no descumprimento da obrigação imposta, passou a admitir a revisão da *astreinte* em sede especial quando atingir valores notoriamente exagerados, ensejando o enriquecimento sem causa, ou ínfimos, insuficientes para manter a coercibilidade da medida. *A compatibilização entre a efetividade da tutela e a vedação do enriquecimento sem causa é analisada de acordo com as particularidades do caso*. (AgInt nos EREsp 1.488.800/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, Segunda Seção, julgado em 28.6.2017, DJe 30.6.2017)

4. Antes de examinar a questão controvertida principal acerca do enriquecimento sem causa, cumpre fazer outro oportuno registro.

Com efeito, muito embora, como dito, no caso, não caiba, em vista do empenço da preclusão, discussão acerca da possibilidade de fixação de *astreintes*, entendo necessário suscitar considerações pertinentes e de veras relevantes, para que não paire dúvida, no ponto, a respeito do entendimento deste Colegiado.

Outrossim, são considerações que vão de certo modo ao encontro da tese da recorrente, que afirma que, para evitar o enriquecimento sem causa, deve ser restabelecida a limitação ao montante global de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme fixada pelo Juízo de primeira instância.

4.1. No caso, o autor requereu condenação por danos morais e o *reembolso* pela seguradora de quantias previamente desembolsadas para tratamento fisioterápico. Em suma, a obrigação vindicada é claramente pecuniária (de dar), isto é, simples reembolso de tratamento previamente custeado pelo segurado, e não obrigação de fazer - ***tanto é assim que as astreintes perduraram, precisamente, até o depósito da quantia.***

É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como “a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, parágrafos 4º e 5º, do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta.

É claro que, como o art. 389 do CC estabelece que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, em face do descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, naqueles casos, o credor pode optar pelo recebimento da indenização em vez de insistir na execução específica, pois, descumprida a obrigação, transforma-se em obrigação alternativa, isto é, faculta-

se ao credor escolher entre uma dessas duas mencionadas hipóteses. (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 332 a 475. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 293-294)

Decerto, a exatidão entre o direito material positivo e o bem jurídico entregue pelo processo é mais facilmente atingida quando a composição dos conflitos não depende (ou depende pouco) do devedor vencido, como ocorre nos casos em que a execução se realiza por expropriação patrimonial ou desapossamento.

Ao contrário, quanto mais a satisfação do direito perseguido pelo autor depender do comportamento do devedor, *como o que ocorre essencialmente nas obrigações de não fazer e nas obrigações de fazer infungíveis*, potencialmente pode ser tornar mais penosa a solução.

Isso porque, para tal desiderato a que se presta a multa cominatória - o de compelir o devedor a realizar obrigação de fazer ou de não realizar determinado comportamento -, o sistema processual civil lança mão de medidas de apoio, de caráter meramente persuasório e instrumental, porquanto de há muito se abandonaram as penas corporais.

No tocante às obrigações de fazer, define-se, por exclusão, o âmbito desses deveres. A obrigação de fazer tem por objeto a adoção de comportamento ativo que não se destina preponderantemente a transferir a posse ou titularidade de coisa ou soma ao titular do direito. Para sua constatação, é necessário investigar, dentre os diversos aspectos da prestação (fazer, entregar, pagar), em qual deles reside o núcleo do interesse objetivo. (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131-134)

No Código de Processo de 1939, havia a previsão da chamada “ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato” (arts. 302-310), destinada a disciplinar um leque de pretensões, desde a do “fiador, para exigir que o afiançado satisfaça a obrigação ou o exonere da fiança” até à do “locador, para que o locatário consinta nas reparações urgentes de que necessite o prédio”.

Aponta Dinamarco que era da tradição jurídico-processual brasileira a opção pela conversão pecuniária das obrigações *in natura*, consubstanciadas em um “fazer” ou em um “não fazer”, prática aceita antes com “muita docilidade”.

“Tal era um corriqueiro expediente de *meia-justiça*” - salienta Dinamarco - “que durante muito tempo satisfez o espírito dos juristas menos preocupados

com a efetiva aptidão do sistema processual a proporcionar tutelas jurisdicionais completas e exaurientes” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447).

Porém, a força das tendências metodológicas modernas apontaram para a excepcionalidade da solução pecuniária, sempre que fosse possível a execução específica da obrigação de fazer/não fazer.

Nessa linha, de forma mais genérica e afinada com a exigência de efetividade da prestação jurisdicional, para cuja realização, como dito, o jurisdicionado deve receber exatamente aquilo a que tem direito, o Código Buzaid, primeiramente no art. 287, e mais recentemente diante da redação conferida ao art. 461, pela Lei n. 8.952/1994, fez clara opção pela chamada “tutela específica”, *notadamente na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer ou de fazer* (art. 461 do CPC/1973), ficando, nesses casos, em segundo plano a solução pecuniária.

Nesse passo, para consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior *coincidência* possível entre o *resultado* da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação”, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, parágrafos 4º e 5º, do Código Buzaid, entre as quais se destacam as denominadas *astreintes*, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta (SCARPINELLA. in. *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. Antônio Carlos Marcato (Coord.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.463).

Dinamarco bem elucida o propósito do art. 461 do CPC/1973, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 8.952/1994:

A idéia é esta: empregar todos os meios legítimos, mesmo a força quando necessário, para proporcionar ao credor de *um fazer* ou de *um não-fazer* precisamente o mesmo resultado útil que o adimplemento da obrigação lhe teria proporcionado. *Nada de impor meras compensações em dinheiro.* (Op. cit. p. 451)

A multa cominatória, prevista no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC/1973, *não* se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus.

Revela-se, sim, como valioso instrumento - acessório e adjuvante da tutela perseguida -, para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor, isto é, exatamente aquele desejado pelo direito material, cuja violação ensejou a pretensão deduzida em juízo.

4.2. Nessa linha, é bem de ver que não parece possível a utilização de *astreintes* para compelir o devedor de obrigação pecuniária ao pagamento.

Eduardo Talamini, em obra especializada acerca do tema, também perfilha o entendimento de que a obrigação de reembolso de despesas previamente efetuadas é meramente pecuniária - incapaz de ensejar a fixação de *astreintes* -, *in verbis*:

4.4. *Alguns exemplos (deveres decorrentes de planos e seguros de assistência à saúde, concessão mercantil, prestação de serviços públicos, direitos sociais a prestações estatais)*

Tome-se como exemplo da hipótese mencionada em "iii" a obrigação do convênio médico incumbido de arcar com tratamento de saúde do conveniado. O conteúdo preponderante da obrigação será um *fazer*, sempre que incumbir ao prestador do serviço de assistência propiciar diretamente o custeio da assistência à saúde. Pouco importa que o atendimento faça-se mediante serviços próprios ou de terceiros.

Na disciplina atual dos planos de saúde, as modalidades de obrigações da operadora podem ser resumidas nas seguintes hipóteses: a) manutenção de serviços próprios ou através de profissionais e estabelecimentos contratados ou credenciados, com a direta prestação de assistência à saúde do usuário; b) cobertura de custos assistenciais do usuário, mediante o pagamento direto pela operadora ao profissional ou ao estabelecimento prestador de assistência; c) *cobertura de custos assistenciais, mediante reembolso ao usuário* (Lei n. 9.656/1998, na redação dada pela MP 2.177-44/2001). As duas primeiras hipóteses consistem em obrigações de fazer, aplicando-se-lhes o art. 461. *Apenas a terceira hipóteses é de obrigação monetária.* (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 135)

Nesse passo, a Súmula 500/STF orienta que não cabe a ação cominatória para compelir o réu a cumprir obrigação de dar.

No ponto, precedente da Terceira Turma do STJ, REsp 1.384.419/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, traz luz, visto que, no bem lançado e denso voto, acolhido à unanimidade por aquele Colegiado, Sua Excelência dispôs:

Afirmam as recorrentes, em síntese, que tal obrigação é de natureza pecuniária por se tratar de "condenação à entrega de quantia em dinheiro"; desse modo, somente teria lugar na via da execução forçada, nos termos dos arts. 475-I, 475-J e 475-O do Código de Processo Civil.

A questão que se nos apresenta consiste, portanto, em definir qual a natureza jurídica da obrigação questionada: *obrigação de fazer, hipótese que teria o condão de legitimar a multa diária contra a qual se insurgem as recorrentes, ou obrigação de pagar dívida em dinheiro (pecuniária), hipótese que impossibilitaria a aplicação da penalidade.*

A doutrina civilista, de modo geral, não se ocupou das particularidades inerentes ao cumprimento das prestações de natureza pecuniária, talvez por considerar que, de modo geral, a ideia de fazer abrange a de dar, aí incluída a de solver dívida em dinheiro.

A propósito do tema, já afirmava Pontes de Miranda, em seu clássico *Tratado de Direito Privado*, que “dar é fazer. Fazer é todo ato positivo” (RT, vol. 23, 3ª ed., 1984, p. 50).

De acordo com Serpa Lopes, “a distinção entre obrigação de fazer e obrigação de dar, reputada inútil por alguns autores, entretanto, tem grande alcance prático no sistema onde a obrigação não é elemento translativo do domínio. Entretanto, difícil é encontrar-se o critério revelador dessa distinção, atento a que, no fundo, como observa M. I. Carvalho Mendonça, toda obrigação representa um *facere*” (*Curso de Direito Civil*, vol. II, F. Bastos, 3ª ed., 1961, p. 75).

*Para Caio Mário da Silva Pereira, “quando a obrigação é de **dar ou entregar**, seu objeto não é a coisa a ser entregue, porém a atividade que se impôs ao sujeito passivo, de **efetuar a entrega** daquele bem; o credor tem o direito a uma prestação, e esta consiste exatamente na **ação de entregar**, correlata do direito reconhecido ao sujeito ativo de exigir que lhe seja **efetuada a entrega (Instituições de Direito Civil**, vol. II, teoria geral das obrigações, Forense, 26ª ed., 2014, p. 18). Mais adiante, complementa o renomado autor que “será *faciendi* a obrigação, quando a operação de entregar pressupõe o *facere*” (op. cit., p. 46).*

No âmbito do próprio STF, firmou-se a orientação jurisprudencial de que “não cabe a ação cominatória para compelir-se o réu a cumprir obrigação de dar” (Súmula n. 500), entendimento construído com base na premissa de que tal conduta estaria submetida aos meios executivos sub-rogatórios.

[...]

Vêm a lume, nesse contexto, os seguintes apontamentos de alguns dos nossos mais notáveis processualistas:

i) Humberto Teodoro Júnior:

Obrigação por quantia certa é aquela que se cumpre por meio de dação de uma soma de dinheiro. O débito pode provir de obrigação originariamente contraída em torno de dívida de dinheiro (v.g., um mútuo, uma compra e venda, em relação ao preço da coisa, uma locação, em relação ao aluguel, uma prestação de serviço, no tocante à remuneração convencionada etc.); ou pode resultar da conversão de obrigação de outra natureza no

equivalente econômico (indenização por descumprimento de obrigação de entrega de coisa, ou de prestação de fato, reparação de ato ilícito etc.) (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 46ª ed., Forense, 2011, p. 49.)

ii) Luiz Fux:

A obrigação assumida pelo devedor gera-lhe um vínculo com o credor, que tem, por força da mesma, o direito de exigir o implemento da prestação convencionada. *É o que se denomina, ao ângulo material, de “débito” e “crédito”, respectivamente. A minguada do cumprimento espontâneo da prestação, surge para o credor um direito secundário, qual o de exigir que a obrigação seja satisfeita às custas do patrimônio do devedor.* Essa submissão dos bens do devedor, à satisfação da obrigação, sujeitando-os até à expropriação, para que, com o produto da alienação judicial, se implemente a prestação é que se denomina “responsabilidade”. (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, 4ª ed., Forense, 2009, p. 167.)

iii) Fredie Didier Jr. et al:

Inadimplida a prestação, o patrimônio do devedor e de terceiros previstos em lei (ex.: seu cônjuge ou seu sócio) *responderão* pelo seu cumprimento, mediante execução forçada.

A responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 592, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. [...]

Viu-se, no capítulo sobre a teoria da execução, que em algumas situações a execução não recai sobre o patrimônio; é o caso da execução indireta. *Mas é correto afirmar que a regra é a de que a execução de prestação patrimonial tem como garantia básica o patrimônio do devedor ou do responsável.* (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 5, 2ª ed., JusPODIVIM, 2010, p. 247/248.)

iv) Cândido de Rangel Dinamarco:

[...]. Como o credor por dinheiro tem um direito a este mas não é seu proprietário, para que ele venha a recebê-lo é necessário que o Estado-juiz o retire do patrimônio do obrigado e o passe ao dele, credor – e assim é em toda e qualquer execução por quantia certa. [...]

Um crédito em dinheiro é sempre um direito pessoal. O devedor, mesmo sendo titular da obrigação de pagar dinheiro, continua tendo sobre ele um direito real de propriedade, o qual só será cancelado quando o juiz, no exercício do poder estatal, lhe impuser essa expropriação; e esta consiste em transferir ao credor, exequente, o direito de propriedade sobre o

dinheiro ao qual, até então, ele tinha apenas um direito pessoal. (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, 3ª ed., Malheiros Editores, 2009, p. 564/565.)

Das referidas lições extraio as seguintes premissas acerca dos elementos configuradores das obrigações ditas pecuniárias:

i) a dívida em dinheiro constitui o núcleo desse tipo de obrigação;

ii) o débito pode provir de obrigação originariamente contraída em torno de dívida de dinheiro ou pode resultar da conversão de obrigação de outra natureza no equivalente econômico; e

iii) pelo cumprimento da dívida em dinheiro responde o devedor com seu patrimônio.

[...]

Primeiro, porque o núcleo da tutela jurisdicional ora questionada reside não na entrega pura e simples de valores em dinheiro.

[...]

Segundo, porque de dívida em dinheiro não se cogita aqui, mas, como visto, de medida tendente a assegurar o *status quo* da relação negocial (prestação de serviços) estabelecida entre as partes e que pressupõe o **regular repasse** à *Unimed* dos valores arrecadados de seus associados.

Esse precedente tem a seguinte ementa:

Civil e Processual Civil. Administradora de plano de saúde. Serviços de cobrança e repasse de mensalidades. Compensação unilateral de créditos. Ação cautelar. Medida de urgência. Devolução dos valores retidos. Recursos de terceiros. Multa diária (*astreintes*). Cabimento. Tutela específica. Obrigação de fazer.

1. É legítima a multa diária imposta com o propósito de compelir a parte ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na devolução de valores em dinheiro indevidamente retidos de terceiros beneficiários de plano de saúde. Conduta que não se submete aos meios executivos sub-rogatórios.

2. Reconhecida a ilegalidade de compensação unilateralmente realizada, a devolução dos valores retidos com tal finalidade configura simples consequência lógica do dever da parte de se abster do ato tido como irregular.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.384.419/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 18.02.2016, DJe 23.02.2016)

4.3. Outrossim, apenas como oportuno e conveniente registro, o art. 1.061 do CC/1916 estabelecia que as perdas e danos, nas obrigações de pagamento

em dinheiro, consistem nos juros da mora e nas custas, sem prejuízo da pena convencional.

Todavia, o art. 404 do CC/2002 dispôs de modo diverso, *in verbis*:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Registre-se que, na vigência do CC/1916, havia fortes e reiteradas críticas doutrinárias - majoritariamente dirigidas ao legislador, e não à jurisprudência dos tribunais -, em decorrência do fato de a redação do art. 1.061 do CC revogado emitir comando que, por vezes, não propiciava, em casos concretos, a efetiva reparação do dano oriundo de inadimplemento de obrigação pecuniária.

Com efeito, mesmo na vigência do CC/2002, que confere ressarcimento mais amplo do dano, nas obrigações pecuniárias, *as perdas e danos são preestabelecidas pela lei. O dano emergente é a própria prestação, acrescida de atualização monetária, custas e honorários advocatícios. Os lucros cessantes são representados pelos juros de mora.* (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401).

Esse é o entendimento expendido em abalizada e profícua lição de Silvio Rodrigues, à luz do CC/1916, assentando que não deve o prejudicado experimentar lucro na indenização - sendo irrelevante a ocorrência de dolo ou culpa, ou mesmo grau da culpa do inadimplente, pois trata-se tão somente de recompor o prejuízo -, e *que nas obrigações de pagamento em dinheiro tal perda consiste no pagamento dos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.* (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 313 e 314)

No mesmo diapasão - acrescentando os honorários previstos no art. 20 do CPC/1973 -, é o escólio de Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 335).

Com o advento do CC/2002, o *caput* do art. 404, apresentando disposição claramente diversa, mais abrangente, contemplou, de modo exauriente, os

reclamos da doutrina ao estabelecer que as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão realizadas com atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

É bem por isso que, em profícuo estudo, em vista da disposição abrangente prevista no *caput* do art. 404 do CC/2002, Renan Lotufo apresenta arguta observação acerca do parágrafo único do mesmo dispositivo (prevendo que, uma vez provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar), assentando que “o que se vê, agora, é que, com a incidência da atualização monetária, *do caput*, mais os juros da mora, e, ainda, no processo, se houver, das verbas da sucumbência, custas e honorários, o parágrafo único, que visava à recomposição do efetivo prejuízo, mediante intervenção judicial, ficou praticamente sem aplicação, até porque injustificado, em face da previsão antecedente”. (LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 462-463).

Em suma, embora seja possível, desde que cabalmente demonstradas, são raras as hipóteses em que se fará necessária a indenização suplementar àquelas, de modo exauriente, previstas no *caput* do art. 404 do CC/2002.

5. No entanto, quanto ao *cabimento* da multa, todas essas questões ficam superadas, em razão da preclusão máxima quanto ao ponto.

Nessa esteira, consoante entendimento doutrinário amplamente majoritário, a natureza jurídica das astreintes é cominatória/coercitiva, de caráter acessório, *não tendo natureza indenizatória ou mesmo punitiva*.

É importante também diferenciar as astreintes da multa penal, uma vez que a última trata de prévia estipulação para perdas e danos, que a legislação processual taxativamente autoriza cumular com as astreintes.

No tocante especificamente ao seu balizamento, são dois os principais vetores de ponderação: *a)* efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e *b)* vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa, como dito alhures, não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo.

Porém, mercê da lacunosa legislação acerca das *astreintes*, a jurisprudência, em não raras vezes, tem chegado a soluções que, em alguma medida, desvirtuam o propósito desse benfazejo instrumento processual.

É que, diante da feição coercitiva da multa em questão, para sua aplicação, o magistrado é movido por desígnios de ordem dissuasória e intimidatória, no intuito de que as *astreintes* se mostrem capazes de compelir o devedor a cumprir a decisão que lhe é imposta, ciente este de que a incidência periódica da multa lhe causará dano maior. O propósito final é, portanto, o de que a multa nem incida concretamente.

Coisa diversa ocorre quando a multa outrora aplicada se converte em crédito, cujo montante deve ser pago pela parte renitente, depois de descumprida a ordem judicial, momento em que levar-se-á em conta o tempo em que a decisão não foi acatada.

Em outras palavras, se, na fixação das *astreintes*, o magistrado tem em mira um tempo futuro - o qual se pretende não transcorra sem o cumprimento da decisão -, por ocasião da exigência das *astreintes*, depois de a multa ter incidido concretamente, tem-se em vista um tempo pretérito, já escoado, sem que o obrigado tivesse acatado o comando que lhe fora dirigido, ainda que tardiamente.

O fato é que o tempo passa e a decisão não é cumprida, circunstância a revelar, nesse momento, que o caráter intimidatório das *astreintes* não foi suficiente para persuadir o devedor a cumprir a decisão, remanescendo assim apenas uma dívida.

Realmente, a linha de raciocínio que se vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva.

Não se pode negar haver interesse imediato do credor da obrigação principal de que esta seja prontamente cumprida pelo obrigado, mostrando-se a multa, por essa ótica, instrumento acessório para a realização do direito material violado.

Essa ideia decorre da própria predileção do atual sistema jurídico pela concessão da “tutela específica”, em detrimento da resolução em perdas e danos, circunstância que revela concentração de esforços no desiderato de entregar à parte exatamente aquilo a que tem direito, ou seja, concentração de esforços com o propósito de satisfazer interesse genuinamente privado.

De qualquer forma, para o arbitramento da multa e a definição de sua exigibilidade, bem como para eventuais alterações ao seu valor ou periodicidade, deve o magistrado sopesar diversos critérios.

A Quarta Turma, por sua vez, vem adotando o entendimento de que o parâmetro de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa diária deve ser correspondente ao valor da obrigação principal, notadamente porque o principal objetivo da medida é o cumprimento do *decisum* e não o enriquecimento da parte. Nessa linha, em obséquio ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, costumam-se reduzir o valor das *astreintes* a patamares mais módicos do que os geralmente praticados no âmbito da Terceira Turma, à vista da predileção desta última à exacerbação da multa cominatória.

Parece, em princípio, ter sido esse o entendimento da Corte Especial que, apesar de não ter conhecido dos embargos de divergência, realçou, em seu julgado, que a multa não poderia ser incompatível com a obrigação principal:

Civil e Processual Civil. *Astreintes*. Fixação pela Turma de termo inicial combinado com a redução de valor. Embargos de divergência. Dissídio não configurado. Ausência de similitude fático-jurídica. Recurso não conhecido.

I. Inadmissíveis os embargos de divergência quando inexistente rigorosa similitude fático-jurídica entre as espécies confrontadas.

II. Fixação de parâmetros, pelo acórdão turmário embargado, para fim de incidência de multa, que tomou em consideração, simultaneamente, o valor da penalidade e o termo inicial em que passaria a incidir, ante a situação específica verificada nos autos.

III. *Ademais, a pretensão dos embargos, de alteração exclusiva de um dos parâmetros (termo inicial das astreintes), desequilibraria a equação em que se baseou o órgão fracionário para a solução do litígio, tornando o valor de multa diária excessiva e incompatível com a obrigação positiva atribuída à parte contrária, se aplicada retroativamente no tempo.*

IV. Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp 976.670/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, julgado em 16.02.2011, DJe 03.06.2011)

5.1. O Código Processual de 1939 limitava expressamente o montante da multa ao valor da obrigação:

CPC/1939

Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que *não exceda o valor da prestação*.

A situação foi alterada, pois, na leitura atenta dos dispositivos que regulam a matéria, tanto no CPC de 1973 como no vigente estatuto processual civil,

verifica-se que o legislador, a princípio, escolheu dois critérios a nortear o aplicador da norma: a obrigação e o prazo razoável para cumprimento:

CPC/1973

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

CPC/2015

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Deve-se ter em conta, ainda, que, no anteprojeto do novo CPC, também havia a previsão de vinculação ao valor da obrigação no tocante ao que fosse

vertido em favor do credor, apesar de também acabar reconhecendo que a condenação poderia exceder à prestação, sendo que o restante seria destinado ao ente estatal:

§ 5º O valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa.

§ 6º Sendo o valor da obrigação inestimável, deverá o juiz estabelecer o montante que será devido ao autor, incidindo a regra do § 5º no que diz respeito à parte excedente.

No entanto, como se percebe, o referido liame com o valor da obrigação não foi repetido na redação final do CPC/2015, notadamente pela escolha do credor como único destinatário do produto pecuniário advindo da multa.

Apesar disso, penso que a vinculação do valor da multa coercitiva com a expressão monetária da obrigação principal, ainda assim, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete, a despeito de não ser o único, mas tendo sempre como bússula os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, além da efetividade do processo e da dignidade da pessoa humana.

Assim, sempre e sempre, dependendo das circunstâncias do caso concreto, devem ser observados os seguintes parâmetros na fixação da multa coercitiva: (I) o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, (II) o tempo/periodicidade; (III) a capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor; e, por fim, (IV) o princípio do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo e a possibilidade de adoção de outros meios, pelo magistrado, para o cumprimento da obrigação.

Confira-se:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Multa diária. Preclusão e coisa julgada. Não ocorrência. Recurso Especial Repetitivo 1.333.988/SP. Parâmetro de fixação. Análise pelas instâncias ordinárias.

1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 desta Corte.

2. “A decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada” (REsp 1.333.988/SP, Relator Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Segunda Seção, julgado em 9.4.2014, DJe de 11.4.2014).

3. Cabe às instâncias ordinárias analisar, em cada caso concreto, o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; o tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); a capacidade econômica e de resistência do devedor; e a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss). Precedente: (Aglnt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Relator p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.11.2016, DJe 14.12.2016).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(Aglnt no AREsp 882.327/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09.05.2017, DJe 16.05.2017)

5. No caso, como visto, a aplicação de multa cominatória foi, *data maxima venia*, claramente equivocada, visto que não se está a falar de obrigação de fazer para propiciar determinado tratamento premente ao consumidor, mas de obrigação pecuniária, consistente no simples reembolso de tratamento fisioterápico já prestado e pago pelo genitor do autor.

No entanto, apenas o recorrido se insurgiu em face da decisão do Juízo de primeira instância - que revisou o montante global das astreintes para o total de R\$100.000,00 (cem mil reais) -, e que corresponde a várias vezes o valor da obrigação principal (o reembolso vindicado pelo recorrido tem o valor histórico de R\$ 19.057,25).

Ademais, salta aos olhos que o montante global a que chegou as *astreintes* decorreu de não ter o juízo feito uso de outras medidas para a satisfação do crédito da autora (inadequação da medida), aliada à inércia do credor, visto que a mera determinação, em sede de cumprimento de sentença, de bloqueio por meio do sistema Bacenjud, requerida pelo credor ou deferida de ofício pelo Juízo, em linha de princípio, seria hábil e célere para excutir do patrimônio da devedora o *quantum* devido.

Com efeito, segundo entendo, renovadas as vênias, é de rigor o restabelecimento do decidido pelo Juízo de primeira instância, limitando-se o montante global das astreintes ao valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

6. Diante do exposto, dou provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e para também dar provimento ao recurso especial, restabelecendo o decidido pelo Juízo de primeira instância.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, ouvi atentamente o brilhante debate entre o eminente Relator, Ministro Marco Buzzi, e o Ministro Luis Felipe Salomão.

Também entendo que as multas não devem dar ensejo a enriquecimento sem causa, mas, no caso dos autos, não tenho como deixar de emprestar relevo à circunstância, ressaltada no voto do eminente Relator, de que a multa já foi avaliada na própria fase de execução e, após a baixa dos autos, o Bradesco Saúde apresentou uma petição pedindo ao juízo se dignasse de “determinar a juntada do incluso comprovante de pagamento da condenação no valor de R\$ 753.906,00 (setecentos e cinquenta e três mil novecentos e seis reais)”.

Ora, penso que, uma vez exaurido o debate acerca do valor da multa na própria fase de cumprimento de sentença, e feito pelo devedor o depósito, declarando que o fazia para pagamento do valor da condenação, houve preclusão e a prática de ato incompatível com a intenção de novamente questionar o valor da multa.

Portanto, com a devida vênia da divergência, dadas essas peculiaridades, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de *agravo interno* interposto por **Bradesco Saúde S/A** contra decisão monocrática deste signatário que, reconsiderando a deliberação anterior, afastou a incidência da Súmula 182/STJ e negou provimento ao agravo (art. 544 do CPC/1973), mantendo a inadmissão do recurso especial.

A controvérsia diz respeito à alegada exorbitância da multa cominada, afirmando a insurgente cuidar-se de montante correspondente a quase 40 vezes o valor da obrigação principal, consistente na quantia de R\$ 753.906,22 (setecentos e cinquenta e três mil, novecentos reais e vinte e dois centavos).

O e. Ministro Luis Felipe Salomão, na assentada de 12.09.2017, apresentou voto divergente, dando provimento ao agravo interno para conhecer do agravo e, de plano, prover o recurso especial, restabelecendo o decidido pelo juízo de primeira instância acerca da redução do *quantum* estipulado a título de *astreintes* para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Os fundamentos do voto divergente são:

a) inaplicabilidade da súmula 7/STJ, pois a matéria devolvida é eminentemente jurídica;

b) o depósito efetuado pela seguradora não caracterizou pagamento, não podendo o “sucumbente ser penalizado por ter colaborado com a Justiça, cumprindo a ordem de depósito em Juízo”;

c) ocorrência de preclusão máxima acerca da possibilidade da fixação das *astreintes* no caso concreto;

d) a obrigação de reembolso pela seguradora de quantias previamente desembolsadas para tratamento fisioterápico é pecuniária (de dar), não constituindo obrigação de fazer;

e) a multa cominatória “não se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus”, constituindo-se um valioso instrumento, acessório e adjuvante da tutela perseguida para a consecução do único bem jurídico a que eventualmente tem direito o autor”;

f) “não parece possível a utilização de *astreintes* para compelir o devedor de obrigação pecuniária ao pagamento” consoante delimitado na súmula 500/STF;

g) a doutrina e a jurisprudência, bem ainda o diploma civil, prelecionam que as perdas e danos para obrigações e pagamento em dinheiro consistem nos juros de mora e atualização monetária, sendo “raras as hipóteses em que se fará necessária a indenização suplementar àquelas, de modo exauriente, previstas no *caput* do art. 404 do CC/2002”;

h) a natureza jurídica das *astreintes* é cominatória/coercitiva e não indenizatória ou punitiva, porém, “realmente, a linha de raciocínio que se vislumbra nas *astreintes*, no seu nascedouro, caráter coercitivo, não consegue explicar a que título o devedor paga a multa aplicada, muito menos a que título o beneficiário a recebe, depois de a multa incidir concretamente e frustrar-se por completo sua pretensão persuasiva”;

i) a despeito de o legislador do NCPC não ter limitado o montante da multa diária ao valor da obrigação principal, sustenta o voto divergente que “...a vinculação do valor da multa coercitiva com a expressão monetária da obrigação principal, ainda assim, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete, a despeito de não ser o único, mas tendo sempre como bússola os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, além da efetividade do processo e da dignidade da pessoa humana”;

j) “sempre e sempre, dependendo das circunstâncias do caso concreto, devem ser observados os seguintes parâmetros na fixação da multa coercitiva: (i) o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, (ii) o tempo/ periodicidade; (iii) a capacidade econômica e a capacidade de resistência do devedor; e, por fim (iv) o princípio do dever do credor de mitigar o próprio prejuízo e a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado para cumprimento da obrigação”;

k) “a aplicação da multa foi, *data maxima venia*, claramente equivocada, visto que não se está a falar de obrigação de fazer para propiciar determinado tratamento premente ao consumidor, das de obrigação pecuniária, consistente no simples reembolso de tratamento fisioterápico já prestado e pago pelo genitor do autor. No entanto, apenas o recorrido se insurgiu em face da decisão do Juízo de primeira instância - que revisou o montante global das *astreintes* para o total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) -, e que corresponde várias vezes o valor da obrigação principal (o reembolso vindicado pelo recorrido tem valor histórico de R\$ 19.057,25)”.

Face aos argumentos apresentados pelo voto divergente, pedi vista regimental.

É o relatório.

Voto

Em que pese as judiciosas ponderações propostas pela divergência, mantém-se o voto inicialmente declinado, com os acréscimos agora deduzidos.

1. À guisa de preliminar ao enfrentamento da tese de fundo, é imprescindível ressaltar que caso admitido o debate sobre a natureza jurídica das obrigações alinhadas na petição inicial da ação cognitiva, matéria somente debatida no voto divergente, e, ainda, se a contar do trato de tal novo aporte temático restar modificado o julgado recorrido, esse novel debate, agora sob este inusitado enfoque, para não ensejar cerceamentos às partes, haverá de render ensejo a que se observe o procedimento preconizado pelo NCPC, posto que as normas instrumentais incidem imediatamente aos processos em curso, nos termos do art. 14 do ora referido diploma legal.

Há que se observar os princípios do contraditório e da ampla defesa estampados na Constituição Federal e também a regra expressa no artigo 10, do novo diploma processual civil, vedando ao magistrado deliberar, em qualquer

grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O *princípio da não surpresa* foi estabelecido no normativo processual visando a dar efetividade aos direitos fundamentais próprios de um estado democrático de direito.

No presente caso, *o tema afeto à natureza jurídica das obrigações tratadas na lide originária, seja quanto ao reembolso das despesas médicas, seja quanto à imposição do correto preenchimento das guias de restituição, não foi debatido/arguido em momento algum no curso de toda a tramitação do feito, desde o ano de 2005.*

Tanto os litigantes quanto os magistrados, nas instâncias de origem, sempre que aludiram à natureza das obrigações em debate o fizeram destacando a existência, no caso, de obrigações de fazer e de pagar (dano moral e material), sem que houvesse discussão, óbice ou impugnação anterior ou posterior quanto ao tema.

Somente nessa oportunidade, face a manifestação da douta divergência, no julgamento colegiado do agravo interno manejado pela Bradesco Saúde, é que esse órgão deliberativo está a se debruçar acerca de fundamento inédito alusivo à natureza das obrigações sobre as quais diz respeito a lide, motivo pelo qual - *na hipótese de se seguir por esse rumo* - é imprescindível suspender a apreciação do feito e proceder à intimação das partes para que elas possam se manifestar sobre a questão.

Assim, *reitere-se, caso este colegiado entenda deva debater a natureza jurídica das obrigações que ensejaram a aplicação das astreintes*, e a contar desse fundamento, modificar o julgado sob exame, torna-se imprescindível submeter o presente procedimento aos ditames preconizados pelo NCPC., daí porque, preliminarmente ao seguimento do julgamento há de se abrir vistas às partes para que estas, querendo, se manifestem no prazo de quinze (15) dias (art. 218, § 1º, NCPC).

2. Seguindo no julgamento, é relevante recordar que todas as instâncias antecedentes reconheceram que os autores ingressaram com uma ação de conhecimento na qual, entre os pedidos formulados, constavam obrigações de fazer e de pagar.

O dever de pagar quantia origina-se, centralmente, na consolidação das cifras referentes às repetidas diferenças a menor das quantias que a seguradora deveria ter reembolsado aos proponentes.

Já a obrigação de fazer está na necessidade de o autor obter ordem judicial para impor à Bradesco Saúde S/A o correto preenchimento das guias alusivas aos pedidos de reembolso das despesas do tratamento do proponente, de modo que este, com a restituição das importâncias segundo os montantes realmente dispendidos, pudesse continuar se valendo dos serviços com a qualidade e o padrão necessários ao seu caso.

Almejou-se, assim, fazer constar na guia autorizadora do procedimento de reembolso o código correto, conforme a classificação do tratamento a que se submete o segurado, nos moldes da tabela de honorários da própria demandada, cabendo a esta última a responsabilidade pelas informações constantes na aludido documento, repetindo-se tal *facere* todas e tantas vezes quantas sejam as consultas de tratamento a que periodicamente se submete o autor.

Em que pese o grande volume de demandas que esta Corte examina sobre o tema, todavia, chama-se a atenção para o caso *sub judice*, pois ele é dispar e incomum aos demais precedentes, uma vez que apresenta pontual peculiaridade, suficiente para *distingui-lo* dos demais onde estão em jogo, apenas e tão somente, o inadimplemento e/ou divergências quanto aos valores alusivos ao reembolso das quantias adiantadas pelo segurado e não restituídas, total ou parcialmente, pela empresa seguradora.

Não é essa, exclusivamente, a hipótese tratada nestes autos.

Tanto é assim que o juízo, o Ministério Público e, ainda, os votos proferidos no âmbito do Tribunal de origem, todos fazem registro pontual ao fato de que, na presente hipótese, está em evidência central a obtenção de um comando judicial para que a ré, quando do cumprimento da prestação referente ao contrato de seguro em apreço, se conduza especificamente de determinada forma, que não aquela até então por ela observada.

O pedido formulado na origem teve como escopo principal a obtenção de uma determinação judicial, inclusive já em sede de antecipação de tutela, obrigando o gestor da Bradesco Saúde a *abster-se de fazer* o ato que até então cometia e, ao mesmo tempo, *obriga-lo a fazer*, todavia, de modo adequado, a prestação concernente ao preenchimento de determinada guia, para que dela passasse a constar um código específico de classificação do tratamento e cobertura a que se submetia o autor para posterior reembolso, código esse diferente daquele que até então era implementado pela ré nos documentos.

Determinou, ainda, o juízo, que a seguradora cumprisse essa prestação, seu dever de reembolso, mediante o adequado código de tratamento, em até dez

(10) dias após a distribuição (o protocolo) do pedido de expedição da guia de restituição.

Foi nesse sentido a ordem dada já no início da lide, em sede de antecipação da tutela, frente a qual fixou-se a *astreinte* em evidência, o que foi mantido ao advento da sentença definitiva:

... determinar à parte ré **utilizar** para fins de reembolso do tratamento do primeiro autor **o código 25.02.015-3** da tabela de fls.150, **no prazo de 10 dias a contar do protocolo do respetivo pedido**... Ratificam-se os efeitos da tutela antecipada, deferidos através da Decisão de fls. 262, **passando DE IMEDIATO a ser adotado o código 25.02.015-3**, coeficiente 55 ..." (fls. e-STJ 134 - fez-se destaque).

Neste aspecto a ordem judicial comandou o cumprimento de uma dada conduta, uma obrigação de fazer, *pois caso objetivasse dever de pagar quantia certa, seria inaplicável, sob a égide do CPC/1973, a imposição de multa para coagir o devedor a cumprimento de pagamento, hipótese em que caberia ao credor valer-se de outros procedimentos para receber o que entendesse devido.*

A propósito:

Processual Civil e Civil. Plano de saúde. Tratamento médico. Obrigação de fazer satisfeita tempestivamente. Obrigação de pagar. Imposição de multa cominatória. Impossibilidade.

1. Satisfeita tempestivamente a obrigação de fazer, consistente em autorizar a realização de tratamento médico urgente, a obrigação de pagar quantia certa acaso remanescente não pode ser alvo da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC.

2. Recurso especial provido. (REsp n. 1.343.775/PB, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 26.11.2015)

No mesmo sentido são os precedentes: AgRg no AREsp n. 208.474/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, DJe 25.3.2014; AgInt no REsp 1.324.029/MG, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 16.06.2016, DJe 29.06.2016.

Nos precedentes citados, a exclusão da multa diária ocorreu em razão de não se verificar a inadimplência atinente a eventual obrigação de fazer, mas apenas de pagar quantia certa.

No caso em julgamento, diversamente, a despeito de ter havido parte condenatória no julgado, a multa diária não foi fixada como reforço à obrigação de pagar a quantia dos danos materiais e morais, mas sim como meio coercitivo ao

cumprimento imediato da obrigação de fazer/não-fazer, consubstanciada no dever de a seguradora proceder à utilização do código adequado, e não aquele afeto à outra moldura de tratamento fisioterápico, como até então estava fazendo a ré.

Além disso, concomitantemente, foi ordenada a observância do prazo de 10 dias para o fornecimento dos documentos e reembolso, procedimento este a ser observado de modo permanente em virtude da continuidade do tratamento do autor.

Neste ponto é que a ordem judicial aproximou as diferentes obrigações uma da outra, mas sem suprimir a ordem autônoma referente ao modo de preenchimento do conteúdo das guias (com os códigos adequados) e do prazo de dez dias para fornecer o documento, tudo o que alude à imposição de um *facere* presente e futuro.

O acórdão proferido pelo Tribunal de piso dirime quaisquer dúvidas que possam existir quanto ao fato de que, no caso *sub judice*, além da mera cobrança, concorria também pedido para impor uma dada conduta à seguradora.

... sem que fosse aplicado o código 25.020.15-3, que foi indicado para o tratamento do segurado, quando da contratação do plano de saúde. **Tais fatos, por si só, caracterizam falha na prestação do serviço...** [...] *Não se evidenciou, apenas, a inadimplência do contrato, caracterizando defeito na prestação do serviço...* (fração de texto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, e-STJ fl. 191 – com destaques).

Obviamente, além desse pedido específico, repita-se, atinente à obrigação de fazer, outros mais foram apresentados na mesma petição inicial da ação de conhecimento, entre os quais aquele alusivo à obrigação de reembolsar quantias concernentes ao pagamento das diferenças entre as cifras (a menor) restituídas pela seguradora aos autores e aqueles valores (a maior) que corretamente deveriam ter sido adimplidos, integrantes dos danos materiais.

Portanto, é relevante não olvidar que o só exercício de uma ação de cobrança objetivando as diferenças pagas a menor pela seguradora jamais resolveria o problema dos autores.

Jamais.

E, exatamente em razão dessa conclusão, afora o aspecto da surpresa, não é razoável possa o Estado jurisdição, agora ao final do trâmite da lide, exigir houvessem os autores adotado outras condutas para a urgente tutela dos seus direitos e para o suporte do débil e delicado estado de saúde do segurado, como

insiste a divergência, sugerindo a opção de medidas tais como a de bloqueios de contas da ré.

Ora, para a hipótese em pauta, nenhum comando judicial de bloqueio de verbas teria o condão de impor a retificação do modo de preenchimento das guias em comento ou substituir a prestação almejada, a qual, acima do valor em pecúnia, objetivava prestação de fazer específica.

As medidas de coerção pleiteadas na lide, visando a obtenção de uma conduta da ré, estão expressamente previstas em lei e arroladas no contrato celebrado entre os contendores, portanto, ainda que outros meios houvessem à disposição dos autores, aqueles dos quais se valerem são rigorosamente legais e legítimos, deduzidos do lícito e da observância ao *pacta sunt servanda*, insofismáveis apanágios da contratação.

A mora do adimplemento resulta exclusivamente da conduta da demandada, única responsável pelo descumprimento voluntário, mormente se levados em conta fatores como a sua longa e positiva experiência na atividade em evidência, sua densa estabilidade e possibilidade econômicas, e, acima de tudo, a plena condição de compreender a relevância do seu dever diante do delicado caso concreto, a preciosidade das categorias com as quais opera, a vida, a saúde, e, como é cediço, tais bens exigem a preservação de sensíveis atenções próprias do humanismo, o que não foi relevado neste caso concreto.

Não se pode inverter o ônus pela voluntária inadimplência contratual.

Os atos ilícitos cometidos sistematicamente pela seguradora deram ensejo à ação originária, inclusive com pedido de antecipação de tutela, tudo em face da sua conduta inadequada, repetida todas as vezes em que se fazia necessária a expedição da documentação já referida, da qual dependia de modo fundamental o primeiro autor, o qual demanda cuidados periódicos e contínuos decorrentes da moléstia incurável de que padece.

Somente a contar da ordem judicial foi obtido o correto procedimento interno alusivo ao tratamento do autor, portador de paralisia cerebral infantil desde o nascimento, com a utilização do código 25.02.015-3 da tabela de honorários, no prazo de 10 dias a partir do protocolo do respectivo pedido, uma vez que até então a seguradora empregava código diferente e inadequado para gerar o processo interno de restituição das cifras desembolsadas pelo segurado e também não fazia a entrega da guia no tempo certo.

Concomitantemente, não se pode olvidar do interesse dos autores em impor à ré determinação judicial de não-fazer, para obstar a tardança desarrazoada na

expedição da guia e, principalmente, a sua emissão de modo não conforme com a obrigação contratada.

Assim, no caso em apreço, devido às suas peculiares características em muito díspares daquelas contidas nos precedentes por todos referidos nestes autos, os pedidos cumulados alusivos à ação originária de conhecimento tratavam tanto dos valores nela referidos como também *de obrigações de fazer*, tudo o que admitiu, *initio litis*, a antecipação de tutela, confirmou, ao final, a sentença já transitada em julgado e ratificaram, à unanimidade, todas as instâncias recursais militantes no feito.

3. Adentra-se, por fim, no debate acerca: (a) do caráter de efetivo pagamento alusivo ao depósito feito nos autos pela devedora; (b) da inviabilidade de eventual supressão e/ou redução do montante do valor da multa.

Os episódios retratados no feito têm a seguinte cronologia:

Em 11.08.2005 foi *deferida tutela antecipada determinando à seguradora o correto preenchimento das guias* que viessem a ser expedidas e a observância de prazo na restituição das cifras pagas pelo segurado, sendo fixada a multa diária de R\$ 1.000,00 para o descumprimento da ordem judicial.

Em 04.06.2007 a *sentença definitiva* confirmou as *astreintes*, no valor de R\$ 1.000,00 ao dia, *condenou a ré a restituir as cifras desembolsadas pelo segurado e impôs danos materiais e morais*.

Em 11.06.2008, em sede de *apelação*, a decisão de piso foi mantida, modificando-se a sentença apenas para - *aumentar - o valor dos danos morais*, passando de R\$ 7.600,00 para R\$ 25.000,00 a bem de cada um dos autores.

Nos *embargos de declaração* (06.08.2008) apenas foi corrigido erro material.

Ocorreu o *trânsito em julgado* a sentença, sendo que em data de 22.07.2008, a *ré depositou* a quantia de R\$ 68.390,00, complementando-a em 04.09.2008 com mais R\$ 16.220,60, perfazendo o total de R\$ 84.610,60.

Portanto, segundo a realidade dos autos e segundo a conduta da ré, ora, já verificado o *trânsito em julgado* da decisão de mérito, a devedora procedeu ao pagamento.

Por considerar *insuficientes os pagamentos feitos*, os autores ingressaram com o *cumprimento da sentença*, pleiteando a cifra de R\$ 664.000,00, sem prejuízo dos reembolsos futuros.

Em data de 13.01.2009 foi *deferido o levantamento das cifras depositadas (R\$ 84.610,60) e ordenada a intimação da devedora para o pagamento da quantia restante de R\$ 664.000,00, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973.*

A seguradora opôs embargos de declaração ante o despacho que deferiu tanto o levantamento dos valores até então depositados (R\$ 84.610,60), quanto determinou o depósito da diferença pertinente aos valores concernentes à multa diária (R\$ 664.000,00), ocasião em que argumentou com a necessidade da adoção do procedimento de liquidação da sentença para, então, viabilizar a correta apuração da cifra devida à guisa da multa diária imposta.

Os embargos de declaração foram rejeitados, advertindo o juízo que inconformismos quanto ao tema, deveriam ter sido suscitados pela via recursal apropriada, o que não fora feito.

Ato contínuo a ré ofereceu à penhora apólice de seguro-garantia, para fins de viabilizar impugnação ao cumprimento de sentença.

Também interpôs agravo de instrumento, o qual a corte de piso desproveu por ser desnecessária a liquidação quando o credor puder apresentar mero cálculo para executar a sentença, conforme art. 475-J, do CPC/1973.

Vencida neste embate, feita a penhora em seguro-garantia, a seguradora apresentou impugnação ao cumprimento da sentença, a qual foi acolhida pelo juízo para excluir o valor da multa.

Dessa deliberação deu-se o agravo de instrumento interposto pelos autores, parcialmente acolhido pelo *Tribunal Estadual para restabelecer o cabimento da multa, porém, com a redução, de ofício, do valor de R\$ 1.000,00 para R\$ 500,00.*

*A Bradesco Saúde interpôs recurso especial sustentando violação do art. 461, § 4º do CPC/1973, frente à impossibilidade da aplicação da multa diária por não ter sido intimada pessoalmente para **cumprir a obrigação de fazer** e para **reembolsar as quantias**.*

Inadmitido o reclamo adveio o agravo do art. 544 do CPC/1973, negando-se a ele provimento, decisão monocrática que fora confirmada pelo colegiado da Quarta Turma, quando do não conhecimento do agravo regimental.

Superada mais esta etapa, os autos foram remetidos à origem para o prosseguimento da execução da sentença.

Já concluída a fase de impugnação, o juiz determinou à executada fosse procedido o pagamento ainda pendente (fls. 95, do apenso).

Em 21.08.2013, em que pese finda a *impugnação ao cumprimento da sentença*, a devedora apresentou um novo pedido de redução das astreintes (fls. 78-84, do apenso).

Este pleito foi combatido pelos credores que, ao mesmo tempo (02.09.2013), exibiram cálculo atualizado da imposição, ocasião em que observada a cifra de R\$ 500,00 ao dia, o débito alçava o significativo montante de R\$ 753.906,22.

Em 15.10.2013 o juiz determinou à executada fosse procedido o pagamento ainda pendente (fls. 95, do apenso).

Em 04.11.2013 a Bradesco Saúde apresentou petição requerendo a juntada de comprovante **de pagamento da condenação**.

3.1. Quanto à discussão acerca de se reputar como efetivo pagamento o depósito realizado nos autos pela devedora, em que pese houvesse no feito um pedido de redução das astreintes, após ter colhido a manifestação dos credores que se opuseram à diminuição, o juiz ordenou fosse procedido o depósito da cifra devida.

E, constata-se, na sequência, a sempre combativa devedora atendeu ao comando judicial, compareceu aos autos *para adimplir a obrigação*.

Tanto é que requereu a juntada ao feito:

...do incluso comprovante de pagamento da condenação, no valor de R\$ 753.906,22 (...) para que produza seus devidos efeitos (fls. 96 do apenso).

Não fez qualquer ressalva.

Inegavelmente, o pagamento integral do *quantum* devido clama a aplicação do instituto da preclusão lógica acerca do pedido e deliberação de redução das astreintes.

Ora, repita-se, já ultrapassada a fase de impugnação ao cumprimento de sentença, já estando garantido o juízo com a penhora de apólice equivalente à moeda, qual a finalidade do depósito feito, senão o de pagamento?

Frise-se, a fase seguinte da execução voltava-se, efetivamente, para o pagamento e, nesta esteira, com as vênias da divergência, pouco importa a designação que se queira dar à índole do depósito feito pela devedora em juízo, isso porque, no caso concreto, já não havia mais quaisquer outras fases processuais para cumprir, não havia mais sequer singelos atos ordinatórios a comandar, o feito, finalmente, chegou ao fim, culminando, então, o momento

ou bem do efetivo cumprimento do comando judicial ou bem da expropriação do bem penhorado que, na hipótese, recorde-se, trata-se de um seguro garantia, ou seja, de uma garantia equivalente a moeda corrente, a qual uma vez utilizada, exige da beneficiária, no caso a Seguro Saúde, o reembolso.

O feito, finalmente, chegou ao fim.

O depósito, como referido pela devedora, foi para efetivo pagamento, visto que já ultrapassadas as fases possíveis e imagináveis de discussão do tema em um mesmo processo. Não há lógica jurídica ou dedutiva que possa sustentar a compreensão de que o confessado pagamento, concretamente feito pela seguradora, sem lançar qualquer ressalva, no exato valor da multa pendente de liquidação, após vencidas todas as etapas procedimentais e esgotadas as vias recursais, não tivera o condão e a finalidade de pagamento exoneratório da obrigação.

Tais fatos verificados no curso do processo de modo algum autorizam sequer conjecturar tenha a devedora procedido um mero depósito, em juízo, para a contar dele encetar alguma nova discussão, uma vez que já esgotadas as vias de impugnação das quais poderia se valer a devedora.

Afinal, após o trânsito em julgado das deliberações proferidas tanto na fase de conhecimento quanto em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, no bojo da qual, inclusive, fora reduzido o patamar da multa diária de R\$ 1.000,00 para R\$ 500,00, providência que já teve em mente evitar o enriquecimento indevido, após todos os percalços já havidos no feito, era inevitável a finalização da contenda e a satisfação do direito do segurado.

Portanto, com as vênias da divergência, o depósito realizado nos autos foi feito com o propósito de pagar.

3.2. *Caso ultrapassado o debate sobre o caráter exoneratório do pagamento (depósito)*, entende-se descabido o exame acerca da possibilidade do total afastamento da imposição/cabimento das *astreintes*, pois além de este debate já ter se travado e esgotado, no caso *sub judice*, a matéria não foi, nestes moldes, amplamente devolvida nesta via recursal, como bem frisou o voto divergente, visto que contra a deliberação do magistrado *a quo* que reduziu o montante para R\$ 100.000,00, apenas os exequentes interpuseram recurso.

Frise-se, uma vez exaurida a ação condenatória, transitada em julgado a sua sentença, superada a fase inicial do seu cumprimento, ofertado seguro-depósito para garantir o juízo da execução, apresentada e superada a impugnação ao

cumprimento da sentença, ultrapassadas reiteradas idas e vindas às instâncias recursais, apreciados pedidos de diminuição e de exoneração da multa imposta, depositado o valor para fins de pagamento, nada mais há a ser feito a não ser o levantamento da quantia paga em juízo.

Portanto, nesta senda já é inviável o debate sobre o cabimento, ou não, da medida de apoio ora em foco.

3.3. E, por derradeiro, quanto ao montante das *astreintes*, recorda-se que uma vez feito o depósito do valor total alusivo à medida, em data 26.11.2013 os credores requereram a expedição do alvará de levantamento.

Na sequência os autos foram conclusos ao juiz para análise do pedido de levantamento da quantia, porém, em decisão proferida em 07.01.2014, esse promoveu a redução da soma global da multa, diminuindo a cifra de R\$ 753.906,22 para a de R\$ 100.000,00.

A redução operada pelo magistrado *a quo* afigura-se inviável. Conforme já referido, por múltiplas vezes já foram submetidos à discussão o cabimento e o *quantum* da imposição em comento, tendo a própria devedora depositado a cifra observando os parâmetros já reiteradamente fixados, aludindo, expressamente, que estava procedendo ao “pagamento” do débito.

A questão acerca da possibilidade de redução já estava concluída na lide, tanto é que ao responder o agravo de instrumento interposto pelos exequentes, a seguradora afirmou estar “...*amplamente ciente da já encerrada a discussão acerca da incidência da quantia executada, que foi alvo de impugnação à execução já julgada*” (feito destaque, fl. 26).

Portanto, serôdio o pedido de redução do *quantum* da multa, uma vez ultrapassada a ampla discussão sobre o montante da medida de apoio em apreço. A seguradora resistiu tanto ao cumprimento do dever contratual como também à determinação judicial que em nada subtraia um direito seu, impondo apenas cumprir obrigação contratual de significante repercussão, eis que situada no âmbito dos relevantíssimos cuidados para com a saúde.

Nessa medida, quanto ao valor das *astreintes*, diversamente do referido no voto divergente, incide à hipótese o óbice da súmula 7/STJ, pois além de inviável reduzir quantia integralmente paga pela devedora, a multa diária estabelecida em R\$ 500,00 já resulta de análise exaustiva e redução determinada pelo Tribunal de origem, quantum mantido por esta Casa quando da ultrapassada fase de impugnação ao cumprimento da sentença.

E, mesmo procedida a redução, em momento algum a seguradora abalou-se em cumprir a imposição, de modo a cessar a constante oneração que somente alçou à cifra atual ante a conduta omissiva da devedora.

O ônus da mora gerado pela contumácia da devedora não pode ser imposto aos segurados, ou ao judiciário, atribuindo-lhes o dever de mitigar as atuais consequências com o emprego de outros meios coercitivos.

No caso específico, não havia outro modo para obter o adimplemento da obrigação de fazer, prática absolutamente inerente à conduta pessoal e iniciativa da Bradesco Saúde S/A, visto ser ela a única capaz de corrigir a falha na prestação do serviço que desempenhava, a única com possibilidade de adequar o procedimento continuado restritivo dos direitos de fruição do tratamento de saúde mais apropriado do autor, que privado do reembolso adequado, expunha-se ao risco de se submeter a terapia de qualidade inferior a que tinha pleno direito usufruir.

Outrossim, o bloqueio pelo sistema Bacenjud, como sugeriu o voto divergente, não teria o condão de fazer com que a seguradora promovesse a adequação do procedimento de reembolso, não rendendo ensejo a que fosse fornecido ao autor os serviços de qualidade como legitimamente pressupôs ao celebrar a contratação com a acionada.

Também inadmissível supor que o segurado, a cada pedido administrativo não processado no tempo e modo adequados, devesse promover uma demanda judicial específica para salvaguardar o seu direito de reembolso, mormente no contexto da terapia a que se submete, contínua e permanente, uma vez que o promovente padece de paralisia cerebral.

Valeu-se o autor de um pedido de tutela inibitória, ou tutela jurisdicional preventiva de natureza inibitória, que tem como objetivo evitar (prevenir) a prática do ilícito, entendido como ato contrário ao direito material, estando a previsão legal contida no artigo 461, § 5º, do CPC/1973 (atual 536, § 1º, do NCPC) e no art. 84 do CDC.

A tutela inibitória preventiva é alternativa preferida à ressarcitória, cuja técnica é indenizar pelo equivalente, mais perdas e danos. A principal característica daquela é exatamente a não exigência da ocorrência do dano, ou seja, para o cabimento da tutela inibitória basta a existência de uma ação ilícita.

Em hipóteses tais, a lei admite impor multa por tempo de atraso, isso no afã de obter o adimplemento da conduta, tendo lugar, ainda, a busca e apreensão,

a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento da obra e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

No caso, é inegável ter sido a seguradora condenada, além dos danos morais e materiais, a uma tutela jurisdicional de natureza inibitória, qual seja, a de fazer cessar o procedimento danoso de usar o código inadequado para reembolsar a menor o autor, bem ainda de realizá-lo em prazo muito superior ao considerado razoável.

Ora, todas essas circunstâncias, aliadas ao fato de que a agravante já recebeu a devida contraprestação pela manutenção do plano de saúde do agravado, mas não correspondeu adequadamente ao seu pedido de reembolso, no tempo e modo adequado, desconsiderando por completo o delicado estado de saúde, legítima a manutenção do valor da multa - frisa-se, inclusive já quitada - que, neste caso, corresponde, proporcionalmente, à gravidade dos fatos e à recalcitrância da executada.

Desse modo, como bem ponderou o Tribunal de origem, ainda que não se verifique coisa julgada material, não se pode admitir indefinidamente a revisão do valor da multa em foco, destacadamente quando tanto o aspecto do seu montante quanto da sua imposição, bem como toda uma vasta sorte de argumentações sobre as astreintes já foram examinadas por todas as instâncias ordinárias do sistema judicial do país.

Assim, ainda que a quantia global a título de *astreintes* não possa ser considerada irrisória, e mesmo atentando-se para o fato de que não incide a preclusão ou os efeitos da coisa julgada à questão afeta ao valor e periodicidade da multa diária quando sobre o ponto não tiver havido expressa deliberação, afigura-se inviável ante as peculiaridades verificadas no caso em concreto proceder-se à modificação do *quantum* devido quando já plenamente debatidos os fatores formadores da quantia em exigência e, inclusive, já procedido pelo devedor o depósito com o propósito de pagamento.

Por fim, e apenas para conduzir à reflexões sobre o tema, chama-se atenção, ainda, à circunstância segundo a qual, no novo diploma processual civil, o legislador ordinário optou por acrescentar ao magistrado a atribuição/dever de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, *inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (obrigação de dar/pagar)*, nos exatos termos do artigo 139, inciso IV, do NCPC.

Nesse ponto, segundo Cassio Scarpinella Bueno:

a expressa referência às “ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, (...) convida o intérprete a abandonar (de vez, e com mais de dez anos de atraso) o modelo “condenação/execução”, que, até o advento da Lei n. 11.232/2005, caracterizou o modelo executivo do CPC de 1973 para aquelas prestações e suas consequentes “obrigações de pagar quantia”. Até porque, com relação às demais modalidades obrigacionais, de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, esta *atipicidade* já é conhecida pelo direito processual civil brasileiro desde o início da década de 1990. Primeiro com o art. 84 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor) e depois, de forma generalizada, pela introdução do art. 461 no CPC de 1973 pela Lei n. 8.952/1994. (BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4.2.2016. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 216, p. 184).

Evidentemente, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca das modalidades obrigacionais (dar/pagar/fazer/não-fazer), dos seus efeitos e dos procedimentos a serem utilizados para a sua perfectibilização, parecem ter sido relegadas pelo o novel legislador a uma categoria de menor importância, solidificando-se a relevância da adequada e célere satisfação do credor, bem ainda a efetividade judicial das deliberações.

3. Por todas essas razões, mantenho integralmente o voto proposto no sentido de negar provimento ao agravo interno da Bradesco Saúde S/A.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Pedi vista dos autos para um exame mais próximo das circunstâncias que envolvem a controvérsia e, em especial, da hipótese aventada pelo em. Ministro *Marco Buzzi*, Relator, que em seu voto assentou a ocorrência de preclusão lógica porque a agravante realizou, sem ressalvas, o depósito integral do valor exigido por sua contraparte.

De início, no que se refere à possibilidade de nova avaliação do valor devido a título de multa cominatória – reduzida pelo TJRJ em julgamento de anterior recurso de agravo –, incide, na espécie, o entendimento consagrado no Recurso Especial repetitivo n. 1.333.988/SP, segundo o qual “[a] decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada” (Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, Segunda Seção, julgado em 09.04.2014, DJe 11.04.2014).

Logo, em que pese o fato de a Corte Regional haver reduzido o valor das *astreintes*, amparada na constatação de que o total devido a esse título havia

alcançado montante elevado, entendo não ser vedado o reexame da matéria se o Magistrado identificar, diante de um novo quadro que se lhe apresenta, que a penalidade atingiu patamar desproporcional à finalidade da cominação: a de fazer o devedor cumprir a obrigação que lhe fora imposta judicialmente. O valor da multa, dessarte, é estabelecido sob a cláusula *rebus sic stantibus*, e pode ser modificado a qualquer tempo, inclusive de ofício, conforme autorizava o § 6º do art. 461 do CPC/1973 (incluído pela Lei Federal n. 10.444/2002; disposição equivalente consta do art. 537, § 1º, do CPC/2015):

Art. 461. (...)

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Cito precedentes:

Agravo interno no recurso especial. Processual Civil. *Astreintes*. Revisão do valor. Inviabilidade. Agravo regimental desprovido.

1. Admite-se o exame do valor atribuído às *astreintes* quando verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, no entanto, não se verifica na hipótese em exame, em que o arbitramento da multa diária em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) - em caso de descumprimento de determinação judicial de abster-se de inclusão do nome do ora recorrido em cadastro de inadimplentes - revela-se adequado.

2. Ademais, conforme tese firmada em sede de recurso representativo da controvérsia, “a decisão que comina *astreintes* não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada” (REsp 1.333.988/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 09.04.2014, DJe de 11.04.2014), **podendo seu valor ser revisto, a qualquer tempo, caso se torne insuficiente ou excessivo**. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.530.520/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16.06.2016, DJe 03.08.2016)

Processual Civil. Recurso especial. Obrigação de fazer. Art. 461 do CPC. *Astreintes*. Execução. Exceção de pré-executividade. Exclusão/supressão da multa. Possibilidade. Recurso especial parcialmente provido.

1. As *astreintes* (CPC, art. 461) objetivam prestigiar a efetividade das decisões judiciais por meio de tutela específica, possibilitando que o credor obtenha a satisfação da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa almejada, ou resultado prático equivalente, por meio da intimidação do devedor a realizar

determinado comportamento ou abster-se, tal qual ajustado no plano do direito material.

2. Não havendo limite máximo de valor para a multa, tomando-se em conta sua natureza jurídica e a própria *mens legis* do instituto (CPC, art. 461, § 6º), *reconhece o STJ ser lícito ao magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, alterar o montante a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando modificada a situação para a qual foi imposta. Isto porque não há falar em coisa julgada material, estando perante meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado.*

3. Assim, deixando a medida de ser adequada para seu mister, não havendo mais justa causa para sua manutenção, ***deve-se reconhecer, também, a possibilidade de revogação das astreintes pelo magistrado, notadamente quando a prestação tiver se tornado fática ou juridicamente inexigível, desnecessária ou impossível, tendo-se modificado sobremaneira a situação para a qual houvera sido cominada***, sempre levando-se em conta os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

4. *É que, deixando de haver razão para a manutenção da multa, esta perderá a eficácia para o fim a que se justificava, e o próprio provimento que determinava sua incidência perderá a razão de ser, deixando de desempenhar o papel de coerção sobre a vontade do devedor.*

5. O novo Código de Processo Civil previu expressamente essa possibilidade, ao estabelecer que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento” (NCPC, art. 537, § 1º).

6. Na hipótese, a recorrente executa astreintes no importe de R\$ 338.040,45 (conforme acórdão recorrido), pelo descumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Judiciário, qual seja a emissão de novos boletos bancários para o pagamento das parcelas restantes. Ocorre que, conforme decidido nos presentes autos e confirmado pelas partes, ainda que sem a emissão dos boletos, a recorrente, ora exequente, acabou depositando *sponte propria* o restante das parcelas devidas. Dessarte, não há justa causa para a manutenção da multa coercitiva, uma vez que o intuito da decisão judicial, ao impor a emissão dos boletos, era justamente permitir que o devedor, à época, pudesse pagar suas prestações de acordo com o comando judicial (prestações atualizadas do contrato de leasing, tomando-se por base o valor do dólar americano em R\$ 1,32 e com a aplicação dos índices de variação do INPC do IBGE), o que, ao fim e ao cabo, se deu pelos depósitos realizados pelo próprio devedor, periodicamente e de forma espontânea, independentemente da emissão de qualquer boleto para tanto, conferindo-se efetividade à ordem judicial e assegurando-se o resultado prático visado.

7. Nos termos da Súmula 98 do STJ, os embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.186.960/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.03.2016, DJe 05.04.2016)

Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento. Revisão de *astreintes*. Valor excessivo. Possibilidade. Ausência de preclusão ou ofensa à coisa julgada. Precedentes. Decisão monocrática que negou provimento ao reclamo. Inconformismo do agravado.

1. É uníssona a jurisprudência desta Eg. Corte superior no sentido de que o valor da multa cominatória prevista no art. 461 do CPC, quando irrisório ou exorbitante, pode ser alterado pelo magistrado a qualquer tempo, não se revestindo da imutabilidade da coisa julgada, sendo insuscetível de preclusão, inclusive *pro judicato*.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no Ag 1.348.521/MS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 03.11.2015, DJe 06.11.2015)

Reitero que o escopo das *astreintes* impostas na forma do art. 461, *caput* e 4º, do CPC/1973 (art. 536, § 1º, do CPC/2015) é conferir efetividade ao comando judicial, coagindo a parte contra a qual foi imposta obrigação de fazer. Sua finalidade não é, especificamente, a de indenizar ou de substituir o adimplemento, tampouco serve ao enriquecimento imotivado da parte credora. No ponto, valho-me da doutrina de Dinamarco, citado no voto do em. Ministro *Luis Felipe Salomão* no AREsp n. 973.879/BA

As multas periódicas não têm qualquer caráter repressivo, não se confundindo portanto com aquela outra multa que o parágrafo do art. 14 do Código de Processo Civil manda impor a quem descumprir ou embaraçar o cumprimento de decisões mandamentais; ela miram o futuro, querendo promover a efetividade dos direitos, e não o passado em que alguém haja cometido alguma infração merecedora de repulsa.

Também não tem caráter reparatório. Concebidas como meio de promover a efetividade dos direitos, elas são impostas para pressionar a cumprir, não para substituir o adimplemento. Conseqüência óbvia: o pagamento das multas periódicas não extingue a obrigação descumprida e nem dispensa o obrigado de cumpri-la. As multas periódicas são portanto cumuláveis com a obrigação principal e também o cumprimento desta não extingue a obrigação pelas multas vencidas”

(DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 471)

A rigor, portanto, uma nova redução do valor da multa pelo juiz de primeiro grau, mesmo após decisão proferida por órgão de instância superior – que a reduziu por entender exorbitante e desproporcional, condição que voltou a atingir em momento ulterior – não viola a coisa julgada, tampouco atrai o fenômeno da preclusão.

No caso concreto, contudo, o processo atingiu fase em que não mais se afigurava razoável, nem mesmo possível, revisitar a discussão. Com efeito, diante do depósito realizado pela ora agravante, sem qualquer ressalva – *rectius*, afirmando tratar-se do “comprovante *de pagamento da condenação*” (e-STJ, fl. 96 do apenso), não restava mais controvérsia jurídica a ser solvida pelo Judiciário. A oportunidade ensejava, segundo o que dispunha o art. 794, I, do CPC/1973, a extinção do processo, com a expedição dos alvarás para levantamento dos valores depositados. Nada mais.

Em relação ao pedido antes feito para a redução das *astreintes* (e-STJ, fl. 78/84 do apenso), entendo que ocorreu *preclusão lógica* para a agravante. De fato, a devedora comportou-se de modo a fazer crer por sua renúncia ao pleito, aparentemente sucumbindo às consequências de sua própria e censurável resistência ao cumprimento da obrigação que lhe fora imposta por decisão judicial. No ponto, muito bem observou o em. Ministro Relator que a recorrente, sempre em postura pugnaz, juntou aos autos o comprovante de depósito judicial sem manifestar qualquer oposição aos possíveis atos processuais consecutivos: o levantamento dos valores pelo credor e a extinção do processo:

3.1. Quanto à discussão acerca de se reputar como efetivo pagamento o depósito realizado nos autos pela devedora, em que pese houvesse no feito um pedido de redução das *astreintes*, após ter colhido a manifestação dos credores que se opuseram à diminuição, o juiz ordenou fosse procedido o depósito da cifra devida.

E, constata, na sequência, a sempre combativa devedora atendeu ao comando judicial, compareceu aos autos para adimplir a obrigação.

Tanto é que requereu a juntada ao feito:

...do incluso comprovante de pagamento da condenação, no valor de R\$ 753.906,22 (...) para que produza seus devidos efeitos (fls. 96 do apenso).

Não fez qualquer ressalva.

Logo, nem mesmo haveria de se cogitar de omissão do Magistrado que deixasse de examinar o anterior requerimento formulado pela devedora.

Para bem contextualizar essa conclusão, faço um breve histórico dos atos praticados na fase de cumprimento de sentença – ainda mais sintético do que aquele que nos trouxe o em. Ministro Relator em seu voto-vista regimental –, com enfoque para o depósito realizado pela agravante e fatos correlacionados:

- em 22.12.2012 a agravada junta aos autos apólice de seguro para a garantia do Juízo, vigente até 18.03.2015 (e-STJ, fls. 67/72 do apenso);

- em 21.8.2013 a agravada formula requerimento para a redução da multa processual, que então somava cerca de R\$ 730 mil. Argumentou ser possível sua redução a qualquer tempo e apontou a exorbitância da importância total exigida, sobretudo quando cotejada com o valor da obrigação principal (e-STJ, fls. 78/84 do apenso);

- em 2.9.2013 os agravados impugnaram o pedido, afirmando preclusa a questão, antes decidida em agravo de instrumento julgado pelo TJRJ. Juntou, na oportunidade, planilha com a soma dos valores devidos, por ele apurados, naquela oportunidade, em R\$ 753 mil (e-STJ, fls. 85/94 do apenso);

- em 15.10.2013 o Magistrado de primeiro proferiu comando nos seguintes termos: “[a]o executado, para efetuar o pagamento da diferença” (e-STJ, fl. 95 do apenso).

- em 4.11.2013 comparece a ré e requer a juntada do “comprovante **de pagamento da condenação**”, no valor exato apontado pela parte credora, “para que produza seus devidos efeitos”. Não fez qualquer ressalva (e-STJ, fl. 96/97 do apenso).

- segue-se, em 12.11.2013 a determinação do juiz para que os exequentes manifestem-se sobre o depósito (e-STJ, fl. 98);

- os exequentes, então, pedem a expedição de mandado de pagamento (e-STJ, fl. 99; em 26.11.2013);

- sobrevém a decisão agravada na origem (e-STJ, fl. 19), reduzindo o valor total devido pela multa processual a R\$ 100 mil.

Examinada a dinâmica processual sob essa perspectiva, parece-me que, de fato, a agravante praticou ato incompatível com a anterior reivindicação para a redução da multa. Isso, notadamente, por afirmar que estava juntando aos autos o comprovante do depósito *do pagamento da condenação*. Não fez qualquer ressalva de que assim procedia tão somente para – como alegou nas contrarrazões do agravo de instrumento (e-STJ, fls. 25/26, item 4) – evitar a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973. Note-se, ademais, que o pedido de redução da multa não foi protocolizado “paralelamente” (como

também alegou na resposta ao agravo, no mesmo item 4), pois na verdade ele foi levado ao protocolo cerca de dois meses antes.

Diante da decisão de fl. 95 (e-STJ, apenso), se efetivamente ainda desejasse uma manifestação do Juízo, caberia à agravante provocar o julgador para que examinasse seu requerimento – por meio de embargos declaratórios ou mesmo uma simples petição. Até poderia fazer o depósito da quantia exigida por sua contraparte, no exclusivo intuito de evitar a multa processual do art. 475-J do CPC/1973, mas nessa hipótese impunha-lhe explicitar esse intento, sobretudo ante o comando do art. 503, *caput* e parágrafo único, do CPC/1973 (vigente ao tempo dos fatos):

Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

Nesse sentido:

Processo Civil. Cumprimento de sentença. Depósito para penhora. Necessidade de especificação na petição.

1. Ao promover depósito judicial, em cumprimento à norma do art. 475-J do CPC, o devedor que tiver a intenção de que o mesmo seja recebido como garantia, em lugar de pagamento, deve fazer ressalva expressa.

2. Recurso conhecido e improvido.

(REsp 1.122.824/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010, DJe 25.11.2010)

E, ainda, *Mutatis mutandis*:

Recurso especial. Processual Civil. Execução de título judicial. Nulidade de intimação no processo de conhecimento. Acórdão proferido em embargos de declaração opostos ao aresto da apelação, cuja intimação não observou o pedido expresso de que as futuras intimações fossem feitas em nome dos patronos indicados pela parte. Arts. 154, 245, 236, § 1º, e 247 do CPC. Ofensa caracterizada. Art. 503, parágrafo único, do CPC. Preclusão lógica não evidenciada. Ressalva feita pelo recorrente ao efetuar o depósito. Apelo nobre parcialmente provido.

(...)

4. **A instituição financeira, ao efetuar o depósito da importância de R\$ 2.659.591,43, ressalvou a sua intenção de impugnar a execução, motivo pelo qual viola o art. 503, parágrafo único, do CPC, a orientação firmada pela Corte de origem, que**

desconsiderando a expressa ressalva do Banco, concluiu que o mencionado depósito consistiu em ato incompatível com a vontade de recorrer, sobretudo na hipótese vertente, em que, além da ressalva de que iria oferecer impugnação à execução, o Banco requereu que fosse indeferido qualquer pedido de levantamento que viesse a ser formulado pelo ora recorrido e alertou que ainda se encontrava pendente o pedido de devolução do prazo recursal em razão da nulidade de intimação já referida.

(...)

(REsp 1.213.920/MT, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16.06.2011, DJe 05.08.2011)

Observo, finalmente, que conquanto tivesse determinado o pagamento das despesas relativas ao tratamento do coagravado, a decisão que deferiu a tutela antecipada encerrava obrigação de fazer (e-STJ, fl. 25 do apenso), qual seja a de reembolsar, sempre que reivindicado pelo beneficiário do plano de saúde, os valores pagos a título de honorários para fisioterapia. Portanto, considerando principalmente sua projeção para o futuro, o comando judicial impôs à agravante um “agir assim”, ou seja, um *facere*, de sorte que compatível com a imposição de multa cominatória, nos estritos termos do art. 461, § 4º, do CPC/1973.

De qualquer forma, a questão relativa ao cabimento da multa para o cumprimento da obrigação imposta à agravante não é objeto deste recurso, tendo sido mencionada pelo em. Ministro *Luis Felipe Salomão* tão somente para reforço de seus argumentos.

Por todo o exposto, rogando vênias à divergência, *nego provimento* ao agravo interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.083.686-RJ (2008/0189749-0)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: MRS Logística S/A

Advogados: Adriana Astuto Pereira - RJ080696

Raquel Bellini de Oliveira Salles e outro(s) - RJ121939

Recorrido: Regiane Lucia Moreira

Advogado: Flavia Marques Farias e outro(s) - RJ120149

EMENTA

Direito Civil. Ação indenizatória. Atropelamento por composição férrea. Concessionária do serviço público. Prescrição quinquenal.

1. Ação de indenização proposta por cidadã atropelada por composição férrea de propriedade da ré, concessionária de serviço público.

2. Aplicação do art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, acrescentado a partir da MP n. 1.984-16, de 6.4.2000, reeditada até a MP n. 2.180-35, de 24.08.2001 (DOU de 27.8.2001), segundo o qual “*prescreverá em cinco anos* o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” – grifei. Precedentes da *Terceira* e da *Segunda Turmas*.

3. Tal norma, por ter natureza especial, destinando-se clara e especificamente aos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos, não foi revogada, expressa ou tacitamente, pelo art. 206, § 3º, V, do CC/2002, de natureza geral. Diplomas que coexistem pacificamente.

4. Tanto o Poder Legislativo, em vários diplomas legais que editou, quanto o Poder Judiciário na sua atividade de interpretação e de aplicação da lei têm considerado o prazo de 5 (cinco) anos mais adequado e razoável para a solução de litígios relacionados às atividades do serviço público, sob qualquer enfoque. Em tais circunstâncias, não prospera o argumento da recorrente de que, como o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997 teria vindo para favorecer as concessionárias de serviço público, a aplicação do art. 206, § 3º, V, do CC/2002 seria de rigor, por ser ainda mais benéfica ao reduzir o prazo prescricional para 3 (três) anos.

5. Não dão passagem ao presente recurso as alegações de que a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, não foi convertida em lei e de que, por isso, não revogaria nem prevaleceria sobre as disposições do Código Civil, tendo em vista que, na verdade, ensejam a necessária discussão acerca de duas questões de natureza eminentemente constitucional: (i) a força de lei conferida às medidas provisórias pelo art. 62 da CF/1988 e (ii) a manutenção da vigência

das medidas provisórias editadas antes da Emenda Constitucional n. 32, de 2001 (DOU de 12.9.2001) “até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional” (art. 2º da referida EC n. 32/2001). Ocorre que o recurso especial não constitui via adequada para a interpretação de dispositivo constitucional, motivo pelo qual caberia à ora recorrente ter apresentado o indispensável recurso extraordinário, dirigido para o STF, o que não consta dos autos.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 29.8.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *MRS Logística S.A.*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJRJ assim ementado:

Civil. Responsabilidade civil. Atropelamento por composição férrea. Prescrição.

Ação indenizatória decorrente de atropelamento da vítima por composição férrea em que reconhecida a prescrição do exercício do direito de ação com base no Código Civil.

A Lei n. 9.494/1997 fixa o prazo de cinco anos para a prescrição do exercício do direito de ação à reparação civil por danos causados pela concessionária de serviço público.

A regra especial afasta a incidência da norma geral prevista no Código Civil.

Recurso provido. (e-STJ fl. 323.)

Os respectivos embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ fls. 350/352).

Explica a recorrente que “a autora, ora recorrida, propôs a ação indenizatória sob análise, aduzindo em sua petição inicial que ‘no dia 12 de janeiro de 2003, por volta das 12:30 horas, nas proximidades da Estação de Murtinho, na localidade de Vila Matias, município de Congonhas, Minas Gerais, a Autora foi atropelada por trem de propriedade da Ré, conduzido por seu preposto durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial de risco’ (sic)” (e-STJ fl. 357). Pediu a autora danos materiais, morais e estéticos.

Alega que, “a fim de que fossem sanadas as omissões constantes do acórdão, fez-se mister a oposição, pela recorrente, de embargos de declaração, os quais, entretanto, não foram apreciados a contento, restando insuficientemente enfrentada a suscitada contrariedade ao artigo 206, § 3º, inciso V, do atual Código Civil, artigo 2º, *caput*, e § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, e artigo 1º-C da Lei n. 9.494/1997, resultando afronta no artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil” (e-STJ fl. 359).

Sustenta que o Tribunal de origem violou o art. 206, § 3º, V, do CC/2002, que estabelece o prazo prescricional de 3 (três) anos. No presente caso, a presente demanda estaria prescrita, destacando que o infortúnio ocorreu em 12.1.2003 e a ação somente foi proposta em 15.3.2007.

Afirma que, “segundo se infere do acórdão objurgado, a sentença foi reformada para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeira instância para regular processamento do feito, ao fundamento de que aplicar-se-ia à presente demanda o artigo 1º-C, da Lei n. 9.494/1997, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, que fixa o prazo prescricional de cinco anos nas lides indenizatórias em que figure como parte concessionárias de serviços públicos, estando afastada a incidência dos artigos do Código Civil que regulam a matéria” (e-STJ fls. 363/364). Com isso o TJRJ teria contrariado o art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), “segundo o qual uma lei só poderá ser modificada ou revogada por outra lei, e *não por uma Medida Provisória ainda não convertida em lei, como no caso em apreço*” (e-STJ fl. 364).

Acerca da ofensa ao art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, argumenta que tal dispositivo “*não está a disciplinar a responsabilidade civil da Fazenda Pública ou das concessionárias de serviços públicos perante terceiros estranhos ao serviço*

prestado (sujeita à disciplina do Código Civil), mas, tão-somente, as relações entre tais entidades e os usuários dos serviços” (e-STJ fl. 365). No presente caso, o pedido indenizatório decorreria de relação extracontratual, o que afastaria o referido diploma.

Entende, ainda, “que fosse tal lei aplicável indistintamente a qualquer relação, é cediço que *a ratio legis da Lei n. 9.494, de 10.09.1997 e da Medida Provisória mencionada é, ao contrário do entendimento propugnado no acórdão hostilizado, BENEFICIAR a Fazenda Pública e as concessionárias de serviço público, reduzindo o prazo prescricional das ações de responsabilidade civil contra tais entidades, haja vista que, na vigência do Código Civil anterior, tal lapso era o geral de 20 (vinte) anos”* (e-STJ fl. 365). Em tais circunstâncias, “trazendo o novo diploma prazo prescricional ainda mais reduzido, cabe aplicá-lo a todas as pretensões reparatórias, inclusive em favor da Fazenda Pública, sob pena de manifesta incoerência no sistema e, até mesmo, de violação da Lei n. 9.494/1997 sob o ponto de vista teleológico” (e-STJ fl. 365).

Transcorreu *in albis* o prazo para a recorrida apresentar contrarrazões (e-STJ fl. 376), e o recurso especial foi admitido na origem (e-STJ fls. 377/378).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se, na origem, de ação de responsabilidade civil proposta por *Regiane Lucia Moreira*, em 15.3.2007, contra *Malha Regional Sudeste Logística S.A.*, constando da inicial que, “no dia 12 de janeiro de 2003, por volta das 13:30 horas, nas proximidades da Estação de Murinho, na localidade de Vila Matias, município de Congonhas, Minas Gerais, a Autora foi atropelada por trem de propriedade da Ré, conduzido por seu preposto durante o desenvolvimento de sua atividade empresarial de risco” (e-STJ fl. 5). Acerca dos danos sofridos, registra “que, com o forte impacto, a Autora sofreu graves lesões corporais, sendo encaminhada para o Hospital João XXIII, local onde permaneceu internada por quase dois meses, tendo sido submetida a diversas cirurgias, sofrendo perda parcial da perna direita, perdendo músculos e tecidos, foi submetida a tratamento cirúrgico com enxerto, ficando, porém, *com a perna deformada e o andar claudicante, em seus verdes anos, experimentando o dano estético, em virtude das deformações, em sociedade contemporânea que cultua o belo”* (e-STJ fl. 7). Ao final, a autora pediu fosse a ré

condenada a (i) pagar importância “nunca inferior” a 500 (quinhentos) salários-mínimos a título de dano; (ii) indenizar os danos estéticos em valor equivalente a 500 (quinhentos) salários-mínimos; (iii) ressarcir as “despesas realizadas com tratamento médico e despesas com medicamentos”; (iv) pagar “verbas que garantam a realização de cirurgia médica restauradora, consultas, fisioterapias, tratamentos, inclusive psicológicos”; (v) recolher “pensão de acordo com a incapacidade laborativa” (*cf.* e-STJ fls. 9/10).

Em primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente, reconhecendo-se a prescrição trienal assim:

No mais, impõe-se a imediata solução do *meritum causae*, em decorrência da consumação da prescrição.

Depreende-se dos autos que o acidente que vitimou a Autora já na vigência do novo Código Civil, que prevê o prazo prescricional de três anos para ações de responsabilidade civil, nos termos do artigo 206, § 3º, V do Código Civil.

Neste sentido:

[...]

In casu, o acidente se deu em 12.01.2003 e a ação foi proposta em 15.03.2007, ou seja, quando decorrido o prazo prescricional de três anos disposto na lei civil atual. (e-STJ fls. 282/283.)

O TJRJ, por sua vez, reformou a sentença para afastar a prescrição, tendo em vista que o prazo correto seria de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, acrescido a partir da MP n. 1.984-16, de 6.4.2000, reeditada até a MP n. 2.180-35, de 24.08.2001 (DOU de 27.8.2001). Eis a fundamentação do acórdão, bastante clara:

Ação indenizatória proposta pela Apelante fundada em danos sofridos em decorrência do atropelamento por composição férrea da Apelada.

A sentença conheceu a prescrição da pretensão indenizatória com fundamento no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, porque decorreram mais de 3 (três) anos entre a data do acidente, 12.1.03, e a distribuição da ação no dia 15.3.2007.

[...]

A qualidade de concessionária do serviço público de transporte ferroviário da Apelante afasta a incidência da prescrição regulada pelo Código Civil, considerando o disposto no artigo 1º-C, da Lei n. 9.494/1997 acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que fixou em 5 (cinco) anos o prazo prescricional nas lides de natureza indenizatória proposta contra concessionárias de serviço público.

Trata-se de norma especial, cuja aplicação prepondera sobre a regra geral do Código Civil.

Considerando o prazo da lei especial, não ocorreu a perda do direito de ação da Apelante pela prescrição porque proposta a lide em março de 2007, antes de escoar o quinquênio, em janeiro de 2008.

[...]

Nestes termos, dá-se provimento ao recurso para afastar a prescrição, e determinar o retorno dos autos ao r. Juízo de origem a fim de o feito ter regular sequência. (e-STJ fl. 324.)

O presente recurso especial não merece provimento.

Inicialmente, não está caracterizada a afronta ao art. 535 do CPC/1973, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu fundamentadamente a questão pertinente ao prazo prescricional aplicável neste caso. Nessa situação, observo que o indispensável prequestionamento, ainda que implícito, encontra-se presente, viabilizando o conhecimento do recurso especial.

Quanto ao mérito, a *Terceira Turma* sedimentou o entendimento de que, nas hipóteses destes autos, envolvendo concessionária de serviço público, o prazo prescricional é o de 5 (cinco) anos. Acerca do tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

Recurso especial. Direito Civil. Processual Civil. Arts. 165, 458 e 535 do CPC/1973. Violação. Não ocorrência. Ação indenizatória. Danos morais e estéticos. Atropelamento. Coletivo. Prestadora de serviço público. Transporte de passageiros. Prescrição quinquenal. Lei n. 9.494/1997. Vítima. Menor impúbere. Início do prazo. Arts. 167, I, do CC/1916 e 198, I, do CC/2002. Maioridade relativa. Verba indenizatória. Demora para ajuizamento da demanda. Influência no arbitramento. Razoabilidade. Juros de mora. Termo inicial. Súmula n. 54/STJ.

1. Ação indenizatória ajuizada em junho de 2009 por vítima de atropelamento ocorrido em julho de 1991 provocado por condutor de ônibus de propriedade da empresa ré - prestadora de serviço público de transporte de passageiros. Autora que, à época do evento danoso, contava com 2 (dois) anos de idade, e que foi acometida de severas lesões corporais, incapacidade total temporária e dano estético grave e permanente.

[...]

3. Consoante a jurisprudência desta Corte, o prazo de prescrição da pretensão indenizatória em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos é quinquenal, a teor do que expressamente dispõe o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997.

[...]

9. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.567.490/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 30.9.2016.)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público prazo prescricional. Precedentes. Art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997. Princípio da especialidade. Art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante n. 10/STF. Prescrição quinquenal.

1. O prazo de prescrição das ações indenizatórias movidas em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos de transporte é quinquenal, consoante o disposto no art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997. Aplicação da regra da especialidade decorrente da interpretação do art. 97 da Constituição Federal, bem como da Súmula Vinculante n. 10 do STF, que vedam ao julgador negar a aplicação de norma que não foi declarada inconstitucional.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 724.448/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 11.12.2015.)

Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público prestadora de serviço de transporte. Prazo prescricional. Revisão da jurisprudência. Art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997. Princípio da especialidade. Art. 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante n. 10/STF. Prescrição quinquenal.

1. O prazo de prescrição das ações indenizatórias movidas em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos de transporte é quinquenal, consoante o disposto no art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997.

2. Entendimento consagrado a partir da aplicação da regra da especialidade do disposto no art. 97 da Constituição Federal, que prevê a cláusula de reserva de plenário, bem como da Súmula Vinculante n. 10 do STF, que vedam ao julgador negar a aplicação de norma que não foi declarada inconstitucional.

3. Recurso especial provido. (REsp n. 1.277.724/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 10.6.2015.)

A *Segunda Turma*, recentemente, adotou orientação semelhante no seguinte acórdão:

Administrativo. Concessionária de serviço público. Responsabilidade civil causada por seu agente. Prazo prescricional. Cinco anos. Art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997.

1. Na hipótese, a concessionária de serviço público prestadora do serviço de transporte causou danos ao recorrido em decorrência de colisão de veículos a que ela deu causa.

2. Não se trata, portanto, de relação de consumo (REsp 1.629.505/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2016) ou da regida pelo Decreto n. 20.910/1932 (REsp 1.251.993/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 19.12.2012), mas daquela disciplinada pelo art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que assim dispõe: “Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos”.

3. “O prazo de prescrição das ações indenizatórias movidas em desfavor de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos de transporte é quinquenal, consoante o disposto no art. 1º-C da Lei n. 9.494/97.2.” (REsp 1.277.724/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 10.6.2015).

4. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.645.883/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 2.5.2017.)

Destaco que, desta *Quarta Turma*, localizei o seguinte precedente que aplicou o prazo trienal:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Indenização. Concessionária de serviço público. Acidente de trânsito. Prazo prescricional trienal. Problema psíquico. Incapacidade para exercício do direito. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ.

1. Não ocorre omissão quando as questões submetidas ao Tribunal de origem são enfrentadas fundamentadamente.

2. *Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o prazo prescricional para propositura da ação de cobrança relacionada a acidente de trânsito envolvendo concessionária de serviço público é trienal.*

3. O Tribunal de origem, à vista das circunstâncias fáticas da causa, entendeu que, quanto ao “problema psíquico que impedia o exercício do direito, em virtude do ‘uso de medicamentos’, tendo em vista sua absoluta generalidade, sem qualquer especificação quanto ao ‘problema’ efetivamente ocorrido, data de sua ocorrência e interregno temporal de duração” (e-STJ, fls. 178). Assim, o acolhimento da pretensão recursal, como ora perseguido, demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, que dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial!”

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.195.710/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 1º.8.2012.)

Em tal precedente, entretanto, cuidando-se de acidente de trânsito ocorrido em 1997, o autor da ação indenizatória não invocou no recurso especial como

violado, em seu favor, o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, razão pela qual não poderia ser examinado e aplicado, *ex officio*, nesta Corte para, eventualmente, prover a irresignação recursal. Igualmente, os paradigmas citados em tal julgamento (AgRg nos EDcl no Ag n. 1.386.124/SP, Rel. Ministro *Massami Uyeda, Terceira Turma*, DJe de 29.6.2011, e REsp n. 905.210/SP, Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma*, DJ de 4.6.2007) dizem respeito a fatos ocorridos nos anos de 2000 e de 1997, respectivamente, e não discutiram a aplicabilidade do mencionado dispositivo da Lei n. 9.494/1997. Ademais, no REsp n. 905.210/SP, o tema central foi a forma de contagem do prazo prescricional à luz da regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, além de não explicitar que se cuidaria de concessionária de serviço público.

Com efeito, o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997, acrescido a partir da MP n. 1.984-16, de 6.4.2000, reeditada até a MP n. 2.180-35, de 24.08.2001 (DOU de 27.8.2001), assim estabelece:

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Tal norma, por ter natureza especial, delimitando a ação indenizatória à qual se dirige, destinando-se clara e especificamente aos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos, como no presente caso, não foi revogada, expressa ou tacitamente. Apenas coexiste com a posterior norma geral que veio a ser disciplinada no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, que dispõe:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V – a pretensão de reparação civil;

Isso é o que impõe o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, segundo o qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Sobre o tema, não se pode deixar de reproduzir as lições precisas da jurista Maria Helena Diniz:

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (RJTJSP, 29:303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. [...]

[...]

A mera justaposição de disposições legais, gerais ou especiais, a normas existentes não terá o condão de afetá-las. Assim sendo, lei nova que vier a contemplar disposição geral ou especial, a par das já existentes, não revogará, nem alterará a lei anterior. Se a nova lei apenas estabelecer disposições especiais ou gerais sem conflitar com a antiga, não a revogará. A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela se referir alterando-a explícita ou implicitamente. Para que haja revogação será preciso que a disposição nova, geral ou especial, modifique expressa ou insitamente a antiga, dispondo sobre a mesma matéria diversamente. Logo, lei nova geral revoga a geral anterior, se com ela conflitar. A norma geral não revoga a especial, nem a nova especial revoga a geral, podendo com ela coexistir ("*Lex posterior generalis non derogat speciali*", "*legi speciali per generalem non abrogatur*"), exceto se disciplinar de modo diverso a matéria normada, ou se a revogar expressamente (*Lex specialis derogat legi generali*).

[...]

Assim sendo, poder-se-á, seguindo a esteira de R. Limongi França, ao analisar a Lei de Introdução (art. 2º, §§ 1º e 2º), concluir que:

- a) a coexistência da lei nova geral com a lei antiga especial e vice-versa será possível;
- b) a possibilidade de coexistência subordina-se ao fato de haver, ou não, alguma incompatibilidade;
- c) a existência de incompatibilidade conduz à possível revogação da lei geral pela especial, ou da lei especial pela geral. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 96/100.)

Destaco que o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997 revela-se importante no sentido de uniformizar os prazos prescricionais adotados no sistema das

relações jurídicas, de quaisquer naturezas, envolvendo atividades do Estado, em conformidade com outras normas destinadas ao mesmo intento. A propósito, a título de exemplificação, relaciono dispositivos legais que estabelecem prazo prescricional de 5 (cinco) anos:

(i) “dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios”, direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal (art. 1º do Decreto n. 20.910/1932);

(ii) “todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças” (art. 2º do Decreto n. 20.910/1932);

(iii) ação popular (art. 21 da Lei n. 4.717/1965);

(iv) regra geral para a “ação para cobrança do crédito tributário” (art. 174, *caput*, do CTN);

(v) “crédito originado de receita patrimonial” (art. 47, II, da Lei n. 9.636/1998 – incluído pela Lei n. 10.852/2004);

(vi) “ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor” (art. 1º da Lei n. 9.873/1999);

(vii) “ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas” na Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, I, Lei n. 8.429/1992);

(viii) “as infrações previstas” na Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas (art. 25 da Lei n. 12.846/2013).

Conforme se pode verificar, o Poder Legislativo sempre procurou unificar o prazo prescricional em 5 (cinco) anos nas relações pertinentes às entidades e aos serviços públicos.

Destaco que essa tendência vem sendo claramente seguida pelo Poder Judiciário que, por analogia, tem aplicado o referido prazo em várias hipóteses em que inexistente disposição legal específica. Ilustrativamente, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

Administrativo. Executivo fiscal. Multa administrativa. Prescrição. Arguição. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Prescrição quinquenal. Orientação desta Corte.

I - Consoante posicionamento do STJ, a prescrição das ações judiciais para a cobrança de multa administrativa ocorre em cinco anos, à semelhança das

ações pessoais contra a Fazenda Pública, prevista no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Em face da ausência de previsão expressa sobre o assunto, o correto não é a analogia com o Direito Civil, por se tratar de relação de Direito Público. Precedentes: REsp n. 905.932/RS, Rel. Ministro *José Delgado*, DJ de 28.06.2007; REsp n. 447.237/PR, Rel. Min. *Francisco Peçanha Martins*, DJ de 10.05.2006, REsp n. 539.187/SC, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 03.04.2006 e REsp n. 436.960/SC, Rel. Min. *Castro Meira*, DJ de 20.02.2006.

II - *Incidência, na espécie, do Decreto n. 20.910/1932, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria* (AgRg no Ag n. 957.840/SP, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe de 25.03.2008).

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.061.001/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, Primeira Turma, DJe de 6.10.2008.)

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao patrimônio público. Prazo prescricional da ação popular. Analogia (ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio).

1. O ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, em face de agentes públicos eleitos, ocupantes de cargo em comissão; ou de função de confiança, submete-se ao prazo prescricional de 5 anos, cujo termo *a quo* é o término do mandato eletivo ou do exercício funcional, à luz da *ratio essendi* do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/1992.

2. *In casu*, o mandato eletivo dos demandados, Prefeito e vice-Prefeito do Município de Pompéia-SP, expirou em 31.12.1996, e a Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, foi **protocolizada em 28.10.2001**, sendo **distribuída em 02.01.2002**, consoante se infere do voto condutor do acórdão recorrido à *fls. 83/84*, fato que, evidentemente, revela a observância do quinquênio, exigido pela Lei de Improbidade Administrativa, afastando, outrossim, a prescrição.

3. *Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. Precedentes do STJ: REsp 890.552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.*

[...]

7. [...] *Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais*

contra a Fazenda Pública (Dec. n. 20.910/1932), das punições dos profissionais liberais (Lei n. 6.838/1980 e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)' Fábio Lemos Zanão *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34

8. Recurso Especial desprovido. (REsp n. 911.961/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15.12.2008 – grifei.)

Administrativo. Taxa de ocupação. Terreno de marinha. Natureza de direito público. Prescrição. Cinco anos. Inaplicabilidade do art. 177 do CC/1916. Precedente da Primeira Seção.

1. No período anterior à vigência da Lei n. 9.636/1998, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve-se aplicar o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

[...]

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.035.822/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18.2.2010.)

Administrativo. Execução fiscal. Multa administrativa. Infração à legislação do meio ambiente. Prescrição. Sucessão legislativa. Lei n. 9.873/1999. Prazo decadencial. Observância. Recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC e à resolução STJ n. 08/2008.

[...]

3. *A jurisprudência desta Corte preconiza que o prazo para a cobrança da multa aplicada em virtude de infração administrativa ao meio ambiente é de cinco anos, nos termos do Decreto n. 20.910/1932, aplicável por isonomia por falta de regra específica para regular esse prazo prescricional.*

4. Embora esteja sedimentada a orientação de que o prazo prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 – e não os do Código Civil – aplicam-se às relações regidas pelo Direito Público, o caso dos autos comporta exame à luz das disposições contidas na Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, com os acréscimos da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009.

5. A Lei n. 9.873/1999, no art. 1º, estabeleceu prazo de cinco anos para que a Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do Poder de Polícia, apure o cometimento de infração à legislação em vigor, prazo que deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a infração.

6. Esse dispositivo estabeleceu, em verdade, prazo para a constituição do crédito, e não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Com efeito, a Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 1º-A à Lei n. 9.873/1999, prevendo, expressamente, prazo de cinco anos para a cobrança do crédito decorrente de infração à legislação em vigor, a par do prazo também quinquenal previsto no art. 1º desta Lei para a apuração da infração e constituição do respectivo crédito.

7. *Antes da Medida Provisória 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei n. 9.873/1999, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal. Assim, a penalidade acaso aplicada sujeitava-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos, segundo a jurisprudência desta Corte, em face da aplicação analógica do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.*

[...]

10. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n. 08/2008. (REsp n. 1.115.078/RS. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 6.4.2010 – grifei.)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Terrenos de marinha. Cobrança da taxa de ocupação. Prescrição. Decreto-Lei n. 20.910/1932 e Lei n. 9.636/1998. Decadência. Lei n. 9.821/1999. Prazo quinquenal. Lei n. 10.852/2004. Prazo decenal marco interruptivo da prescrição. Art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/1980. *Reformatio in pejus*. Não configurada. Violação do art. 535, II, CPC. Inocorrência.

1. *O prazo prescricional, para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha, é de cinco anos, independentemente do período considerado, uma vez que os débitos posteriores a 1998, se submetem ao prazo quinquenal, à luz do que dispõe a Lei n. 9.636/1998, e os anteriores à citada lei, em face da ausência de previsão normativa específica, se subsumem ao prazo encartado no art. 1º do Decreto-Lei n. 20.910/1932. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 944.126/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.02.2010; AgRg no REsp 1.035.822/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.02.2010; REsp 1.044.105/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.09.2009; REsp 1.063.274/PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.08.2009; EREsp 961.064/CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 31.08.2009.*

2. *A relação de direito material que enseja o pagamento da taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, por isso que inaplicável a prescrição delineada no Código Civil.*

[...]

13. Recurso Especial provido, para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para prosseguimento da execução. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp n. 1.133.696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 17.12.2010.)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Embargos à execução. Acórdão do TCU. Título executivo extrajudicial. Ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Acórdão suficientemente fundamentado. Prescrição/decadência. Necessidade de reexame do conjunto

fático e probatório constante dos autos. Inviabilidade na via recursal eleita. Súmula 7/STJ. Juros de mora. Falta de impugnação nas razões do recurso especial. Incidência da Súmula 283/STF por aplicação analógica.

[...]

2. A jurisprudência desse Sodalício orienta pela aplicação, por analogia, do prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e 1º da Lei n. 9.873/1999 na hipótese de atuação do Tribunal de Contas da União. Precedentes do STJ.

3. No caso em concreto, conforme transcrição extraída do próprio acórdão recorrido, o início do procedimento de Tomadas de Contas Especial se deu dentro do período de cinco anos após o encerramento da vigência do Convênio n. 143/96. A revisão de tais fundamentos, na via recursal eleita, é inviável, tendo em vista a incidência da Súmula 7/STJ.

[...]

6. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.412.588/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19.12.2016.)

Administrativo e Processual Civil. Multa administrativa. Procon. Lei n. 9.873/1999. Inaplicabilidade às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios. Prescrição. Aplicação do Decreto n. 20.910/1932. Prescrição intercorrente. Ausência de previsão legal.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que em casos de ação anulatória de ato administrativo ajuizada em desfavor da Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, em decorrência do exercício do poder de polícia do Procon, é inaplicável a Lei n. 9.873/1999, sujeitando-se a ação ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

2. É indubitável a aplicação analógica desse dispositivo para a execução de multas administrativas no prazo de cinco anos, **contados do término do processo administrativo**, conforme teor da Súmula 467 do STJ.

[...]

6. Recurso Especial provido. (REsp n. 1.662.786/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 16.6.2017.)

Administrativo. Prefeito. Procedimento administrativo. TCU. Ressarcimento ao erário. Ação anulatória. Prescrição quinquenal. Precedente da Segunda Turma: REsp n. 1.480.350/RS. Precedente da Primeira Turma: REsp n. 1.129.206/PR.

I – Ação originária visando à anulação do procedimento administrativo instaurado no TCU contra o autor que, enquanto Prefeito do Município de Pedra/PE, teria superfaturado obras de construção de escolas municipais, culminando na condenação ao ressarcimento de parte da quantia recebida em virtude do

Convênio n. 5.328/96, e multa.

II – Prescrição quinquenal reconhecida, considerando que a vigência do referido Convênio data de 1997, e a Tomada de Contas foi instaurada pelo TCU somente em 2005.

III – Os autos não versam sobre ação de ressarcimento para o fim de se estabelecer sobre a imprescritibilidade nos termos constitucionais respectivos.

IV – “Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto n. 20.910/1932 e 1º da Lei n. 9.873/1999” (REsp n. 1.480.350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 5.4.2016, DJe 12.4.2016).

V – Precedente análogo da Primeira Turma, sob o enfoque da Lei n. 9.874/1999.

VI – Recurso especial improvido. (REsp n. 1.464.480/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe de 23.6.2017.)

De um modo geral, tanto o Poder Legislativo, ao editar leis, quanto o Poder Judiciário, na sua atividade de interpretação e de aplicação da lei, têm considerado o prazo de 5 (cinco) anos mais adequado e razoável para a solução de litígios relacionados às atividades do serviço público, sob qualquer enfoque. Em tais circunstâncias, não prospera o argumento da recorrente de que, como o art. 1º-C da Lei n. 9.494/1997 teria vindo para favorecer as concessionárias de serviço público, a aplicação do art. 206, § 3º, V, do CC/2002 seria de rigor, por ser ainda mais benéfica ao reduzir o prazo prescricional para 3 (três) anos. Essa argumentação, efetivamente, não procede diante da motivação e da lógica jurídica que tem inspirado a edição de leis e as decisões judiciais.

Por último, não dão passagem ao recurso as alegações de que a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001, não foi convertida em lei e de que, por isso, não revogaria nem prevaleceria sobre as disposições do Código Civil. Essas teses recursais, na verdade, ainda que atreladas à suposta violação do art. 2º, *caput* e § 1º, da LICC (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), ensejam a necessária discussão de duas questões de natureza eminentemente constitucional: (i) a força de lei conferida às medidas provisórias pelo art. 62 da CF/1988 e (ii) a manutenção da vigência das medidas provisórias editadas antes da Emenda Constitucional n. 32, de 2001 (DOU de 12.9.2001) “até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional” (art. 2º da referida EC n. 32/2001). Ocorre que o recurso especial não constitui via adequada para a interpretação de dispositivo constitucional, motivo pelo qual caberia à ora

recorrente ter apresentado o indispensável recurso extraordinário, dirigido para o STF, o que não consta dos autos.

Ante o exposto, *conheço em parte* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.119.632-RJ (2009/0112248-6)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Rádio e Televisão Record S/A

Advogados: Juliana Perdigão Dias e outro(s) - RJ133936

Helcio Dantas Lobo Junior e outro(s) - SP104204B

Recorrido: Eduardo Mayr e outros

Advogado: Francisco Antônio Fabiano Mendes - RJ025872

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de indenização por dano moral puro. Divulgação de notícia em programa de televisão. Matéria jornalística de cunho ofensivo à vítima direta. Dano moral reflexo. Possibilidade. Recurso especial improvido.

1. Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12; CC/1916, arts. 75 e 76), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, em certas situações, como colegitimadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete.

2. O dano moral indireto ou reflexo é aquele que, tendo-se originado de um ato lesivo ao direito personalíssimo de determinada pessoa (dano direto), não se esgota na ofensa à própria vítima direta,

atingindo, de forma mediata, direito personalíssimo de terceiro, em razão de seu vínculo afetivo estreito com aquele diretamente atingido.

3. Mesmo em se tratando de dano moral puro, sem nenhum reflexo de natureza patrimonial, é possível reconhecer que, no núcleo familiar formado por pai, mãe e filhos, o sentimento de unidade que permeia tais relações faz presumir que a agressão moral perpetrada diretamente contra um deles repercutirá intimamente nos demais, atingindo-os em sua própria esfera íntima ao provocar-lhes dor e angústia decorrentes da exposição negativa, humilhante e vexatória imposta, direta ou indiretamente, a todos.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 15 de agosto de 2017 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 12.9.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se, na origem, de ação de indenização proposta por *Eduardo Mayr e Outros* em face de *Rádio e Televisão Record S/A*, alegando que a ré, em seus noticiários televisivos, transformou um simples incidente envolvendo o primeiro autor e uma agente da Guarda Municipal do Rio de Janeiro em fato de proporções escandalosas, noticiando os fatos de forma ofensiva, atingindo não apenas a honra do primeiro ofendido, mas também, reflexamente, dos demais autores, esposa e filhos da vítima.

Os pedidos foram julgados procedentes, condenando-se a ré “a pagar ao primeiro Autor a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e a quantia de

R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos demais co-autores, a título de compensação pelos danos morais e reflexos sofridos” (fl. 397).

As partes apelaram, tendo o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negado provimento a ambos os recursos, nos termos do v. acórdão assim ementado:

Apelação cível. Indenizatória por danos morais. Programas jornalísticos veiculados pela ré que a pretexto de exercer direito de informação incorre em ofensa à honra e à imagem dos demandantes. Sentença julgou procedente o pedido para condenar a ré a pagar ao 1º autor a quantia de R\$ 50.000,00 e a quantia de R\$ 10.000,00 para cada um dos demais co-autores, a título de compensação por danos morais diretos e reflexos sofridos. Sentença que se mantém. Recursos conhecidos. Negado provimento a ambos.

1 - Comprovada a falta contra a legalidade constitucional praticada por culpa dos prepostos da apelante 1, em conduta imprudente e negligente, violando as regras do art. 5º, incisos V e X, da CRFB/1988, em conduta ofensiva à honra dos autores, causando-lhes danos morais, exsurge a obrigação de reparar os prejuízos imateriais a eles perpetrados.

2 - A limitação da indenização por danos morais, conforme previsão legal na Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa) não procede, ante o teor da Súmula n. 281 do STJ, *in verbis*: “281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

3 - O Douto Juízo *a quo* fixou o *quantum* indenizatório, ao seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (e-STJ, fls. 517/518)

Inconformada, *Rádio e Televisão Record S/A* interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 927, 944 e 953 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial. Alega que o dano moral reflexo não tem previsão legal e que, “para ser aplicado pela via indireta, é aceito somente em casos de morte da pessoa lesada ou em casos bastante específicos que, se não resultam em morte, se relacionam com doenças ou acidentes graves”, sendo incabível no caso dos autos.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 589/592).

Inadmitido na origem (fls. 594/595), o recurso especial subiu a esta eg. Corte por força de decisão proferida no Ag 1.042.115/RJ (fl. 688).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): 1. O recurso será examinado à luz do Enunciado n. 2 do Plenário do STJ, nos seguintes termos: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

As razões recursais voltam-se apenas contra a condenação por dano reflexo, não se insurgindo a recorrente quanto ao dano moral reconhecido em relação ao ofendido direto, ou mesmo quanto ao apontado abuso na divulgação da matéria ou os valores das respectivas indenizações.

Portanto, a questão ora controvertida restringe-se a verificar a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais reflexos em caso de divulgação de matéria jornalística considerada ofensiva à honra da vítima direta, marido e pai dos coautores, ele mesmo diretamente compensado pelo dano sofrido.

Conforme relatado, trata-se de ação indenizatória ajuizada por *Eduardo Mayr*, sua esposa e seus filhos, em face de *Rádio e Televisão Record S/A*, alegando que a ré, em seus noticiários televisivos, teria transformado um simples incidente envolvendo o primeiro autor e uma agente da Guarda Municipal do Rio de Janeiro em fato de proporções escandalosas e ofensivo à honra do primeiro autor e de sua família, que também teria sido citada em uma das reportagens.

Os pedidos foram julgados procedentes, para condenar a ré “a pagar ao primeiro Autor a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos demais co-autores, a título de compensação pelos danos morais e reflexos sofridos” (fl. 397), e a sentença foi confirmada pelo eg. Tribunal Estadual.

A recorrente, no entanto, alega que o dano moral reflexo não tem previsão legal e que, “para ser aplicado pela via indireta, é aceito somente em casos de morte da pessoa lesada ou em casos bastante específicos que, se não resultam em morte, se relacionam com doenças ou acidentes graves”, sendo, portanto, incabível na espécie (fl. 541).

2. Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12; CC/1916, arts. 75 e 76), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, em certas situações, como colegitimadas também

aqueles pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso (lesados indiretos), reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete.

O dano moral indireto ou reflexo é aquele que, tendo-se originado de um ato lesivo ao direito personalíssimo de determinada pessoa (dano direto), não se esgota na ofensa à própria vítima direta, atingindo, de forma mediata, direito personalíssimo de terceiro, em razão de seu vínculo estreito com aquele diretamente atingido.

Como ressalta YUSSEF SAID CAHALI, “reconhece-se a legitimidade ativa para a ação de dano moral, via de regra, a aquele a quem se impôs um sofrimento, um constrangimento ou humilhação. Não obstante, existem situações em que pessoas outras sofrem, por via reflexa, os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, por estarem a elas vinculadas por laços afetivos, denominados na doutrina como prejudicados indiretos” (*in* Dano Moral, 4ª ed. rev., atual. e ampl., 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 54).

Com efeito, ao lado dos legitimados diretos estão os chamados legitimados indiretos, que são aqueles que, por sua proximidade, sofrem os reflexos decorrentes do dano causado à vítima direta. São, em geral, familiares da pessoa diretamente lesada, em relação aos quais, naturalmente, presume-se o dano moral reflexo.

Nesse sentido, a lição de MARIA HELENA DINIZ:

No caso do dano moral, pontifica Zannoni, os lesados indiretos seriam aquelas pessoas que poderiam alegar um interesse vinculado a bens jurídicos extrapatrimoniais próprios, que se satisfaziam mediante a incolumidade do bem jurídico moral da vítima direta do fato lesivo. Ensina-nos De Cupis que os lesados indiretos são aqueles que têm um interesse moral relacionado com um valor de afeição que lhes representa o bem jurídico da vítima do evento danoso. *P. ex.: o marido ou os pais poderiam pleitear indenização por injúrias feitas à mulher ou aos filhos, visto que estas afetariam também pessoalmente o esposo ou os pais, em razão da posição que eles ocupam dentro da unidade familiar. Haveria um dano próprio pela violação da honra da esposa ou dos filhos. Ter-se-á sempre uma presunção juris tantum de dano moral, em favor dos ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiros* (Enunciado n. 275 do CJF, aprovado na IV Jornada de Direito Civil), *irmãos, inclusive de criação (RT, 791:248), em caso de ofensa a pessoas da família. Essas pessoas não precisariam provar o dano extrapatrimonial, ressaltando-se a terceiros o direito de elidirem aquela presunção. Os demais parentes, amante (sendo impuro o concubinato), noiva (RT, 790:438), amigos, poderiam pleitear*

indenização por dano moral, mas terão maior ônus de prova, uma vez que deverão provar, convincentemente, o prejuízo, como consequência direta da perda sofrida, e demonstrar que se ligavam à vítima por vínculos estreitos de amizade ou de insuspeita afeição.

(Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil - 29ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 245).

Nesse sentido a jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, que tem reconhecido o direito à compensação por dano moral reflexo em diversas situações, em geral em casos de morte ou de lesão grave à vítima direta, conforme demonstram os seguintes precedentes:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Compensação por danos morais. Legitimidade ativa. Pais da vítima direta. Reconhecimento. Dano moral por ricochete. Dedução. Seguro DPVAT. Indenização judicial. Súmula 246/STJ. Impossibilidade. Violação de súmula. Descabimento. Denúnciação à lide. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7/STJ e 283/STF.

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/1988.

2. *Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.*

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1.208.949/MG, Rel. Ministra **Nancy Andrigli**, Terceira Turma, DJe de 15.12.2010)

Processual Civil. Recurso especial. Violação ao artigo 535, II, do CPC não caracterizada. Ação reparatória. Danos morais. Legitimidade ativa *ad causam* do viúvo. Prejudicado indireto. Dano por via reflexa.

I - Dirimida a controvérsia de forma objetiva e fundamentada, não fica o órgão julgador obrigado a apreciar, um a um, os questionamentos suscitados pelo embargante, mormente se notório seu propósito de infringência do julgado.

II - *Em se tratando de ação reparatória, não só a vítima de um fato danoso que sofreu a sua ação direta pode experimentar prejuízo moral. Também aqueles que, de forma reflexa, sentem os efeitos do dano padecido pela vítima imediata, amargando prejuízos, na condição de prejudicados indiretos.* Nesse sentido, reconhece-se a legitimidade ativa do viúvo para propor ação por danos morais, em virtude de

ter a empresa ré negado cobertura ao tratamento médico-hospitalar de sua esposa, que veio a falecer, hipótese em que postula o autor, em nome próprio, ressarcimento pela repercussão do fato na sua esfera pessoal, pelo sofrimento, dor, angústia que individualmente experimentou.

Recurso especial não conhecido. (REsp 530.602/MA, Rel. *Ministro Castro Filho*, Terceira Turma, DJ de 17.11.2003)

Recursos especiais. Responsabilidade civil. Aluna baleada em Campus de Universidade. Danos morais, materiais e estéticos. Alegação de defeito na prestação do serviço, consistente em garantia de segurança no Campus reconhecido com fatos firmados pelo Tribunal de origem. Fixação. Danos morais em R\$ 400.000,00 e estéticos em R\$ 200.000,00. Razoabilidade, no caso. Pensionamento mensal. Atividade remunerada não comprovada. Salário mínimo. Sobrevivência da vítima. Pagamento em parcela única. Inviabilidade. Despesas médicas. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Juros moratórios. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Citação. Danos morais indiretos ou reflexos. Pais e irmãos da vítima. Legitimidade. Constituição de capital. Tratamento psicológico. Aplicação da Súmula 7/STJ.

1.- Constitui defeito da prestação de serviço, gerando o dever de indenizar, a falta de providências garantidoras de segurança a estudante no campus, situado em região vizinha a população permeabilizada por delinquência, e tendo havido informações do conflagração próxima, com circulação de panfleto por marginais, fazendo antever violência na localidade, de modo que, considerando-se as circunstâncias específicas relevantes, do caso, tem-se, na hipótese, responsabilidade do fornecedor nos termos do artigo 14, § 1º do Código de defesa do Consumidor.

2.- A Corte só interfere em fixação de valores a título de danos morais que destoem da razoabilidade, o que não ocorre no presente caso, em que estudante, baleada no interior das dependências de universidade, resultou tetraplégica, com graves consequências também para seus familiares.

3. - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a pensão mensal deve ser fixada tomando-se por base a renda auferida pela vítima no momento da ocorrência do ato ilícito. No caso, não restou comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada, razão pela qual a pensão deve ser fixada em valor em reais equivalente a um salário mínimo e paga mensalmente.

4.- No caso de sobrevivência da vítima, não é razoável o pagamento de pensionamento em parcela única, diante da possibilidade de enriquecimento ilícito, caso o beneficiário faleça antes de completar sessenta e cinco anos de idade.

5.- O ressarcimento de danos materiais decorrentes do custeio de tratamento médico depende de comprovação do prejuízo suportado.

6.- Os juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, são contados a partir da citação, incidindo a correção monetária a partir da data do arbitramento do *quantum* indenizatório, conforme pacífica jurisprudência deste Tribunal.

7.- *É devida, no caso, aos genitores e irmãos da vítima, indenização por dano moral por ricochete ou préjuízo d'affection, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal.*

.....

10.- Recurso Especial da ré provido em parte, tão-somente para afastar a constituição de capital, e Recurso Especial dos autores improvido. (REsp 876.448/RJ, Rel. **Ministro Sidnei Beneti**, Terceira Turma, DJe de 21.09.2010)

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Indenização por dano moral. Legitimidade do filho e esposa da vítima. Marido e pai tetraplégico. Estado vegetativo. Dano moral reflexo. Alegação de necessidade de reexame de provas. Inocorrência. Premissas, expressamente, assentadas na Corte local. Precedentes: AgRg no AREsp 104.925/SP, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 26.06.2012; AgRg no Ag 1.413.481/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 19.03.2012; e REsp 1.041.715/ES, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 13.06.2008. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. *Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos parentes do ofendido e a esse ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo.*

2. *Trata-se de hipótese de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores.*

3. *No caso em apreço, não pairam dúvidas que a esposa e o filho foram moralmente abalados com o acidente que vitimou seu esposo e pai, atualmente sobrevivendo em estado vegetativo, preso em uma cama, devendo se alimentar por sonda, respirando por traqueostomia e em estado permanente de tetraplegia, sendo que a esposa jamais poderá dividir com o marido a vicissitudes da vida cotidiana de seu filho, ou a relação marital que se esvazia, ou ainda, o filho que não será levado pelo pai ao colégio, ao jogo de futebol, ou até mesmo a colar as figurinhas da Copa do Mundo.*

4. Dessa forma, não cabe a este Relator ficar enumerando as milhões de razões que atestam as perdas irreparáveis que sofreram essas pessoas (esposa e filho), podendo qualquer um que já perdeu um ente querido escolher suas razões, todas

poderosamente dolorosas; o julgamento de situações como esta não deve ficar preso a conceitos jurídicos ou pré-compreensões processuais, mas leva em conta a realidade das coisas e o peso da natureza da adversidade suportada.

5. Esta Corte já reconheceu a possibilidade de indenização por danos morais indiretos ou reflexos, sendo irrelevante, para esse fim, até mesmo a comprovação de dependência econômica entre os familiares lesados. Precedentes: REsp 1.041.715/ES, Rel. Min. *Massami Uyeda*, DJe 13.06.2008; AgRg no AREsp. 104.925/SP, Rel. Min. *Marco Buzzi*, DJe 26.06.2012; e AgRg no Ag 1.413.481/RJ, Rel. Min. *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe 19.03.2012.

6. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.212.322/SP, Rel. *Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, DJe de 10.06.2014)

Quanto aos legitimados para a propositura da demanda por dano moral reflexo, esta eg. Turma, no julgamento do Recurso Especial 1.076.160/AM, da relatoria do em. *Ministro Luis Felipe Salomão*, entendeu necessário restringir sua admissibilidade ao núcleo familiar primário da vítima, afastando, em princípio, a legitimidade de terceiros não ligados por laços estreitos de parentesco, de modo a estabelecer um limite ao dever de indenizar, que não pode ser irrestrito. O respectivo acórdão encontra-se assim ementado:

Direito Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Legitimidade para o ajuizamento de ação indenizatória de danos morais por morte. Noivo. Ilegitimidade ativa. Necessária limitação subjetiva dos autorizados a reclamar compensação.

1. *Em tema de legitimidade para propositura de ação indenizatória em razão de morte, percebe-se que o espírito do ordenamento jurídico rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da "família" direta da vítima, sobretudo aqueles que não se inserem, nem hipoteticamente, na condição de herdeiro. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002; art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916.*

2. *Assim, como regra - ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos -, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, mutatis mutandis, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações.*

3. *Cumprе realçar que o direito à indenização, diante de peculiaridades do caso concreto, pode estar aberto aos mais diversificados arranjos familiares, devendo o juiz avaliar se as particularidades de cada família nuclear justificam o alargamento a outros sujeitos que nela se inserem, assim também, em cada hipótese a ser julgada, o prudente arbítrio do julgador avaliará o total da indenização para o núcleo familiar, sem excluir os diversos legitimados indicados. A mencionada válvula, que aponta para as múltiplas facetas que podem assumir essa realidade*

metamórfica chamada família, justifica precedentes desta Corte que conferiu legitimação ao sobrinho e à sogra da vítima fatal.

4. *Encontra-se subjacente ao art. 944, caput e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escapa dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse - além de uma limitação quantitativa da condenação - uma limitação subjetiva dos beneficiários.*

5. *Nessa linha de raciocínio, conceder legitimidade ampla e irrestrita a todos aqueles que, de alguma forma, suportaram a dor da perda de alguém - como um sem-número de pessoas que se encontram fora do núcleo familiar da vítima - significa impor ao obrigado um dever também ilimitado de reparar um dano cuja extensão será sempre desproporcional ao ato causador. Assim, o dano por ricochete a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta da morte, de regra, deve ser considerado como não inserido nos desdobramentos lógicos e causais do ato, seja na responsabilidade por culpa, seja na objetiva, porque extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.*

6. Por outro lado, conferir a via da ação indenizatória a sujeitos não inseridos no núcleo familiar da vítima acarretaria também uma diluição de valores, em evidente prejuízo daqueles que efetivamente fazem jus a uma compensação dos danos morais, como cônjuge/companheiro, descendentes e ascendentes.

7. Por essas razões, o noivo não possui legitimidade ativa para pleitear indenização por dano moral pela morte da noiva, sobretudo quando os pais da vítima já intentaram ação reparatória na qual lograram êxito, como no caso.

8. Recurso especial conhecido e provido. (Quarta Turma, DJe de 21.06.2012)

Assim, conforme se verifica nos precedentes citados, tem-se admitido, em diversas situações, a legitimidade de cônjuges e parentes em primeiro e segundo graus para requerer indenização por danos morais indiretos ou reflexos.

A propósito da titularidade da pretensão indenizatória por dano moral, ensina HUBERTO THEODORO JÚNIOR:

Um dos sérios problemas a enfrentar, na sanção do ilícito extrapatrimonial, é o da definição de quem seja o efetivo titular do direito à indenização do dano moral.

Quando o ofendido comparece, pessoalmente, em juízo para reclamar reparação do dano moral que ele mesmo suportou em sua honra e dignidade, de forma direta e imediata, não há dúvida alguma sobre sua legitimidade ad causam.

Quando, todavia, não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação da dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.

Exigem-se, por isso mesmo, prudência e cautela da parte dos juízes no trato desse delicado problema. Uma coisa, porém é certa: o Código Civil de 1916 previa, expressamente, a existência de interesse moral, para justificar a ação, só quando tocasse “diretamente ao autor ou à sua família” (art. 76, parágrafo único). Embora o Código Civil de 2002 não tenha repetido a regra, a jurisprudência continua a segui-la, como princípio relevante na matéria. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ aponta que a legitimidade deve alinhar-se à ordem de vocação hereditária.

Daí ser fácil aceitar que pais, esposas, filhos e irmãos do ofendido direto tenham titularidade para pleitear indenização por dano moral indireto ou reflexo.

[...]

ANTÔNIO CHAVES, lembrando as conclusões do III Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, em 1995, prevê que o ressarcimento do dano moral possa ser reclamado pela vítima, pelos descendentes, cônjuges e colaterais até 2º grau” (ob. cit., v. III, p. 621). *É compreensível, que nesse círculo mais próximo de parentesco, seja mais fácil de presumir a ocorrência da dor moral pelo dano suportado diretamente por outra pessoa, principalmente nos casos de morte ou incapacitação. É bom de ver, todavia, que, fora da família em sentido estrito (pais, filhos e cônjuges), dependerá da análise mais acurada do juiz para, in concreto, determinar a razoabilidade da repercussão psicológica do ato não-patrimonial danoso.*

(Dano Moral, 8ª ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 12-14).

É o que se verifica no presente caso.

A demanda foi ajuizada pelo próprio ofendido e por sua esposa e filhos, sendo incontroversos nos autos os fatos alegados na inicial, assim como o abuso da recorrente na divulgação de matéria ofensiva à honra da vítima direta, reconhecidos pelas instâncias ordinárias e não impugnados no recurso especial.

Ainda que se tratando de dano moral puro, decorrente de publicação de matéria jornalística considerada ofensiva à honra da vítima direta, o dano reflexo à esposa e aos filhos do primeiro autor foi expressamente reconhecido pelas instâncias ordinárias, nos seguintes termos:

No caso vertente, restou demonstrado que a Ré, nos noticiários televisivos, efetivamente transformou um incidente simples entre o primeiro Autor e uma guarda municipal em um fato de proporções escandalosas, acusando-o de ter lhe dado voz de prisão e intitulou matéria com o argumento “Sabem com quem está falando”.

Cabe ressaltar que nos programas “Cidade Alerta” e “Rio por Inteiro”, seus apresentadores disseram com evidente dolo de achincalhar os autores “homenagem à desigualdade que tem nesse país... meu amigo, enquanto essas mordomias não acabarem, neste país, essas homenagens de araque vão continuar, homenagens de araque à desigualdade política e tudo mais... homenagens é uma ova!”.

E mais, também veicularam o seguinte:

“O que não dá para a gente admitir é alguém se achar dono de alguma rua, qual a diferença de alguém lotear a rua para os carros da família dele, do bandido que loteia o morro e toma conta? E quando uma moça, essa guarda municipal, vai lá e cumpre o dever dela, vai ser punida por isso?”.

Ora, com tal arte a demanda efetivamente atingiu não só o primeiro autor, como sua família, representada pelo segundo, terceiro e quarto demandantes, sendo certo dizer que o primeiro autor foi citado nas duas reportagens e, sua família, na segunda.

Com efeito, o primeiro autor é magistrado faz trinta e cinco anos, sendo desembargador integrante do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, colegiado da mais alta cúpula hierárquica. Além disso, é professor universitário denodado e já participou por várias oportunidades de bancas examinadoras de concursos para ingresso na magistratura deste Estado.

A comparação feita pela Ré de um homem desse quilate ao “bandido que loteia o morro e toma conta” avilta, não só o senso comum, como enlameia o Princípio da Separação dos Poderes que consagra o Judiciário como sendo um deles. Como estabelecer uma comparação entre um magistrado com os atributos acima referidos e um “bandido que loteia o morro e toma conta?”

É de causar indignação, não só ao cidadão comum, mas também ao mais comezinho estudante de Direito que pretende ingressar um dia nas fileiras do Judiciário, a sordidez do conteúdo da reportagem anteriormente referida. Esta, levianamente, tenta retratar o magistrado como uma pessoa autoritária, atrabilária, sem contar com a tentativa de imputar-lhe pecha de “loteador de rua”, talqualmente um “bandido que loteia o morro e toma conta”.

Além do primeiro autor sofrer um dano com as reportagens veiculadas pela Ré, observa-se, na presente demanda, a ocorrência do dano reflexo que é vulgarmente conhecido como “dano por ricochete” ou “dano indireto”. Neste, os reflexos do ilícito repercutiram não apenas diretamente à pessoa do desembargador, ora primeiro autor, mas também, nos seus familiares, na medida em que (sic), quando lhes comparou ao “bandido que loteia o morro e toma conta”. Neste caso, foram reflexamente atingidos pelas alevisias apontadas contra a honra do primeiro autor, a quem amam e respeitam, como pessoa, marido, pai exemplar e cabeça do casal, que, da noite para o dia, restou transformado, para milhões de pessoas em todo o Brasil, em pessoa autoritária, adepta à ilegalidade e cometedor de abusos. (sentença, fls. 392/394).

O eg. Tribunal de Justiça, por sua vez, confirmando a r. sentença, assim se pronunciou:

Versa a demanda sobre incidente envolvendo integrante da Guarda Municipal desta cidade, que multou indevidamente os carros de propriedade dos autores, além de proceder de forma desrespeitosa com o primeiro autor, situação que gerou, nos noticiários televisivos transmitidos pela ré, ora apelante 1, matéria de cunho ofensivo à honra dos demandantes.

[...]

In casu, o laudo pericial (fls. 343 e 371) demonstra que os apresentadores dos programas “Cidade Alerta” e “Rio por Inteiro”, que eram veiculados pela apelante 1, exacerbaram os limites do dever de informar, ao argumento de formar juízo crítico acerca dos fatos, ao tecer comentários que inequivocamente ofendem a honra e a imagem dos demandantes ora apelados.

[...]

Nessas circunstâncias as notícias veiculadas em desabono e ofensivas às dignidades dos autores caracterizando lesões de sentimentos, não se conformam com os limites da liberdade de imprensa, tampouco com o direito de informar, transcendendo o exercício regular do direito, em abuso do direito, ato censurável como ilícito civil-constitucional pela ordem jurídica pátria.

[...]

Quanto à admissibilidade dos danos morais indiretos sofridos pela esposa e filhos do apelado, convém destacar aresto de julgado deste Tribunal, que sobre a matéria, assim se posicional, *in verbis*:

2002.002.18145 - *Apelação Cível*

Des. Renato Simoni - Julgamento: 28.03.2006 - Noca Camara Cível.

*Ação ordinária. Responsabilidade civil. Dano moral. Publicação jornalística, em periódico de enorme divulgação nacional, que atinge a honra de magistrado e seus familiares. Notícia com claro intuito, diante da forma e expressões irônicas de sua redação, que nitidamente busca criar opinião pública contra a honra do magistrado. Cerceiro de defesa inexistente posto que diante da matéria, estritamente de direito, permitia ao prolator da decisão fazê-la na forma do art. 330, I, do CPC. **Legitimidade para postular, da mulher e dos filhos do magistrado atacado, diante dos notórios reflexos do ato ilícito em suas vidas.** Quantificação do dano moral reconhecido, merecedora de pequena retificação nos valores que cabem a mulher e filho, tendo obedecido ao razoável e proporcional quanto ao 1º autor. Sucumbência que se mostra correta, tanto em obediência as normas legais, como em relação ao percentual aplicado. Desprovemento do 1º recurso e provimento parcial ao 2º recurso. Rejeitadas as preliminares do 1º apelo. (fls. 521/528).*

Efetivamente, ainda que em caso de dano moral puro, sem nenhum reflexo de natureza patrimonial, é possível reconhecer que, em se tratando de núcleo familiar formado por pai, mãe e filhos, o sentimento de unidade que permeia tais relações permite presumir que a agressão moral perpetrada diretamente contra um deles repercutirá intimamente nos demais, atingindo-os em sua própria esfera íntima ao provocar-lhes dor e angústia decorrentes da exposição negativa, humilhante e vexatória imposta, direta ou indiretamente, a todos.

Nesses termos, e levando-se em conta o princípio da integral reparação do dano, observa-se que, em casos tais, a plena reparabilidade do dano moral somente se consolida com o reconhecimento do direito à reparação das vítimas indiretas.

No caso dos autos, diante da situação descrita pelas instâncias ordinárias, e não combatida no especial, é perfeitamente plausível o reconhecimento de que, na espécie, o dano moral sofrido pela vítima direta tenha também atingido, de forma reflexa, sua esposa e filhos.

Com efeito, é forçoso reconhecer que a divulgação de matéria ofensiva e vexatória, atingindo diretamente a honra do primeiro ofendido, teve, por sua repercussão na mídia, o condão de atingir também a esfera pessoal de sua esposa e filhos, que, sem nenhuma dúvida, experimentaram, pessoalmente, os efeitos decorrentes da dor, do constrangimento e do sofrimento psicológico decorrentes indiretamente do ato lesivo praticado pela recorrente, como expressamente reconheceram as instâncias *a quo* ao afirmarem que “foram reflexamente atingidos pelas aleivosias apontadas contra a honra do primeiro autor, a quem amam e respeitam, como pessoa, marido, pai exemplar e cabeça do casal, que, da noite para o dia, restou transformado, para milhões de pessoas em todo o Brasil, em pessoa autoritária, adepta à ilegalidade e cometedor de abusos” (fl. 394).

Portanto, reconhecida a existência de efetivo dano moral reflexo à esposa e aos filhos do ofendido, é devida a “indenização por dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal” (REsp 876.448/RJ, Rel. *Ministro Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe de 21.09.2010).

Ante tais termos, não se verificam as alegadas ofensas à legislação civil invocada.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.166.568-SP (2009/0224975-7)

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

Recorrente: Maria Zélia Arrepiá Fenólio e outro

Advogados: Fábio Becsei - SP163013

Maria de Fatima de Andrade Becsei e outro(s) - SP173985

Diana Maria Guimarães Es Carvalho - DF047106

Recorrido: Abílio Augusto Arrepiá - Espólio

Repr. por: Alice Adelaide Gonçalves - Inventariante

Advogado: Mauricio Maluf Barella e outro(s) - SP180609

EMENTA

Recurso especial. Sucessão. Bens à colação. Valor dos bens doados. Aplicação da lei vigente à época da abertura da sucessão. Aplicação da regra do art. 2.004 do CC/2002. Valor atribuído no ato de liberalidade com correção monetária até a data da sucessão. Recurso especial improvido.

1. Tendo sido aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 2002, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do referido diploma, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, pois a contradição presente nos diplomas legais, quanto ao valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.

2. O valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da liberalidade, corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão.

3. Existindo divergência quanto ao valor atribuído aos bens no ato de liberalidade, poderá o julgador determinar a avaliação por perícia técnica para aferir o valor que efetivamente possuíam à época da doação.

4. Recurso especial não provido.

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 Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

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

DJe 15.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por *Maria Zélia Arrepia Fenólio* e *Outro*, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Inventário. Colação de bens doados. Garantia de igualdade dos quinhões hereditários. Valor dos bens considerado ao tempo da liberalidade. Incidência de correção monetária até a abertura da sucessão. Incidência do artigo 2.004 do Código Civil. Agravo desprovido. (fl. 192)

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Apontam os recorrentes, em suas razões, violação ao art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, sustentando, em síntese, que os bens doados pelo autor da herança aos herdeiros devem ser trazidos à colação com base no valor que possuíam à época da abertura da sucessão, pois ainda integram o patrimônio do donatário, consoante entendimento firmado no Enunciado n. 119 aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

Nas contrarrazões, o recorrido pede o desprovimento do recurso (fls. 227-231).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial, em parecer assim sintetizado:

Recurso especial. Art. 105, III. Alínea "a", da Constituição Federal. Violação ao art. 1.014, parágrafo único, do CPC. Inventário. Colação dos bens doados. Valor dos bens considerados ao tempo da abertura da sucessão. Entendimento jurisprudencial consolidado.

Nos termos do entendimento adotado por esse Superior Tribunal de Justiça, os bens colacionados devem ser avaliados com base no valor que possuíam ao tempo da abertura da sucessão. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial. (fl. 258)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): Colhe-se dos autos que os recorrentes apresentaram agravo de instrumento no inventário dos bens deixados por Abílio Augusto Arrepia, óbito ocorrido em 18.11.2004, em face de decisão do Juízo da 6ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central de São Paulo que determinou que o valor dos bens imóveis trazidos à colação deverão ser apurados considerando o valor ao tempo da liberalidade, com correção monetária até a data da abertura da sucessão.

Interposta apelação, o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão, entendendo, quanto ao tema, cabível a aplicação dos arts. 2.004 e 2.005 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

É certo que o instituto da colação tem o objetivo de igualar a legítima, trazendo para o acervo a partilhar bens doados em antecipação. Para garantir tal igualdade na partilha, necessária a atualização do valor recebido pelo herdeiro beneficiado pela doação, corroído pelo fenômeno inflacionário e distanciado da atual realidade do mercado. Para tal fim, a regra do artigo 2.004 do Código Civil é clara ao estipular que o valor, para fins de colação, é aquele fixado no ato da liberalidade, atualizado até o momento da sucessão.

Tanto é assim que o MM. Juiz, na decisão agravada, determinou a realização de perícia técnica dos bens a colacionar, caso as partes não se componham quanto ao valor de cada um deles, sendo certo que a pretensão dos recorrentes não encontra amparo nas disposições legais aplicáveis à espécie (artigos 2.004 e 2.005 do novo Código Civil). (fls. 193-194)

Inconformados, os recorrentes Maria Zélia Fenólio e Osvaldo Sebastião Fenólio manejaram recurso especial sustentando negativa de vigência ao art.

1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, consoante o art. 1.787 do CC/2002, a sucessão é regulada pela lei em vigor ao tempo de sua abertura.

Na presente hipótese, verifica-se que a abertura da sucessão ocorreu em 18.11.2004 e, portanto, em vigor, na época, o Código de Processo Civil de 1973 e o Código Civil de 2002.

O art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973 tem a seguinte redação:

Art. 1.014. No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor.

Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão.

Dispõe o art. 2.004 do Código Civil de 2002:

Art. 2.004. O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade.

§ 1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valessem ao tempo da liberalidade.

§ 2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

Consoante se extrai do textos legais acima transcritos, verifica-se a ocorrência de antinomia entre o Código Civil de 2002 - visto que, no capítulo IV, “Da Colação”, o art. 2.004, *caput*, estabelece que os bens doados serão trazidos à colação pelo valor atribuído no *ato de liberalidade* - e o Código de Processo Civil de 1973, no Capítulo IX, Seção VI, denominada “Das Colações” - em que o art. 1.014, parágrafo único, determina que os bens recebidos em doação deverão ser calculados pelo valor que tiverem ao tempo *da abertura da sucessão*.

Na hipótese, tendo sido aberta a sucessão em 18.11.2004, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do Código Civil de 2002, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, pois a

contradição presente nos diplomas legais, quanto à fixação do valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.

Sobre a questão, leciona Humberto Theodoro Júnior (*in* Curso de Direito Processual Civil, Vol. III, 46ª ed., 2014, Ed. Forense):

O valor básico para a colação é aquele pelo qual o bem figurou no ato de liberalidade (Código Civil de 2002, art. 2.004). A regra do parágrafo único do art. 1.014 do Código de Processo Civil, que previa a colação pelo valor do bem ao tempo da abertura da sucessão foi implicitamente revogada pelo novo Código Civil. Continua, no entanto, vigorando para as sucessões abertas antes do advento da atual regra de direito material, em face do princípio de que toda sucessão se rege pela lei do tempo de sua abertura. (p. 250)

Dessa forma, consoante se extrai do texto do art. 2.004 do CC/2002, o valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da doação. Todavia, apesar da ausência de previsão expressa, o valor dos bens deverá ser corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão para preservar a igualdade dos quinhões legitimários.

A propósito, transcrevo a lição de Caio Mario da Silva Pereira (*in* Instituições de Direito Civil, Vol. VI, 21ª ed., Ed. Forense, 2014), *verbis*:

Determinando que se apure o valor que os bens trazidos à colação tinham “ao tempo da liberalidade” (art. 2.004, § 1º), o Código, todavia, não deve ser interpretado no sentido de que prevaleça o valor nominal ou histórico, da doação. A avaliação, nesse caso, é “retrospectiva”, mas encontrado aquele valor, procede-se à sua atualização monetária, sem a qual será impossível compará-lo aos dos demais bens, avaliados no curso do inventário, e, em consequência, repartir igualmente o patrimônio hereditário. (p. 386)

Cabe ressaltar que, se o valor atribuído aos bens no ato de liberalidade não corresponder ao valor que efetivamente possuía à época, é cabível a realização de avaliação dos bens através de perícia técnica, conforme determinado pelo Tribunal de origem.

Ademais, a interpretação do art. 2.004 do CC/2002 apresentada na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (Enunciado 119), no sentido de que, “Para evitar o enriquecimento sem causa, a colação será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais

pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrar a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil)”, não se coaduna com as regras estabelecidas no Código Civil de 2002 sobre a matéria, bem como afronta o princípio de direito intertemporal *tempus regit actum*.

Sobre o citado Enunciado 119 do CJF, expõe o professor Luiz Paulo Vieira de Carvalho que “Essa dicotomia de critérios, é, com todas as vênias, inadequada à hipótese presente, não se coadunando nem com a vontade do falecido, nem com a *mens legislatoris*”. Afirma, ainda, o referido autor que “enunciado não é lei, não sendo, portanto, dotado de força obrigatória; assim sendo, não pode contrariar a lei e o sistema adotado pelo legislador (a representar a vontade do jurisdicionado no contexto em que a regra se apresenta) ao regulamentar a matéria.” E conclui: “não se mostra possível a utilização de critérios diversos para a obtenção do valor de conferência, consoante estampado no referido Enunciado n. 119, que leva em conta, a uma, os bens que ainda estão situados no patrimônio dos donatários; e, a duas, aqueles que já não o estão, mesmo porque também cabível aqui a aplicação do vetusto brocardo (ainda, porém, com hodierna e plena aplicabilidade): o que a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir” (*in* Direito das Sucessões, 3ª ed., Ed. Atlas, 2017, p. 976-981).

É descabida, portanto, a pretensão formulada pelos recorrentes de atribuir aos bens trazidos à colação, que ainda integram o patrimônio do donatário, o valor que tinham na data do óbito do doador, sob pena de afronta ao art. 2.004 do CC/2002, em vigor à época da abertura da sucessão.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.201.672-MS (2010/0133286-6)

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

Recorrente: Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda
Advogados: Nilza Ramos e outro(s) - MS001129
Frederico Augusto Lima de Siqueira e outro(s) - DF031511
Recorrido: Antonio Gentil Rodrigues
Advogado: Almir Silva Paixão - Defensor Público - MS003445

EMENTA

Recurso especial. Ação de cobrança. Contrato de cartão de crédito. Aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*. Inviabilidade no caso concreto. Juros remuneratórios. Ausência de contrato nos autos. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Taxa média de mercado. Recurso provido.

1. O princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando deveres anexos aos contratos (*v.g.* lealdade, confiança ou cooperação), agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade.

2. O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

3. A razão utilizada pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso o postulado do *duty to mitigate the loss* está fundada tão somente

na inércia da instituição financeira, a qual deixou para ajuizar a ação de cobrança quando já estava próximo de vencer o prazo prescricional e, com isso, acabou obtendo crédito mais vantajoso diante da acumulação dos encargos ao longo do tempo.

4. Não há nos autos nenhum outro elemento que demonstre haver a instituição financeira, no caso em exame, criado no devedor expectativa de que não cobraria a dívida ou que a cobraria a menor, ou mesmo de haver violado seu dever de informação. Não há, outrossim, elemento nos autos no qual se possa identificar qualquer conduta do devedor no sentido de negociar sua dívida e de ter sido impedido de fazê-lo pela ora recorrente, ou ainda qualquer outra circunstância que pudesse levar à conclusão de quebra da confiança ou dos deveres anexos aos negócios jurídicos por nenhuma das partes contratantes, tais como a lealdade, a cooperação, a probidade, entre outros.

5. Desse modo, entende-se não adequada a aplicação ao caso concreto do *duty to mitigate the loss*.

6. “Não juntados aos autos os contratos, deve o agravante suportar o ônus da prova, afastando-se as tarifas contratadas e limitando os juros remuneratórios à taxa média de mercado” (AgRg no REsp 1.578.048/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe de 26.08.2016).

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região): *Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda* ajuizou ação de cobrança contra *Antonio Gentil Rodrigues* alegando, em suma, que firmaram contrato de abertura de cartão de crédito e, em decorrência do não pagamento das faturas mensais, o réu lhe deve a importância de R\$ 50.151,76.

O Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, condenando o réu, nos seguintes termos:

(...) no pagamento dos valores a serem apurados em liquidação de sentença, excluindo-se do *quantum debeatur* os percentuais alusivos às cláusulas escorchantes existentes no contrato de cartão de crédito celebrado entre as partes, assim consideradas as que fixam *juros superiores a 12% ao ano*, que permitem sua capitalização mensal, estabelecem a cobrança de comissão de permanência, de multa moratória superior a 2% e correção monetária por qualquer outro índice que não seja o do IGPM/FGV.

Em razão disso, no período que compreende 20.01.1997 a 20.08.1999, há de incidir juros de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de mora de 2% (dois pontos percentuais). *Ante a inércia da instituição financeira e em face a aplicação do princípio duty the mitigate the loss, no interregno temporal de 21.08.1999 a 11.11.2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer correção (seja no tocante a juros, correção monetária e/ou multa moratória)*. A partir da propositura da demanda, outrossim, ou seja, a partir de 12 de novembro de 2004 até a data do efetivo pagamento, deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

Declaro, demais disso, com esteio nos artigos 47 e 51, inciso IV, da Lei n. 8.078/1990, e, bem assim, por força do artigo 422 do Código Civil, a nulidade das cláusulas contratuais que estabeleceram a cobrança de encargos contratuais que diferem dos parâmetros fixados por esta sentença e por ela expressamente mencionados. (e-STJ, fls. 169-170)

Interposta apelação pela instituição financeira, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul negou provimento ao recurso, consoante ementa a seguir transcrita:

Apelação cível. Ação de cobrança. Aplicação do princípio "duty to mitigate the loss". Contrato de cartão de crédito. Contrato de adesão. Aplicabilidade do CDC. Revisão das cláusulas abusivas Possibilidade. Juros remuneratórios.

Cópia do contrato. Ausência. Aplicação do art. 333 do CPC. Manutenção da limitação dos juros em 12% ao ano. Comissão de permanência. Impossibilidade de averiguação da sua cobrança cumulada com outros encargos. Inexistência de cópia do contrato. Manutenção da sentença que afastou a possibilidade de cobrança. Capitalização mensal de juros. Prática ilegal. Anatocismo. Súmula 121 do STF. Usura. Multa. 2%. Falta de interesse recursal. Recurso parcialmente conhecido e improvido.

Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado duty to mitigate the loss, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Nos termos da súmula 297 do STJ e precedentes do Supremo Tribunal Federal, O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

O contrato de cartão de crédito é considerado de adesão, eis que resulta da padronização e uniformização das cláusulas contratuais realizadas pela instituição financeira, as quais o consumidor é obrigado a aceitá-las em bloco, em seu prejuízo.

Na esteira do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração a situação jurídica específica do contrato, é de se admitir a revisão das cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Se os juros remuneratórios contratados excedem a taxa média de mercado, fixada pelo Banco Central do Brasil, fica autorizada a revisão contratual, eis que caracterizada a abusividade, devendo os juros serem reduzidos ao valor da taxa média de mercado.

Outrossim, quando a instituição financeira não comprova os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, demonstrando que a taxa de juros por ele cobrada não é extorsiva, mantém-se a fixação dos juros em 12%, nos termos da sentença.

Mantém-se a sentença recorrida que afastou a possibilidade de cobrança da comissão de permanência se não houver nos autos cópia do contrato, permitindo aferir se a sua cobrança foi cumulada com outros encargos.

A capitalização mensal de juros, denominada anatocismo, é prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com o art. 13 do Decreto n. 22.626/1933, tanto que o STF editou a súmula 121, que estabelece ser vedada a capitalização de juros.

Se a sentença apenas afasta a possibilidade de cobrança da multa em percentual superior a 2%, nos termos contratado, carece o autor de interesse recursal.

(e-STJ, fls. 226-227)

Na razões de recurso especial, interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, *Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda* alega que o acórdão hostilizado incorreu em divergência jurisprudencial com arestos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como em ofensa:

(I) ao art. 422 do CC/2002, ao aplicar “de forma indevida o princípio *duty to mitigate the loss* para afastar a cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004, até mesmo a correção monetária”. Salientou, no ponto, que não prevalece o argumento de que a recorrente feriu a boa-fé objetiva e a lealdade ao demorar para iniciar a cobrança inicial de seus créditos, mormente considerando que a ação foi ajuizada dentro do prazo prescricional de cinco anos contados do lançamento definitivo do débito. Afirmou, ainda, que “não há, na hipótese, que se falar em agravamento do prejuízo pela inércia do credor, mas em verdadeiro benefício ao devedor que fez diversas compras com seu cartão de crédito (inclusive no Exterior) e não pagou pelas mesmas e ainda é beneficiado com o afastamento da cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004. Privar o credor da incidência dos encargos contratados no período, além de premiar o Recorrido com o enriquecimento ilícito, desvirtua o instituto da prescrição. Com efeito, o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício” (e-STJ, fl. 250).

(II) ao art. 333, II, do CPC/1973, ao limitar “os juros remuneratórios em 12% ao ano, ao equivocado argumento de não haver meio de se apurar a taxa de juros contratada, face à ausência de contrato nos autos, desconsiderando os documentos de fls. 12/47, por terem sido produzidos unilateralmente (...). O Recorrente, a quem cabe a prova do fato constitutivo do seu direito, instruiu a inicial com a cópia do contrato (fls. 06110) e com a cópia das faturas do cartão do Recorrido (fls. 12/47), nas quais consta, além das compras por ele feitas, a taxa de juros incidente no período. Como se vê, totalmente equivocado o v. aresto ao afirmar que não há nos autos meio de se apurar a taxa contratada, uma vez que a taxa de juros cobrada em cada mês está indicada nas faturas de fls. 12/47 (...). O v. acórdão considerou que pelo fato de não haver nos autos nenhuma prova de que os juros estariam ou não sendo cobrados acima da taxa média de mercado, ônus de competência ao Recorrente, estaria presumida a cobrança de juros extorsivos, devendo ser limitados em 12% ao ano. Todavia, eventual prova da abusividade dos juros caberia ao Recorrido, pois, ao contrário do entendimento do aresto objurgado, compete ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor” (e-STJ, fls. 251-253).

Ao final, requereu o provimento do recurso especial “pela divergência jurisprudencial e para correção da violação ao art. 422 do Código Civil e ao art. 333, II, do CPC, para se manter os encargos contratados até o efetivo pagamento do débito, inclusive a correção monetária, ou que os juros remuneratórios incidam de acordo com a taxa média do mercado, sem a limitação de 12% ao ano”.

O recorrido apresentou contrarrazões às fls. 269-273 (e-STJ).

Considerando o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça de recurso representativo da controvérsia acerca da limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado (REsp 1.061.530/RS), o Vice-Presidente da Corte estadual determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para nova apreciação das questões.

Em novo exame, a Terceira Turma Cível do TJ/MS manteve o acórdão prolatado às fls. 225-242 (e-STJ).

A seguir, o recurso especial foi ratificado (e-STJ, fl. 300).

Admitido tal recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) (Relator): O primeiro ponto a ser dirimido no presente recurso especial é qual a dimensão de aplicação do princípio *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar as perdas).

Informa a doutrina que *duty to mitigate the loss* é instituto que se originou no direito anglo-saxão, de modo que o vocábulo *mitigate* tem raiz francesa e provém do verbo *mitiger*. No entanto, sua recepção ocorreu de maneira desigual e assistemática nos sistemas jurídicos continentais, ganhando conceitos diversos em cada ordenamento jurídico, como é o caso do alemão (*obliegenheit*) e do suíço (*incombance*). De outro lado, encontrou plena aplicação nos países que adotam o sistema da *Common Law* e, por vezes, alguma resistência em outros países, como é o caso da França, que, a despeito disso, acaba por aplicá-lo com supedâneo na boa-fé objetiva e na noção de abuso de direito.

A respeito das diversas naturezas jurídicas dadas ao instituto no âmbito internacional, percucientes são as informações trazidas pela professora **Véra**

Maria Jacob de Fradera da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nas razões apresentadas na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, para fundamentar a formulação de enunciado no sentido da possibilidade de o credor ser instado a mitigar o próprio prejuízo, *in verbis*:

John Honnold, ao comentar o artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias, assevera ser o *duty to mitigate the loss* geralmente reconhecido, apesar de expresso das mais variadas formas e aplicado com distintos graus de ênfase.

Na verdade, o dever de o credor mitigar o dano tem maior amplitude e positividade no âmbito das Convenções Internacionais, por exemplo, a Convenção de Haia de 1º julho de 1964, a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais, os Princípios Unidroit relativos aos contratos de comércio internacional, publicados na cidade de Roma, em 1994, o Código europeu de contratos. Os princípios, regras e standards da *lex mercatoria* incorporaram, igualmente, este dever.

Nossa primeira reflexão terá por objeto, precisamente, a natureza jurídica do dever, incumbência ou obrigação acessória, do credor, de mitigar o seu prejuízo.

A) A natureza jurídica do dever de o credor mitigar o prejuízo

Claude Witz, ao comentar o assunto, diz ser opinião largamente dominante a de o dever de mitigar o próprio prejuízo não constituir uma obrigação, no sentido exato do termo, porquanto não poderia, caso descumprida, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, tendo como sujeito passivo o credor. Tampouco seria possível, como esclarece o artigo 28 da C.V.I.M., exigir a execução *in natura*.

Poder-se-ia argumentar tratar-se, então, de uma espécie de obrigação natural ou obrigação moral, mas estas classificações não se adaptam perfeitamente ao caso, sobretudo em razão das conseqüências do descumprimento do dever de mitigar.

Dois importantes sistemas jurídicos, o alemão e o suíço, encontraram uma outra qualificação para esse dever, o primeiro, atribuindo-lhe a condição de Obliegenheit e o segundo, a de incombance.

a) A noção de *Obliegenheit* tem sua fonte no direito alemão de seguros, tendo Reimer Schmidt buscado realizar a sua sistematização, a partir da construção de um sistema geral de obrigações, onde seriam incluídas todas as obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo. Segundo afirmou Clóvis do Couto e Silva, esta tentativa não teve maior êxito. Contudo, o mesmo autor esclarece permanecerem atuais os estudos de Reimer Schmidt relativamente a certos deveres anexas, v.g., a descoberta de deveres anexas de menor intensidade de coação ou deveres de grau menor.

b) Já os autores suíços cunharam a expressão *incombance* para designar este tipo de dever. O termo provém do verbo latino *incumbere*, cujo sentido é o de pesar, onerar. Sendo o Código suíço redigido em língua francesa, seu legislador adotou o substantivo *incombance*.

c) *Em França, apesar de o direito francês não utilizar esta terminologia, a jurisprudência vem aplicando esse conceito, com fulcro no princípio da boa fé objetiva e na noção de abuso de direito.*

B) As peculiaridades da recepção do *duty to mitigate the loss*, pelos Tribunais Franceses

A Doutrina francesa atual reconhece ser a falta de identificação desta obrigação a causa dessa diversidade de regimes. Béatrice Jaluzot, em seu importante estudo sobre a boa fé, reconhece nas situações ora analisadas a existência de uma culpa, muito próxima da culpa delitual, dando lugar a uma ação por perdas e danos por parte do devedor, conduzindo à compensação entre as somas devidas contratualmente e aquelas surgidas da responsabilidade. Segundo essa autora, esta solução seria mais clara do que passar pela boa fé ou pelo abuso de direito. *Isto revela a dificuldade que têm os juristas franceses com a utilização do princípio da boa fé objetiva, justamente devido a sua vagueza e imprecisão conceitual.*

Ainda sendo um país bastante reticente na recepção do conceito de boa fé objetiva, a jurisprudência francesa vem adotando o dever de mitigar o próprio prejuízo, com fulcro no princípio da boa fé.

O mais interessante de tudo isso, é que a jurisprudência francesa utiliza outro conceito, também derivado da boa fé, o da proibição de *venire contra factum proprium*, como justificativa para sancionar o comportamento do credor faltoso, em relação à *l'obligation de mitigation*. A título de exemplo, vale referir o caso *Baillieux c. Jarety*, onde um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.

Outra maneira encontrada pelos juízes franceses, para solucionar a problemática do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo, está na invocação da ocorrência de abuso de direito, conceito tão caro à doutrina daquele país.

Chegamos, então, a uma primeira conclusão: *a natureza do dever de o credor mitigar o seu prejuízo varia de acordo com o sistema jurídico enfocado: no BGB é considerada uma Obliegenheit, isto é, uma obrigação cuja exigência de cumprimento reveste-se de menor intensidade; no direito francês, como antes mencionado, a justificativa estaria na boa fé ou no abuso de direito; na Common Law, é uma decorrência do próprio sistema, isto é, aquele que viola um contrato é responsável pelos danos, sem consideração à culpa ou à negligência.*

Desta sorte, não é de se estranhar que a Convenção de Viena, por exemplo, em seu já citado artigo 77, estabeleça deva a outra parte “tomar medidas” para diminuir o prejuízo, decorrente da violação.

Uma parcela da doutrina, muito reduzida, conforme noticia Claude Witz, vislumbra nesse dever uma verdadeira obrigação.

(FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?** In: Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC, Ano 5, Vol. 19, julho a setembro de 2004, pp. 109-119, grifou-se)

A positivação deste *dever de mitigar as perdas* é mais encontrada no âmbito das convenções internacionais, dentre as quais se destaca a Convenção de Viena de 1980, acerca da venda internacional de mercadorias. Em seu capítulo V, que versa sobre as “disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador”, estabelece:

Art. 77. A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

Menciona-se, outrossim, a previsão do *duty to mitigate the loss* na Convenção de Haia de 1º de julho de 1994, a qual versa sobre a venda internacional de objetos móveis corporais:

Art. 88. A parte que invoca a violação do contrato deve adotar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda resultante dessa violação. Se ela deixar de adotar tais medidas, a parte em falta [que causou a violação] poderá pleitear uma redução nos danos.

Há, ainda, outras previsões expressas do instituto, tal como nos Princípios Unidroit, referentes a contratos de comércio internacional, publicados no ano de 1994 em Roma, e no Código Europeu de Contratos, em ambos com idêntico teor:

(1) A parte que descumpriu [o pactuado] não é responsável pelos danos sofridos pela parte ofendida na extensão dos danos que poderiam ter sido reduzidos pela última se esta tivesse tomado as medidas razoáveis.

(2) A parte ofendida possui o direito de recuperar qualquer despesa razoável que tenha incorrido nas tentativas de reduzir os danos.

Em estudo bem elaborado por **Caroline Menegon da Cruz**, a autora cita diversas situações em que o princípio *duty to mitigate the loss* foi, ou deixou de ser, aplicado em casos concretos no âmbito internacional. Eis trechos de

relevantes julgamentos, transcritos no artigo por ela publicado, que servirão de base para melhor compreensão do instituto na prática jurídica:

3. A incidência do *duty to mitigate the loss* fora do Brasil – Um estudo de hipóteses pontuais no direito anglo-saxão e em tratados internacionais

O primeiro caso a ser explorado ocorreu na Alemanha, no ano de 1999, sendo julgado pela *Corte Federal Alemã* – Bundesgerichtshof. Em síntese,

um austríaco dono de uma vinícola (o comprador) possuía uma relação comercial de longa data com uma companhia alemã (a vendedora) para a compra de um tipo especial de cera, a qual era regularmente usada para prevenir a excessiva secagem das plantas e limitar o perigo de infestação. Como já ocorrido no passado, o comprador pediu ao vendedor que lhe enviasse uma proposta relativa a '5000kg de cera videira preta'. A cera não foi recebida e nem inspecionada pelo vendedor antes da entrega. Ela foi enviada para o comprador na embalagem original diretamente de uma terceira parte, a qual era fornecedora do vendedor e encarregada da produção. O comprador costumava utilizar parte da cera nos seus próprios vinhedos e a outra parte vendia para outras vinícolas. Após uma grande quantidade de plantas tratadas com a cera sofrerem sérios danos, o comprador queixou-se do mesmo para o vendedor, em seguida ajuizando uma ação de reparação de danos. O vendedor se opôs, aduzindo que as vinhas foram danificadas por uma causa que estava fora do seu controle. Enquanto que o juiz de primeira instância rejeitou a pretensão, julgando improcedente a ação, em sede recursal o julgamento foi revertido em favor do comprador. O vendedor apelou para a Suprema Corte. A Suprema Corte confirmou a decisão da primeira instância referente à existência de falta de conformidade das mercadorias, consoante o art. 35 (a) da Convenção de Viena de 1980, desde que a cera não satisfizesse os padrões industriais que eram conhecidos e aplicados por ambas as partes. Como o vendedor alegou que o comprador tinha usado parte da cera com finalidade diversa daquela que era o objetivo, ou seja, para o tratamento de videiras jovens, a Corte remeteu o caso para a instância inferior com a ordem de que fossem verificados tais fatos. Se esse fosse realmente o caso, não haveria qualquer conexão causal entre a falta de conformidade e os danos e, por conseguinte, nenhuma responsabilidade do vendedor sobre os campos de vinhedos jovens. A Corte rejeitou o argumento do vendedor de que sua responsabilidade estaria excluída pelo fato de não ser ele o produtor da cera. [...] O vendedor não provou a alegação de que o impedimento dos danos estava fora de seu controle. [...] Finalmente a Corte considerou que a instância inferior deveria ter julgado a questão referente à mitigação dos danos pelo comprador (Art. 77 da Convenção de Viena de 1980) [...] O Art. 77 da Convenção de Viena deve ser considerado de ofício e pode levar

a uma exclusão completa da responsabilidade do vendedor. O caso, assim, foi remetido para decisão na corte de apelação sobre a alegada falha do comprador na mitigação dos danos por não parar de usar a cera logo que tomou conhecimento de seus efeitos prejudiciais. [tradução nossa]

(...)

A segunda hipótese a ilustrar as reflexões sobre o *duty to mitigate the loss* envolvem as partes Bulkhaul Ltd v Rhodia Organique Fine Ltd e identificado sob o n. [2008] EWCA Civ 1452. Foi julgado no ano de 2008 pela *Corte de Apelação do Reino Unido* – Inglaterra e País de Gales –, divisão de direito civil, localizada na cidade de Londres. *Trata-se de um exemplo no qual ficou clara a falha do requerente – Bulkhaul – na mitigação de seus próprios prejuízos, advindos de um contrato de arrendamento de tanques para transporte de produtos químicos.*

Bulkhaul, o requerente, arrendou tanques para o transporte de materiais químicos corrosíveis. Rhodia, o requerido, é um fabricante desses materiais. Em 1999, Bulkhaul arrendou para Rhodia 18 tanques sob medida para o transporte de ácido fluorídrico. O acordo era para ser executado no decorrer de dez anos, com uma renda fixa por dia. Houve uma divergência entre as partes se no contrato estava fixado um prazo determinado ou se a resolução estaria permitida por aviso prévio. Em outubro de 2004, transcorrido cerca de metade do tempo até o termo final estipulado, Rhodia pretendeu resolver o contrato, uma vez que decidiu cessar a produção de ácido fluorídrico. Bulkhaul intentou uma ação judicial buscando recuperar o aluguel não pago até o final do termo contratual [...]. Na avaliação dos danos, duas questões surgiram. A primeira dizia respeito a delimitar quais valores deveriam ser reduzidos para refletir as despesas que Bulkhaul incorreria caso o contrato seguisse seu curso natural, mas que não foram, de fato, dispendidas pela resolução antecipada. Essas despesas são deduzidas para garantir que o autor não seja compensado além do devido, pois o objeto da reparação de danos decorrentes de violação contratual é normalmente colocar o autor lesado na mesma posição financeira que estaria se o contrato fosse realizado. Despesas teriam sido realizadas se o contrato fosse concluído e isso, portanto, deve ser levado em conta. A segunda questão era se Bulkhaul teria tomado as medidas razoáveis para mitigar sua perda. Isso dependeria das tentativas de Bulkhaul em vender ou arrendar os tanques para terceiros a fim de reduzir a perda que tivesse sofrido. A questão para o juiz era saber se havia ou não um mercado disponível para a comercialização ou arrendamento de tanques desta natureza, depois de terem estado em uso por cinco anos. Corajosamente, Bulkhaul não aduziu qualquer fato ou prova pericial na questão. Em vez disso, simplesmente afirmou que os tanques poderiam ser usados apenas para o transporte de ácido fluorídrico e que a venda dos reservatórios

seria, portanto, improvável, pois a fabricação desse produto química estava sendo progressivamente abandonada. No julgamento, Bulkhaul procurou atacar a qualidade das provas apresentadas por Rhodia, afirmando que não eram suficientes para demonstrar que havia um mercado para os tanques, e nem qual valor poderia ser atribuído a eles. A estratégia falhou. *A primeira instância de julgamento concluiu pela existência de mercado e pela possibilidade de aferição de valor aos tanques em razão de um número de fatos trazidos por Rhodia, no julgamento, inclusive o que segue: A testemunha de Rhodia trouxe como evidência o fato de que, enquanto que a produção de ácido fluorídrico estava declinando no hemisfério ocidental, ele ainda estava sendo produzido e transportado em outras partes do mundo; Antes de resolver o contrato, Rhodia identificou um terceiro que estava interessado em adquirir os tanques de Bulkhaul. Além disso, Rhodia tentou intermediar a venda dos tanques como forma de dar um fim consensual ao contrato, mas não houve concordância de Bulkhaul quanto ao preço por tanque. Discussões similares foram realizadas no decorrer da resolução. Finalmente, o potencial comprador adquiriu tanques alternativos de outra fonte, aparentemente porque o preço estipulado por Bulkhaul era muito elevado; Durante o curso da demanda, Rhodia parece ter feito esforços para encontrar outro comprador potencial para os tanques e apresentou-o para Bulkhaul. Esses esforços não deram em nada, aparentemente porque Bulkhaul estava procurando por um preço muito elevado para os reservatórios; Os tanques foram produzidos com uma expectativa de vida de dez anos e haveria cinco ou seis anos de utilização remanescente no momento em que o contrato foi resolvido. Como não haveria um mercado abundante para as mercadorias, Bulkhaul tinha o dever de mitigar suas perdas, devendo vender os tanques pelo melhor preço que conseguisse obter no mercado (ou talvez arrendá-los para outro cliente). Bulkhaul reconheceu no julgamento que não tinha realizado nenhuma conduta na tentativa de vender os reservatórios. Na verdade, parecia que tinha feito apenas tentativas letárgicas para seguir as ligações fornecidas por Rhodia. Nem, aparentemente, tinha Bulkhaul procurado arrendar os tanques a qualquer outro cliente. Como resultado, o juiz decidiu que Bulkhaul tinha falhado no dever de mitigar seus próprios prejuízos. A Corte de Apelação manteve a decisão de primeira instância [...]. Réus frequentemente afirmam que os requerentes falharam na mitigação de seus prejuízos como uma tentativa de reduzir o nível de perdas e danos. Geralmente, os tribunais são simpáticos com os esforços feitos pelos requeridos em procurar lidar com a violação contratual. A obrigação de tomar as 'medidas razoáveis' não é um standard elevado. No particular, as cortes geralmente irão rejeitar as críticas feitas a um requerente que procurou fazer o melhor na mitigação de seus próprios prejuízos quando deparado com uma quebra do contrato, particularmente quando as decisões são feitas – muitas vezes rapidamente – por um requerente com conhecimentos imperfeitos. É, afinal, o réu que colocou o requerente na posição de ter que lidar com a violação*

contratual. *No entanto, os tribunais irão penalizar o requerente em danos quando ele, comprovada e injustificadamente falhar em tomar qualquer medida para minorar suas perdas, ou quando as medidas que tiver tomado forem claramente inadequadas ou insuficientes.* Em circunstâncias nas quais o requerente poderia, por exemplo, mitigar potencialmente seus prejuízos vendendo a mercadoria no mercado, o tribunal vai normalmente esperar ver evidências significativas de tentativas do autor em fazê-lo. Isso não deve ser difícil nas tentativas que são genuínas. O autor que dá impressão de estar mais preocupado com a majoração de seu pedido do que com a mitigação de suas perdas deve esperar deduções na indenização a ele atribuída.

(...)

A mesma Corte, ao julgar o caso *Lombard North Central Plc v Automobile World (UK) Ltd*, no ano de 2010, processo este tombado sob o n. [2010] EWCA Civ 20, *decidiu pela não violação do duty to mitigate the loss*, na medida em que as condutas adotadas pela parte requerente foram razoáveis considerando-se as circunstâncias concretas apresentadas.

Em maio de 2004 Automobile adquiriu de Lombard um raro e caro automóvel para ser usado em um negócio de fornecimento de veículos a clientes no segmento de luxo do mercado. O carro era uma Mercedes-Benz S600 Pullman (o Pullman). O preço estabelecido no contrato pelo Pullman foi de £194,000, a ser pago em um depósito inicial de £24,000 e o restante em parcelas posteriores. Automobile pagou apenas algumas das parcelas iniciais antes de tornar-se inadimplente. Lombard primeiro emitiu um aviso de rescisão e, em seguida, recuperou a posse do Pullman em março de 2005. Em seguida, Lombard vendeu o Pullman em uma venda privada por £59,900, por meio de um "leilão por fax". Em dezembro de 2006 um processo foi instaurado por Lombard para recuperar o saldo devedor do contrato e o julgamento foi concedido em seu favor. À Automobile foi concedida a permissão para apelar, a qual alegou dois argumentos, quais sejam, que Lombard tinha deturpado o carro como tendo sido fabricado em maio de 2004, quando na realidade ele tinha sido fabricado em fevereiro de 2000, e que Lombard tinha falhado no dever de mitigar seus prejuízos em razão da forma inadequada como vendeu o carro. O primeiro argumento foi indeferido e a Corte de Apelação passou a considerar o argumento referente à mitigação. Automobile arguiu que Lombard não agiu de forma adequada no seu dever de mitigação quando revendeu o Pullman. O principal argumento de Automobile era de que Lombard não conseguiu entender a natureza do Pullman e, em razão disso, acabou por desvalorizá-lo. Aquele era um carro raro, Automobile afirmou, o qual só poderia ser devidamente comercializado e vendido por meio de distribuidores especializados, demandando certo

lapso de tempo para o comprador certo emergir. Em vez disso, Lombard tinha confundido o Pullman com um Mercedes-Benz S600 Limousine, a justificar suas modestas aspirações com relação ao valor de revenda do automóvel. Ele tinha oferecido o carro à venda por meio de um "leilão de fax" padrão e vendeu-o, ainda que eventualmente por venda privada, por uma fração de seu valor. A duração do tempo decorrido entre a data do anúncio e a data da venda foi de onze dias. Na visão de Automobile, a conduta de Lombard foi insuficiente para satisfazer o dever de atenuar suas próprias perdas. A Corte de Apelação (Desembargadores⁴³ Rix, Rimes e Patten), por unanimidade, indeferiu os argumentos de Automobile. A Corte concordou com a conclusão do juiz de primeira instância de que Lombard não tinha se enganado na identificação do Pullman, e tentou compará-lo no Autotrader [sítio na internet especializado em venda de veículos] com a aproximação do seu equivalente – o Mercedes-Benz Classe S600. A Corte também concordou com o juiz de primeira instância quando este afirmou que Lombard "teve o cuidado de obter o melhor preço possível para o veículo, pois estava tentando recuperar as suas perdas pelo que era, de efeito, uma venda forçada". Sua conduta não poderia, portanto, ser objeto de qualquer crítica válida. Também foi significativa, na visão da Corte, que nenhuma prova pericial adequada foi produzida por qualquer uma das partes, especialmente por Automobile. O juiz de primeira instância tinha concedido permissão para essa prova e Automobile tinha procurado invocar uma carta do Sr. Loughran, a pessoa que tinha originalmente vendido o Pullman para Lombard. O Sr. Loughran afirmou que, na sua opinião, à luz das condições de mercado, £150,000 tinha sido um preço justo de revenda. Isso não foi aceito pelo juiz de primeira instância como prova pericial independente, e foi rejeitado por ser incorreto, de qualquer maneira. O Desembargador Rix salientou a importância em seu julgamento de prova pericial em casos como esse, e observou que a "falta de mitigação das perdas normalmente é estabelecida pelo parecer de um perito quanto à inadequação do preço obtido na venda de um ativo relevante". O Desembargador Rix concluiu que o dever de mitigação não é passível de ser exigido e que "é a parte que violou o contrato que colocou a outra parte em uma situação difícil". Isso traduz que esse dever impõe apenas fazer o razoável nas circunstâncias e é ônus da parte em falta demonstrar o fracasso da outra parte em agir razoavelmente. [tradução nossa]

(...)

Ainda sobre essa questão da razoabilidade, a *Suprema Corte de British Columbia, no Canadá*, decidiu, em 1993, o caso *5000 Kingsway Ltd. v. Baros Holdings Inc. (c.o.b. Physician's Weight Loss Clinic)*, n. 1196, referente a contrato de locação. Em suas alegações, o locatário aduziu que o locador não tinha tomado as medidas pertinentes para minorar seus prejuízos, pelas razões a seguir expostas.

Em 5000 Kingsway Ltd. v. Baros Holdings Inc. (c.o.b. Physician's Weight Loss Clinic) Baros Holdings alugou instalações para serem usadas como uma clínica médica para perda de peso. Em setembro de 1990, o locatário tornou-se inadimplente no pagamento dos aluguéis e desocupou as instalações no mês seguinte. As partes concordaram com o montante dos aluguéis em atraso e juros, devidos até 1º de outubro de 1992. No entanto, o locatário afirmou que o locador falhou na mitigação de seus prejuízos ao não ter buscado outros locatários em sua substituição, uma vez que houve uma predefinição na locação [prazo determinado]. *A Corte constatou que o proprietário contratou um agente imobiliário que tomou as medidas necessárias para encontrar um novo locatário. Também foi razoável para o locador restringir o mercado para que as instalações fossem ocupadas por profissionais médicos, pois no outro andar o espaço era ocupado por outros médicos, tornando as instalações mais atraentes para a comunidade médica. O locatário alegou que o requerido falhou na atenuação de suas perdas ao preferir locar outro espaço vazio no prédio no lugar das instalações em causa. A Corte constatou que o locador havia disponibilizado essas instalações aos novos locatários, e como resultado, o locador não poderia ser acusado pela decisão feita pelos locatários, que optaram pelo outro espaço.* Além disso, foi alegado que, embora o locador tenha reduzido o valor do aluguel abaixo daquele acordado no contrato de locação realizado entre as partes litigantes, o valor não estava baixo o suficiente para atrair novos locatários. *A Corte considerou que este foi um esforço razoável para mitigar os prejuízos e esse dever não exige que sejam realizados atos inadequados comercialmente.* [tradução nossa]

Verifica-se, assim, que todos os argumentos trazidos pelo locatário foram afastados pela Corte, que entendeu razoáveis as medidas adotadas pelo locador para diminuir seus prejuízos. No aspecto, *não se pode esperar que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda, não sendo razoável esperar que ele pratique atos que vão de encontro à atividade comercial.*

A Corte de Queen's Bench, localizada na província de Alberta, no Canadá, ao julgar, em 1989, o caso Valley Shopping Centre Ltd. v. Sniderman Radio Sales and Services Ltd., n. 305,

também constatou que não era razoável esperar que o locador aceitasse um contrato de locação em substituição ao inadimplido a um aluguel mensal inferior ao estipulado no mercado. Nesse caso, as instalações alugadas eram ocupadas por um franqueado do réu. O franqueado abandonou as instalações [...] as instalações permaneceram vagas durante um período de tempo no qual o réu poderia ter as locado para Bon Marche no valor de US\$10,00 por metro quadrado em uma base mensal. A Corte aceitou a prova produzida pelo locador de que o aluguel de mercado à época

era de US\$15,00 por metro quadrado. Houve também preocupação com a locação estar estipulada de forma mensal. Sobre essa questão, a Desembargadora McBain escreveu: “Penso que foi bastante desrazoável esperar que o centro comercial aceitasse um contrato de locação mensal a US\$10,00 o metro quadrado por mês. Certamente que era melhor deixar o local desocupado e continuar as tentativas de locá-lo em um contrato com prazo de duração razoável que, se obtido, naturalmente diminuiria a responsabilidade do Sniderman [o réu]”. [tradução nossa]

(CRUZ, Caroline Menegon da. **A (im)possibilidade de recurso ao duty to mitigate the loss no direito brasileiro**. In: Revista Fórum de Direito Civil: RFDC, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 31-64, jan./abr. 2015, pp. 39-49)

Feitas essas considerações, é importante agora delinear como o instituto *duty to mitigate the loss* vem sendo aplicado no Brasil.

No Direito Civil pátrio, a doutrina tem recepcionado a possibilidade de utilização nos negócios jurídicos do referido princípio *duty to mitigate the loss* como corolário das diretrizes de lealdade, respeito, probidade, confiança e cooperação recíproca entre as partes, bem como por conduzir à observância do princípio da boa-fé objetiva e do próprio conceito de *venire contra factum proprium*, além de contemplar a teoria do abuso do direito.

A respeito do tema, leciona **Véra Maria Jacob de Fradera**:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.

No referente à incumbência a que está sujeito o credor, de mitigar o seu próprio prejuízo, já vimos ser sua natureza jurídica de difícil definição, podendo estar tanto na categoria dos deveres (se existe regra positiva a respeito, como na CISG), como incumbência, como querem os suíços, ou ainda, como uma obrigação de pequeno porte, de acordo com a doutrina alemã.

De vez que o direito brasileiro vem sendo, há longos anos, bastante influenciado pela doutrina e jurisprudência alemãs, a consequência lógica, ainda mais em sendo o Código Civil muito recente, seria a de ter incorporado o comportamento em análise.

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e ou incumbências das partes, no caso, as do credor.

Como se isso não fora suficiente fundamento para adoção desse dever, restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito, cuja previsão representa, segundo uma doutrina minoritária, um avanço do novo Código Civil, em relação ao anterior, omissos nesta parte.

Deve ainda ser salientado o fato de direito brasileiro, neste ponto relativo à concepção do abuso de direito qualificado como espécie de ato ilícito, previsto no artigo 187 do CC 2002, afastou-se da sistemática alemã, onde o abuso de direito é reputado como uma violação ao princípio da boa fé objetiva.

A professora **Véra Maria Jacob de Fradera**, inclusive, encaminhou proposta de enunciado a ser analisado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tendo sido aprovado o Enunciado n. 169, segundo o qual: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Daniel Pires Novais Dias, em artigo intitulado “o *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano”, traz exemplos de normas contidas no Código Civil de 2002 e de diversos julgados de Tribunais nacionais que aplicam o *duty to mitigate the loss*, *in verbis*:

A doutrina ultrapassa os limites do estudo de Fradera ao apontar os arts. 769 e 771 do Código Civil de 2002 como expressões presentes no sistema brasileiro do duty to mitigate the loss e ao propor a sua aplicação à responsabilidade aquiliana e ao processo civil, isto é, para além do campo do direito contratual, onde a recepção foi originariamente concebida.

Os contratos bancários são a principal fonte da doutrina para criar exemplos de aplicação do duty to mitigate. Afirma-se, em geral, que as instituições financeiras, mormente “diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, não podem permanecer inertes em face do inadimplemento contratual, devendo adotar medidas para minimizar o próprio prejuízo, como notificar o cliente que não encerrou sua conta e é cobrado por sua manutenção para providenciar o seu encerramento ou mesmo negar crédito a cliente já endividado, para evitar o superendividamento.

4. Em âmbito jurisprudencial, o *duty to mitigate the loss* tem sido também cada vez mais utilizado pelos tribunais brasileiros para fundamentar as suas decisões: além do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, incluem-se neste rol os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.

Relaciona-se a seguir o sumo das decisões dos tribunais brasileiros referentes a casos representativos de aplicação do *duty to mitigate*. Para evitar repetições desnecessárias de expressões, os casos serão relatados da seguinte forma:

primeiramente a situação básica, depois, destacado em itálico, a conduta que se entendeu contrária ou coerente com o *duty to mitigate*, e, por fim, a consequência jurídica que se extraiu desta violação ou cumprimento:

a) empresa comprou máquina industrial que se revelou defeituosa; em ação indenizatória contra o vendedor não provou a adoção de medidas para evitar as perdas havidas durante o tempo de inatividade da máquina, como, por exemplo, a aquisição de outra máquina, ou contratação de terceiro para realizar o serviço; os danos que poderiam ter sido evitados foram excluídos da indenização;

b) prestadora de serviços procede ajustes em instalação elétrica de contratante a fim de que este obtivesse abatimento em suas contas de luz, mas não informou a concessionária fornecedora de energia a realização destes ajustes e o contratante continuou pagando durante seis meses contas com valores indevidamente acrescidos; em ação indenizatória, contestou a prestadora alegando que durante os seis meses o autor não a informou da cobrança indevida; apenas metade dos valores pagos indevidamente foram reembolsados;

c) contrato para construção de uma piscina foi cumprido tardia e insatisfatoriamente; os credores inadimplidos impediram o devedor de prosseguir nas investigações para identificação da causa do vazamento da piscina; não foram indenizados por danos morais;

d) vítima de saque indevido de dinheiro da sua conta não aceitou proposta de acordo do banco (réu) de devolução do valor sacado; não foi indenizada por danos morais;

e) correntista depositava valores em conta corrente para quitar financiamento, mas estes eram utilizados pelo banco para cobrir saldo negativo do depositante, cujo valor, o banco deixou que superasse o limite de crédito concedido; correntista ajuizou ação de consignação em pagamento para quitar parcelas do financiamento; o pedido foi julgado procedente;

f) empresa aérea (ré) ofereceu “passeios, shows e refeições” para os passageiros com voos atrasados; a indenização por danos morais foi reduzida;

g) vítimas de uma colisão de automóveis, no hospital, sem necessidade, mudaram do ambulatório, cujos custos eram cobertos pelo plano de saúde, para apartamento, e, posteriormente, repararam o veículo acidentado a um valor superior ao de aquisição de um similar em bom estado; não foram reembolsados pelo excedente de ambas as despesas;

h) vítimas de cobrança ou negativação indevidas não procuraram informar os supostos credores dos equívocos; as indenizações por danos morais foram reduzidas;

i) vítima de roubo não informou o ocorrido “o mais breve possível” à autoridade policial e aos sistemas de proteção ao crédito; falsários contraíram dívidas com seus documentos e a vítima acabou com seu nome negativado; em ação

indenizatória contra a empresa responsável pela cobrança, entendeu-se que a vítima contribuiu culposamente para o evento danoso e a indenização foi reduzida;

j) promitente-vendedor demorou, desde o inadimplemento, quase sete anos para ajuizar ação pedindo resolução do contrato, reintegração de posse e indenização “pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição”; o valor da indenização foi reduzido;

l) posto de gasolina e distribuidora celebram contrato de compra e venda de combustível com previsão de quota mínima e exclusividade; o posto de gasolina adquire gasolina de outro fornecedor e/ou em quantidade inferior ao mínimo estabelecido; a distribuidora, após anos cumprindo o contrato nestes termos, ajuiza ação pedindo resolução do contrato e pagamento da multa prevista contratualmente, que já somava elevado montante; a multa tem sido reduzida ou mesmo excluída.

m) administradora de cartões demorou quase cinco anos para cobrar judicialmente o pagamento de faturas, período em que a dívida do cliente inadimplente mais que dobrou; do débito foram excluídos juros de mora, correção monetária e multa moratória, desde a data do inadimplemento da primeira prestação até a data do ajuizamento da ação de cobrança.

n) concessionária fornecedora de água demorou dez anos para interromper o fornecimento por falta de pagamento e cobrar judicialmente o débito; a proprietária do imóvel alugado (ré) foi considerada irresponsável pelo débito, decorrente de consumo de inquilino, e a concessionária impedida de interromper o fornecimento de água;

o) o banco não creditou a correção monetária ou os juros remuneratórios devidos sobre os valores depositados em conta-poupança; os correntistas demoraram alguns anos para ajuizar ação de cobrança; não se tem entendido que houve violação ao duty to mitigate the loss.

Estas decisões serão pontualmente analisadas ao longo do artigo e também servirão para ilustrar assertivas teóricas durante todo o trabalho. Agora, em perspectiva global, importa destacar a detecção de três diferentes grupos de casos em que o *duty to mitigate* tem sido aplicado pelos tribunais: um primeiro em que credor, diante de inadimplemento contratual, não adota medidas para evitar o agravamento do próprio prejuízo - problemática presente nos casos a) a j); um outro em que vítima de dano extracontratual não adota medidas para evitar o agravamento do próprio dano - casos g), h) e i); e um último composto por situações que envolvem exercício considerado tardio de direito e aumento vultoso de débito - casos j) a o).

Tendo em conta o exercício tardio do direito, **Daniel Pires Novais Dias** faz ainda importantes ponderações:

1. Conforme anteriormente delineado, tratar-se-á, agora, em apartado, do grupo de casos que envolvem o exercício tardio do direito por parte do credor e o aumento substancial do valor da obrigação respectiva. A este grupo correspondem os casos j), l), m), n) e o) apresentados acima, com destaque para o fato de que a decisão do Superior Tribunal de Justiça nele se inclui - caso j).

Em essência, a situação é a seguinte: *o devedor culposamente não cumpre a obrigação devida e o credor não exerce a sua pretensão durante determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional. Neste interregno os débitos aumentam, seja pela incidência de juros de mora e correção monetária, ou pelo inadimplemento sucessivo das prestações, nos casos de contratos de execução continuada. Quando o credor vem exercer o seu direito, ou mais concretamente, cobrar judicialmente os devedores, os tribunais têm sancionado os credores com a restrição do crédito, em valores relativos ao montante acrescido durante o período de inércia, sob o fundamento de que a cobrança, após a sua demora excessiva, viola o duty to mitigate the loss.*

A popularidade desta teste jurídica deve-se à menção feita por Fradera, em seu artigo que introduziu o tema do duty to mitigate no Brasil, ao caso francês Bailleux c. Jarety, referido acima, em que, conforme relata a autora, um locador passou 11 anos sem cobrar aluguéis e quando veio pedir a resolução do contrato por inadimplemento teve o exercício do seu direito impedido em sanção pelo descumprimento da "obligation de mitigation". A menção a este caso causou forte impressão na doutrina e jurisprudência brasileiras: a situação que lhe está subjacente, de perda parcial ou integral do direito pelo seu exercício tardio, tornou-se fonte dos principais exemplos criados pela doutrina para ilustrar a aplicação do duty, como os referidos casos de demora dos bancos em cobrar débitos de seus clientes inadimplentes, e também a principal situação de base em que os tribunais tem aplicado o duty to mitigate. Neste grupo encontra-se também a hipótese, proposta por Fredie Didier Jr., de aplicação do duty to mitigate ao processo civil, referente à situação da parte, em juízo, a quem se destina multa cominatória (art. 461, § 4º, CPC), que permanece inerte face do aumento do seu montante.

2. A análise em apartado destas situações de exercício tardio de direito e aumento substancial da prestação respectiva se dá pelo fato de que neste grupo de casos não é cabível o encargo de evitar o próprio dano, figura esta cuja presença deve ser reconhecida em todos os demais casos trabalhados no presente estudo.

Por seguirem linhas dogmáticas distintas, o grupo de casos de exercício tardio de direito deve ser dividido em dois grupos menores: o primeiro em que a obrigação é onerada pela incidência de juros de mora e o segundo em que, embora haja também incidência de juros de mora, o agravamento da obrigação se deve essencialmente ao inadimplemento reiterado das prestações pelo devedor.

(...)

No caso de exercício retardado do direito e correspondente aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor, a situação do credor inadimplido é exatamente inversa a do comprador lesado no exemplo de Pothier: o credor inadimplido não está em uma situação privilegiada para, e nem muito menos é a única pessoa apta a, evitar este aumento do débito. Pelo contrário: a única pessoa que pode evitar este agravamento é o próprio devedor, cumprindo com a sua obrigação. Apesar de a conduta do credor em exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir resolução do contrato pôr termo à relação e, por via reflexa, ao crescimento indeterminado do débito, não é possível chegar a afirmar que o crescimento do débito se deve à inércia do credor em cobrar, pois a situação é exatamente a inversa: o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento!

A perspectiva invertida desta situação, de que a inércia do credor causa o agravamento do débito, encontra-se presente em doutrina e decisões que tem invocado o *duty to mitigate* para resolver estas situações. Acontece que esta distorção se deve exatamente à tentativa de adequar a situação ao instrumento que está sendo invocado: como já analisado, o *duty to mitigate* foi inserido no Direito civil brasileiro para solucionar um problema de imputação de danos agravados que poderiam ter sido evitados pelo credor inadimplido. Com a posterior ampliação dos casos de aplicação do duty, foi transportada a mesma noção de dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo às situações de exercício retardado de direito, sem a percepção de que o problema nestas situações é outro. Quer-se, portanto, resolver através de instrumental da responsabilidade civil situações que não desafiam um problema de imputação de danos.

A própria orientação, fruto de concepção distorcida, de que o credor inadimplido tem o dever de “prontamente” adotar medidas na defesa dos seus direitos violados é obsoleta e equivocada: obsoleta porque a questão não é se o credor cobrou prontamente a dívida ou não, mas se o exercício retardado se mostra desproporcionalmente ruinoso para o devedor ou não. O credor poderia simplesmente não mais exercer a sua pretensão e deixá-la prescrever; terá havido aqui ilicitude pelo descumprimento do dever de uma defesa célere dos próprios interesses? Não, mesmo porque o real problema de desproporcional oneração para o devedor aqui nem terá se verificado. E equivocada porque a concepção de que o credor deve exercer sua pretensão em determinado período de tempo inferior ao prazo prescricional contende com a própria noção de direito e com as normas de prescrição: o credor tem a permissão de exercer ou não seu direito e o poder de exigir seu cumprimento durante um prazo previamente fixado em lei. Afirmar que ele deve fazê-lo está errado. O credor não tem de cobrar dívida, tanto que ele pode perdôá-la se quiser fazê-lo (art. 385).

Assim, percebe-se a inadequação a estes casos de defesa de um encargo, ou mesmo um dever, do credor evitar o aumento do débito do devedor, como por exemplo, o dever de cobrar uma dívida prontamente quando do seu inadimplemento.

*Por outro lado, a situação de exercício retardado de direito de maneira ruinosa para o devedor não fica sem resposta jurídica satisfatória, bastando que se reconheça o instrumental necessário. Estas situações desafiam o problema da admissibilidade ou não pelo sistema jurídico do exercício do direito nestas condições, isto é, de abuso de direito, ou mais especificamente na sua figura típica da *supressio*.*

6.1. *Supressio*

1. A situação de extinção do direito pelo seu exercício tardio ser considerado contrário a boa-fé corresponde à *supressio*.

Neste sentido, inclusive, boa parte das decisões judiciais brasileiras que aplicaram o *duty* no grupo de casos em análise fizeram referência à *supressio*, aplicando-a de maneira mais ou menos enfática, havendo acórdão que decidiu aplicando a *supressio* e depois mencionou o *duty to mitigate* como um fundamento a mais.

Acontece que a problemática a ser enfrentada aqui é análoga à mencionada acima em relação ao venire contra factum proprium: a *supressio* pressupõe a verificação da confiança (legítima) do devedor que está sendo cobrado tardiamente de que a posição em causa não seria mais exercida. Conforme assinala Menezes Cordeiro, “a *supressio* é, no fundo, uma forma de tutela da confiança do beneficiário, perante a inação do titular do direito”.

Para nortear a aplicação da *supressio* Menezes Cordeiro compôs um modelo de decisão voltado a apontar as circunstâncias colaterais que melhor alicerçam a confiança do beneficiário no caso concreto. É composto pelas seguintes proposições: (i) um não exercício prolongado; (ii) uma situação de confiança; (iii) uma justificação para essa confiança; (iv) um investimento de confiança; e (v) a imputação da confiança ao não exercente.

Segundo Menezes Cordeiro, “o não exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ela. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento de confiança traduzirá o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inação. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objectiva”.

No grupo de casos em análise, jogam contrariamente à confiança do devedor inadimplente dois dados dificilmente superáveis: ele está de má-fé (subjéctiva), isto é, ele sabe estar violando direito alheio e também o prazo prescricional de pretensão de cobrança de dívida líquida, no Código Civil actual, é de cinco anos (art. 206, § 5º, inc. I). Este último elemento joga contrariamente de duas formas: primeiro, trata-se de prazo não tão alargado, o que reduz o espectro de considerações referentes a um

não exercício prolongado e, segundo, conforme indica Anderson Schreiber, “ao menos em uma primeira análise, não pode ser considerada inteiramente legítima a confiança despertada em outrem com relação ao não exercício do direito sujeito a prazo fixo em lei. Isto porque, conhecendo ou devendo conhecer o prazo legal para o exercício, o terceiro não poderia sustentar, com pleno amparo no direito, ruptura de uma expectativa legítima fundada no não exercício por período inferior a este prazo”¹²⁸.

Deste modo, a legitimidade da confiança só poderia entender-se configurada nas situações excepcionais em que ao lado do não exercício do direito pelo seu titular estivessem presentes outras condutas deste ou circunstâncias de fato que efetivamente apontassem para que o direito não mais seria exercido. Assim, conforme sintetiza Schreiber, “nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador de confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros”.

2. Para ilustrar toda esta orientação dogmática, analisar-se-á, dentre as decisões em que o *duty to mitigate* foi aplicado à situação de exercício retardado de direito, duas situações, uma em que se entende ter havido correta aplicação da *supressio*, isto é, em que supressão do direito do credor foi devida e outra em que se entende que a supressão foi indevida.

1) Trata-se a primeira decisão de ação rescisória julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo contra sentença proferida em ação de rescisão contratual e condenatória de multa (inserido no caso I) mencionado acima)¹³⁰. Contexto fático: em fevereiro de 1991, posto de gasolina e distribuidora firmaram contrato de compra e venda mercantil de combustível, com previsão de exclusividade, cota mínima para aquisição de combustível e cláusula penal pelo descumprimento do contrato. A partir de maio de 1993 o posto de gasolina passou a descumprir o contrato, adquirindo combustível em quantidades inferiores à cota mínima e a adquirir produtos com outras distribuidoras. Não obstante a consciência dessas infrações, a distribuidora não manifestou qualquer contrariedade e continuou contratando com o posto até 2004, quando o notificou para que retomasse o pleno cumprimento do contrato. Sem êxito, em junho de 2005 ajuizou ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pagamento da multa que, em outubro de 2007, já totalizava valor de quase cinco milhões de reais. No julgamento da ação, o Tribunal ponderou que, embora indiscutível o inadimplemento do posto e conseqüente procedência do pedido de resolução do contrato, a demora de mais de doze anos da distribuidora para postular sua resolução foi determinante para que a multa chegasse a valor tão vultoso. E mais: ainda que em quantidades menores, a distribuidora obteve proveito econômico durante todo estes anos de inadimplemento parcial do contrato, de modo que a sua omissão evidencia “concordância tácita com os pedidos menores feitos pelo autoposto”. Diante deste comportamento da distribuidora, entre outras questões implicadas, entendeu o Tribunal aplicável a figura da *supressio*, caracterizada pela situação “em que a tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado

entre as partes é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha a exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da forma adversa que sempre foi a prática aceita". Na seqüência, não obstante tratar-se de menção desnecessária e mesmo inadequada, o Tribunal mencionou ao *duty to mitigate* the loss como um fundamento a mais por meio do qual dever-se-ia reconhecer a inexigibilidade da cláusula penal, o que acabou se concretizando como decisão do Tribunal.

A aplicação da *supressio* pelo Tribunal foi acertada. Seguindo o modelo de decisão proposto por Menezes Cordeiro, estão presentes: (i) o não exercício prolongado de um direito: pouco mais de doze anos; (ii) e (iii) a situação de confiança justificada: além do não exercício por doze anos, o fato de a distribuidora ter contratado normalmente por todos esses anos é apto a despertar crença legítima de que ela havia aquiescido com o adimplemento parcial e não iria mais pleitear a execução da multa; (iv) investimento de confiança: a cristalização desta situação por doze anos leva a que aplicação literal da cláusula penal implicaria em uma oneração desproporcional para o posto de gasolina; e (v) a imputação da confiança ao não exercente: toda esta situação é imputável à distribuidora porque, como bem asseverou o Tribunal, "embora com controle da execução do contrato, demorou 12 anos para postular sua rescisão.

2) a segunda decisão foi a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca de uma ação de resolução contratual, com pedidos de reintegração de posse e indenização (caso j) relatado acima). Contexto fático: contrato de promessa de compra e venda; em 1994, o promissário-comprador, que se encontrava na posse do imóvel, passa a não pagar as prestações e em setembro de 2001 abandona o imóvel. Em outubro de 2002 o promitente-vendedor ajuíza ação pedindo a reintegração de posse e a indenização pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição, isto é, desde o inadimplemento até o cumprimento da medida de reintegração de posse. Com base na aplicação do *duty to mitigate the loss*, o STJ entendeu que o promitente-vendedor "descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que esta cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano". E assim, concluiu que "a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstâncias que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade" de exclusão da indenização referente a um ano sem a fruição do imóvel - desde o abandono do imóvel pelo promissário-comprador até o ajuizamento da ação.

As razões por que se deve entender inadequada a aplicação da noção de um dever de mitigar o próprio prejuízo já foram apresentadas acima. Cabe aqui analisar, com base na figura da *supressio*, se a supressão do direito de crédito do recorrente foi acertada. A resposta negativa se impõe, porque, neste caso, não

se constata confiança legítima da parte inadimplente em que o credor não mais iria exercer o seu direito: o comportamento do titular não exercente restringiu-se a mera demora em efetuar a cobrança, o que, de acordo com a base dogmática apresentada, dificulta o amparo a uma crença legítima de que o direito não mais seria exercido. Além disso, o fato de o devedor ter abandonado o imóvel acentua a sua má-fé e a sua completa ausência de confiança de que o credor não mais cobraria as prestações inadimplidas. Assim, conclui-se que o direito de crédito do promitente-vendedor foi restringido indevidamente.

O julgado citado neste artigo de procedência do Superior Tribunal de Justiça é o REsp 758.518/PR, proferido no âmbito da Terceira Turma, o qual está assim ementado:

Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.

1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS -, Terceira Turma, julgado em 17.06.2010, REPDJe 1º.07.2010, DJe de 28.06.2010)

Com base nessas extensas considerações, concluiu-se, em apertada síntese, que o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas, para diminuir suas perdas. Sob o aspecto do abuso de direito, o credor que se comporta de maneira excessiva e violando a confiança, agravando, com isso, a situação do devedor, é que deve ser instado a mitigar suas próprias perdas. É claro que não se pode exigir que o credor se prejudique na tentativa de mitigação da perda ou que atue contrariamente à sua atividade empresarial, porquanto aí não haverá razoabilidade.

Nesse contexto, como o credor possui pleno direito, garantido em lei, de ajuizar a ação de cobrança contra o devedor em certo lapso temporal, não se pode entender que o exercício tardio do direito de ação, mas dentro do prazo prescricional, por si só, configure causa de aplicação do *duty mitigate the loss*. Até mesmo porque o débito tornou-se exorbitante não em razão da exclusiva demora do credor de ajuizar a ação de cobrança, ainda que dentro do prazo prescricional, mas, principalmente, em decorrência do inadimplemento contínuo e consciente do devedor ao longo do mesmo lapso temporal, o que fez incidir os encargos contratuais e legais.

Entende-se que, em tais casos, a interpretação mais adequada é aquela que somente autoriza a aplicação do *duty mitigate the loss* quando, além do exercício tardio do direito de cobrança pelo credor, houver violação de uma legítima confiança anteriormente estabelecida na relação jurídica em que o credor, por outras condutas ou circunstâncias de fato, fez crer ao devedor que a dívida não mais seria cobrada, ou quando houver a violação de algum dever anexo ao contrato (lealdade, confiança, cooperação etc.), devidamente comprovado nos autos.

Penso, assim, que as ponderações feitas por Daniel Pires Novais Dias, acima mencionadas, são salutares e merecem ser consideradas no caso em exame, devendo ser acrescentado apenas que a adoção do *duty to mitigate the loss* resulta na mitigação das perdas pelo credor, e não na exclusão da obrigação em favor do devedor, como ocorre na *supressio*.

Passando à análise do caso concreto, transcrevo o que ficou consignado na r. sentença:

De mais a mais, no interregno temporal de 21.08.1999 a 11.11.2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer qualquer correção. A partir de 12 de novembro

de 2004 até a data do efetivo pagamento deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

(...)

Outrossim, em atenção à cláusula geral contida no artigo 422 da Lei Substantiva que impõe ao magistrado o dever de interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, tenho que, na hipótese, deve ser observado o princípio acessório *duty the mitigate the loss* ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor.

Significa dizer que, *diante do descumprimento contratual perpetrado pelo réu ante o não pagamento das faturas do cartão de crédito, a instituição financeira não pode ficar inerte por um longo período, como ocorreu in casu, aguardando que diante da alta taxa de juros prevista no contrato a dívida alcance valores exorbitantes. Diante da negligência da instituição financeira para limitar a perda, tenho que o crédito a que faz jus deve ser reduzido, proporcionalmente.*

Desse modo, ante o descumprimento do dever anexo mencionado, tenho que no interregno temporal de 21.08.1999 a 11.11.2004, período da fixidez do caso bancária, o *quantum debeatur* não deverá sofrer qualquer correção e/ou atualização. Apenas a partir de 12 de novembro de 2004, quando tomadas as medidas para recebimento do crédito, até a data do efetivo pagamento, deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais.

Por sua vez, o Tribunal estadual arrematou:

Aplicação do princípio “*duty to mitigate the loss*”

Inicialmente, *irresigna-se o apelante contra a aplicação do princípio denominado “duty to mitigate the loss” (mitigação do prejuízo pelo próprio credor), que culminou no afastamento da cobrança de qualquer encargo, tais como juros, correção monetária ou multa moratória, no período de 21.08.1999 a 11.11.2004, período em que o apelado incidiu em mora e a interposição da presente ação.*

Antes de adentrar na análise propriamente dessa matéria, passo a tecer alguns comentários a respeito do princípio denominado “*duty to mitigate the loss*” (mitigação do prejuízo pelo próprio credor).

Segundo os ensinamentos do mestre Flávio Tartuce, citando Vera Maria Jacob Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, esta é uma das construções inovadoras do Novo Código Civil e esta diretamente relacionada com o princípio da boa-fé objetiva, “uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.” (Direito Civil, Ed. Método, pág. 111) Aliás, a respeito da tese em questão já foi aprovado o Enunciado 169 na III Jornada de Direito Civil, *verbis*:

O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Como esclareceu com muita propriedade o mestre Flávio Tartuce, “.. (...) não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.” (Direito Civil, Ed. Método, pág. 112) *Exatamente esta a situação dos autos, eis que o Contrato de Emissão e Utilização dos Cartões de Crédito Banestado Visa, n. 491415208964600, firmado em 17.12.1996, segundo alegações do próprio apelante, não teve as suas fatura pagas desde o dia 20.8.1999 (f. 11).*

Contudo, o apelante aguardou até 12.11.2004 para tomar alguma atitude quanto ao recebimento do seu crédito, o que ocorreu com a interposição desta ação, o que implicou na evolução do saldo devedor de R\$ 19.196,26 para R\$ 50.151,76 (cálculo efetuado em 07.10.2004).

Como dito acima, em nome do princípio da boa-fé objetiva, que deve prevalecer entre as partes contratantes, *deveria o apelante ter efetuado a cobrança do encargo tão logo o apelado deixou de efetuar os pagamentos, evitando com isso a elevação da dívida a montantes astronômicos, como é o caso dos autos.*

Nesses casos, menciona o mestre Flávio Tartuce, em citação à professora Vera Jacob Fradera, que em casos tais envolvendo o *duty to mitigate the loss*, a e professora propõe que o “não atendimento a tal dever traria como consequência sanções ao credor, principalmente a imputação de culpa próxima à culpa delitual, com o pagamento de eventuais perdas e danos, ou a redução do seu próprio crédito.” (Direito Civil, Ed. Método, pág. 113).

Assim considerando, mostra-se razoável a redução do crédito do apelante no período compreendido de 20.01.1997 a 20.08.1999, não havendo se falar em enriquecimento ilícito neste caso, porquanto a penalidade decorre da própria inércia do apelante, que não obedeceu ao princípio da boa-fé que deve prevalecer nas relações contratuais, tendo se valido das vantagens decorrentes da demora na interposição da presente ação.

Nota-se, pois, que a razão utilizada pelas instâncias ordinárias para aplicar ao caso o postulado do *duty to mitigate the loss* está fundada tão somente na inércia da instituição financeira, a qual deixou para ajuizar a ação de cobrança quando já estava próximo de vencer o prazo prescricional e, com isso, acabou obtendo crédito mais vantajoso diante da acumulação dos encargos ao longo do tempo.

Contudo, entende-se que a demora no ajuizamento da ação pela instituição financeira não foi a única causa do aumento do valor da dívida relativa ao cartão de crédito, mas também a própria inércia do devedor de adimplir a tempo e

modo sua obrigação ou, ainda que tardiamente, cumpra-la antes o possível para evitar a acumulação dos encargos.

Ademais, não há nas decisões proferidas pelas instâncias *a quo*, ou mesmo nos argumentos trazidos pelas partes, nenhum elemento que demonstre haver a instituição financeira, no caso em exame, criado no devedor expectativa de que não cobraria a dívida ou que a cobraria a menor, ou mesmo de haver violado seu dever de informação. Por exemplo, sinalizando a pretensão de transacionar por diversas vezes com o devedor, mas nunca concretizando a transação e, no último momento, próximo ao implemento da prescrição, ajuíza ação furtivamente. Claro que tudo isso devidamente comprovado nos autos.

Não há, outrossim, elemento nos autos no qual se possa identificar qualquer conduta do devedor no sentido de negociar sua dívida, ou de ter sido impedido de fazê-lo pela ora recorrente, ou ainda qualquer outra circunstância que pudesse levar à conclusão de quebra da confiança ou dos deveres anexos aos negócios jurídicos por qualquer uma das partes contratantes, tais como a lealdade, a cooperação, a probidade, entre outros.

Destarte, conclui-se que a demora no ajuizamento da ação de cobrança, mas dentro do prazo prescricional, não pode ser considerada, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor.

Assim, não tendo sido demonstrado no âmbito das instâncias ordinárias nenhuma causa que autorize a aplicação, na hipótese, do *duty to mitigate the loss*, há de ser afastada a “supressão da cobrança de qualquer encargo no período entre 21.08.1999 e 11.11.2004”, determinada pela r. sentença e pelo v. acórdão recorrido. Com isso, aplica-se de forma adequada a regra do art. 422 do Código Civil de 2002.

Por fim, a respeito dos juros remuneratórios, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o seguinte em sede de recurso especial repetitivo:

Direito Processual Civil e Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento.

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n. 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

Preliminar O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n. 1.963-17/00, reeditada sob o n. 2.170-36/01.

I - Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade.

Orientação 1 - Juros remuneratórios

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/1933), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/2002;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1.061.530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22.10.2008, DJe de 10.03.2009, grifou-se)

Bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Contrato que não prevê o percentual de juros remuneratórios a ser observado.

I - *Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação. Juros remuneratórios*

1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, *é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.*

II - *Julgamento do recurso representativo*

- *Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.*

- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP n. 1.963-17/00 (reeditada sob o n. 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1.112.879/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe de 19.5.2010)

A Corte de origem acolheu tal precedente, mas, por fundamento diverso, limitou a taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano. Eis o teor do voto condutor do acórdão:

Assim, com reserva do meu entendimento pessoal, passo a analisar a questão referente aos juros remuneratórios, segundo o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Consoante se extrai do REsp 1.061.530/RS que examinou a matéria em questão, a revisão da taxa de juros deve ser admitida em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridade do julgamento em concreto.

A situação fática exposta nos autos caracteriza-se como relação de consumo e, portanto, está sujeita às regras do Código de Defesa do Consumidor, cabendo assim, a análise da abusividade da taxa contratada, a autorizar a revisão do contrato, a teor do que prevê expressamente o referido codex.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, consideram-se abusivas as taxas contratadas que excedam à taxa média de mercado.

(...)

Logo, se a taxa de juros prevista no contrato estiver acima da taxa média de mercado resta caracterizada a abusividade, sendo, portanto, *possível a revisão do contrato e a consequente redução da taxa dos juros ao limite imposto pela taxa média de mercado.*

(...)

No caso vertente, não existindo meios de se apurar o valor da taxa contratada, ante a ausência de contrato nos autos, que deveria ter sido juntado pelo apelante, levando-se em conta a hipossuficiência do apelado, tenho que deve prevalecer os termos da sentença recorrida, ou seja, os juros remuneratórios devem permanecer limitados em 12% ao ano, pelas razões que passo a explicar.

A priori, cumpre esclarecer que esta posição não afronta o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, sufragado no recurso representativo da controvérsia n. 1.061.5301RS, tratando-se, na verdade, de caso atípico, que deve ser analisado sob a ética processual civil.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No caso presente, a alegação do apelado, na contestação e nas contrarrazões recursais é no sentido de que o apelante efetuou a cobrança de juros extorsivos, dos quais não há comprovação nos autos, em razão da ausência do contrato firmado entre as partes.

Considerando o disposto no inc. II do art. 333 do CPC, competia ao apelante comprovar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do apelado, ou seja, deveria ter demonstrado, através da juntada do contrato entabulado entre as partes, que não procedeu nele a cobrança de juros extorsivos.

Cumpre esclarecer que os extratos de f. 12/47 não se prestam a esse fim, eis que se trata de documento produzido unilateralmente, sem qualquer participação do apelado.

Assim não procedendo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo apelado, ou seja, que houve a cobrança de juros extorsivos, razão pela qual deve ser mantido o percentual de juros fixados na sentença recorrida, qual seja, de 12% ao ano.

O Tribunal estadual concluiu que, em razão da hipossuficiência do contratante, o ônus da prova incumbia à instituição financeira, a qual deveria demonstrar, por meio da juntada aos autos do contrato ou de outra prova suficiente, qual a taxa de juros contratada. Diante da ausência de prova, confirmou a r. sentença que limitou os juros remuneratórios a 12% ao ano (fls. 225-242 e 290-296, e-STJ).

Tal conclusão não destoia da jurisprudência desta Corte de Justiça, segundo a qual, embora, em regra, o ônus da prova incumba a quem alega a existência do direito ou do fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito, há casos em que o julgador, interpretando sistematicamente a legislação processual, verifica que o referido ônus deve recair sobre aquele que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando, com isso, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Foi o que ocorreu no caso dos autos, em que a relação jurídica era estabelecida entre o consumidor que contratou cartão de crédito e a instituição financeira, de maneira que o primeiro, inevitavelmente, encontrava-se em situação de hipossuficiência e o segundo, autor da ação de cobrança, possuía maiores condições de trazer o contrato aos autos, até mesmo para embasar a cobrança da taxa de juros remuneratórios contratada.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

Civil e Processo Civil. Pedido. Interpretação. Critérios. Prova. Ônus. Distribuição. Litigância de má fé. Cobrança de dívida já paga. Limites de incidência. Dispositivos legais analisados: arts. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I e II, 339, 355, 358, 359, 460 e 512 do CPC; e 1.531 do CC/1916 (940 do CC/2002).

(...)

6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

(...)

(REsp 1.286.704/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22.10.2013, DJe de 28.10.2013)

Administrativo. Processual Civil. Concurso público. Mandado de segurança. Demonstração de direito líquido e certo. Cláusula do edital do concurso. Revisão.

Matéria fático-probatória. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Exigência de prova de fato negativo. Formalismo excessivo. Prova diabólica. Aplicação das cláusulas gerais da razoabilidade e da proporcionalidade. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, via de regra, a apreciação da existência ou não de direito líquido e certo amparado por Mandado de Segurança, não tem sido admitida em Recurso Especial, pois exige reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao STJ nos termos da Súmula 7. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que o Tribunal *a quo* entendeu, a partir da análise dos fatos constantes dos autos, pela presença de direito líquido e certo apto a ser tutelado em sede de mandado de segurança. 3. Isso porque, em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de “prova diabólica”, exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. Precedente: AgRg no AgRg no REsp 1.187.970/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05.08.2010, DJe 16.08.2010. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.12.2012, DJe de 05.02.2013)

A única alteração que merece ser feita no ponto é que, diante da ausência de prova do montante dos juros remuneratórios contratados, deveria o Tribunal de origem tê-los fixado, na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com base na taxa média de mercado própria para a espécie contratual de cartão de crédito.

A propósito:

Agravo regimental no recurso especial. Tarifas bancárias. Ausência de juntada do instrumento contratual. Agravo não provido.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a cobrança de taxas e tarifas bancárias deve ter expressa previsão contratual.

2. Não juntados aos autos os contratos, deve o agravante suportar o ônus da prova, afastando-se as tarifas contratadas e limitando os juros remuneratórios à taxa média de mercado.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.578.048/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe de 26.08.2016)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso especial, para:

(I) afastando a aplicação do princípio *duty to mitigate the loss* na hipótese, determinar a incidência de juros de mora de 0,5% ao mês, mais correção

monetária com base na tabela do Tribunal de origem, desde a data da citação até a data da entrada em vigor do novo Código Civil e, daí em diante, com base na taxa SELIC;

(II) determinar a incidência de juros remuneratórios limitados à taxa média de mercado.

Dada a sucumbência recíproca, custas e honorários devem ser rateados, aplicado o Código de Processo Civil de 1973.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.338.385-RS (2012/0167534-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Banco A J Renner S/A

Advogado: Rodrigo Pereira Adriano e outro(s) - SP228186

Recorrente: Lojas Renner S/A

Advogado: Luis Renato Ferreira da Silva e outro(s) - RS024321

Recorrido: Os Mesmos

EMENTA

Recurso especial. Direito Marcário. Uso indevido de marca. Matéria de fato e interpretação contratual. Súmulas 5 e 7. Acórdão fundamentado. Pedido principal de abstenção do uso da marca e sucessivo de indenização por danos materiais. Pedido sucessivo não apreciado no acórdão recorrido. Ausência de oposição de embargos de declaração. Falta de prequestionamento.

1. Estando o acórdão recorrido suficientemente fundamentado não se configura ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

2. A pretensão de simples interpretação de cláusulas contratuais e de reexame de prova não enseja recurso especial. É o que ocorre quando o acórdão recorrido reconhece o uso indevido de marca a

partir do contrato celebrado entre as partes a respeito dos limites daquele uso. Aplicação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. É inviável o recurso especial em que se pede indenização por danos materiais se a questão não foi debatida no acórdão recorrido, tomado do julgamento dos embargos infringentes. No caso, a Câmara Julgadora dos recursos de apelação, por maioria, não reconheceu o uso indevido de marca, de modo que ficou prejudicado o exame, pelos votos vencedores, da questão referente à respectiva indenização por danos materiais. Foram opostos embargos infringentes a fim de fazer prevalecer o entendimento minoritário de que ocorreu a violação à exclusividade de marca, mas sem pedido sucessivo de exame do pedido de indenização pelo grupo de Câmaras, ou retorno à Câmara para exame do pedido originalmente prejudicado.

4. Acolhidos os embargos infringentes sem exame do pedido de indenização, apenas apreciada a questão do uso indevido de marca, tem-se que a matéria referente à reparação dos danos materiais não pode ser resolvida em recurso especial, por ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula 320 desta Corte. Ausência de oposição de embargos de declaração.

5. O debate da matéria suscitada no recurso especial deveria ter ocorrido mediante a devolução da questão, que é pedido sucessivo, dependente da procedência do principal, pela via dos embargos de declaração ao acórdão tomado do julgamento dos embargos infringentes.

6. Recurso especial das Lojas Renner parcialmente conhecido, ao qual se nega provimento. Recurso especial do Banco A. J. Renner não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte e, nesta extensão, negou provimento ao recurso especial interposto por Lojas Renner S.A e, por maioria, não conheceu do recurso especial interposto por Banco A. J. Renner S.A, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Em relação ao recurso especial do Banco A. J. Renner S.A, votaram vencidos os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Luis Felipe Salomão.

Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Marco Buzzi e Raul Araújo.

Sustentou oralmente Dr. Rodrigo Pereira Adriano, pela parte recorrente: Banco A J Renner S/A

Sustentou oralmente Dr. Miguel Ângelo Cançado, pela parte recorrente: Lojas Renner S/A

Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 23.10.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recursos especiais interpostos por Banco A. J. Renner S.A. e por Lojas Renner S.A., ambos com fundamento do art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado (e-STJ fl. 1.191):

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Uso de marca para finalidade não autorizada pela detentora do registro perante o INPI. Contrato entre as partes. Interpretação. Caso em que o banco detentor do registro da marca ‘Renner’ a utiliza na oferta de produtos financeiros. Loja de vestuário que, a época da avença, não oferecia produtos financeiros aos seus clientes, exceto os vinculados ao comércio de vestuário. Inviabilidade, portanto, de interpretar o contrato da forma pretendida pela ré, ora embargada.

Embargos infringentes acolhidos. Por maioria.

Lojas Renner S.A. alega violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil (1973); 112, 113, 389, 421 e 422 do Código Civil; 189, I, e 209 da Lei n. 9.279/1996, além de dissídio jurisprudencial. Afirma não ter feito uso indevido da marca em questão, até porque sua atividade financeira se resume à concessão de crédito aos consumidores dos produtos de suas lojas. Argumenta que, para o reconhecimento da violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal, a confusão é elemento que deve ser considerado, mas não está presente no caso concreto.

Banco A. J. Renner S.A. alega violação dos arts. 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que, nos termos desses

dispositivos, a indenização por danos materiais é consequência automática do reconhecimento do uso indevido de sua marca.

Em contrarrazões, Lojas Renner S.A. afirma que o recurso especial da outra parte visa ao reexame de prova, portanto inadmissível nos termos da Súmula 7 desta Corte. Argumenta que os dispositivos tidos pelo Banco como violados, 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996, são mera decorrência do art. 208 da mesma lei, não estando eles, todavia, prequestionados. O dissídio jurisprudencial, afirma, também não estaria comprovado. No mérito, argumenta que não há presunção de danos materiais quanto ao uso de marcas em serviços, como ocorreria no caso de produtos.

Em suas contrarrazões, Banco A. J. Renner S.A. narra que Lojas Renner desrespeitou a reserva de exclusividade ao utilizar a marca para identificar serviços não abrangidos pela autorização concedida. Alega ser o único detentor dos registros da marca “RENNER” no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI. Sustenta que o uso indevido tem causado efetiva confusão no público consumidor, ensejando reclamações no Procon contra o Banco Renner e propositura de ações judiciais, até mesmo trabalhistas aforadas por funcionários da Lojas Renner. Afirma que o recurso especial da outra parte é inadmissível, dada a ausência de prequestionamento e a pretensão de interpretação de cláusula contratual e reexame de prova.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora):

Do recurso especial de Lojas Renner S.A.

Tenho que não há como rever as conclusões do Tribunal de origem sem o reexame das cláusulas do contrato e dos elementos probatórios dos autos, notadamente aqueles colhidos via o depoimento de testemunhas, procedimento inviável em sede de recurso especial.

A propósito, confira-se o que consta do acórdão recorrido (fls. 1.195/1.202):

Inicialmente, quanto ao pedido de desentranhamento dos documentos juntados pelo recorrente a folhas 937/1.002, vai indeferido, porquanto as datas constantes dos mesmos são posteriores à data da sentença e da interposição dos apelos, justificando, assim, a sua permanência nos autos, a teor do disposto no

artigo 517 do CPC. Os documentos das folhas 935/936, por sua vez, são apenas detalhamento dos processos de registro da marca *Renner* em nome do banco autor, acerca do que as partes não controvertem.

Por fim, observo que não estou resolvendo as questões veiculadas nos embargos infringentes com os documentos pretendidos desentranhar, mas com a análise do contrato entre as partes e do conjunto probatório produzido até o julgamento dos apelos.

(...)

Com efeito, no caso dos autos, o banco detentor do registro da marca “Renner” (fls. 51/52) a utiliza na oferta de produtos financeiros em geral. A embargada, no entanto, à época da avença entre as partes, não oferecia tais produtos aos seus clientes, exceto os vinculados ao comércio de vestuário, o que restou expressamente autorizado pela embargante (ver o contrato, especialmente às fls. 87/88 e carta de anuência à folha 151).

Atualmente tem oferecido empréstimos pessoais inclusive a não clientes, o que, a meu ver, torna inviável interpretar o contrato e a carta de anuência da forma pretendida pela recorrida e pelos vencedores no julgamento da Câmara.

Assim, reproduzo os fundamentos do voto proferido pelo eminente Desembargador Artur Arnildo Ludwig, no que mais importa, os quais se integram ao meu voto como razões de decidir (fls. 856/560):

(...)

A ação vem calcada em pedido de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais.

Com a devida vênia ao ilustre relator dos apelos tenho que a sentença hostilizada apresentou solução adequada ao caso, ajustada à prova dos autos e legislação aplicável, considerando, sobretudo, a documentação acostada corroborada pela farta prova oral, apontando para irregularidade na conduta da rede de lojas requerida, pretendendo a utilização do uso da marca ‘Renner’ para designação de atividades da área financeira na qual pretende atuar.

Inicialmente cumpre mencionar que junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI - a demandada não obteve êxito nos pedidos formulados perante a Diretoria de Marcas, cadastrados sob os números 827870302 e 827662211, com o indeferimento do registro vinculado as expressões “*Realize*” e “*Realize Crédito Fácil*”, ambos em sede de recurso, o que gerou o sobrestamento do pleito referente à denominação ‘*Realize R Lojas Renner*’, nos seguintes termos:

Oposição tempestiva, interposta por A. J. Renner SIA.

Alegações parcialmente procedentes quanto ao inciso XIX do art. 124 da LPI, visto que a marca da oposta é reprodução com acréscimo

da marca da oponente para assinalar serviços financeiros. Entretanto, a oponente apresentou Carta de Consentimento onde ela permite que a oposta utilize a marca "Renner" para assinalar *'Serviços de Operações de Cartões de Crédito e Operações de Suporte, bem como serviços de Seguro relacionados aos negócios das Lojas Renner, excluindo então os serviços de financiamento aqui reivindicados. Sendo assim, somos pela exclusão dos serviços não contemplados no referido acordo, para evitar a colidência entre as marcas. Entretanto, nas buscas foram encontradas anterioridades impeditivas, relacionadas ao sinal "Realize", cabendo sobrestamento.

Dessa forma, já estaria a loja utilizando a marca e ofertando os serviços financeiros sem o devido amparo contratual, tampouco autorização do órgão administrativo responsável pelo registro de marcas.

Do provimento hostilezado impende prestigiar os seguintes pontos essenciais ao deslinde da controvérsia travada, salientados pela Dra. Maria Thereza Barbieri:

(...) O Banco-autor logrou comprovar, é titular da marca *Renner*, uma vez que procedeu aos devidos registros junto ao INPI, pelo que se extrai dos documentos de fis. 51 a 56. Conforme consta da especificação dos produtos/serviços (fl. 54), o demandante registrou a marca *Renner* para designar serviços bancários e de crédito, financiamento e investimento, serviços auxiliares ou correlatos das atividades financeiras, frise-se, todos inerentes à atividade por ele desenvolvida enquanto instituição financeira que é.

*Por ocasião da alienação do controle acionário da demandada, o Banco Renner cedeu o uso da marca **Renner** às Lojas Renner para identificar serviços de cartão de crédito, de seguro e operações de suporte, consoante se constata à vista do Contrato de Subscrição e Aquisição de Ações (fls. 57 a 95 - tradução) e da Carta de Anuência (fls. 151 a 153 - tradução).*

*Observa-se, em ambos os instrumentos, houve clara disposição no sentido de que o direito de uso ou de registro futuro da marca **Renner** pelas Lojas Renner estaria resguardado sempre que guardassem relação com o negócio pela Loja desenvolvido (fls. 87 e 153).*

Constou, ainda, expressamente, do mencionado contrato (fl. 88), constitui exceção ao direito de uso conferido a demandada a *manutenção do direito de propriedade da marca **Renner** ao Banco Renner, nos termos dos registros existentes junto ao INPI, para denominar operações financeiras enquadradas nas classes 36/10 e 36/70.*

*Conforme se infere da prova documental, portanto, está a requerida autorizada a utilizar a expressão **Renner** nos serviços de seguro, nas operações de crédito e de suporte relacionados ao negócio das Lojas Renner.*

Mais adiante, analisando a prova testemunhal conclui a ilustre magistrada pela procedência dos argumentos trazidos pelo Banco:

(...) Resta demonstrado, pois, que, quando da outorga da permissão de uso da marca *Renner* à demandada, em 1998, o intuito das partes era preservar a função precípua do cartão de crédito à época, qual seja, fornecer ao cliente um crédito aprovado previamente para aquisição dos produtos vendidos nas Lojas Renner.

Cumpre salientar que a política de não envolvimento com os negócios financeiros da controladora acionária das Lojas Renner, JC Penney, era tão rígida, que somente no ano de 2006, com a venda das ações e a retirada da JC Penney da sociedade, é que houve a alteração no Estatuto Social para complementar o objeto social das Lojas Renner, incluindo as operações de intermediação de serviços financeiros, tais como empréstimos pessoais, títulos de capitalização e corretagem de seguros (documentos, fls. 187 e 188).

Saliento, não há óbice legal ou contratual para que a requerida desenvolva tais atividades, visando a adequar-se ao mercado. Contudo, não lhe é lícito utilizar a marca **Renner** para identificar serviços financeiros que não os de cartão com linha de crédito pré-aprovada para compras nas Lojas Renner e de seguro, autorizados expressamente na Carta de Anuência.

Carlos Alberto Carvalho Filho relata que, quando da criação, o cartão Renner servia apenas para aquisição de bens da própria loja. Todavia, a partir do ano 2006, passou a ser oferecido como um cartão de uso múltiplo, inclusive para obtenção de crédito pessoal (fls. 447/449).

Michel Zavagna Gralha, representante legal da demandada, entende que a autorização de uso da marca *Renner* pela requerida compreende atividades acessórias consistentes em crédito pessoal, seguros e títulos de capitalização, serviços financeiros atualmente praticados pelas Lojas Renner. Entretanto, diz que a identificação dessas operações é feita por * meio de marca própria (fls. 437/444).

Por fim, Gildo Melo da Silva, gerente-geral das Lojas Renner nesta Cidade, refere que, ao contrário do que acontece com o cartão de crédito, a contratação de empréstimos pessoais e títulos de capitalização não exige o vínculo entre o consumidor e as Lojas Renner (fls. 451/454).

Dessarte, emerge incontestável que a demandada está a prestar serviços de empréstimo pessoal e de títulos de capitalização, sendo o Público destinatário dos produtos e o âmbito de atuação idênticos aos mesmos serviços oferecidos pelo Banco-autor, excedendo, pois, os limites do contrato entabulado entre as partes.

Com efeito, não se está afirmando que estaria a requerida impedida de ingressar na área financeira, destinada às instituições bancárias. Todavia, se assim desejar, tudo indica que terá que fazê-lo utilizando outra expressão, uma vez que, nesse ramo de atividade está impedida de usar a marca Renner, de titularidade do Banco A. J. Renner.

(...)

No mérito, propriamente, a requerida limita-se a defender a inexistência de prova nos autos acerca da eventual confusão que as marcas poderiam gerar no público consumidor, “mesmo que o acordo tenha limitado o uso aos dois produtos referidos pela sentença, não há nos autos prova da confusão pressuposta”.

Ora, em total oposição ao que sustenta a apelante não há exigência desse requisito para configuração do direito defendido pela instituição financeira autora.

Com efeito, o fato de o público alvo ser diverso, assim como a forma de angariar os clientes, não torna lícita a conduta da requerida, lançando-se no mercado financeiro, ofertando crédito pessoal consignado, e títulos de capitalização, aos trabalhadores, mediante convênio com a empregadora, sem a respectiva autorização para tanto. O serviço que a requerida intenta prestar é o mesmo já exercido pelo Banco, verdadeira instituição financeira.

Pelo contrário, nos termos do Contrato de transferência de ações e da Carta de Anuência a demandada está proibida de utilizar a marca Renner para tais atividades, reservadas ao Banco que possui a titularidade do nome junto ao INPI para a classe relacionada à sua atividade fim.

E mais, também o fato de a insurgente ter ampliado o seu objeto social não lhe atribui tal direito, posto que à época do consentimento limitava-se a venda de mercadorias a varejo.

Acolhendo-se a tese defendida pela ré se estaria lhe conferindo um direito que não fora concedido pelo Banco autor, detentor do registro da marca Renner, para atividades financeiras, junto ao INPI, na classe 36, a saber: “Serviços Bancários e de Crédito, Financiamento e Investimento, Serviços Auxiliares ou Correlatos das Atividades Financeiras.” (fls. 51/56).

Dita autorização, limitada a serviços relacionados com a loja, como cartão de crédito e seguro, antecedeu à ampliação do objeto social pela atual proprietária de Lojas Renner S/A.

Além disso, se a mencionada autorização fosse irrestrita como pretende convencer a recorrente, não haveria motivo para o Banco autor permanecer com a titularidade de marca e mencionar, na documentação, a continuidade das operações financeiras, nos seguintes termos:

IX - Exceções à Disposição de Direito de Propriedade Intelectual.

(...)

b) O Banco Renner manterá o direito do uso do nome "Renner" registrado junto ao INPI sob os números 810939088 e 916797496, enquadrados respectivamente nas classes 36/10 e 36/70. Os acionistas consentem com o registro pela Investidora e não contestarão o registro pela Investidora do nome "Renner" na classe 36/60, com o fim de proteger as operações de *cartão de crédito* e operações de suporte relativas ao *negócio das Lojas Renner*, na classe 36/30, para serviços de seguro, e em quaisquer outras classes de serviços e produtos que a Investidora porventura deseje usar com *relação às suas operações*. (fl. 88)

À fl. 534 das razões recursais a apelante reconhece que o produto é o mesmo.

Inarredável a conclusão de que a rede de lojas está agindo na contramão do ajuste, ferindo o Princípio da boa-fé contratual que deve nortear todos os negócios.

Uma das faces do Princípio da boa-fé objetiva é justamente a restrição à autonomia da vontade e criação de direitos subjetivos e deveres jurídicos. Desta forma, com a aplicação do Princípio da boa-fé, e a compreensão científica dos 'deveres laterais ou anexos;', surge uma fonte autônoma de direitos e obrigações, admitindo-se um mecanismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das próprias partes, na lição de Clóvis do Couto, conduzindo à função criadora de direitos e deveres. Os mencionados deveres laterais são definidos como dever de cuidado, previdência e segurança, dever de aviso e informação, dever de notificação, de cooperação, deveres de proteção e cuidado, relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.

Neste diapasão, a boa-fé objetiva torna-se princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, impondo às partes a atuação com total transparência, lealdade e respeito, fazendo jus à confiança que nelas foi depositada.

Insiste o recorrente na distinção do público alvo, o que, como já consignei, não lhe outorga o direito ao uso irregular da marca "Renner", em oferta de Empréstimo Pessoal e Título de Capitalização. (fls. 574/75)

Da mesma forma, consoante todo o exposto até aqui, não há espaço para falar-se em “autorização para convivência de marcas”, argumento que não merece guarida.

(...)

Com essas considerações, acolho os embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido, restabelecendo a sentença.

Sem novo exame daqueles elementos de fato, como as cláusulas do contrato pelo qual as partes definiram os limites do uso da marca, não há como acolher as alegações de Lojas Renner S.A. de que não houve o uso indevido. Incidem sobre o caso os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte.

Ressalte-se, por oportuno, que o acórdão recorrido não contém os vícios enumerados no art. 535 do Código de Processo Civil (1973). A questão do uso indevido de marca foi examinada e, como visto, foram expostos os fundamentos que amparam a solução adotada pelo Tribunal de origem. A rejeição dos embargos de declaração, portanto, era medida que se impunha e que não implicou ofensa àquele artigo.

Do recurso especial de Banco A. J. Renner S.A.

O Banco A. J. Renner S.A. argumenta que, caracterizado o uso indevido de sua marca, o dano material é consequência automática. Limita-se seu recurso especial ao pedido de indenização por danos materiais.

Para melhor compreensão da controvérsia, rememoro a tramitação da causa.

O recorrente ajuizou a presente ação contra as Lojas Renner, postulando fosse a ré condenada a abster-se de utilizar a marca registrada Renner com a finalidade específica de assinalar ou distinguir serviços financeiros de título de capitalização e empréstimo pessoal, além de outros que não tenham sido autorizados por contrato celebrado entre as partes.

Como pedido sucessivo, postulou a condenação da ré ao ressarcimento por danos materiais no valor do lucro auferido com a prestação dos serviços financeiros não autorizados e indevidamente identificados com a marca Renner.

A sentença julgou procedente o pedido principal, reconhecendo o uso indevido da marca. Mas indeferiu o pedido sucessivo, considerando que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar haver sofrido prejuízo decorrente da coexistência da marca.

Houve recurso de ambas as partes. O do autor postulava a condenação em danos materiais que entende decorrência necessária do uso indevido da marca, sem necessidade de comprovação do prejuízo material.

Os votos que prevaleceram no julgamento da apelação entenderam improcedente o pedido principal, afastando a alegação de uso indevido da marca. Como consequência, negaram provimento ao recurso do Banco Renner, sem dedicar uma linha sequer à tese jurídica nele desenvolvida, o que não seria mesmo necessário, pois se não havia uso indevido da marca, não haveria o pressuposto necessário para a condenação em danos materiais. O voto vencido confirmou a sentença em todos os seus termos, entendendo procedente o pedido de abstenção do uso da marca e improcedente o pedido sucessivo de indenização, porque não comprovados os danos materiais.

Não haveria necessidade de oposição de embargos de declaração ao acórdão da Turma, pois, de fato, os votos vencedores acolheram premissa incompatível o com pedido sucessivo de indenização por danos materiais.

A rigor, o recurso de apelação do Banco Renner não foi examinado pelos votos vencedores, mas apenas pelo vencido, o que significa que a maioria, embora tenha afirmado a ele negar provimento, na realidade, o julgou prejudicado.

O Banco Renner opôs embargos infringentes, pedindo a prevalência do voto vencido, no sentido da violação ao direito de marca. Não foi requerido, todavia, em caráter sucessivo, a apreciação pelo Grupo de Câmaras do pedido de indenização ou o retorno dos autos à Câmara, para a apreciação do pedido sucessivo, caso prevalecesse o entendimento de que houvera uso indevido da marca.

Os embargos infringentes foram acolhidos, por maioria, nos termos do pedido pelo Banco Renner, para fazer prevalecer o voto vencido, restabelecendo a sentença.

Nenhuma linha foi dedicada pelo acórdão recorrido ao exame do pedido sucessivo, o que não fora mesmo requerido nos embargos infringentes. Apenas foi apreciada a questão do uso indevido de marca. Sequer prequestionamento implícito da questão posta no recurso especial houve.

Deixou o Banco de opor embargos de declaração, pedindo o exame pelo Grupo de Câmaras do pedido sucessivo ou a devolução dos autos à Câmara para que, partindo da premissa da procedência do pedido principal, examinasse o pedido subsidiário, o qual havia sido prejudicado pelo entendimento da maioria no julgamento da apelação.

Optou o Banco por interpor diretamente o presente recurso especial, procurando discutir questão não apreciada pelo Grupo de Câmaras, o que encontra óbice no requisito do prequestionamento.

Tal debate deveria ter ocorrido mediante a devolução da questão, que é pedido sucessivo, dependente da procedência do principal, pela via dos embargos de declaração ao acórdão tomado do julgamento dos embargos infringentes, pois no caso concreto não houve voto minoritário parcial, mas total em relação ao pedido principal.

Admissível seria, portanto, formulá-lo por meio de pedido de retorno dos autos à Câmara Cível ou mesmo de análise pelo próprio Grupo de Câmaras, cuja omissão, aí sim, poderia ser objeto de embargos de declaração alegando afronta ao art. 530 do Código de Processo Civil revogado.

Ora, se de pedido sucessivo se trata, na apelação e no recurso especial, ele é sucessivo em qualquer circunstância, inclusive nos embargos infringentes.

Penso até que os embargos de declaração seriam cabíveis mesmo na hipótese de silêncio dos embargos infringentes e do acórdão que os julgou, como aqui ocorreu, pois o acolhimento da tese implica o automático restabelecimento da matéria devolvida pela apelação, o que não se pode confundir com o automático deferimento ou indeferimento da indenização por danos materiais, como quer a instituição financeira.

Sobre a questão, precedente específico da 3ª Turma do STJ:

Seguro. Indenização. Procedência do pedido. Apelação. Pedidos sucessivos. Reforma da sentença. Improcedência. Maioria. Voto vencido. Procedência. Embargos infringentes. Acolhimento. Procedência do pedido indenizatório. Pedido sucessivo. Interesse. Dever de examinar. Existência.

1. É lícito ao réu, vencido em primeiro grau, formular pedidos sucessivos na apelação.

2. Se o Tribunal, por maioria, dá provimento à apelação e reforma a sentença de mérito para julgar improcedente o pedido indenizatório, o réu apelante não tem interesse no exame do segundo pedido, sucessivo, de redução proporcional da indenização.

3. O interesse no exame do pedido sucessivo ressurgir quando o Tribunal acolhe embargos infringentes opostos pelo autor/apelado, restabelecendo a sentença que declarou inteiramente procedente o pedido indenizatório.

4. Cabimento de embargos de declaração com pedido de correção da omissão do Tribunal que, no julgamento dos embargos infringentes, não examina pedido

sucessivo formulado pelo embargado na apelação, porque não contido nos limites do voto vencido.

5. Rejeição dos embargos declaratórios em ofensa ao Art. 535 do CPC, impondo o retorno dos autos ao Tribunal local, a fim de que examine pedido sucessivo de redução proporcional da indenização, cujo interesse só ressurgiu quando acolhidos os embargos infringentes para restabelecer a sentença de procedência total do pedido indenizatório.

(REsp 1.007.072/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, unânime, DJU de 16.5.2008)

Por isso mesmo, não é possível pela via especial, sem pedido de devolução para julgamento da apelação, por nulidade do acórdão dos embargos infringentes, que o STJ suprima a instância de segundo grau, considerando prequestionada a matéria. Sem indicação dos arts. 530 e 535 do CPC de 1973, estranhos ao apelo, a impossibilidade de reversão do decreto de improcedência do pedido sucessivo é irremediável.

Para finalizar, não se cogita de violação ao princípio que garante o acesso à Justiça quando isto se deve a deficiência do recurso, não de causa alheia à atuação do recorrente.

Em face do exposto, conheço em parte do recurso especial de Lojas Renner e, na parte conhecida, a ele nego provimento. Não conheço do recurso especial do Banco A. J. Renner S.A.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Banco A.J. Renner S.A. ajuizou ação em face de Lojas Renner Sociedade Anônima. Narra que a ré vem utilizando, indevidamente, a marca registrada “*Renner*”, de sua titularidade, para assinalar os mesmos serviços financeiros que são oferecidos por seu legítimo titular, induzindo intencionalmente o consumidor a erro e confusão.

Assevera que a requerida age de má-fé, pois tem pleno e inequívoco conhecimento do registro da marca e, por conseguinte, do direito de uso exclusivo para distinguir serviços financeiros, tanto que buscou carta de consentimento para utilização da expressão “*Renner*” na designação de operações de cartão de crédito, suporte e de seguros, entre outras.

Pondera que outorgou carta de consentimento, excluindo anuência para uso dos demais serviços financeiros relacionados às atividades do próprio banco, que nem mesmo fazem parte do objeto social da Lojas Renner.

Expõe que fez notificação extrajudicial e almeja a imediata cessação das práticas de contrafação da marca “Renner” e da concorrência desleal praticada pela ré, assim como pretende a reparação dos danos decorrentes dessa conduta.

Aduz que a ré chegou a depositar, no INPI, o pedido de registro da marca “*Realize R Lojas Renner*”, processo n. 828.425.744, para distinguir seguros, negócios financeiros, monetários e imobiliários, requerimento indeferido administrativamente, após a apresentação de oposição ao pedido de registro.

Obtempera que a ré alterou seu objeto social e vem fazendo maciça campanha publicitária oferecendo serviços sob a marca “*Renner*”.

O Juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial.

Interpuseram as partes apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao recurso do autor e, por maioria, deu provimento ao da ré.

A decisão tem a seguinte ementa:

Ação de indenização e de abstenção de uso da marca denominada “Renner”. Contrafação e concorrência desleal. Não configuradas. Fato notório. Denominação distinta entre “*Realize R Lojas Renner*” e “Banco Renner”.

1. A investidora que adquiriu o controle acionário de Lojas Renner, também adquiriu o direito de usar o nome e a marca Renner em suas operações, nas classes que desejasse, quer por meio de contratos como através de Carta de Anuência.

2. Entre essas operações, inclui-se o usar o nome Lojas Renner no serviço de crédito pessoal e capitalização que oferece com o nome de *Realize R Lojas Renner*.

3. *Realize R Lojas Renner* têm denominação distinta da usada pelo Banco Renner, tanto em palavras como pela grafia, formando um composto que torna impossível criar-se confusão entre os consumidores. Ademais, é notório (art. 334, I, e 335, ambos do CPC) que Lojas Renner é um nome consagrado no comércio varejista e seria mais crível que o consumidor de crédito que procura o Banco Renner pensasse estar negociando com o mesmo grupo de Lojas Renner e não o inverso.

4. Não configurada a contrafação (art. 189, I, da Lei de Propriedade Industrial), que consiste em reproduzir, sem autorização do titular, no todo ou em parte,

marca registrada, ou imita-o de modo que possa induzir confusão, visto que a Lojas Renner estava autorizada por contrato e por Carta de Anuência a usar do nome “Renner” em suas operações sem qualquer limite; e, por outro lado, não restou configurada a prática de concorrência desleal (art. 195, II, da LPI) por parte das Lojas Renner, pois não foi empregado meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, cliente do Banco Renner, uma vez que aquela ofereceu aos seus clientes um serviço de crédito e capitalização com designação diferente da constante do nome Banco Renner, sob a denominação *Realize R Lojas Renner*.

5. Preliminar que se confunde com o mérito e que por isso foi examinada em conjunto com o mesmo.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar suscitada pela ré e negaram provimento ao apelo do autor e, por maioria, deram provimento ao apelo da ré.

Opôs o banco autor embargos infringentes, acolhidos, em decisão assim ementada:

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Uso de marca para finalidade não autorizada pela detentora do registro perante o INPI. Contrato entre as partes. Interpretação. Caso em que o banco detentor do registro da marca “Renner” a utiliza na oferta de produtos financeiros. Loja de vestuário que, à época da avença, não oferecia produtos financeiros aos seus clientes, exceto os vinculados ao comércio de vestuário. Inviabilidade, portanto, de interpretar o contrato da forma pretendida pela ré, ora embargada. Embargos infringentes acolhidos. Por maioria.

Sobreveio recurso especial do banco, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial e violação aos arts. 209 e 210 da Lei n. 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial).

Alega o recorrente divergência jurisprudencial, aduzindo que interpõe recurso exclusivamente em relação ao capítulo em que, por unanimidade de votos, foi negado provimento ao seu recurso de apelação, mantendo-se o julgamento de improcedência do pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais pelo uso indevido da marca “*Renner*” para designar serviços de empréstimo a pessoa e título de capitalização.

Pondera que o Tribunal local reconheceu que houve uso indevido da marca “*Renner*”, todavia indeferiu o pleito indenizatório, ao fundamento de que haveria necessidade de comprovação dos prejuízos sofridos pelo titular da marca, em decorrência dessa conduta.

Expõe que, em 7 de dezembro de 1998, o controle acionário da Lojas Renner foi alienado em favor da J.C. Penney - ocasião em que todas as marcas

relacionadas às atividades desenvolvidas pelas Lojas Renner, discriminadas em instrumento contratual, foram transferidas para a adquirente, com a obtenção do consentimento para o uso das marcas, para identificar apenas operações de cartão de crédito, seguro e de suporte.

Assegura que, à exceção dos serviços mencionados, reservou para si o uso exclusivo da marca “*Renner*” para todos os serviços financeiros relacionados à sua atividade, e que a ré, ora recorrida, passou a desrespeitar a reserva de exclusividade, razão pela qual ajuizou ação vindicando a cessação das práticas de contrafação da marca “*Renner*” e concorrência desleal levadas a termo pela ré, bem como a reparação dos danos decorrentes dessa conduta.

Afirma que, com a violação de seu direito de uso exclusivo da marca “*Renner*” para identificar serviços financeiros, exsurgiu a pretensão de indenização, cujo valor deve ser apurado em liquidação de sentença, observando-se os critérios estabelecidos nos arts. 209 e 210 da LPI.

Assevera que se cuida de microsistema próprio que rege a obrigação de indenizar decorrente de atos de violação de propriedade industrial, nos quais, habitualmente, o contrafator usufrui indevidamente do prestígio e da reputação de um ativo, sem nenhuma contraprestação ao titular do direito.

Obtempera que, por decorrência da própria natureza dos direitos de propriedade industrial, o dano é presumido, pois qualquer uso não autorizado garante ao contrafator o benefício pelo não pagamento da licença, e conseqüente prejuízo ao titular do bem imaterial, que não recebe nenhuma contraprestação pelo uso de um ativo próprio.

Argumenta que, consoante o disposto nos arts. 209 e 210 da LPI, tomando em consideração que a comprovação efetiva das perdas em decorrência de atos de contrafação e de concorrência desleal é muito árdua e, na maioria dos casos impossível de ser feita, o legislador previu que a indenização seria devida em decorrência dos próprios atos de violação.

Sustenta ser notório que, se um terceiro está utilizando a marca registrada de outrem, pretende obter vantagem com isso, submetendo o titular a diversos danos e os consumidores à confusão e aos riscos, como de diluição, associando a marca a produtos ou serviços de qualidade inferior.

Afirma que, consoante precedentes das duas turmas de direito privado do STJ, é pacífico o entendimento, no âmbito desta Corte, quanto à presunção do dano em ações que envolvam uso indevido de direitos da propriedade industrial.

Menciona os seguintes acórdãos paradigmas, perfilhando entendimento diverso do expendido pela Corte local: a) REsp 466.761, julgado pela Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi; b) REsp 662.917/MG, julgado pela Quarta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves; c) REsp 710.376/RJ, julgado pela Quarta Turma e por mim relatado; d) REsp 1.174.098, julgado pela Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi.

O recurso especial foi admitido na origem, e a eminente relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, negou provimento ao recurso. Por ocasião do julgamento do agravo interno interposto pelo banco, apresentou voto reiterando sua decisão monocrática, pelos seguintes fundamentos: a) o recurso especial interposto pelo Banco A. J. Renner S.A. busca exclusivamente o ressarcimento dos danos materiais por consequência automática do reconhecimento da contrafação, pela violação aos arts. 209 e 210 da LPI e por divergência jurisprudencial; b) o recurso especial impugna as conclusões do julgado que solucionou as apelações, reformando a sentença, posteriormente restabelecida pelo acórdão dos embargos infringentes; c) a questão dos danos materiais ficou prejudicada, não tendo sido discutida; d) não houve prequestionamento de toda a matéria e dos dispositivos legais que embasaram o recurso especial, pois não basta a tanto a mera referência no relatório do acórdão que julgou as apelações; e) a Corte local não foi instada, por oposição de aclaratórios, a examinar os dispositivos tidos por violados; f) os acórdãos paradigmas, na verdade, não apresentam as mesmas bases fáticas, pois, no caso em exame, o exercício das prerrogativas decorre de contrato firmado entre as partes, cujos limites foram excedidos; g) parte do ímpeto da recorrente decorre da insatisfação com a notícia de que a ré pretende inaugurar banco próprio, constituindo medida defensiva em prol da manutenção da parcela de mercado, que sofreria ameaça pela concorrência; h) em vista da Súmula 320/STJ, não cabe trazer à discussão temas apreciados no voto vencido, no julgamento da apelação; i) os votos prevalecentes no julgamento da apelação entenderam improcedente o pedido principal, afastando a alegação de uso indevido da marca e, por “consequência, negaram provimento ao recurso do Banco Renner, sem dedicar uma linha sequer à tese jurídica nele desenvolvida, o que não seria mesmo necessário, pois se não havia uso indevido da marca, não haveria o pressuposto necessário para a condenação em danos materiais”; j) não haveria possibilidade de oposição dos embargos de declaração em face do acórdão da Turma local, pois, de fato, os votos vencedores acolheram premissa incompatível com o pedido de indenização por danos materiais; k) o banco opôs embargos infringentes, pedindo a prevalência do voto vencido, não

sendo requerido, em caráter sucessivo, a apreciação pelo Grupo de Câmaras do pedido de indenização; l) deixou o banco de opor embargos de declaração, para que o Grupo de Câmaras, partindo da premissa da procedência do pedido principal, examinasse o pedido subsidiário ou determinasse o retorno do feito à Câmara Cível, que havia sido prejudicado pelo entendimento da maioria no julgamento da apelação; m) não é possível, pela via especial, sem pedido de devolução para julgamento da apelação, que o STJ suprima a instância revisora, considerando prequestionada a matéria.

Pedi vista dos autos para melhor exame. É o relatório, além daquele apresentado pela cuidadosa relatora.

2. A primeira questão controvertida consiste em saber se, em havendo reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos de reconhecimento de contrafação para determinar à ré a abstenção do uso de marca, sem reconhecimento de danos materiais, é possível - com a divergência de um voto, que confirmou a sentença -, a oposição de embargos infringentes vindicando verba indenizatória.

A sentença anotou:

Nesse trilho, não merece guarida a alegação do autor de que prescinde de prova os prejuízos sofridos em razão da prática de contrafação.

Nos termos do art. 333 do CPC, não se desincumbiu o autor do ônus de demonstrar o revés experimentado. Para fins de apuração da indenização dos danos materiais, ao menos a indicação de estimativa do que o Banco-autor razoavelmente deixou de auferir com a coexistência da marca ré deveria ter sido apontada nos autos.

Nessa senda, é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, arestos assim ementados:

[...]

De consequência, não há falar em ressarcimento por danos materiais havidos durante a coexistência das marcas *Renner* e *Realize R Lojas Renner* no mercado financeiro, uma vez que não se pode presumir danos hipotéticos sugeridos pelo autor.

O acórdão da apelação consignou:

Em verdade, o Banco Renner pretende confundir a questão de fundo, requerendo a abstenção do uso da marca Renner pela ré, cumulando com pedido de indenização, sob o argumento de que tal marca já lhe pertencia antes mesmo

do requerimento formulado pela ré junto ao INPI, onde está a contestar o registro em favor da mesma.

O objeto buscado, no entanto, salta dos autos: visa o autor/apelante o dano material que acredita ter sofrido, pelo uso por parte da ré, Lojas Renner, de mútuo emprestado para os seus clientes, que busca em outros bancos existentes na praça; tem por objetivo também que a ré se abstenha da marca “Renner” para financiamentos a seus clientes.

Quando ocorreu a negociação de “Subscrição e Aquisição de Ações” em que a empresa *J. C. Penney* adquiriu o controle acionário de *Lojas Renner*, em 07.12.1998, todas as marcas relacionadas às atividades desenvolvidas pelas sociedades vendedoras foram transferidas para a referida empresa, conforme se constata da leitura da Cláusula VII, 18 – (b), que trata da “Propriedade Industrial”. Veja-se:

Encontra-se especificada no Anexo VII.18 (b) relação de todas as marcas, nomes comerciais, patentes e direitos autorais atualmente licenciados para as Lojas Renner, a Subsidiária ou a NewCo ou registrados (ou com relação aos quais registros estejam atualmente pendentes) por conta das Lojas Renner, da Subsidiária ou da NewCo, ou que sejam usadas pelas Lojas Renner, pela Subsidiária ou pela New Co de acordo com licenças válidas ou outros direitos conferidos às Lojas Renner, à Subsidiária ou à NewCo.

Na Cláusula V.2 (k), das “Obrigações dos Acionistas”, constou que estes “entregarão os demais contratos, certificados e instrumentos que a Investidora porventura razoavelmente solicitar (com até 5 dias úteis de antecedência da Data de Fechamento), para a consumação das operações previstas no presente contrato, inclusive, mas sem limitação, a carta de anuência a ser celebrada pelo Banco Renner com relação ao registro, por parte da Investidora, do nome “Renner” ou de qualquer forma do mesmo como marca de produto ou serviço, nome comercial ou que tais nas classes 36/30, 36/60 ou qualquer outra classe na qual se enquadrem serviços de cartão de crédito e/ou de seguro conforme as disposições da Cláusula IX.5(b) abaixo, pressupondo-se que a Investidora registre o nome “Renner” nas classes 36/30 e (ilegível)/60 ou qualquer outra classe na qual se enquadrem operações de cartão de crédito e/ou serviços de seguro ou que seja necessária a tais operações e serviços, dentro de 24 meses subseqüente ao Fechamento”.

Na Cláusula IX.4., que trata dos “Direitos de Propriedade Intelectual”, prossegue que os acionistas e cada pessoa que detenha participação controladora na NewCo ou em quaisquer dos acionistas “por este ato consentem com qualquer uso ou registro futuro do nome ou marca “Renner”, ou qualquer variação do mesmo, relacionado ao negócio das Lojas Renner, inclusive as operações de cartão de crédito e operações de suporte, bem como os serviços de seguro, que a Investidora porventura deseje utilizar com relação às operações das Lojas Renner, e avençam e se comprometem a cooperar com a Investidora e a não contestar

qualquer pedido arquivado no futuro pelas Lojas Renner ou pela Investidora para registro de qualquer variação dos nomes comerciais e marcas “Renner” relacionados ao negócio das Lojas Renner, ou registro do nome “Renner” em conjunto com outro nome ou marca, relacionado ao negócio das Lojas Renner, inclusive as operações de cartão de crédito e operações de suporte, bem como os serviços de seguro, que a Investidora talvez porventura utilizar com relação às operações das Lojas Renner, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (“INPI”).

Depreende-se, pois, que as operações de cartão de crédito e de seguro, apesar de não serem propriamente operações de loja, foram abrangidas pela transferência dos direitos de nome e de marca, até por que as Lojas Renner já ofereciam tais serviços. Houve, pois, ampla transferência de direitos sobre o uso da palavra “Renner”, como marca de produto ou serviço, ou nome comercial, de forma ampla para que a Investidora porventura quisesse utilizar.

[...]

Abriu-se, pois, o uso do nome de forma ilimitada, com a possibilidade de, no futuro, a Investidora utilizar o mesmo nome “Renner” em “quaisquer outras classes de serviços e produtos”, relacionados com suas operações.

Conforme demonstra o documento juntado à fl. 165 pelo autor, o rol de operações necessárias hoje em dia para a atividade empresarial da Investidora, a fim de poder oferecer alguns serviços de financiamento, além daqueles já antigos, como cartão de crédito e seguro, levou-a a buscar junto ao Sistema Financeiro mútuo para emprestar aos seus clientes, a exemplo de grandes redes de varejo, como Colombo com o Bradesco, Magazine Luíza e Ponto Frio com o Unibanco e Pão de Açúcar e Lojas Americanas com o Itaú.

A Carta de Anuência, por sua vez, firmada em 22.12.1998, e que está às fls. 152/153, demonstra que os detentores da titularidade da marca “Renner”, antigos acionistas e controladores de Lojas Renner e de A. J. Renner, ao firmarem a carta, ratificou a não limitação das operações que já haviam declarado quando do contrato de subscrição e aquisição de ações, fazendo constar que:

As partes anuentes ademais expressamente avençam e se comprometem a cooperar e fazer com que cada pessoa que detenha participação controladora em quaisquer das partes anuentes coopere com a J. C. Penney Brazil Inc., quaisquer de suas afiliadas ou quaisquer das pessoas por ela designadas para registro de qualquer variação dos nomes comerciais e marcas Renner relacionada ao negócio das Lojas Renner S.A, ou registro do nome Renner em conjunto com outro nome ou marca, referente ao negócio das Lojas Renner S/A, inclusive, mas sem limitação, as operações de cartão de crédito e operações de suporte, bem como serviços de seguro, que a Investidora porventura deseje usar com relação às operações das Lojas Renner S.A, junto ao Instituto da Propriedade Industrial.

E tal ratificação ocorreu na mesma Carta, à fl. 151, quando o autor autoriza expressamente "...e nas demais classes de produtos e serviços que JCPB, qualquer afiliada ou qualquer pessoa designada da JCPB porventura deseje usar com relação às operações da JCPB...".

[...]

Com tais dizeres, então, observa-se que tanto a cláusula contratual (IX.5(b)) como a Carta de Anuência (fl. 151), aos estenderem seus serviços e produtos que a Investidora, ou alguém por ela, "deseje usar com relação às operações da JCPB", afasta a idéia de que as operações abrangidas na autorização estavam limitadas às operações de varejo da loja. A referência é às atividades empresariais da companhia investidora, adquirente do controle acionário.

Assim, diante de tudo analisado, não configura a prática do crime de contrafação pelas Lojas Renner.

Também não há configuração de concorrência desleal, visto que é do conhecimento comum que Lojas Renner são bem mais conhecidas do que o Banco Renner.

Daí que o uso da marca Lojas Renner, o serviço *Realize R Lojas Renner*, tenha, por óbvio, o objetivo de somente captar os clientes das Lojas Renner.

Ademais, não têm como se confundir a denominação *Realize R Lojas Renner* com o banco Renner, pois são outras palavras que o compõe e, além disso, grafia diversa.

O agir da ré, no meu ver, em momento algum se confundiu com as atividades do autor, pois age apenas como intermediária e verdadeira avalista de seus clientes junto a outros bancos.

Parece-me que o autor está apenas querendo antecipar uma decisão que deverá ser proferida pelo INPI, a respeito do pedido do uso da marca Renner pela ré, que, aliás, como já ressaltai acima, é fato notório, desenvolve atividade comercial diferenciada do autor (arts. 334 inc. I, e 335 do CPC).

E tanto deve ter sido a dúvida que assolou a magistrada de primeiro grau, que ao reconhecer o uso da marca de forma indevida pela ré, não a condenou ao pagamento de qualquer indenização.

Não havendo confusão, no meu ver, entre as atuações das partes em suas atividades empresariais, improcede a ação ajuizada.

Até porque há mais de três (3) anos a ré começou a veicular e a postular no INPI a marca *Realize R Lojas Renner* e o autor, por sua vez, além de aguardar tanto tempo para se insurgir, ainda trouxe aos autos declarações não judicializadas com o contraditório necessário, para tentar ressaltar eventual confusão na atuação empresarial das partes, mas, no meu ver, sem sucesso algum.

O acórdão dos embargos infringentes, por seu turno, dispôs:

Requeru o acolhimento dos embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o posicionamento do voto vencido.

[...]

Com a vênia dos eminentes Colegas prolores dos votos vencedores, estou acolhendo os embargos infringentes, a fim de fazer prevalecer o voto vencido e, assim, restabelecer a respeitável sentença.

Com efeito, no caso dos autos, o banco detentor do registro da marca "Renner" (fls. 51/52) a utiliza na oferta de produtos financeiros em geral. A embargada, no entanto, à época da avença entre as partes, não oferecia tais produtos aos seus clientes, exceto os vinculados ao comércio de vestuário, o que restou expressamente autorizado pela embargante (ver o contrato, especialmente às fls. 87/88 e carta de anuência à folha 151). Atualmente tem oferecido empréstimos pessoais inclusive a não clientes, o que, a meu ver, torna inviável interpretar o contrato e a carta de anuência da forma pretendida pela recorrida e pelos vencedores no julgamento da Câmara.

Assim, reproduzo os fundamentos do voto proferido pelo eminente Desembargador Artur Arnildo Ludwig, no que mais importa, os quais se integram ao meu voto como razões de decidir (fls. 856/560):

[...]

Com efeito, não se está afirmando que estaria a requerida impedida de ingressar na área financeira, destinada às instituições bancárias. Todavia, se assim desejar, tudo indica que terá que fazê-lo utilizando outra expressão, uma vez que, nesse ramo de atividade está impedida de usar a marca Renner, de titularidade do Banco A. J. Renner.

(...)

No mérito, propriamente, a requerida limita-se a defender a inexistência de prova nos autos acerca da eventual confusão que as marcas poderiam gerar no público consumidor, 'mesmo que o acordo tenha limitado o uso aos dois produtos referidos pela sentença, não há nos autos prova da confusão pressuposta'.

Ora, em total oposição ao que sustenta a apelante não há exigência desse requisito para configuração do direito defendido pela instituição financeira autora.

Com efeito, o fato de o público alvo ser diverso, assim como a forma de angariar os clientes, não torna lícita a conduta da requerida, lançando-se no mercado financeiro, ofertando crédito pessoal consignado, e títulos de capitalização, aos trabalhadores, mediante convênio com a empregadora, sem a respectiva autorização para tanto. O serviço que a requerida intenta prestar é o mesmo já exercido pelo Banco, verdadeira instituição financeira.

Pelo contrário, nos termos do Contrato de transferência de ações e da Carta de Anuência a demandada está proibida de utilizar a marca Renner para tais

atividades, reservadas ao Banco que possui a titularidade do nome junto ao INPI para a classe relacionada à sua atividade fim.

E mais, também o fato de a insurgente ter ampliado o seu objeto social não lhe atribui tal direito, posto que à época do consentimento limitava-se a venda de mercadorias a varejo.

Acolhendo-se a tese defendida pela ré se estaria lhe conferindo um direito que não fora concedido pelo Banco autor, detentor do registro da marca Renner, para atividades financeiras, junto ao INPI, na classe 36, a saber: 'Serviços Bancários e de Crédito, Financiamento e Investimento, Serviços Auxiliares ou Correlatos das Atividades Financeiras.' (fls. 51/56).

Anoto que há convergência com várias considerações feitas por minha douda colega acerca de que: a) os votos que prevaleceram no julgamento da apelação entenderam improcedente o pedido principal, afastando a alegação de uso indevido da marca e, por “consequência, negaram provimento ao recurso do Banco Renner, sem dedicar uma linha sequer à tese jurídica nele desenvolvida, o que não seria mesmo necessário, pois se não havia uso indevido da marca, não haveria o pressuposto necessário para a condenação em danos materiais”; b) não haveria possibilidade de oposição dos embargos de declaração em face do acórdão da Turma local, pois, de fato, os votos vencedores acolheram premissa incompatível com o pedido de indenização por danos materiais.

Nesse passo, nos termos do art. 530 do CPC/1973, são cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória.

Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito.

De fato, o STJ, visando conferir interpretação harmoniosa e sistemática ao código processual, tem ampliado o cabimento dos embargos infringentes para diversas outras hipóteses não aplicáveis taxativamente ao dispositivo em comento, tais como: I) quando opostos contra acórdão que, por maioria, reforma sentença terminativa e adentra a análise do mérito da ação (REsp 832.370/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 13.8.2007); II) quando opostos contra decisão majoritária proferida em agravo de instrumento quando neste for decidida matéria de mérito (EREsp 276.107/GO, Rel. Min. Peçanha Martins, Corte Especial, DJ 25.8.2003); III) quando desafiam acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito (Súm. 255 do

STJ); IV) quando interpostos em face de acórdão que, por maioria de votos, julgou extinto o processo declaradamente sem julgamento do mérito, por falta de condição de ação, consistente na ausência de interesse de agir, ante a novação superveniente, sendo considerado, em verdade, julgamento do mérito. (REsp 1.190.753/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 21.5.2012); V) quando desafiam acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva e reforma sentença para extinguir a ação com fulcro no art. 267, VI, do CPC, mas que detinha cunho de provimento meritório (REsp 1.157.383/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 17.8.2012).

Portanto, pode-se concluir que, em uma interpretação sistemática do art. 530 do CPC, de forma excepcional, é possível reconhecer o cabimento do referido recurso mesmo quando diante de sentença terminativa ou de decisão interlocutória (portanto, sem existência de sentença de mérito); bem como em sede de agravo de instrumento ou interno (logo, ausente interposição de recurso de apelação ou rescisória).

No entanto, imprescindível é que tenha havido a extinção do processo com julgamento de mérito pelo acórdão recorrido, sendo certo que “*o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de fazer prevalecer voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença*” (AgRg no REsp n. 1.443.919/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.5.2014, DJe 21.5.2014)” (AgRg no REsp 1.196.212/SE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19.5.2016, DJe 30.5.2016)

É dizer, na vigência do CPC/1973, o âmbito de exame dos embargos infringentes deve restringir-se ao teor do voto vencido, sendo pacífico na doutrina que a profundidade do efeito devolutivo dos embargos infringentes se restringe à matéria que tenha sido objeto de divergência.

Com efeito, “diferentemente do recurso de apelação, em que a extensão do efeito devolutivo é determinada livremente pelo apelante (*caput* do art. 513), no caso de embargos infringentes, a extensão do efeito devolutivo encontra limite intransponível na parte final do art. 530: ‘Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência’. Desatendendo o embargante à extensão do voto vencido, mediante o oferecimento de embargos totais, apesar de parcial a divergência, o órgão *ad quem* limitará seu julgamento ao(s) capítulo(s) correto(s), não conhecendo, no todo ou em parte, do recurso interposto. Usualmente devolve-se toda a divergência, requerendo-se, como pedido dos embargos infringentes, que o voto vencido prevaleça na íntegra”.

(ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.198-1.199)

Ademais, embora ambas as partes tenham oferecido recurso de apelação, apenas o apelo da ré foi provido, isto é, a questão acerca da indenização por danos materiais, não acolhida na primeira instância, foi veiculada no apelo do autor, ora recorrente.

Ora, “[a] nova redação do art. 530 do CPC conduz à conclusão de que, ‘contra acórdão proferido em apelação, só o apelado poderá ter direito aos embargos infringentes, o apelante jamais, não obstante a divergência de votos’ (Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 197)” (EREsp 1.377.045/RS, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Corte Especial*, julgado em 2.12.2015, DJe 18.12.2015).

Por um lado, como bem observado pela ilustre relatora, se o acórdão da apelação perfilhou o entendimento de que não havia uso indevido da marca – ademais, invocando elementos de prova e procedendo à interpretação contratual –, não havia o pressuposto necessário para a condenação em danos materiais.

Por outro lado, em vista desse fato e de caber, no âmbito das instâncias ordinárias, a oposição de embargos infringentes para o restabelecimento do pressuposto necessário à condenação, não seria possível ao ora recorrente manejar, de imediato, recurso especial.

Outrossim, como também reconhece a douta relatora, seria inviável a oposição dos embargos de declaração em face desse acórdão da Câmara local, pois, de fato, os votos vencedores acolheram premissa incompatível com o pedido de indenização por uso alegadamente indevido da marca, de modo que a decisão, no ponto, está devidamente fundamentada.

Nesse passo, “[s]egundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mesmo com o fim do prequestionamento, a oposição de embargos de declaração deverá observar o cabimento definido no art. 535 do CPC, o que implica dizer que apenas quando o provimento jurisdicional sofrer de omissão, obscuridade ou contradição será possível o seu manejo com o objetivo de suscitar a manifestação do órgão julgador acerca da matéria que interessa à defesa dos interesses da parte. Impossível, portanto, o afastamento da multa aplicada pelo Tribunal de origem, inobstante o teor do enunciado 98 da Súmula de jurisprudência desta Corte. Precedentes: EDcl no AgRg no Ag 1.326.994/ES, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJe 28.10.2011; EDcl no AgRg no Ag 1.299.060/DF, Rel. Min.

Benedito Gonçalves, DJe 13.12.2010” (AgRg no REsp 1.278.844/DF, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 16.2.2016, DJe 26.2.2016)

Dessarte, até o julgamento dos embargos infringentes, não haviam se exaurido os recursos cabíveis no âmbito das instâncias ordinárias, nem exurgido interesse recursal para interposição de recurso especial.

Com efeito, *data maxima venia*, entendo que não poderia ter sido suscitada a questão nos embargos infringentes, tampouco, sob pena de nulidade, examinada pelo Grupo de Câmaras, em vista da restrição da profundidade do efeito devolutivo desse recurso e de ser questão constante na apelação do embargante (e não do embargado).

Em reforço a esse entendimento, mencionam-se precedentes do STJ cassando acórdãos proferidos em sede de embargos infringentes, em que não se observou o âmbito do efeito devolutivo do recurso:

Processual Civil. Recurso especial. Acórdão que julga recurso de apelação. Reforma parcial da sentença. Embargos infringentes. Limitação à matéria que efetivamente foi objeto de reforma. Preservação do disposto no artigo 530 do CPC, na redação conferida pela Lei n. 10.352/2001.

1. Trata-se de recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, ajuizado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina sob o argumento de que o acórdão recorrido, violando o artigo 530 do CPC, conheceu e deu provimento a embargos infringentes sobre matéria que, decidida na sentença, não havia sido objeto de reforma.

2. Com razão o recorrente. *Constata-se dos autos que, indevidamente, ao apreciar os embargos infringentes, o aresto impugnado afastou a condenação imposta à parte recorrida, matéria que não havia sofrido reforma pelo julgado embargado que, no particular, manteve a sentença, que fora apenas parcialmente reformada. Precedentes: REsp 883.068/SP, DJ 26.11.2007, Rel. Min. Laurita Vaz; REsp 645.437/SP, DJ 30.05.2005, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.*

3. Recurso especial conhecido e provido para o fim de que, desconstituído o acórdão recorrido, outro seja proferido, limitando-se, no julgamento dos embargos infringentes, ao exame da matéria que tenha sido objeto de reforma pelo decisório embargado.

(REsp 1.023.389/SC, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 27.05.2008, DJe 19.06.2008)

Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Embargos infringentes. Cabimento. Inteligência do art. 530

do CPC. Reforma parcial da sentença pelo acórdão que julgou a apelação. Descabimento de embargos quanto à matéria em torno da qual se formou a dupla conformidade. Ademais, não se encontra presente o requisito da não unanimidade. Tanto o voto do relator quanto o voto divergência são contrários à pretensão Fazendária.

[...]

5. *Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem Embargos Infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de improcedência.*

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.605.636/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.09.2016, DJe 06.10.2016)

Processual Civil. Embargos infringentes. Cabimento. Inteligência do art. 530 do CPC, na redação dada pela Lei n. 10.352/2001. Reforma parcial da sentença pelo acórdão que julgou a apelação. Descabimento de embargos quanto à matéria em torno da qual se formou a dupla conformidade.

1. Na sistemática original do CPC, a simples existência de divergência em julgado proferido em apelação e em ação rescisória ensejava a interposição de embargos infringentes.

2. A Lei n. 10.352, de 26.12.2001, porém, dando nova redação ao art. 530 do CPC, restringiu as hipóteses de cabimento dos embargos, passando a exigir, para sua admissão, (a) que tenha havido reforma de sentença de mérito e (b) que tal reforma tenha sido decorrente de julgamento por não-unânime.

3. *Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo de procedência ou de improcedência.*

4. No caso concreto, revelam-se incabíveis os embargos infringentes, por veicularem pedido cuja improcedência, imposta pela sentença de primeiro grau, foi confirmado pelo acórdão da apelação. Quanto a tal pedido, não está configurado o requisito da desconformidade entre a sentença e o acórdão.

5. Recurso especial provido.

(REsp 645.437/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 30.05.2005, p. 231 RSTJ vol. 192, p. 198)

Agravo interno. Recurso especial. Processual Civil. CPC/1973. Embargos infringentes não conhecidos. Incabíveis. Sobrestamento do prazo recursal. Inocorrência. Julgados desta Corte.

1. Inocorrência de sobrestamento do prazo para interposição de recurso especial na hipótese em que os embargos infringentes incabíveis, não são

conhecidos pelo Tribunal de origem. Julgados desta Corte Superior. Julgados desta Corte Superior.

3. Hipótese em que os embargos infringentes foram interpostos para atacar capítulo do acórdão em que formada a dupla conformidade, não sendo cabível, portanto o recurso. Julgado específico desta Corte.

2. Intempestividade do recurso especial, na espécie.

3. *Agravo interno desprovido.*

(AgInt no REsp 1.438.218/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 02.02.2017, DJe 10.02.2017)

Dessarte, entendo que não seria cabível o cogitado requerimento, em caráter sucessivo, de apreciação, pelo Grupo de Câmaras, do pedido de indenização, tampouco oposição de embargos de declaração em face do acórdão dos embargos infringentes, visto que não é matéria passível de devolução com esse recurso.

Outrossim, segundo meu ponto de vista, e como bem reconhecido no voto com o qual nos brindou a ilustre relatora, não houve nenhuma omissão, pois o Colegiado menor local entendeu que o contrato de licenciamento da marca para alguns produtos e serviços bancários - de existência incontroversa -, na verdade, abrangia toda a atividade do licenciante (ora recorrente).

3. De todo modo, *o acórdão da apelação relata as teses suscitadas pelas partes, e adota fundamentação bastante ao julgamento de improcedência. “Não se deve confundir, portanto, omissão com decisão contrária aos interesses da parte”.* (AgRg no Ag 1.047.725/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 10.11.2008)

Em outras palavras, se há concordância que não houve omissão, por conseguinte, não poderia o recorrente ter manejado embargos de declaração e, pois, não há cogitar em interposição de recurso especial suscitando violação ao art. 535 do CPC/1973.

Com efeito, segundo entendo, houve o prequestionamento, visto que, no caso, não há mesmo como cogitar em omissão e houve o prevailecimento do voto vencido do acórdão da apelação, que, como observa a em. relatora, assim como a sentença, enfrentou a questão acerca da obrigação de reparação de danos materiais.

É dizer, o voto vencido - que segue a mesma linha da sentença, negando provimento a ambos os apelos interpostos pelas partes -, integra a decisão recorrida, que o restabeleceu.

Outrossim, a matéria é exclusivamente jurídica, visto que foi apurado o uso indevido da marca de titularidade do autor e, conforme será demonstrado adiante, a jurisprudência do STJ reconhece, nesses casos, ser o bastante para o reconhecimento da obrigação de indenizar, pois o dano *é in re ipsa*.

Dessarte, consoante orienta a Súmula 456/STF (que tem o mesmo teor do art. 1.034 do CPC/2015), aplicável ao caso por analogia, o Tribunal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

Note-se:

Agravo interno no recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Ação indenizatória. Desídia de advogado que resultou no não conhecimento de recurso. Cerceamento de defesa. Denúnciação da lide. Julgamento *extra petita*. Legitimidade passiva. Nexo casual. Dano moral da pessoa jurídica. Valor da indenização. Teoria da perda da chance. Agravo não provido.

1. A alegação de que o juiz de primeiro grau teria incorrido em cerceamento de defesa ao indeferir o pedido de denúnciação da lide apenas na sentença não pode ser conhecido por falta de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. A alegação de que o Tribunal de origem não se manifestou sobre esse tema não vem amparada em indicação de ofensa a dispositivo legal pertinente, pelo que incide a Súmula n. 284 do STF.

3. Não é possível afastar a conclusão do acórdão recorrido quanto à ausência de prejuízo pelo julgamento antecipado da lide sem produção de prova testemunhal, sem revisar fatos e provas, o que veda a Súmula n. 7 do STJ.

4. O nexo causal e a legitimidade passiva foram assentados pelo Tribunal de origem com base em fundamentos não impugnados nas razões do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula n. 283 do STF.

5. O Tribunal de origem não se manifestou quanto à necessidade de comprovar abalo à credibilidade da empresa ou de comprometimento às suas relações comerciais para que se tenha por caracterizado o dano moral à pessoa jurídica.

6. Não há julgamento *extra petita* quando o julgador, atendo-se aos fatos narrados (causa de pedir próxima) empresta-lhes qualificação jurídica não indicada expressamente pela parte (causa de pedir remota). *Vige, nesses casos, a máxima segundo a qual o juiz, conhecendo a causa, deve aplicar o direito à espécie, consagrada na Súmula n. 456 do STF, no art. 257 do RISTJ e também nos brocardos iura novit curia e da mihi factum dabo tibi jus.*

7. A alegação de que não seria possível impor condenação com fundamento na teoria da chance perdida por falta de comprovação da seriedade dessa chance esbarra na falta de prequestionamento.

Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

8. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.364.494/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 17.04.2017)

4. Apenas para registro, caso não seja esse o entendimento que prevaleça no Colegiado, ainda assim pondero que, tendo em vista que o recorrente foi diligente - *e manejou oportunamente todos os recursos suscitando as teses cabíveis* -, para a possibilidade de remessa dos autos à Corte de origem para que o Colegiado menor local profira novo julgamento, pois, consoante recente precedente da Segunda Turma, EDcl no REsp 1.308.581/PR, relatora Ministra Assusete Magalhães, “em vista da Súmula 456 do STF, que contém enunciado semelhante ao do art. 257 do Regimento Interno do STJ, a Segunda Turma do STF, ao julgar os EDcl no AgRg no RE 346.736/DF (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe-115, de 18.06.2013), proclamou que nada impede que o STF - ao invés de ele próprio, desde logo, ‘julgar a causa, aplicando o direito à espécie’ - opte por remeter esse julgamento ao Juízo recorrido, como frequentemente o faz”.

O precedente tem a seguinte ementa:

Processual Civil e Tributário. Embargos de declaração no recurso especial. Acórdão embargado que deu provimento ao recurso especial, acolhendo a exceção de pré-executividade, para excluir a parte recorrente, ora embargante, do polo passivo da execução fiscal. Alegada omissão sobre os honorários de advogado. Vício configurado, na espécie. Embargos declaratórios acolhidos, em parte, para determinar que o Tribunal de origem proceda ao arbitramento dos honorários de advogado.

I. De acordo com o art. 535, II, do CPC, os Embargos de Declaração são cabíveis quando “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

II. No acórdão embargado - em que o Recurso Especial foi conhecido e provido, para, acolhendo a Exceção de Pré-Executividade, excluir a parte recorrente, ora embargante, do polo passivo da Execução Fiscal -, efetivamente houve omissão sobre os honorários de advogado, ponto sobre o qual a Segunda Turma do STJ devia ter-se pronunciado. De fato, a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.185.036/PE (Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 1º.10.2010), proclamou que “é possível a condenação da Fazenda Pública ao

pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade”.

III. Nos termos do art. 257 do Regimento Interno do STJ, no julgamento do Recurso Especial verificar-se-á, preliminarmente, se o Recurso é cabível. Decidida a preliminar pelo cabimento, será julgada a causa, com aplicação do direito à espécie. *Contudo, em vista da Súmula 456 do STF, que contém enunciado semelhante ao do art. 257 do Regimento Interno do STJ, a Segunda Turma do STF, ao julgar os EDcl no AgRg no RE 346.736/DF (Rel. Ministro **Teori Albino Zavascki**, DJe-115, de 18.06.2013), proclamou que nada impede que o STF - ao invés de ele próprio, desde logo, “julgar a causa, aplicando o direito à espécie” - opte por remeter esse julgamento ao Juízo recorrido, como frequentemente o faz.*

IV. *Com efeito, quando a aplicação do direito à espécie pressupõe o exame de matéria de fato, faz-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para ulatimação do procedimento de subsunção das circunstâncias fáticas da causa às normas jurídicas incidentes, na espécie. Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 938.704/RJ, Rel. Ministro **Humberto Martins**, Segunda Turma, DJe de 14.10.2013.*

V. Considerando que a fixação dos honorários advocatícios deve levar em conta algumas circunstâncias fáticas da causa, descritas nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, no caso revela-se inviável ao STJ, desde logo, aplicar o direito à espécie, pelo que se impõe o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para ulatimação do procedimento de subsunção dos fatos às aludidas disposições processuais incidentes, na espécie.

VI. Embargos de Declaração acolhidos, em parte, para, sanando a omissão apontada, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que ali se proceda ao arbitramento dos honorários de advogado.

(EDcl no REsp 1.308.581/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17.03.2016, DJe 29.03.2016)

5. Quanto ao mérito, a questão controvertida reside em saber se, em havendo constatação de uso irregular de marca registrada, cabe ao titular indenização, ou se é necessária a demonstração de outros danos para que se reconheça o exsurgimento da obrigação de indenizar.

Desde 1891, todas as Constituições brasileiras têm expressamente conferido proteção à marca, todavia é digno de registro que a Constituição em vigor (de 1988) erigiu a proteção à propriedade industrial a direito fundamental.

A Carta Magna prescreve:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Nesse passo, consoante leciona o art. 129 da LPI, a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. Portanto, o direito marcário brasileiro se vale do sistema atributivo, o que significa dizer que o signo é dado a quem obtiver a sua concessão pela autarquia INPI.

E o art. 130 do mesmo Diploma estabelece que ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: I - ceder seu registro ou pedido de registro; II - licenciar seu uso; III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

E, com o nítido intuito de assegurar o direito patrimonial do titular e prevenir confusão entre marcas, os arts. 134 e 135 da LPI, assegurando, respectivamente, o interesse individual do titular e o social, dispõem que o pedido de registro e o registro poderão ser cedidos, desde que o cessionário atenda aos requisitos legais para requerer tal registro, ressalvando que a cessão deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviços.

Para a interpretação dos dispositivos da LPI tido por violados, é preciso ter em mira que os direitos de propriedade industrial são, na verdade, um conjunto de princípios e normas voltados à manutenção da inviolabilidade da produção autoral e, sob a perspectiva econômica, dedicados à preservação de sua utilidade e exploração exclusivas, propiciando que os titulares possam beneficiar-se da sua exclusividade de uso, gozo. “O Código da Propriedade Industrial é nada mais que um sistema de natureza administrativa destinado a oferecer proteção pública às relações derivadas da propriedade industrial”. (JÚNIOR FAZZIO, Waldo. *Manual de direito comercial*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 123-124)

6. No caso concreto, o Tribunal de origem reconhece que o recorrente é banco detentor do registro da marca “*Renner*”, utilizada para a oferta de produtos referentes à suas atividades como instituição financeira, e que o contrato firmado pelas partes limita-se ao licenciamento para produtos e serviços diversos, consignando que, por ocasião da pactuação, a ré nem mesmo oferecia produtos de instituição financeira a seus clientes.

Igualmente, extrai-se nítida a possibilidade de confusão e a ilicitude da conduta da recorrida - já que a marca é utilizada pelo titular para os mesmos produtos e serviços bancários, e, consoante apurado pela Corte local, a rede de lojas “está agindo na contramão do ajuste, ferindo o princípio da boa-fé contratual”.

Ora, *data maxima venia*, negar a feição econômica da marca - inequivocamente importante elemento do aviamento, que integra o estabelecimento -, apenas por ser bem imaterial, é ignorar todos os avanços da ciência jurídica no tocante à matéria, as disposições infraconstitucionais e constitucional e os compromissos internacionais do Estado brasileiro que protegem o direito de uso exclusivo ao titular, e também os consumidores.

Ademais, é sabido que marca pode ser o bem mais valioso do estabelecimento, notadamente, no caso, em que se cuida de uma marca notória.

A doutrina especializada anota:

A noção jurídica de marca evoluiu através dos tempos - como ademais ocorre comumente com os institutos de direito- devidos às novas realidades e necessidades que surgiram na prática mercantil.

A função exercida pela marca na Idade Média não é mais a mesma nos dias de hoje. Destinam-se as marcas, na noção atualmente empregada pela maioria dos autores, a individualizar os produtos e artigos aos quais se referem, diferenciando-os de outros idênticos ou semelhantes.

As mudanças de caráter econômico provocadas pela Revolução Industrial, com a introdução da produção em massa, afastando o produtor do consumidor, somadas às mudanças ideológicas trazidas pela Revolução Francesa, fizeram com que o sistema corporativo desaparecesse, e com ele suas marcas específicas.

Verifica-se, então, uma revolução da função “marca”, que na Idade Média se referia ao produtor, indicava o estabelecimento da produção ou venda do artigo, para uma marca que, nos dias atuais, faz referência ao próprio produto.

Marie-Angéle Pérot-Morel atenta para um outro aspecto considerado importante atualmente, o econômico. Diz a autora: “A l’époque moderne la marque est avant tout le symbole d’un produit et la force de son pouvoir d’évocation lui confère une

importance économique de premier plan". Depreende--se, portanto, que a marca, além de distintiva, passa, em alguns casos, a representar um valor econômico importante para seu titular.

[...]

Outra função da marca, que hodiernamente vem desempenhando papel fundamental, não podendo ser esquecida, é a econômica.

*Uma empresa dona de uma marca, especialmente, de uma marca notória, tem um ativo valioso em suas mãos. (MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Direito de Marcas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, ps. 26 e 42)*

Os artigos 208 e 209 da LPI prescrevem que:

Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.

No caso, ocorreu o que a doutrina intitula “diluição” da marca por “ofuscação”, haja vista que a ré utiliza da mesma marca para os mesmos serviços oferecidos pela titular do registro, ocasionando confusão entre estabelecimentos, acarretando a perda da singularidade do signo para os serviços prestados pelo autor:

O terceiro inciso, por sua vez, introduz uma nova tutela no Direito Marcário pátrio, pois possibilita a proteção das marcas contra a diluição.

[...]

Atualmente, com a pluralidade de produtos e serviços existentes, a qualidade não é suficiente para garantir a liderança de mercado e fixar determinada marca na memória dos consumidores. Com efeito, a unicidade, a reputação e a consistência no uso do sinal podem ser fatores determinantes.

[...]

Diluição de marca é uma ofensa à integridade de um signo distintivo, seja moral ou material, por um agente que não necessariamente compete com o titular do sinal. O efeito da diluição de marca é a diminuição do poder de venda do sinal distintivo, seja pela lesão à unicidade, à consistência no uso ou à sua reputação.

No Direito norte-americano, em que os estudos sobre a diluição de marca se desenvolveram com intensidade, a doutrina reconhece três tipos de diluição: a maculação (*tarnishment*), a ofuscação (*blurring*) e a adulteração de marca, que podem perfeitamente ser transportadas para o Direito pátrio.

A maculação constitui uma ofensa à integridade moral de uma marca. É uma conduta que causa dano à reputação do sinal, seja pela associação desse signo com um produto ou serviço de baixa qualidade, seja pela sugestão de um vínculo do sinal com um conceito moralmente reprovado pela sociedade.

A ofuscação consiste na perda do "brilho" ou da força distintiva de uma marca. É entendida como uma violação à unicidade do sinal, a partir do momento em que uma mesma expressão passa a identificar produtos de fontes diversas. É importante destacar que, em casos de ofuscação, não é relevante a possibilidade de confusão entre as marcas ou suas fontes. A questão que se impõe soberana é a proteção ao bem jurídico contra a perda da sua força distintiva.

[...]

O inciso III do art. 130 tem por objetivo evitar o que se chama de maculação e, ao mesmo tempo, garante a tutela à integridade (estrito senso) material dos sinais distintivos, ou seja, combate a ofuscação e o uso de marca adulterada. (SIEMSEN, Instituto Dannemann. *Comentários à lei da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, ps. 259-261)

Nesses casos, a doutrina anota que a demonstração do dano é tarefa no mais das vezes árdua, ponderando que, por questões de economia processual e para melhor tutela do direito de propriedade, deve o magistrado, ao analisar ações ressarcitórias no campo da propriedade industrial, limitar a fase probatória à simples existência de violação, pois, na maioria dos casos, a sentença que condena o réu ao pagamento de lucros cessantes é ilíquida, devendo o *quantum debeatur* ser apurado mediante liquidação.

É bem de ver que a apuração imediata dos danos não contempla a celeridade e a efetividade processual, a tutela da propriedade industrial e dos direitos do consumidor. Isso porque, nesse tipo de ação, a final, a violação pode nem mesmo ser constatada e, se constatada, a apuração, nessa fase processual, só retardará desnecessariamente a cessação do dano, mantendo-se o efeito danoso de diluição da marca e de confusão aos consumidores.

Note-se o escólio doutrinário:

Talvez a maior dificuldade nas ações indenizatórias no âmbito da propriedade industrial resida na comprovação do dano sofrido pelo prejudicado, ou seja, demonstrar que, de fato, o proprietário do direito lesado sofreu perdas e danos em virtude da contrafação praticada por terceiro. *Nesse sentido, João da Gama Cerqueira, em seu memorável **Tratado da Propriedade Industrial**, vol. 1, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 284, salienta que “a prova dos prejuízos, nas ações de perdas e danos, merece, entretanto, especial referência.* Esta prova, geralmente, difícil nos casos de violação de direitos relativos à propriedade industrial, é particularmente espinhosa quando se trata de infração de registros de marcas, não podendo os juízes exigi-la com muita severidade. *Os delitos de contrafação de marcas registradas lesam forçosamente o patrimônio do seu possuidor, constituindo uma das formas mais perigosas da concorrência desleal, tanto que as leis, em todos os países, destacam-na como delito específico.* Frequentemente, porém, verifica-se que, não obstante a contrafação, os lucros do titular da marca não diminuem, mantendo-se no mesmo nível ou na mesma progressão, não sendo raro os casos em que se verifica o seu aumento. Não se deve concluir, entretanto, só por esse fato, que a contrafação não tenha causado prejuízos, porque estes não se revelam, necessariamente, na diminuição dos lucros ou na sua estabilização em determinado nível. O que o bom senso indica é que o dono da marca realizaria lucros ainda maiores, se não sofresse a concorrência criminosa do contrafator. É preciso ter em vista que, reproduzindo ou imitando a marca legítima, o contrafator, graças à confusão criada para iludir o consumidor, consegue vender os seus produtos, o que leva à presunção de que as vendas por ele realizadas teriam desfalcado o montante das vendas do dono da marca.”

Resumindo a lição de Gama Cerqueira, diante da dificuldade em provar o dano patrimonial, deve o julgador, ao analisar as ações ressarcitórias no campo da propriedade industrial e da concorrência desleal, limitar a fase probatória à simples existência de violação, visto que as perdas e danos são decorrência natural da contrafação.

[...]

Independentemente do critério eleito pelo prejudicado, os lucros cessantes *serão efetivamente apurados na fase de liquidação de sentença, como previsto no art. 603 do Código de Processo Civil (“procede-se a liquidação, quando a sentença não determinar o valor...”). Isso porque, na esmagadora maioria dos casos, a sentença que condena o réu ao pagamento de lucros cessantes é ilíquida, devendo o quantum debeat ser apurado mediante liquidação por arbitramento (arts. 606 e 607 do Código de Processo Civil). Assim, será nomeado um perito, que irá apurar os lucros cessantes a que tem direito o prejudicado, com base em um dos critérios previstos no art. 210 da Lei da Propriedade Industrial, previamente indicado no pleito inicial.*

[...]

Talvez a única exceção, que dispensaria a liquidação por arbitramento, seja na hipótese de o prejudicado ter optado pelo critério previsto no inciso III, do art. 210 para apurar os lucros cessantes. Nesse caso, o prejudicado poderá fornecer, independentemente de perícia técnica, todos os elementos necessários para a apuração do *quantum debeatur*, já que os lucros cessantes serão determinados pela remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem. Vale lembrar que o único legitimado para determinar qual o real valor dessa licença é o próprio prejudicado, tomando por base licenças por ele anteriormente concedidas para terceiros. (SIEMSEN, Instituto Dannemann. *Comentários à lei da propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, ps. 433-442)

Nesse contexto, é fundamental destacar o texto do artigo 209 da Lei n. 9.279/1996, pois garante o direito de o prejudicado ser indenizado por prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre produtos e serviços postos no comércio, mesmo quando não tenham previsão expressa na lei. *Vale dizer, independentemente de a lei ter previsto a situação, sempre que o juiz aferir a existência de um ato de violação de direito de propriedade industrial ou de um ato de concorrência desleal, deverá condenar o responsável a ressarcir as perdas e danos decorrentes.*

[...]

Quando, no ressarcimento devido ao prejudicado, houver de serem calculados lucros cessantes, *determinou o legislador que fosse seguido o critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: (1) os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou (2) os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou (3) a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse explorar o bem.* (MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 301)

Ademais, a conduta da ré não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I e VI, do Código de Defesa do Consumidor, que sobrelevam aos interesses da parte:

Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995)*

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, *inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;*

Com efeito, penso que, tendo o acórdão recorrido reconhecido os danos materiais, indicando algumas condutas ilícitas praticadas pela ré, é patente a obrigação de indenizar, que, à luz da causa de pedir e do pedido, demandará o arbitramento pericial do montante a que faria jus o autor, em caso de licenciamento pelo período de contrafação da marca “*Renner*”.

Essa é a antiga e remansosa jurisprudência das duas turmas de direito privado do STJ:

Propriedade industrial. Uso indevido de marca. Indenização por direitos materiais. Comprovação. Dissídio jurisprudencial configurado. Critério de cálculo.

1. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 331, I, do CPC e 208 da Lei n. 9.279/1996, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da súmula 211/STJ.

2. *No caso de uso indevido de marca, com intuito de causar confusão ao consumidor, o entendimento predominante desta Corte é que a simples violação do direito implica na obrigação de ressarcir o dano. Precedentes.*

3. Conquanto os lucros cessantes devidos pelo uso indevido da marca sejam determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, conforme o art. 210, *caput*, da Lei n. 9.279/1996, o critério de cálculo previsto na lei deve ser interpretado de forma restritiva, fazendo-se coincidir, nesse caso, o termo “benefícios” presente no inciso II, do art. 210, com a idéia de “lucros”.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 710.376/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 02.02.2010)

Comercial e Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Patente. Contrafação. Indenização devida. Desprovemento.

I. “Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.” (3ª Turma, REsp n. 466.761/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 04.08.2003).

II. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.097.702/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 03.08.2010, DJe 30.08.2010)

Direito Comercial e Processo Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Propriedade industrial. Marca. Contrafação. Danos materiais devidos ao titular da marca. Comprovação. Pessoa jurídica. Dano moral.

- Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não.

- Nesses termos considerados, a indenização por danos materiais não possui como fundamento tão-somente a comercialização do produto falsificado, mas também a vulgarização do produto, a exposição comercial (ao consumidor) do produto falsificado e a depreciação da reputação comercial do titular da marca, levadas a cabo pela prática de falsificação.

- A prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em conseqüência, a reparação por danos morais.

- Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 466.761/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 03.04.2003, DJ 04.08.2003, p. 295)

Marca. Dano. Prova. Reconhecido o fato de que a re industrializava e comercializava produto "Sabão da Costa", marca registrada da autora, que também fabricava e vendia o mesmo produto, deve-se admitir conseqüentemente a existência de dano, pois a concorrência desleal significou uma diminuição do mercado.

Restabelecimento da sentença, na parte em que deferira a indenização de 5% sobre o valor de venda do produto, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, ficando relegada para a liquidação a simples apuração desse valor.

Recurso conhecido e provido.

(REsp 101.059/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 20.02.1997, DJ 07.04.1997, p. 11.125)

Ainda na vigência da revogada Lei n. 5.772/1971 e da Lei n. 5.988/1973 (que tem apenas o artigo 17, ainda em vigor), este colegiado analisou matéria concernente à indenização por violação de direito industrial, em precedente assim ementado:

1. Propriedade industrial. Modelo de utilidade. Mesa dobravel.

2. *Direito Autoral. Registro na Escola de Belas Artes/RJ. Cadeira dobrável. Leis 5.772/1971 e 5.988/1973.*

1. *A utilização de patente de modelo de utilidade, para a fabricação de mesas dobráveis, mediante novo sistema de articulação e travas, sem respeitar o direito e o propriedade e de uso exclusivo (art. 5. da Lei n. 5.772/1971), acarreta o dever de indenizar, na forma do artigo 23 e seu paragrafo unico.*

2. *O registro do desenho de cadeira dobrável, na Escola de Belas Artes/RJ, por ser relativo a modelo de utilidade, não garante ao seu autor privilegio na sua fabricação.*

Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte provido.

(REsp 15.424/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 06.12.1994, DJ 13.02.1995, p. 2.242)

No mencionado precedente, relatado pelo em. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Sua Excelência dispôs:

O direito à indenização foi recusado ao autor sob a alegação de que não provava a existência do dano. Acontece que, a meu Juízo, o dano decorre do uso indevido do modelo patenteado, e esse fato está amplamente reconhecido. A questão relativa ao direito de indenização, pois, não envolve matéria de fato, mas se constitui numa conseqüência de direito: reconhecidos os fatos do registro e da utilização do modelo pela ré, na fabricação de suas mesas dobráveis, tem o titular do registro direito à indenização, pois a ofensa ao seu patrimônio consistiu no desrespeito ao privilégio. A resposta afirmativa pode ser dada independentemente de exame de outros fatos, o que ficará para a fase da definição dos valores da indenização a que tem direito o autor. (Grifos)

No mesmo diapasão:

Propriedade industrial. Marca figurativa. Registro. Nulidade decretada pela Justiça Federal. Contrafação reconhecida. Subseqüente ação de indenização movida pela empresa lesada. Período a ser considerado. Boa-fé. Ausência. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Lei n. 5.772/1971, art. 59.

I. Ainda que obtido o registro de marca perante o INPI pelas empresas-rés, a cerrada oposição da autora que detinha marca anterior, consubstanciada por notificação e ações judiciais que culminaram com a decretação da nulidade do registro daquela pelo reconhecimento de contrafação geram, para a responsável, a obrigação de indenizar pelos prejuízos, com efeito retroativo à época em que configurado o ilícito.

II. Ausência de boa-fé das rés, na conclusão do acórdão estadual, que não tem como ser revista em sede especial ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

III. Em determinadas circunstâncias, caso dos autos, é possível se presumir, de logo, a ocorrência de prejuízos pela mera demonstração da contrafação, além do

que alguns deles foram já referidos pelo aresto objurgado, remetida a apuração da extensão total dos danos para a fase de liquidação por artigos.

IV. Recursos especiais conhecidos em parte e improvidos.

(REsp 125.694/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 28.11.2005, p. 291)

Na vigência da atual Lei da Propriedade Industrial, esta Corte decidiu novamente a matéria concernente à demonstração do dano por atos de concorrência desleal:

Direito Comercial e Processual Civil. Recurso especial. Concorrência desleal e desvio de clientela. Embargos declaratórios. Omissão. Ausência. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Inépcia da inicial. Inocorrência. Danos materiais. Comprovação. Presunção.

- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

- É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial.

- Verificada a existência de causa de pedir, não há reconhecer-se a inépcia da inicial na presente hipótese.

- O art. 209 da Lei n. 9.279/1996 autoriza a reparação por danos materiais advindos de atos de concorrência desleal que importem desvio de clientela pela confusão causada aos consumidores.

- A reparação não está condicionada à prova efetiva do dano, pois os atos de concorrência desleal e o consequente desvio de clientela provocam, por si sós, perda patrimonial à vítima.

Recurso especial não provido.

(REsp 978.200/PR, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 19.11.2009, DJe 02.12.2009)

No mencionado precedente, relatado pela em. Ministra Nancy Andriighi, Sua Excelência dispôs:

Deve-se ponderar, ainda, que o tema não deve ser tratado, isoladamente, à luz do CC/2002, diante da existência de lei específica a respeito. O art. 209 da Lei n. 9.279/1996, refere-se à reparação de danos nas situações de concorrência desleal e ostenta a seguinte redação:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de *prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão*

entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

O dispositivo, portanto, autoriza a reparação material pela constatação do ato de concorrência desleal, que gera dúvida aos consumidores pela confusão entre estabelecimentos e/ou produtos.

O fundamento da reparação está no desvio da clientela que, acreditando na aquisição de um determinado produto conhecido, no mercado, pelo nome e pela reputação, adquire outro.

Isso porque, essa confusão na aquisição do produto e/ou serviço, tanto pode passar despercebida, quanto pode gerar algum tipo de insatisfação, porquanto não era, efetivamente, o produto esperado.

Qualquer que seja a situação, porém, há prejuízo à vítima do ato: se despercebida a diferença, o autor (do ato de concorrência desleal) auferiu lucros a partir da boa reputação do produto criado pela vítima; se gerou insatisfação, denigre a imagem e a reputação criados e trabalhados pela vítima.

Dessa forma, o ato de concorrência desleal e o conseqüente desvio de clientela provocam, por si sós, perda patrimonial, sendo desnecessária a comprovação do dano.

Ademais, o citado art. 209 da Lei n. 9.279/1996, não apresenta nenhuma condicionante da reparação do dano material à prova do efetivo prejuízo. O ato de concorrência desleal, reitera-se, por si só, provoca substancial redução no faturamento da empresa que dele é vítima. O prejuízo, portanto, é presumido, autorizando-se, em conseqüência, a reparação.

No mesmo diapasão, menciona-se o precedente contido no REsp 1.207.952/AM, por mim relatado, que tem a seguinte ementa:

Direito Marcário. Recursos especiais. Marca. Bem imaterial componente do estabelecimento. Uso sem a anuência do titular. Impossibilidade. Concorrência desleal. *Reconhecimento da violação do direito de propriedade industrial. Obrigação de indenizar. Apuração da extensão dos danos em liquidação de sentença. Possibilidade.* Importação paralela e recondicionamento dos produtos sem a anuência do titular da marca. Impossibilidade.

1. A marca é importante elemento do aviamento, sendo bem imaterial, componente do estabelecimento do empresário, de indiscutível feição econômica.

2. Como o Tribunal de origem reconhece a existência de violação do direito de uso da marca, em observância ao artigo 209 da Lei n. 9.279/1996, independentemente de ter sido demonstrada a exata extensão dos prejuízos experimentados pela autora, descabe o julgamento de improcedência dos

pedidos exordiais, pois a apuração pode ser realizada em liquidação de sentença. Precedentes.

3. A marca é fundamental instrumento para garantia da higidez das relações de consumo. Desse modo, outra noção importante a ser observada quanto à marca é o seu elemento subjetivo, que permite ao consumidor correlacionar a marca ao produto ou serviço, evitando, por outro lado, o desleal desvio de clientela.

4. As importações paralelas lícitas são contratos firmados com o titular da marca no exterior, ou com quem tem o consentimento deste para comercializar o produto. Tendo o Tribunal de origem apurado não haver autorização, pela titular da marca, para a importação dos produtos, o artigo 132, inciso III, da Lei n. 9.279/1996, não socorre a recorrente.

5. Tolerar que se possa recondicionar produtos, sem submissão ao controle e aos padrões adotados pelo titular da marca - que também comercializa o produto no mercado -, significaria admitir a inequívoca confusão ocasionada ao consumidor que, ao adquirir produto da marca, espera obter bem de consumo que atenda a determinado padrão de qualidade e confiabilidade que associa ao signo.

6. Conduta que, por outro lado, não atende aos objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, consoante disposto no artigo 4º, incisos I, III e VI, do Código de Defesa do Consumidor, que sobrelevam aos interesses da parte.

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos para, na extensão, dar parcial provimento apenas ao da autora, para restabelecer o decidido na sentença, inclusive no que tange aos ônus sucumbenciais, devendo a extensão dos danos ser apurada em liquidação por artigos. Negado provimento ao recurso da ré.

(REsp 1.207.952/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23.08.2011, DJe 1º.02.2012)

Menciona-se, ainda, recente precedente unânime da Terceira Turma, REsp 1.631.314/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, assim ementado:

Recurso especial. Propriedade intelectual. Desenho industrial. Violação. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. *Danos patrimoniais. Desnecessidade de delimitação da extensão dos prejuízos econômicos para configuração do dano. Possibilidade de apuração em liquidação de sentença.*

1- Ação ajuizada em 6.3.2002. Recurso atribuído à Relatora em 25.8.2016.

2- Controvérsia que se cinge em determinar se é necessária a delimitação da extensão do prejuízo econômico para que se possa reconhecer a existência de danos patrimoniais decorrentes de violação a direito de propriedade industrial.

3- Não se constatando a existência de omissão, contradição ou obscuridade, rejeitam-se os embargos de declaração.

4- A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

5- *O dano causado ao titular de interesse tutelado pela Lei de Propriedade Industrial configura-se com a violação do direito protegido.*

6- *A extensão econômica dos prejuízos causados pela contrafação de desenho industrial pode ser delimitada em liquidação de sentença.*

7- Recurso Especial Provido.

(REsp 1.631.314/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25.10.2016, DJe 09.11.2016)

7. Diante do exposto, renovada as vênias, divirjo do voto com o qual nos brindou a ilustre relatora, provejo o agravo interno para conhecer do recurso especial e, na extensão, dar-lhe provimento para julgar procedentes os pedidos exordiaais, determinando, em liquidação, a apuração pericial do dano, tomando por base o valor de mercado do licenciamento da marca “*Renner*” para sinalar os produtos e serviços bancários não previstos no contrato firmado entre as partes. Custas e honorários advocatícios a cargo da ré, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.423.825-CE (2013/0403040-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil Seção Ceará

Advogados: Hércules Saraiva do Amaral - CE013643B

Eginardo de Melo Rolim Filho e outro(s) - CE01706

Recorrente: Unibanco-União de Bancos Brasileiros S/A

Advogados: Fábio Lima Quintas e outro(s) - DF017721

Luiz Carlos Sturzenegger e outro(s) - DF001942

Décio Freire e outro(s) - PE000815A

Edva Alves Rufino - PE029901

Andreza Barcala Peixoto - MG111064

Recorrido: Os Mesmos

Recorrido: Banco Bradesco S/A e outros

Advogados: Patrícia de Oliveira Boaski e outro(s) - SP125390

Aluizio José Almeida Cherubini - SP165399

João Marcos Neto de Carvalho - SP289543

Recorrido: Banco do Nordeste do Brasil SA

Advogados: André Luiz de Castro Fernandes e outro(s) - PE019779

Manoel Tomaz de Almeida Neto - CE008730

Recorrido: Caixa Econômica Federal

Advogados: Leandro da Silva Soares e outro(s) - DF014499

Marcelo Santiago de Lima e outro(s) - PE021445

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: José Carlos Barbosa de Almeida e outro(s) - PE000900B

Lúcio Flávio Ferreira Pimentel

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Embargos infringentes. Teoria da asserção. Legitimidade ativa da OAB para a propositura de ação civil pública. Defesa dos consumidores a título coletivo. Possibilidade.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, acolhendo preliminar de ilegitimidade ativa (art. 530 do CPC/1973).

2. “No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, segundo o qual, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último” (AgInt nos EAg 1.213.737/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 17.8.2016, DJe 26.8.2016).

3. Conforme decidido em sede de repercussão geral pelo STF, “ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional” (RE 595.332, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno,

julgado em 31.8.2016, DJe 23.6.2017)

4. A Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública para a defesa dos consumidores a título coletivo.

5. Em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, a legitimidade ativa da OAB não está sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais.

6. No entanto, “os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n.8.906/84” (REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 9.12.2013).

7. No presente caso, como o recurso de apelação da OAB não foi conhecido, os autos devem retornar ao Tribunal de origem para a reapreciação da causa, dando-se por superada a tese da ilegitimidade do autor.

8. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial de Ordem dos Advogados do Brasil Seção Ceará e julgar prejudicadas as demais questões suscitadas, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedidos os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Dr. Thiago Luiz Blundi Sturzenegger, pela parte recorrente: Unibanco-União de Bancos Brasileiros S/A

Dr. Leandro da Silva Soares, pela parte recorrida: Caixa Econômica Federal

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 18.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará ajuizou ação civil pública em face de Banco Bradesco S/A, Banco do Brasil S/A, Grupo Santandar Banespa S/A, Banco Nordeste do Brasil S/A, Banco Itaú S/A, Caixa Econômica Federal, HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo, Unibanco-União de Bancos Brasileiros S/A., buscando indenização por alegados danos morais coletivos, sob o fundamento de que os réus adotam sistema de atendimento que busca, mediante redução do quadro de caixas e agência, maximizar lucros, acarretando o aumento do tempo de espera de consumidores nas filas bancárias.

O magistrado de piso extinguiu o feito em relação à Caixa Econômica Federal (CEF), pela existência de coisa julgada e, quanto aos demais, julgou procedente o pedido para condená-los ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 500 mil reais, a ser revertido ao Fundo Nacional de Direitos Difusos.

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por maioria, deu provimento ao recurso dos bancos, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil. Constitucional. Ação civil pública. Extemporaneidade do recurso do Banco do Brasil S/A. Razões não ratificadas após a publicação da sentença que decidiu os embargos de declaração. Não conhecimento. Defesa dos consumidores a título coletivo. Ilegitimidade ativa da OAB/CE. Competência da Justiça Federal. Caixa Econômica Federal. Parte ré em outra lide idêntica. Sentença já transitada em julgado. Coisa julgada configurada. Banco Central do Brasil. Ausência de litisconsórcio passivo necessário. Grupo Santander. Legitimidade passiva. Demora em fila para atendimento bancário. Interesse de agir configurado. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral coletivo. Não configurado. Improcedência do pedido inicial.

1. É extemporâneo o recurso que deixa de ratificar suas razões após a publicação do(a) acórdão/sentença dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos por parte processual diversa e cujo julgamento em nada tenha alterado o teor do(a) acórdão/sentença recorrido(a). Precedentes do STF e do STJ.

2. Caso em que, após a publicação da sentença que apreciou os embargos de declaração, deveria o *Banco do Brasil S/A*, dentro do prazo legal para a interposição de apelação, ter ratificado suas razões recursais, o que não ocorreu.

3. Nada obstante, sendo providos os recursos de outros bancos demandados, cujos interesses, pelo menos no que diz respeito ao mérito, são semelhantes ao do *Banco do Brasil S/A*, a este são aproveitadas as razões recursais das demais instituições financeiras apelantes, de modo que eventual provimento de tais apelações também o beneficiará, à luz do que prevê o art. 509 do CPC.

4. A OAB não possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública tendente a discutir matéria restrita aos direitos dos consumidores, a qual não está incluída em sua finalidade institucional de defesa da classe profissional dos advogados. Tem-se, portanto, como não conhecida a apelação da OAB/CE. Vencido, no particular, o Relator.

5. O fato de haver, na exordial, pedido dirigido contra a CEF, empresa pública federal, justifica, por si só, a competência do Juízo Federal, conforme o critério subjetivo previsto no art. 109, I, da CF/1988. Isso porque, muito embora, na primeira instância, tenha sido extinto o feito, sem resolução do mérito, em relação a tal instituição bancária por força da coisa julgada, a competência jurisdicional já se encontrava definida no momento do ajuizamento desta demanda, com base na Teoria da Asserção.

6. Em se tratando de ações coletivas idênticas, em que figura no polo passivo a CEF, e já tendo havido o trânsito em julgado no primeiro feito (2005.81.00.011301-8), deve ser mantida a sentença na parte que extinguiu o presente processo, sem resolução do mérito (art. 267, V, do CPC), quanto àquela empresa pública federal, em face do instituto da coisa julgada.

7. Inexiste, na lide em cotejo, litisconsórcio passivo necessário com Banco Central do Brasil, uma vez que não é imputada a essa autarquia federal nenhum tipo de responsabilidade pela conduta dos bancos réus, não havendo, ademais, nenhum pedido de condenação dirigido contra o BACEN nesta ação.

8. Muito embora o *Banco Santander (Brasil)* ou o Banco ABN Amro Real S/A possuam CNPJ distintos do *Grupo Santander*, como aqueles são instituições financeiras que fazem parte desse último e são por ele controladas, tal grupo societário é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda. Precedente do STJ.

9. Assiste interesse de agir à parte autora, uma vez que os fatos estão perfeitamente narrados na inicial e a pretensão é viável e encontra-se demonstrada nos autos e tipificada na legislação consumerista.

10. Demais de ser aplicável o CDC às instituições financeiras, por força da Súmula 297 do STJ, é indiscutível que o atendimento bancário, ao qual recorrem os consumidores para a prática de suas transações financeiras, de diversas formas (telefone, *internet*, caixas eletrônicos ou convencionais), enquadra-se no conceito de “serviço” previsto no art. 3º, parágrafo 2º do aludido diploma legal.

11. Envolvendo a demanda em cotejo matéria eminentemente de direito, prescinde o convencimento deste Relator da produção de qualquer prova, não havendo que se falar, portanto, em cerceamento de defesa ou necessidade de dilação probatória.

12. Não se pode perder de vista que, sem embargo da diferença que existe entre o dano moral individual e o coletivo, é indispensável que o fato gerador do dano coletivo extrapole os limites da tolerabilidade e razoabilidade, produzindo “verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva” (STJ, REsp 1.221.756/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.02.2012, p. 580, p. 37).

13. Consoante a boa doutrina, o dano moral coletivo é definido como uma violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos, uma agressão, do ponto de vista jurídico, absolutamente injustificável do patrimônio valorativo. Nesse contexto, entendendo que a demora no atendimento bancário não é fato novo no nosso meio sócio-cultural, muito menos extraordinário, ainda mais num país onde as filas, muitas vezes “intermináveis” e bastante cansativas, estão em vários lugares que fazem parte do cotidiano da maioria dos brasileiros (supermercados, cinemas, restaurantes, hospitais, consultórios médicos, repartições públicas, etc.).

14. Assim, em que pese não ser agradável, o simples tempo de espera dos clientes para serem atendidos nos caixas convencionais dos bancos, uma vez representando para esta Corte, no aspecto individual, mero dissabor ou aborrecimento, não configura, a meu ver, uma violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos ou uma agressão absolutamente injustificável do patrimônio valorativo.

15. Em outras palavras, eventual dano moral decorrente da demora na fila do estabelecimento bancário, caso efetivamente demonstrado, por ser circunstancial, não ultrapassaria a esfera jurídica individual daquele que realmente se sentiu lesado em sua honra, não havendo como se estender tal situação a toda uma coletividade.

16. Para que a litigância de má-fé se configure faz-se necessário que o autor ou interveniente aja de forma maldosa, dolosa causando prejuízo à parte contrária, e que a conduta se subsuma a uma das hipóteses taxativas do art. 17 do CPC. Não se vislumbrando, *in casu*, nenhuma das hipóteses previstas no aludido artigo e nem havendo a demonstração de prejuízo processual para os bancos apelantes, não há que se falar em condenação em litigância de má-fé.

17. Ante a ausência de comprovada má-fé da parte demandante em ação civil pública, não há que se falar em sua condenação ao ônus da sucumbência (art. 18 da Lei n. 7.347/1985).

18. Apelações da OAB/CE e do *Banco do Brasil S/A* não conhecidas. Recursos dos demais bancos réus a que se dá provimento.

(fls. 1.387-1.405)

Irresignada, a OAB, Secção Ceará, interpôs embargos infringentes, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso, nos seguinte termos:

Direito do Consumidor e Processual Civil. Embargos infringentes em apelação cível. Dano moral coletivo. Ilegitimidade da OAB para propositura de ação civil pública sobre direito do consumidor.

1. Embargos Infringentes interpostos pela OAB/CE contra acórdão da Quarta Turma, que, por maioria, não conheceu da apelação interposta pela ora recorrente, considerando a sua ilegitimidade ativa *ad causam*.

2. Adoção do entendimento prevalecente no sentido de que “a OAB não possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública tendente a discutir matéria restrita aos direitos dos consumidores, a qual não está inclusa em sua finalidade institucional de defesa da classe profissional dos advogados”.

3. Embargos infringentes improvidos.

(fls. 1.509-1.518)

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (fls. 1.636-1.643).

A OAB/CE interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional (fls. 1701-1741), por vulneração aos arts. 44, I, 54, I, V e XIV, e 78, todos da Lei n. 8.906/1994; 105, V, “b” do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB; 5º, V, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 7.347/1985; 6º, VI e VII, 82, IV, do CDC; e 5º, X, da CF/1988.

Aduz que “a OAB-CE é parte legítima para intentar qualquer ação civil pública para defender os interesses dos consumidores, bem como ajuizar as ações que forem possíveis para defender a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito e pugnar pela aplicação correta e devida do Código de Defesa do Consumidor e os demais ordenamentos jurídicos”.

Sustenta que “o legislador atribuiu a OAB, além de atribuições voltadas para o mister cooperativo de defender a classe dos advogados, função social de relevância dentro da sociedade civil organizada, para a defesa dos interesses coletivos, de sorte que o texto legal fala em ‘defender a Constituição, a ordem

jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis”.

Defende a existência de dano moral coletivo, haja vista que a redução no número de caixas induz ao aumento do tempo de espera do cidadão nas filas de atendimento.

Afirma que não há coisa julgada ou litispendência em relação à Caixa Econômica Federal.

Interpôs, também, recurso extraordinário (fls. 1.802-1.831).

Unibanco - União de Bancos Brasileiros S.A. interpõe, por sua vez, recurso adesivo (fls. 1.852-1.865) pelo art. 105, III, “a”, da CF, por negativa de vigência ao art. 530 e 535, II, do CPC.

Alega que o acórdão foi omisso.

Afirma não ser cabível o recurso de embargos infringentes, pois “a matéria objeto daqueles embargos infringentes, portanto, não diz respeito ao *meritum causae* (condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais coletivos, em que houve unanimidade para, dando provimento ao recurso de apelação, julgar improcedente a demanda), mas tão somente a uma das condições da ação da própria ação coletiva, a ilegitimidade ativa da OAB/CE”.

Contrarrrazões apresentadas por Caixa às fls. 1.588-1.611; Banco do Brasil às fls. 1.614-1.617; Unibanco às fls. 1.873-1.885; Bradesco S/A, Santander S/A, Itaú S/A e HSBC às fls. 1.887-1.910 e Banco do Nordeste S/A às fls. 1.944-1.955.

Todos os recursos receberam crivo positivo de admissibilidade (fls. 1.977-1.980).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso adesivo:

Processo Civil Coletivo. Ação Civil Pública. Condições da ação. Legitimidade ativa.

Processual Civil. Recursos. Embargos de Declaração. Omissão reconhecida – questão relativa à admissibilidade de embargos infringentes em matéria processual.

Parecer pelo provimento do recurso especial adesivo.

(fls. 2.005-2.013)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

De fato, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte, de modo específico, a determinados preceitos legais.

3. No que toca à questão da preclusão consumativa aventada em contrarrazões pelos recorridos, sustentam que não poderia a recorrente inovar ao interpor outro recurso especial, muito menos anexar os acórdãos paradigmas não apresentados no momento oportuno, tendo em vista que os aclaratórios opostos não tiveram efeitos modificativos, cabendo, tão somente, a ratificação do recurso já interposto.

A Corte Especial do STJ, debruçando-se sobre o tema, definiu, com relação ao recurso prematuro, que “a única interpretação cabível para o enunciado da Súmula 418 do STJ é aquela que prevê o ônus da ratificação do recurso interposto na pendência de embargos declaratórios apenas quando houver alteração na conclusão do julgamento anterior” (REsp 1.129.215/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 16.9.2015, DJe 3.11.2015).

Naquela oportunidade, também restou definido que a parte só poderá complementar a fundamentação de seu recurso já interposto se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração, *verbis*:

5.1. De fato, a celeuma surge exatamente quando se impõe ao litigante que interpôs recurso principal, na pendência de embargos declaratórios, o ônus da ratificação deste seu recurso, mesmo que seja mantida integralmente a decisão que o originou.

É que a parte recorrente (recurso principal) não poderá interpor novo recurso, não obstante a reabertura de prazo pelo julgamento dos embargos, uma vez constatada sua preclusão consumativa.

Em verdade, só parece possível pensar na obrigatoriedade de ratificação - rectius complementação - do recurso prematuramente interposto para que possa também alcançar, por meio de razões adicionais, a parte do acórdão atingida pelos efeitos

modificativos e/ou infringentes dos embargos declaratórios. Aliás, trata-se de garantia processual da parte que já recorreu.

Deveras, segundo referido princípio, é autorizado ao recorrente que já tenha interposto o recurso principal complementar as razões de seu recurso, caso haja integração ou alteração do julgado objeto de aclaratórios acolhidos, aduzindo novos fundamentos no tocante à parcela da decisão que foi modificada, não podendo, porém, apresentar novo recurso; também não poderá se valer da faculdade do aditamento se não houver alteração da sentença ou acórdão, porquanto já operada, de outra parte, a preclusão consumativa - o direito de recorrer já foi exercido.

Nelson Nery leciona:

Pelo princípio da complementariedade, o recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer.

[...]

Não poderá apresentar segunda apelação, pois esse direito já fora exercido, havendo-se operado a preclusão consumativa. Como surgiram fatos novos, já que a sentença sofrera alteração, poderá, somente quanto à parte nova da decisão, aumentar o já interposto recurso de apelação.

Se a apelação houvera sido parcial, não impugnando toda a matéria contida na sentença e que lhe fora adversa, a complementação do recurso não poderá atingir a matéria já preclusa.

(Teoria geral dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 182)

Na hipótese, não havendo alteração da decisão pelos embargos de declaração (fls. 1.636-1.643), deve prosseguir normalmente o recurso (principal), que não poderá mais ser alterado, em razão da preclusão consumativa.

Assim, o recurso a ser analisado, no presente julgamento, é o especial de fls. 1.530-1.574, interposto logo após o acórdão dos embargos infringentes e antes do julgamento dos embargos de declaração.

É o que consagra a Corte Especial do STJ:

Processo Civil. Agravo interno. Embargos de divergência. Súmula 284 do STF. Preclusão consumativa.

1. A falta de fundamentação hábil à compreensão da controvérsia impede o conhecimento do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 284 do STF: "É

inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, segundo o qual, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o exame do que tenha sido protocolizado por último. Precedentes.

3. Agravo interno não conhecido, prejudicada a análise dos subsequentes em virtude da preclusão consumativa.

(AgInt nos EAg 1.213.737/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 17.8.2016, DJe 26.8.2016 - grifou-se)

4. De outra parte, em relação ao cabimento dos embargos infringentes no caso em apreço, nos termos do art. 530 do CPC revogado - diploma aplicado pela Corte local -, são possíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória.

Ora, como sabido, pela teoria *della prospettazione* (da asserção), aceita por esta Corte, o exame das condições da ação deve ser feito em abstrato, de acordo com a asserção da petição inicial.

No entanto, é cediço que, quando a relação existente entre as condições da ação e o direito material for imbricada ao ponto de a definição daquelas exigir a análise de ambos, ingressar-se-á no mérito.

Bedaque, com precisão, esclarece que, na análise das condições da ação, “se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: RT, 1995, p. 78).

Confrim-se:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Civil. Ação de cobrança. Contrato de seguro anexo a compra e venda de imóvel. Negativa de cobertura diante da ocorrência do sinistro. Alegação de falha da construtora na intermediação da contratação do seguro. Legitimidade passiva demonstrada. Agravo não provido.

1. É pacífico o entendimento nesta Corte de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

2. Considerando que o direito pleiteado pela recorrida tem como base falha no serviço prestado especificamente pela construtora recorrente, que impediu a contratação do seguro com o HSBC, mostra-se desarrazoada a alegação de ilegitimidade passiva da construtora.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 452.737/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25.08.2015, DJe 16.09.2015 - grifou-se)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Aquisição de valores mobiliários por intermédio de instituição financeira. Legitimidade passiva da instituição financeira. Teoria da asserção. Precedentes. Prescrição. Prazo. Termo inicial. Ciência da lesão. Teoria da *actio nata*. Momento da ocorrência da ciência inequívoca. Súmula n. 7 do STJ. Agravo regimental improvido.

1. Não há ilegitimidade passiva nas hipóteses em que a pertinência subjetiva do réu em relação à pretensão deduzida em juízo torna-se evidente à luz da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas tomando como pressuposto, provisoriamente, apenas em juízo de admissibilidade da demanda, as próprias afirmações ou alegações contidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade probatória.

2. É inviável o recurso especial que pretende modificar premissa fática assentada no acórdão do Tribunal *a quo*, para ver reconhecido que a configuração da ciência inequívoca da lesão, para fins de início do prazo prescricional, se deu em data diversa daquela acolhida pela Corte de origem. Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 740.588/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27.10.2015, DJe 16.11.2015 - grifou-se)

Deve-se ter em conta, por outro lado, que, apesar de a teoria da asserção estabelecer direito potestativo para o autor do recurso, no sentido de que sejam consideradas suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, “essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito” (AgRg no AREsp 605.732/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26.5.2015, DJe 2.6.2015).

Nesse passo, em relação à legitimidade *ad causam*, a sua definição, por diversas vezes, acaba incorrendo na análise da lide em concreto, com grande dificuldade prática em sua separação com o mérito da causa.

Dessarte, apesar de, em regra, o exame da legitimidade ocorrer *in statu assertiones*, invariavelmente é no curso do processo, mais precisamente no

momento da sentença, que se chega à efetiva convicção sobre a referida condição da ação, importando, desta feita, na análise da relação jurídica de direito material.

Nessa ordem de ideias, em uma interpretação sistemática do art. 530 do CPC/1973, penso ser plenamente cabível o recurso de embargos infringentes contra acórdão que, a despeito de ser formalmente processual, implicar análise de mérito.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos infringentes. Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva. Cabimento.

1. Cabem embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva e reforma sentença para extinguir a ação com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

2. Em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, admitindo-se embargos infringentes contra decisão que, a despeito de ser formalmente processual, implicar análise de mérito.

3. De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia.

4. A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva.

Entendida como de mérito a decisão proferida, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

5. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.157.383/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.08.2012, DJe 17.08.2012- grifou-se)

Na hipótese, após sentença de mérito do magistrado de piso - condenando os réus ao pagamento de R\$ 500.000,00 por danos morais coletivos -, foram interpostas diversas apelações, por todos os litigantes, oportunidade em que o Tribunal de origem, por maioria, acolheu a tese de ilegitimidade ativa da OAB para ajuizar Ação Civil Pública tendente a discutir matéria restrita aos direitos dos consumidores.

Portanto, houve e ainda há cognição profunda e de alcance muito maior, qual seja a legitimidade ativa da OAB para ações civis públicas - como a do

caso em exame - e que acabará por definir a lide, pelo menos para a instituição recorrente, de forma definitiva sobre o processo.

Isto porque, a depender do resultado, estará impedida de ajuizar qualquer outro processo coletivo no que toca aos direitos do consumidor. De fato, como se vê, não bastou mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva.

Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da autora, acabou-se por adentrar também no terreno do mérito.

Note-se, por oportuno, que a natureza da decisão, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva.

Na espécie, como visto, a questão veio a ser analisada pela Corte local no momento da apelação, quando se pronunciou acerca da legitimidade ativa, depois de toda a instrução dos autos.

Aliás, em hipótese muito similar, já definiu esta Quarta Turma:

Processual Civil. Ação civil pública. *Embargos infringentes*. *Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública*. Limitador constitucional. Defesa dos necessitados. Plano de saúde. Reajuste. Grupo de consumidores que não é apto a conferir legitimidade àquela instituição.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530).

Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito.

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que

“comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental.

4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro.

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade.

7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

8. Diante do microsistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.192.577/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.05.2014, DJe 15.08.2014 - grifou-se)

Assim, no caso específico, perfeitamente cabível o recurso de embargos infringentes, não havendo falar em intempestividade do especial.

5. Da mesma forma, afasto a irresignação no que toca à incompetência da Justiça Federal, em virtude de o STF ter, recentemente, pacificado a *questio*, reconhecendo estar a OAB inserida nos ditames do art. 109 da CF:

Competência. Ordem dos Advogados do Brasil. Anuidades. Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto

no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.

(RE 595.332, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-138 divulg 22.06.2017 public 23.06.2017)

6. O ponto nodal da controvérsia é saber se a OAB (e sua Seccional) possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública em defesa do direito coletivo dos consumidores.

O Tribunal *a quo*, reformando a sentença de piso, entendeu por bem afastar a legitimidade da OAB na espécie, posicionamento mantido em sede de infringentes, nos seguintes termos:

A hipótese é de embargos infringentes interpostos pela OAB/CE contra acórdão da Quarta Turma, que, por maioria, não conheceu da apelação interposta pela ora recorrente, considerando a sua ilegitimidade ativa ad causam.

Em ação civil pública movida pela OAB/CE - *Ordem dos Advogados do Brasil Seccção do Ceará* - a sentença: a) extinguiu o processo sem resolução do mérito, em razão da coisa julgada, na forma do artigo 267, V, do CPC, em relação à *Caixa Econômica Federal*; e b) quanto aos demais réus, tendo em vista a ineficiência dos serviços bancários, notadamente no que diz respeito ao atendimento ao consumidor pelo tempo de espera nas filas, julgou procedente o pedido para condenar cada qual dos réus (*Banco Bradesco S/A, Grupo Santander Banespa S/A, Banco Itau S/A, HSBC Bank Brasil S/A Banco Multiplo, Banco do Brasil S/A, Banco do Nordeste do Brasil S/A BNB, Unibanco Uniao de Bancos Brasileiros S/A*) ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a ser revertida ao Fundo Nacional de Direitos Difusos criado pela Lei n. 7.347/1985, gerido pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), de que trata o art. 1º da Lei n. 9.008/1995.

Reputo que não merece provimento o presente recurso, uma vez que entendo não ter a Ordem dos Advogados do Brasil - Seccção Ceará - legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública com vistas à reparação de dano moral coletivo sobre direito do consumidor.

Vale lembrar precedente do Col. STJ no sentido de que "a OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados" (REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 07.03.2006, DJ 29.05.2006), o que não é o caso dos autos.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais:

[...]

Afigura-se, portanto, irreprochável o entendimento que prevaleceu no âmbito da Quarta Turma deste Sodalício no sentido de que “a OAB não possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública tendente a discutir matéria restrita aos direitos dos consumidores, a qual não está incluída em sua finalidade institucional de defesa da classe profissional dos advogados”.

Diante do exposto, nego provimento aos embargos infringentes. É como voto. (grifou-se)

6.1. Nesse passo, anoto que a Constituição da República de 1988, ao preceituar ser o advogado indispensável à administração da justiça (art. 133), reconheceu a função social da advocacia, manifestada em seu papel fundamental de contribuição e fortalecimento do Estado Democrático de Direito, porquanto garantidora dos direitos e liberdades públicas previstos em todo o ordenamento jurídico.

Deveras, “a advocacia não é apenas um pressuposto do Poder Judiciário. É também necessária a seu funcionamento [...] nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, se se reconhece no exercício do seu mister a prestação de um serviço público” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 613).

Como bem revela a Lei n. 8.906/1994, o advogado, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social, e seus atos constituem múnus público (art. 2º).

Por isso que a Corte Suprema reconheceu ser a OAB um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro, não se sujeitando aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta nem se equiparando às autarquias especiais e aos demais conselhos de classe.

O julgado foi assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, 2ª parte. “Servidores” da Ordem dos Advogados do Brasil. Preceito que possibilita a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha do regime jurídico no momento da aposentadoria. Indenização. Imposição dos ditames inerentes à Administração Pública direta e indireta. Concurso público (art. 37, II da Constituição do Brasil). Inexigência de concurso público para a admissão dos contratados pela OAB. Autarquias especiais e agências. Caráter jurídico da OAB. Entidade prestadora de serviço público independente. Categoria ímpar no elenco das personalidades

jurídicas existentes no Direito Brasileiro. Autonomia e independência da entidade. Princípio da moralidade. Violação do artigo 37, *caput*, da Constituição do Brasil. Não ocorrência.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. *A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.*

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/1988]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

(ADI 3.026, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006, DJ 29.09.2006 pp-00031 Ement vol-02249-03 pp-00478 RTJ vol-00201-01 pp-00093)

6.2. Outrossim, merece registro que a norma de regência da entidade estabelece expressamente a competência do seu Conselho Federal para “representar, em juízo ou fora dele, os *interesses coletivos ou individuais* dos advogados” e “ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, *ação civil pública*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei” (art. 54, II e XIV).

O Estatuto define como órgãos da OAB, “o Conselho Federal, os Conselhos Seccionais, dentre outros” (art. 54), definindo que “os Conselhos Seccionais, dotados de personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios” (§ 2º), reconhecendo o *paralelismo de atribuições* entre estes e o Conselho Federal, na forma do regimento interno (art. 59).

Por sua vez, o Regulamento Geral do Estatuto da OAB dispõe que:

Art. 105. *Compete ao Conselho Seccional, além do previsto nos arts. 57 e 58 do Estatuto:*

I – cumprir o disposto nos incisos I, II e III do art. 54 do Estatuto;

[...]

V – ajuizar, após deliberação:

a) ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais, em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal;

b) *ação civil pública, para defesa de interesses difusos de caráter geral e coletivos e individuais homogêneos;*

c) mandado de segurança coletivo, em defesa de seus inscritos, independentemente de autorização pessoal dos interessados;

d) mandado de injunção, em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Parágrafo único. O ajuizamento é decidido pela Diretoria, no caso de urgência ou recesso do Conselho Seccional. (grifou-se)

Dessarte, segundo penso, é inarredável a conclusão de que os conselhos seccionais da OAB têm legitimidade e interesse para o ajuizamento de ação civil

pública. No entanto, a interpretação sistemática dos dispositivos, também, leva à exegese de que a atribuição das Seccionais deve ser limitada à esfera local de atuação.

Realmente, conforme já assentado nesta Corte, “os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84” (REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 9.12.2013).

7. Assim, a meu juízo, resta enfrentar o tema da pertinência temática para questões relativas ao consumidor, ou, em outras palavras, se a Ordem dos Advogados do Brasil, em razão de sua natureza especial, deve demonstrar, para fins de ação civil pública, adequação entre o objeto tutelado e os fins da entidade.

Como sabido, entre suas finalidades institucionais, está a de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (EOAB, art. 44, I).

Em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, penso que *a legitimidade ativa da OAB não está sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo-lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais.*

Realmente, é prerrogativa da entidade proteger os direitos fundamentais de toda a coletividade, defender a ordem jurídica e velar pelos direitos difusos de expressão social, como sói acontecer com os consumidores (em sentido amplo, independentemente de tratar-se de profissional advogado), estando inseridos, portanto, dentro de sua representatividade adequada, a harmonização desses interesses e a finalidade institucional da OAB.

Entendimento que é comungado pela doutrina especializada:

Enquanto órgão encarregado da representação e defesa da classe dos advogados, a Ordem dos Advogados do Brasil também recebeu da lei legitimação para propor ações civis públicas ou coletivas. Essas ações envolverão verdadeira substituição processual da classe, e ora serão propostas pelo seu Conselho Federal, ora pelos presidentes dos Conselhos e das Subseções da entidade. Nessa linha, os presidentes dos conselhos e das subseções tem legitimidade para agir, judicial e

extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou afins do Estatuto da OAB.

Mas, afora as ações em defesa da própria classe dos advogados, poderia a OAB também ajuizar ações civis públicas ou coletivas para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mesmo de grupos alheios ao seu quadro associativo?

Segundo o art. 44 da Lei n. 8.906/1994, a OAB constitui serviço público, sendo dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade: a) defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; b) promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados no País. Sua natureza jurídica é de autarquia federal especial, e, como tal, pode ajuizar ações civis públicas de objeto compatível com seus fins legais. Quando zela pela observância de interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente, os das pessoas com deficiência, os dos consumidores em geral), está não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda a coletividade; dessa forma, tal tutela se insere duplamente nos objetivos da entidade (art. 44, I e II, do EOAB). De qualquer forma, é necessária a compatibilidade entre a defesa judicial do interesse e suas amplas finalidades institucionais.

(MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 340-341 - grifou-se).

Uma das mais importantes inovações do Estatuto sobre a competência da OAB, especialmente do Conselho Federal, é a legitimidade para ajuizamento de ações coletivas, além da ação direta de inconstitucionalidade. São elas, essencialmente: ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações assemelhadas. Essas ações coletivas podem ser propostas não apenas pelo Conselho Federal, mas pelos Conselhos Seccionais (art. 57 do Estatuto) e Subseções quando contarem com Conselho próprio (art. 61, parágrafo único, do Estatuto). Nesse sentido, o TRF-3ª Região decidiu pela competência da OAB-SP em promover ação civil pública em defesa dos consumidores em geral, perante a Justiça Federal (AgI 1999.03.00.005975).

[...]

A ação civil pública é um avançado instrumento processual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (por exemplo, meio ambiente, consumidor, patrimônio turístico, histórico, artístico). Os autores legitimados são sempre entes ou entidades, públicos ou privados, inclusive associação civil existente há mais de um ano e que inclua entre suas finalidades a

defesa desses interesses. O elenco de legitimados foi acrescido da OAB, que poderá ingressar com a ação não apenas em prol dos interesses coletivos de seus inscritos, mas também para tutela dos interesses difusos, que não se identificam em classes ou grupos de pessoas vinculadas por uma relação jurídica básica. Sendo de caráter legal a legitimidade coletiva da OAB, não há necessidade de comprovar pertinência temática com suas finalidades, quando ingressar em juízo."

(LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 303)

A exegese coaduna-se com os ditames constitucionais em relação à necessária intervenção e participação da advocacia no Estado Democrático de Direito, notadamente em razão da amplitude de seus objetivos institucionais e de ser instituição vocacionada à tutela de direitos coletivos em sentido amplo.

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ quando a matéria de fundo envolve o direito público:

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho seccional. Proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico. Limitação por pertinência temática. Incabível. Leitura sistemática do art. 54, XIV, com o art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994. Defesa da Constituição Federal, do estado de direito e da justiça social.

1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, uma ação civil pública ajuizada pelo conselho seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local; a recorrente alega violação dos arts. 44, 45, § 2º, 54, XIV, e 59, todos da Lei n. 8.906/1994.

2. Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84.

3. *A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/1994 - para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos.*

Recurso especial provido.

(REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 09.12.2013)

Processual Civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Ação civil pública. Tutela coletiva dos consumidores. OAB. Legitimidade ativa *ad causam*.

1. *A legitimidade ativa da OAB não está limitada em razão da pertinência temática, porquanto, entre suas atribuições previstas no art. 44, I, da Lei n. 8.906/1994 está a defesa, inclusive em juízo, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, e por conseguinte dos direitos coletivos e difusos.*

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.381.656/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17.08.2017, DJe 23.08.2017)

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Demanda coletiva. Direito do Consumidor. Serviço de telefonia móvel. Participação da ANATEL. Competência da Justiça Federal. OAB/PE e ADECCON/PE. Preliminares de ilegitimidade ativa, falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Qualidade deficiente dos serviços de telefonia móvel comprovada por relatório da ANATEL e outros documentos. Danos morais coletivos reconhecidos pelo Tribunal de origem. Pedido para que o STJ examine o cumprimento da obrigação de fazer. Impossibilidade. Necessidade de reexame do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ.

[...]

10. *Quanto à alegação de ilegitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil em promover a presente Ação Civil Pública, por falta de pertinência temática, importante esclarecer que o STJ possui a orientação no sentido de que a legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/1994 - para propositura de Ações Cíveis Públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos. (REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26.11.2013, DJe 09.12.2013).*

11. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.502.179/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.11.2016, DJe 19.12.2016)

Dessarte, diante desses precedentes, penso que restou superado o entendimento adotado no REsp 331.403/RJ, Rel. Ministro João Otávio de

Noronha, Segunda Turma, julgado em 7.3.2006, DJ 29.5.2006, p. 207, que limitava o *jus postulandi* da OAB às pretensões que tinham por objetivo garantir direito próprio e de seus associados.

Realmente, o Conselho Federal da OAB é tido como um dos legitimados ativos para fins de ação de inconstitucionalidade e, por conseguinte, independentemente de pertinência temática, podem impugnar leis ou atos normativos não afetos aos seus objetivos institucionais específicos, devendo tal exegese ser replicada, segundo penso, nas ações civis públicas, no que toca à ausência de limitação temática e a expansão da defesa dos direitos protegidos pela Carta de 1988.

Nesse sentido:

Direito Constitucional e Eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e § 5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Pedidos de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (itens e.1.e e.2). Sentença de perfil aditivo (item e.5). Técnica de decisão amplamente utilizada por Cortes Constitucionais. Atuação normativa subsidiária e excepcional do Tribunal Superior Eleitoral, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável (*in casu*, de dezoito meses). Inadequação da via eleita. Improcedência. Pretensões que veiculam ultraje à lei fundamental por ação, e não por omissão. Mérito. Ofensa aos princípios fundamentais democrático e da igualdade política. Cumulação de pedidos de ADI e de ADI por omissão em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade. Viabilidade processual. Premissas teóricas. Postura particularista e expansiva da Suprema Corte na salvaguarda dos pressupostos democráticos. Sensibilidade da matéria, afeta que é ao processo político-eleitoral. Autointeresse dos agentes políticos. Ausência de modelo constitucional cerrado de financiamento de campanhas. Constituição-moldura. Normas fundamentais limitadoras da discricionariedade legislativa. Pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que não encerra o debate constitucional em sentido amplo. Diálogos institucionais. Última palavra provisória. Mérito. Doação por pessoas jurídicas. Inconstitucionalidade dos limites previstos na legislação (2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição). Violação aos princípios democrático e da igualdade política. Captura do processo político pelo poder econômico. "Plutocratização" do prélio eleitoral. Limites de doação por naturais e uso de recursos próprios pelos candidatos. Compatibilidade material com os cânones democrático, republicano e da igualdade política. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

[...]

12. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ostenta legitimidade ad causam universal para deflagrar o processo de controle concentrado de constitucionalidade, ex vi do art. 103, VII, da Constituição da República, prescindindo, assim, da demonstração de pertinência temática para com o conteúdo material do ato normativo impugnado.

[...]

(ADI 4.650, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2015, Processo Eletrônico DJe-034 divulg 23.02.2016 public 24.02.2016)

Na hipótese, como o recurso de apelação da OAB não foi conhecido e, por conseguinte, suas razões, pois o Tribunal entendeu por sua ilegitimidade - ainda que de certa maneira tenha ingressado no mérito (fls. 1.404) -, de modo a se evitar nulidade e permitir o esgotamento de instância, penso que o melhor é que os autos retornem ao Tribunal de origem para reapreciação da causa, dando por superada a tese da ilegitimidade do autor.

8. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial a fim, reconhecendo a legitimidade do Conselho Seccional da OAB para a propositura da presente demanda, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que realize novo julgamento da causa, agora, com a apreciação de todos os fundamentos carreados no recurso de apelação da entidade. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 1.531.131-AC (2015/0091321-6)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Ministério Público do Estado do Acre

Recorrido: E R B

Recorrido: R A O

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Acre

EMENTA

Recurso especial. Direito de Família. Alimentos e guarda de filhos. Acordo extrajudicial homologado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Alegação de nulidade por prevenção suscitada pelo MP estadual. Ausência de prejuízo às partes. Ato que passou três anos, como ressaltou o Ministério Público Federal, não gerou qualquer nova controvérsia entre os genitores. Instrumentalidade das formas. Precedentes do STJ. Resolução CNJ n. 125/2010. Incentivo à autocomposição como forma de resolução adequada de conflitos.

Hipótese dos autos: inobstante a existência de prévia ação de alimentos junto ao Juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC, decidida por sentença homologatória de acordo, os recorridos, conjunta e espontaneamente, procuraram os serviços do CEJUSC e, ao final da realização de audiência de conciliação, registrada às fls. 07 (e-STJ), retificaram os termos de guarda e de prestação de alimentos do filho, tendo sido homologada a convenção extrajudicial pelo Juízo Coordenador do CEJUSC (fl. 12, e-STJ), nos termos do art. 9º da Resolução CNJ n. 125/2010.

1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, à luz do princípio constitucional da prestação jurisdicional justa e tempestiva (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988), que, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC/1973), somente se reconhece eventual nulidade de atos processuais caso haja a demonstração efetiva de prejuízo pelas partes envolvidas. Precedentes do STJ.

3. É inadiável a mudança de mentalidade por parte da nossa sociedade, quanto à busca da sentença judicial, como única forma de se resolver controvérsias, uma vez que a Resolução CNJ n. 125/2010 deflagrou uma política pública nacional a ser seguida por todos os

juízes e tribunais da federação, confirmada pelo atual Código de Processo Civil, consistente na promoção e efetivação dos meios mais adequados de resolução de litígios, dentre eles a conciliação, por representar a solução mais adequada aos conflitos de interesses, em razão da participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça sobejamente os seus anseios.

4. A providência de buscar a composição da lide quando o conflito já foi transformado em demanda judicial, além de facultada às partes, está entre os deveres dos magistrados, sendo possível conclamar os interessados para esse fim a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 125, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (“o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”).

5. O papel desempenhado pelo juiz-coordenador do CEJUSC tão-somente favoreceu a materialização do direito dos pais de decidirem, em comum acordo, sobre a guarda de seus filhos e a necessidade ou não do pagamento de pensão, razão pela qual, passado mais de três anos da homologação da convenção extrajudicial entre os genitores no âmbito do CEJUSC, sem a notícia nos autos de qualquer problema dela decorrente, revela-se inapropriada a cogitação de nulidade do ato conciliatório em face de eventual reconhecimento de desrespeito à prevenção pelo juízo de família.

6. 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 Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 15.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Trata-se de recurso especial, interposto pelo *Ministério Público do Estado do Acre*, com amparo na alínea “a” do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da mesma unidade da federação, assim ementado (fl. 83, e-STJ):

Direito Processual Civil. Agravo regimental em apelação cível. Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania. Competência. Homologação de transação extrajudicial.

1. A Emenda n. 1, de 31 de janeiro de 2013, que modificou a Resolução 125/2010 do CNJ, estabeleceu em seu art. 9º, a competência do CEJUS para homologar acordo, mesmo em se tratando de assunto atinente à família, valendo o documento como título executivo extrajudicial.

2. A pacificação de conflitos e a celeridade processual são fins perseguidos pelas partes e pelo Poder Judiciário. Nesta linha de idéias, é sempre preferível prestigiar a autocomposição dos litígios, evitando a interposição de recursos e os desgastes que a marcha processual acarreta ao jurisdicionado.

3. A prolação de sentença em ação de alimentos não torna o juízo sentenciante preventivo para homologar acordo que verse sobre a matéria. Possibilidade de atuação de qualquer juízo familiar ou mesmo do juiz coordenador do CEJUS. Inteligência do enunciado sumular n. 235 do Superior Tribunal de Justiça.

4. O Relator pode emitir decisão singular, valendo-se do disposto no art. 557, do CPC, negando provimento ao recurso manifestamente improcedente ou quando contraste com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de tribunal superior.

5. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Consoante se depreende dos autos, a presente controvérsia se iniciou quando os recorridos, por intermédio da Defensoria Pública, peticionaram ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC da Comarca de Rio Branco e pleitearam a homologação judicial de acordo de guarda compartilhada dos filhos e exoneração de alimentos, a despeito de o processo que culminou na fixação da pensão alimentícia ter tramitado perante o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC.

Posteriormente, o magistrado coordenador do CEJUSC homologou o aludido acordo de divórcio consensual, nos seguintes argumentos (fl. 12, e-STJ):

Neste novo paradigma, observe-se que, mesmo em sendo caso de existência de prévia ação judicial, é possível a adoção de procedimento conciliatório via CEJUS, podendo o magistrado de origem enviar o feito para conciliação, ou mesmo o próprio cidadão solicitar a remessa do seu processo ao CEJUS para que seja solucionado amigavelmente.

No caso em exame, estando em termos o acordo entre as partes, satisfeitos seus requisitos legais, afigura-se cabível tão somente a sua homologação, com o encaminhamento de cópia do mesmo, se for o caso, para juntada nos autos pertinentes, se houver ação respectiva ainda em tramitação.

Ante o exposto, com a devida vênia, deixo de acolher a promoção ministerial, e, com o costumeiro respeito à divergência, *homologo* a convenção extrajudicial objeto do pedido em exame, a fim de que produza seus próprios e legais efeitos, lastreada no artigo 104 do Código Civil.

O *Parquet* Estadual interpôs recurso de apelação, o qual restou monocraticamente desprovido nestes termos (fl. 50, e-STJ):

Por certo que a instalação do CEJUS na Comarca de Rio Branco atende à determinação contida na Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e é competente para a homologação da Convenção Extrajudicial pertinente ao requerimento de revisão de guarda compartilhada e exoneração de obrigação alimentícia.

Em sede de agravo regimental, a decisão agravada, *com amparo na Súmula 235 do STJ*, restou mantida (fls. 83/92, e-STJ).

Nas razões do recurso especial (fls. 109/118, e-STJ), o recorrente aponta ofensa aos artigos 108 e 253, I, do CPC/1973. Sustenta, em síntese, que o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC, como órgão auxiliar, não pode se sobrepor ao Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC, usurpando-lhe a competência, ou até mesmo esvaziando suas causas, sem prévio conhecimento do juízo competente, tendo em vista que, o CEJUSC não foi criado para concorrer ou substituir as Varas Especializadas, e sim prestar auxílio, quando solicitado.

Aduz que, diante da possibilidade de revisão a qualquer tempo da verba alimentícia, desde que haja mudança econômica de qualquer dos interessados, a demanda revisional é acessória à ação de alimentos, motivo pelo qual a matéria,

por prevenção, deve ser apreciada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão acostada à fl. 128, e-STJ.

Após a decisão de admissão do recurso especial (fls. 130/131, e-STJ), os autos ascenderam a esta Corte Superior de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer juntado às fls. 142/147 (e-STJ), opinou pelo *não provimento do recurso*, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. Direito de Família. Alimentos. Guarda. Acordo extrajudicial homologado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUS). Competência. Resolução CNJ n. 125/2010. Incentivo à autocomposição como forma de resolução adequada de conflitos. Ausência de prejuízo às partes. Instrumentalidade das formas. Não provimento do recurso especial.

1. O Superior Tribunal de Justiça há muito tem entendido, de forma consentânea, que, "*em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, somente se reconhece eventual nulidade de atos processuais caso haja a demonstração efetiva de prejuízo pela parte interessada*" (AgRg no REsp 1.402.089/GO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 24.11.2014).

2. Os recorridos optaram por requerer a homologação do acordo sobre guarda compartilhada dos filhos, o qual dispunha ainda sobre a exoneração dos alimentos anteriormente fixados. O exercício de tal *mister*, não envolveu qualquer pretensão resistida, mas a mera administração pública de interesses familiares, verificando-se a conveniência do ato, bem como a ausência de vícios ou de quaisquer prejuízos aos recorridos ou a seus descendentes.

3. Tratando-se de relação jurídica continuativa de tempo indeterminado, uma vez que modificada a situação fática justificadora, ter-se-á, naturalmente, a revisão do acordo referente à guarda e aos alimentos. Desnecessário, portanto, cogitar-se de eventual nulidade no acordo, quando plenamente franqueada pelo ordenamento a possibilidade de modificação, a qualquer tempo, caso as partes assim desejem, de seus termos.

4. Não provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

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

1. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei n. 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (*AgRg no AREsp 849.405/MG*, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 05.04.2016, DJe 11.04.2016).

2. Quanto à tese suscitada pelo demandante alusiva à violação da prevenção do juízo de família, consubstanciada na alegação de que a ação de alimentos já foi sentenciada e o acordo é acessório ao principal, inicia-se destacando que no caso em foco a sentença inicial de alimentos e guarda já havia transitado em julgado, valendo recordar que a provisão alimentícia entre pais e filhos se trata de uma *relação continuada* (art. 471, I, do CPC/1973), de modo que, modificadas as situações fáticas ou jurídicas que formaram a anterior coisa julgada, tem-se uma nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito (*REsp 913.431/RJ*, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 27.11.2007, DJe 26.11.2008), por essas razões, a Corte Especial do STJ já afirmou, em situações semelhantes, que as decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não se submetem sequer aos efeitos da coisa julgada, que pode ser relativizada diante da alteração dos fatos (*SEC 10.549/EX*, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Corte Especial*, julgado em 05.11.2014, DJe 17.11.2014).

Confira-se, a propósito, ainda, sobre a possibilidade de revisão pelas partes da relação continuativa a qualquer tempo, o seguinte julgado:

Processual Civil. Embargos de declaração. Efeitos infringentes. Embargos conhecidos como regimental. Fungibilidade recursal. Revisão de pensão. Emenda Constitucional n. 20/1998. Pensão por morte integral. Relação jurídica continuativa. Ofensa à coisa julgada. Não-ocorrência. Precedentes desta Corte.

1. Nas relações jurídicas continuativas, é possível a revisão da decisão transitada em julgado, desde que tenha ocorrido a modificação no estado de fato e de direito à vista do que preceitua o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil.

2. Agravo regimental desprovido.

(*AgRg no REsp 573.686/RS*, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 30.10.2006, p. 377)

Na hipótese dos autos, como restou expressamente consignado no acórdão proferido em sede de apelação cível, *howe a mudança significativa da moldura fática tratada na anterior ação de alimentos decidida por sentença homologatória de*

acordo pelo juízo de família, possibilitando-se, assim, a alteração pelos genitores (em comunhão de vontades e sopesada a nova realidade familiar) do que já se havia decidido.

É, aliás, o que se extrai do seguinte excerto ora transcrito (fl. 87, e-STJ):

No caso em exame, observa-se que o Juiz singular determinou que fosse oficiado à Vara de origem para as anotações cabíveis acerca da formalização do ajuste, o qual tramitou a todo momento sob a supervisão do Ministério Público. Desse modo, fica claro que o fim pretendido foi alcançado, já que a intenção das partes foi resguardar os interesses dos filhos do casal, tendo em vista que o filho maior optou por morar com o pai e o filho menor continuou na guarda da mãe, sendo equânime a exoneração dos alimentos a cargo do pai, objeto dos autos n. 0018416-63.2010.8.01.0001, que tramitou junto à 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco.

O aludido entendimento também restou, de igual modo, acolhido pelo Ministério Público Federal, *in verbis* (fls. 146/147, e-STJ):

Por fim, saliente-se que, tratando-se de relação jurídica continuativa de tempo indeterminado, é muito comum a revisão do acordo referente à guarda e aos alimentos, uma vez que modificada a situação fática justificadora. Desnecessário, portanto, cogitar-se de eventual nulidade no acordo, quando plenamente franqueada pelo ordenamento a possibilidade de modificação, a qualquer tempo, caso as partes assim desejem, de seus termos.

Por todo o exposto, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento do recurso especial.

Logo, em que pese o disposto no art. 106, do Código de Processo Civil de 1973, ao disciplinar a distribuição por prevenção das ações (“Art. 106. Correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar.”), devem prevalecer, na hipótese dos autos, os *princípios da dignidade da pessoa humana e da instrumentalidade das formas* que hoje conduzem a prestação da tutela jurisdicional justa e tempestiva.

Isto porque, o que importa, é a finalidade do ato, razão pela qual, se puder atingir o seu fim, ainda que irregular na forma, não se deve anulá-lo, pois, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao regime de nulidades processuais, mesmo no caso de nulidade absoluta, para o seu reconhecimento, na forma do art. 249, §§ 1º e 2º, é imprescindível a existência de prejuízo decorrente da eventual inobservância de regra processual (*AgInt nos*

EDcl no REsp 1.464.855/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16.05.2017, DJe 1º.06.2017).

Nesse diapasão:

Administrativo e Processual Civil. Improbidade. Ausência de intimação do réu para audiência de oitiva de testemunha. Colisão entre princípios. Contraditório e ampla defesa. Economia processual e instrumentalidade das formas. Sopesamento. Prova não essencial. Fato incontroverso. Ausência de prejuízo. *Pas de nullité sans grief.*

1. *Não apenas o Direito Constitucional mas também o Processual Civil recebe a influência cada vez maior da ideologia pós-positivista, segundo a qual, em razão da hegemonia axiológica dos princípios, estes se convertem em alicerce de todo sistema normativo e, assim como as regras, podem disciplinar situações concretas e impor obrigação legal.*

2. A diferença primordial entre princípios e regras, da qual decorrem todas as outras, é que esses contêm um mandamento de otimização. Isso quer dizer que é intrínseco a um princípio o comando de se aplicar no maior número de casos possíveis dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

3. Em decorrência desse mandamento de otimização, os princípios estão sujeitos a constantes colisões. Não é raro que dois ou mais princípios incidam sobre um mesmo caso concreto e que, se aplicados em conjunto, levariam a resultados inconciliáveis, a juízos concreto de dever-ser jurídico contraditórios.

4. Em uma colisão entre princípios, não há uma relação de precedência absoluta. A preponderância de um sobre o outro dependerá do caso concreto, que, em razão das específicas condições, revelará qual princípio tem mais peso e por tal motivo deve prevalecer.

5. Há, no caso dos autos, uma flagrante irregularidade processual consistente na ausência de intimação do ora recorrente para acompanhar a audiência da testemunha Marli Ferreira Chaves. Esse fato, analisado isoladamente, representa uma ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, motivo pelo qual a primeira solução que se poderia pensar seria a anulação do processo desde a ocorrência na anomalia.

6. Contudo, há especificidades que não recomendam esse desfecho. Isso porque, conforme assentado pelo Tribunal de origem, a irregularidade da ausência de intimação do acusado não lhe trouxe prejuízo, seja porque a prova produzida sem o contraditório não foi determinante na fundamentação da sentença, seja porque o fato sobre o qual a testemunha foi interrogada era incontroverso ante a ausência de impugnação da defesa.

7. *Tais circunstâncias elevam o peso dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que, em que pese a ausência de intimação*

do acusado para exercer o contraditório na oitiva da testemunha, tal vício não lhe acarretou prejuízo. Aplica-se, in casu, o princípio do pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo.

Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

Recurso especial improvido.

(REsp 1.201.317/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16.06.2011, DJe 14.12.2011)

De fato, a invalidade processual é sanção que somente pode ser reconhecida ou aplicada pelo julgador, em qualquer grau de jurisdição, se houver a conjugação do defeito do ato processual com a existência de efetivo prejuízo, evidenciado quando o vício impeça que o ato ou o processo atinja a sua finalidade, pouco importando a gravidade do defeito, em respeito ao princípio de integração da prestação jurisdicional contido no art. 244 do CPC/1973 (“quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outra forma, lhe alcançar a finalidade”).

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Irregularidade na representação processual. Nulidade. Não comprovação de prejuízo. Impossibilidade. Agravo não provido.

1. O reconhecimento da nulidade de atos processuais exige efetiva demonstração de prejuízo suportado pela parte interessada, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*). Precedentes.

2. Cabe à parte, na primeira oportunidade que tiver nos autos, alegar a nulidade absoluta, sob pena de preclusão.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AREsp 4.236/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25.02.2014, DJe 02.04.2014)

Agravo regimental em recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Ausência de intimação. Prejuízo não-demonstrado. Impossibilidade de se reconhecer a nulidade aventada. Alegações do insurgente em conflito com as premissas do aresto hostilizado. Súmula n. 7 do STJ. Recurso improvido.

1. Alegações finais. Ausência de intimação. Prejuízo processual não demonstrado.

2. O princípio processual da instrumentalidade das formas, também identificado pelo brocardo *pas de nullité sans grief*, determina que a declaração de nulidade requer a efetiva comprovação de prejuízo.

In casu, a parte insurgente não se desincumbiu de comprovar a existência de dano processual, razão pela qual não lhe assiste a referida alegação de nulidade.

3. Réu que, embora intimado para tanto, não comparece à perícia técnica e não apresenta contestação. Afirmções da agravante que conflitam com as premissas do aresto hostilizado. Impossibilidade de alteração do julgado hostilizado. Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.196.714/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 1º.02.2013)

Revela-se, portanto, *igualmente aplicável*, na hipótese, o enunciado da *Súmula 235 do STJ* (“A conexão não determina a reunião de processos, se um deles já foi sentenciado”), mormente porque, no caso, o Juiz-Coordenador do CEJUSC, no exercício de sua competência, cujo desempenho não envolveu qualquer pretensão resistida entre as partes, mas a mera administração voluntária e pública de interesses familiares, verificou a conveniência do ato, bem como a ausência de vícios ou de quaisquer prejuízos aos recorridos ou a seus descendentes.

Por conseguinte, como bem frisou a Subprocuradoria-Geral da República, em parecer oferecido às fls. 142/147 (e-STJ), “*o papel desempenhado pelo magistrado tão somente favoreceu a materialização do direito dos pais de decidirem, em comum acordo, sobre a guarda de seus filhos e a necessidade ou não do pagamento de pensão*” (fl. 146, e-STJ), razão pela qual, passado mais de três anos da homologação do acordo no âmbito do CEJUSC (fl. 12, e-STJ), sem a notícia nos autos de qualquer problema dele decorrente, *revela-se inapropriada a cogitação de nulidade do ato conciliatório*.

3. No que concerne aos métodos mais adequados de resolução de conflitos, no caso específico, o procedimento instaurado ante a Central Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), vê-se que nos dias atuais, como já se encontra afirmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as regras infraconstitucionais, na sua exegese, devem partir da premissa metodológica da novel constitucionalização do direito, inaugurada pela Carta Magna de 1988 (REsp 834.678/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26.06.2007, DJ 23.08.2007).

Nesse viés, é fundamental erigir a instrumentalidade do processo em detrimento do excessivo formalismo, fornecendo ao cidadão uma tutela jurisdicional justa e tempestiva, que, a propósito, é a *finalidade constitucional do*

processo, cujo comando normativo se encontra expressamente disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988, nos seguintes termos: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ora, não é possível olvidar que a centralização da jurisdição, no mais das vezes, direciona-se no sentido de promover apenas o acesso à justiça formal, desprezando o real alcance à ordem jurídica justa, não ocorrendo, via de regra, no âmbito desses modelos, a resolução do conflito sociológico que invariavelmente está presente nas demandas apresentadas à solução do Estado, objetivo fácil e geralmente alcançado quando os interessados buscam dirimir suas pendências, valendo-se, para tanto, dos programas criados no âmbito do Poder Judiciário (*Res. CNJ n. 125/2010*), os quais levam às populações métodos alternos, ou mais adequados, de pacificação social.

As atividades que envolvem a busca da solução de controvérsias por meio da conciliação, da mediação, da transação ou da negociação, enfim, dos métodos alternos (mais adequados) de pacificação social, a grosso modo, podem ser implementadas tanto na fase em que o conflito ainda não fora judicializado (extrajudicial) ou quando já transformado em ação judicial (pré-processual ou judicial).

Não só sob o pálio do atual caderno instrumental de 2015, mas também sob a vigência do CPC de 1973, era cabida e oportuna a providência de buscar a composição da lide quando o conflito já foi transformado em demanda judicial, além de facultada às partes, está entre os deveres dos magistrados, sendo possível conclamar os interessados para esse fim a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 125, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (“*o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe tenta, a qualquer tempo, conciliar as partes*”), então aplicável ao caso.

Nesse contexto, a *Resolução n. 125*, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, visa aperfeiçoar e incentivar os mecanismos consensuais de solução de conflitos, evitando-se, dessa maneira, a excessiva judicialização dos conflitos de interesses.

É, aliás, o que se extrai do teor do aludido normativo, quando elenca em seus fundamentos a redução expressiva do volume de ajuizamento de ações, atribuindo-se competência a mecanismos auxiliares à jurisdição tradicional, para também atuarem como instrumentos colaboradores da pacificação social.

Na abertura da *Resolução CNJ n. 125/2010* constata-se:

Considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Sobre o assunto, destaca-se, ainda, a lição do professor **KAZUO WATANABE**, um dos mentores de uma das primeiras políticas públicas do Poder Judiciário, em âmbito nacional, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça, voltada à implementação, em todo país, dos postos de atendimento e conciliação (PAC), transformados em centros judiciais de solução consensual de conflitos e cidadania:

(...) o objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública, é a ***solução mais adequada dos conflitos de interesses***, pela ***participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses***, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental. Por meio dessa política pública judiciária, que ***proporciona aos jurisdicionados uma solução mais adequada dos conflitos***, o Judiciário Nacional estará adotando um importante filtro da litigiosidade, que ao contrário de barrar o acesso à justiça, ***assegurarà aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa*** (...). (WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível para consulta no sítio eletrônico do TJSP em: < <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf> >. Acesso em: 20 nov. 2017).

O *CNJ* com a aprovação e publicação da *Resolução n. 125/2010*, regulou a criação e o funcionamento, perante todos os tribunais pátrios, de núcleos gerenciais e centrais de atendimento voltados ao franco atendimento às populações na resolução dos conflitos mais recorrentes para resolução de conflitos. A medida faz parte da “*Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses*”, que visa assegurar a conciliação e mediação das controvérsias entre as partes, assim como prestar atendimento e orientação aos cidadãos.

Acerca do ânimo que contempla empreendimentos como a Resolução CNJ n. 125/2010, é muito oportuna a pregação de NORBERTO BOBBIO, quando afirma:

Nestes últimos anos, falou-se e continua-se a falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, pouco é feito para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos, isto é, no sentido em que os juristas falam de direito (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos** – Tradução Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992, p. 1.710).

Para tanto, foram criados, no âmbito dos tribunais da federação, **Núcleos Permanentes** (art. 7º da Resolução n. 125/CNJ - 2010), responsáveis pela coordenação, gerência e implantação efetiva desta política judicial. Concomitantemente, mas por intermédio dos **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC** (art. 8º, da Resolução n. 125/CNJ), comumente chamados de **Centrais de Conciliação**, as partes envolvidas em conflito confiam a um terceiro estranho ao processo a função de auxiliá-las a chegar a um acordo. Essa iniciativa evita futura sentença judicial ou recurso e permite a solução definitiva do litígio, diminuindo a grande demanda dos processos em tramitação.

Os *Centros de Conciliação* contam, em sua estrutura, com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores (art. 9º, da Resolução n. 125/CNJ).

No presente caso, como já foi asseverado, inobstante a existência de prévia ação de alimentos decidida por sentença homologatória de acordo pelo Juízo da 1ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC, os recorridos, conjunta e espontaneamente, procuraram os serviços do CEJUSC e, ao final da realização de audiência de conciliação, registrada às fls. 07 (e-STJ), retificaram os termos de guarda e da prestação de alimentos dos filhos, optando pela homologação da convenção extrajudicial firmada diretamente ao Juízo Coordenador do CEJUSC (fl. 12, e-STJ).

Com efeito, a partir da hermenêutica processual-constitucional, constata-se na utilização de meios mais adequados à jurisdição o reconhecimento da autonomia privada e isso vem perfeitamente ao encontro dos anseios de uma sociedade plural e aberta à participação de todos. Atualmente, sob os moldes do Estado Democrático de Direito, a atuação dele sobre as esferas da liberdade dos cidadãos não se deve dar de forma paternalista (Estado Social) nem extremamente liberalista (Estado Liberal), deve ser reconhecida dentro de uma nova roupagem, ou seja, em defesa da *dignidade e da promoção do ser humano*.

Aproveita-se a oportunidade para destacar que é inadiável a necessidade da mudança de cultura de nossa sociedade ainda conformada em buscar exclusivamente no Estado, na jurisdição, as soluções para todas as modalidades de conflitos, como, aliás, leciona o professor CÉSAR FIÚZA:

(...) a cultura transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. (FIUZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p. 217)

Vale frisar que, com o advento dos normativos consistentes na *Resolução 125/CNJ-2010*, na *Lei n. 13.140/2015* e na *Lei n. 13.105/2015* (Novo Código de Processo Civil), criou-se, *atualmente*, no dizer da renomada e saudosa Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, um microsistema dos métodos de resolução de conflitos, complementar à jurisdição tradicional, havendo sim, portanto, aqui, uma parcial mas efetiva modificação de paradigmas, ou seja, sem que se verifique a supressão de regras e princípios inerentes, destacadamente, ao direito instrumental, tais como, por mero exemplo, a prevenção e a acessoriedade entre ações.

Como já referido acima, não se trata, pois, da eliminação ou supressão de de institutos tradicionais do sistema jurídico, mas, na verdade, se está diante de novos critérios, ditados pelos novos tempos, elementos imprescindíveis ao atendimento do volume de demandas resultantes do *ethos vivendi* ditado pela sociedade de consumo, a qual gera multiplicidade de conflitos de interesses advindos da pluralidade de relações materiais (sobretudo contratuais) que se instauram vertiginosamente, agora, inclusive, por via virtual.

Por tais fundamentos, o microsistema dos meios mais adequados de resolução de conflitos encontra-se *hoje* normativizado na *Resolução 125/CNJ-2010*, na *Lei de Mediação* e no *NCPC*, conferindo diretamente ao Juiz-Coordenador do CEJUSC a competência para homologar acordos firmados pelas partes em audiências de mediação ou conciliação ocorridas no interior destes Centros Judiciais, ainda que a ação esteja em curso em uma vara judicial comum, tendo, com acentuado louvor e mérito, conectado o processo à nova realidade social e à modernidade de nosso tempo.

É, aliás, o que se extrai da *interpretação sistêmica* do regramento normativo abaixo indicado:

Resolução n. 125/CNJ-2010

Art. 8º Os tribunais deverão criar os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, *responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores*, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

(...)

§ 7º O *coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania* poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo.

Art. 9º Os Centros contarão com 1 (um) *juiz coordenador* e, se necessário, com 1 (um) adjunto, *aos quais caberão a sua administração e a homologação de acordos*, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Salvo disposição diversa em regramento local, os magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal serão designados pelo Presidente de cada tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

E, muito embora os normativos adiante referidos não fossem aplicáveis ao caso *sub judice*, uma vez que, repise-se, então ainda não vigentes, todavia aqui merecem destaque, pois retratam a política pública nacional do Poder Judiciário quanto aos métodos mais adequados de solução de conflitos, como reitera o professor KAZUO WATANABE.

Lei n. 13.140/2015

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou *judicial em curso*, as partes poderão *submeter-se à mediação*, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, *responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais*, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Lei n. 13.105/2015

Art. 165. Os tribunais criarão *centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e*

mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Em conclusão, reconhecendo a validade do acordo firmado no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC (art. 8º da Resolução n. 125/CNJ), homologado pelo seu Juiz-Coordenador (art. 9º da Resolução n. 125/CNJ), entende-se, para fins de promoção real da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que o presente caso deve servir de paradigma aos demais tribunais da federação quanto à necessidade de se disseminar com maior intensidade a cultura da busca de solução de litígios por meio da utilização de métodos alternos àqueles dos sistemas jurisdicionados convencionais.

4. Ante o exposto, com amparo nos precedentes acima citados e no parecer ministerial, de forma a dar concretude aos preceitos normativos contidos na *Resolução n. 125 do CNJ*, quanto ao dever atribuído ao Poder Judiciário Nacional para dar efetividade real de promoção dos meios alternos de resolução de conflitos, sobretudo, a conciliação, *nego provimento* ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Acre.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.608.809-SP (2016/0163196-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Bradesco Saude S/A

Advogado: Alessandra Marques Martini e outro(s) - SP270825

Recorrido: Fernanda Rosa Picosse

Advogado: Paula Gobbis Patriarca e outro(s) - SP180018

EMENTA

Recurso especial. Plano de saúde. Reembolso de despesas médicas. Seguro-saúde. Distinção. Não existência. Prescrição. Prazo. Três anos.

1. A Segunda Seção, ao examinar os REsps 1.360.969/RS e 1.361.182/RS submetidos ao rito dos recursos repetitivos, consolidou a orientação de que é de três anos o prazo de prescrição das ações que têm objeto a restituição de prestações pagas a maior decorrente de abusividade de cláusula contratual que prevê aumento de mensalidade de plano ou seguro de saúde por mudança de faixa etária, nos termos do CC/2002, art. 206, § 3º, inc. IV, do CC/2002.

2. A Lei n. 9.656/1998, com a redação da Medida Provisória 2.177-44/2001, não mais faz distinção de disciplina jurídica entre “seguro-saúde” e “plano de saúde”.

3. Aplica-se o mesmo prazo prescricional de três anos à pretensão de reembolso, pela operadora do plano ou seguro de saúde, das despesas médicas que o usuário teve de fazer como decorrência da injusta recusa de cobertura, por não se tratar de contrato típico de seguro.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente), Marco Buzzi, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Luis Felipe Salomão votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 24.11.2017

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto pela Bradesco Saúde S/A, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 108):

Plano de saúde. Ação de indenização por danos materiais e morais

I. Prescrição não configurada. Inaplicabilidade da prescrição ânua (artigo 206, § 1º, II, b). Incidência do prazo decenal, previsto no artigo 205 do Código Civil. Precedentes desta C. Câmara e do E. Superior Tribunal de Justiça.

II. Reembolso de despesas médicas. Resilição da avença negocial travada entre as partes previamente à realização do procedimento cirúrgico pelo segurado. Extinção contratual não demonstrada. Ônus probatório que se impõe à ré, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

III. Inatacável a condição de beneficiário do paciente. Indicação médica ao tratamento. Abusividade da recusa de cobertura. Aplicação do disposto na Súmula n. 102 desta Colenda Corte. Manutenção da condenação à reparação das despesas indevidamente assumidas pela autora, nos termos do provimento de origem.

Sentença preservada, nos termos do artigo 252, RITJSP. Recurso desprovido.

Sustenta a recorrente, em suma, violação aos artigos 205 e 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil de 2002 e dissídio jurisprudencial, sob o argumento de que às ações que tenham por objeto o ressarcimento pelo plano de saúde de despesas médicas realizadas pelo usuário aplica-se o prazo prescricional de um ano estabelecido no art. § 1º, inc. II, do último dispositivo legal mencionado, conforme decidiram as Terceira e Quarta Turmas deste Tribunal, respectivamente, nos julgamentos do REsp 794.583/RJ e AgInt no REsp 84.661/RS.

Contrarrazões às fls. 148-151 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que, na sessão de 5.10.2017, a Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno interposto pela Bradesco Saúde S/A contra a decisão de fls. 161-166, a fim de a questão relativa ao prazo prescricional das ações que tenham por objeto o ressarcimento, pelo plano de saúde, de despesas médicas realizadas pelo usuário seja mais amplamente examinado.

II

Nos recentes julgamentos dos REsp 1.360.969/RS e 1.361.182/RS, concluídos em 10.8.2016, ambos submetidos ao rito dos recursos repetitivos,

a Segunda Seção afastou, por unanimidade, a pretendida aplicação do prazo anual às ações de titulares de plano de saúde contra as operadoras, postulando a devolução de prestações pagas a maior, em decorrência de alegação de abusividade e nulidade de cláusula contratual que prevê aumento de mensalidade por mudança de faixa etária. Dividiu-se a Seção a propósito da aplicação do prazo decenal (Código Civil art. 205) ou trienal (Código Civil, art. 206, § 3º, IV e V), tendo a maioria decidido pelo prazo trienal, nos termos resumidos na seguinte ementa, de idêntico teor para os referidos precedentes:

1. Recurso especial representativo de controvérsia. Civil. Contrato de plano ou seguro de assistência à saúde. *Pretensão de nulidade de cláusula de reajuste. Alegado caráter abusivo. Cumulação com pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Ação ajuizada ainda na vigência do contrato. Natureza continuativa da relação jurídica. Decadência. Afastamento. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. Pretensão fundada no enriquecimento sem causa.* 2. Caso concreto: entendimento do Tribunal *a quo* converge com a tese firmada no repetitivo. Prescrição trienal. Enriquecimento sem causa. *Pedido de reconhecimento da prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, II do CC/2002. Afastamento.* Recurso especial a que se nega provimento.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. *Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.*

4. *É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).*

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

9. *A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do*

ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. *Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.*

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(DJ 19.09.2016)

Anoto que o voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze, preconizou a equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil decorrente de inadimplemento contratual:

(...)

Essa nova perspectiva do Código Civil/2002 – de equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil seja ela contratual ou extracontratual, inclusive a decorrente de dano moral) – conduz à *uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal*, impedindo que esse critério de fixação possa ficar ao talante exclusivo do autor, tópico que será abordado especificamente mais adiante (item 6).

(...)

Acredito que seria possível estancar essa abertura se fosse adotada a tese de *unificação do prazo prescricional trienal*, sugerida no tópico anterior do meu voto, tanto das pretensões fundadas na alegação de enriquecimento sem causa quanto naquelas em que se postula a reparação civil, qualquer que seja a natureza.

Como se observa do raciocínio que procurei desenvolver linhas atrás, ressaltada a aplicação de prazos específicos, a nossa orientação jurisprudencial tem caminhado no sentido da *uniformidade do prazo prescricional trienal*, seja nos casos de enriquecimento sem causa, seja nos de reparação civil extracontratual, sendo excepcionada até então somente a hipótese de reparação contratual, para a qual tem sido aplicado o prazo decenal do art. 205, com base na sua ultrapassada diferenciação como direitos pessoais.

Porém, essa uniformidade tem sido reiterada de maneira esparsa, inclusive por meio de julgamentos repetitivos (a exemplo dos precedentes nos casos de contratação de eletrificação rural ou de plantas comunitárias de telefonia, retromencionados), razão pela qual ora se propõe a unificação do entendimento

também para os casos de reparação civil derivada do inadimplemento contratual, com vistas à coerência e racionalidade do sistema de aplicação dos prazos prescricionais, tendo em conta as inovações trazidas pelo novo Código Civil.

Conforme explicado nos votos-vista que proferi nos referidos julgamentos, a Lei n. 9.656/1998, com a redação dada pela MP 2.177-44/2001, não mais faz distinção de disciplina jurídica entre “seguro-saúde” e “plano de saúde”.

Transcrevo abaixo trecho pertinente:

A partir da Lei n. 9.656/1998, em sua redação original, estabeleceu-se uma distinção conceitual entre os planos de saúde e os seguros-saúde.

Assim dispunha o art. 1º da referida norma:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se:

I - operadoras de planos privados de assistência à saúde: toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado, independente da forma jurídica de sua constituição, que ofereça tais planos mediante contraprestações pecuniárias, com atendimento em serviços próprios ou de terceiros;

II - operadoras de seguros privados de assistência à saúde: as pessoas jurídicas constituídas e reguladas em conformidade com a legislação específica para a atividade de comercialização de seguros e que garantam a cobertura de riscos de assistência à saúde, mediante livre escolha pelo segurado do prestador do respectivo serviço e reembolso de despesas, exclusivamente.

Com o advento da Medida Provisória 2.177-44/2001, foram extraídas da Lei toda menção a contratos de seguro-saúde, mantendo-se unicamente a expressão plano de saúde.

Na exposição de motivos da referida medida provisória registrou-se o fato de que foram “processadas diversas alterações no texto legal com o objetivo de adequá-lo à nova estrutura de atuação governamental delineada” e que se ampliou a cobertura assistencial, impedindo limitação e prazos, valores máximos ou quantidade para consultas e internações hospitalares, vedando interrupção da internação, bem como instituindo um efetivo acompanhamento do Ministério da Saúde na atividade, inclusive com poderes de ingerência sobre os planos.

Assim, vê-se que a inicial natureza securitária foi se transmudando com o decorrer do tempo e com as circunstâncias em que se desenvolveu a atividade. Deixou o

contrato de assistência à saúde de ser contrato de seguro típico, como o fora sob a égide do Decreto n. 73/1966, para passar a ter características incompatíveis com o contrato de seguro, como, por exemplo, a ausência de valor da apólice e a vedação de valor/tempo limite de cobertura.

Outro aspecto relevante diz respeito ao caráter aleatório dos contratos de plano de saúde, menos marcante do que os contratos de seguro em sentido estrito.

Hoje, diante do grau de abrangência dos serviços prestados e da implementação de uma cultura e de um sistema de medicina preventiva, o nível de incerteza quanto à utilização do plano reduziu consideravelmente.

O grau de indeterminação ou casualidade passou a se limitar apenas à esfera qualitativa, a procedimentos e intervenções relativas a doenças. Por outro lado, do ponto de vista de exames e acompanhamentos de rotina, o aspecto da aleatoriedade praticamente desaparece por completo, eis que raro aquele que paga pelo plano e deixa de utilizá-lo em alguma de suas coberturas.

(...)

Importante ressaltar que, no âmbito desta Corte Superior, consolidou-se, quando do julgamento do REsp n. 1.340.041/SP, sob a relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, o entendimento no sentido de que *“as regras jurídicas sobre a prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a interpretação extensiva ou analógica, daí porque afigura-se absolutamente incabível a fixação de prazo prescricional por analogia, medida que não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja observação se espera desta Corte Superior”*.

Assim, a despeito dos pontos em comum entre o contrato de seguro e o de plano de saúde, notadamente o aspecto aleatório, não sendo possível interpretação extensiva, também eu afastar a prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, do Código Civil.

Ressalto que, no caso em exame, o contrato de plano de saúde é posterior à alteração feita, na Lei n. 9.656/1998, pela MP 2.177-44/2001, de modo que não seria possível enquadrá-lo no conceito de seguro de assistência à saúde, existente na redação original do art. 1º da referida lei e suprimido, como já visto, pela reforma legislativa.

Assim, afastada pela Segunda Seção a aplicação da prescrição anual, por não se tratar de contrato típico de seguro, os mesmos fundamentos que levaram à aplicação do prazo trienal à pretensão do assistido de obter a devolução de valores pagos a maior a título de mensalidade, conduzem a subsunção ao mesmo prazo trienal da pretensão de ressarcimento de valores pagos e não honrados pelo plano de saúde (indenização decorrente de inadimplemento contratual).

Com efeito, no caso presente, pretende-se, em última análise, ressarcimento civil de valores alegadamente devidos aos beneficiários do plano e, sob outra ótica, evitar o enriquecimento ilícito da operadora do plano que retém, em seu patrimônio, valores que deveriam ser pagos aos autores.

Ressalto que, no caso em exame, não há controvérsia entre as partes no sentido de que a recusa de cobertura ocorreu no dia da cirurgia, no dia 16.7.2011 (e-STJ, fls. 3 e 121), e a ação foi protocolada no dia 16.7.2014 (fl. 1). Verifica-se, portanto, que a pretensão não foi alcançada pela prescrição.

Cumprе ressaltar que aos prazos prescricionais exclui-se o dia de início e computa-se o dia final; devendo o prazo contado em ano findar-se no dia do mês correspondente do ano em que se findar, conforme dispõe o art. 132, § 3º, do Código Civil de 2002.

Nesse sentido:

Recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Cédulas de crédito industrial. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Termo inicial. Vencimento do título. Vencimento antecipado. Irrelevância. Prazo prescricional. Contagem. Artigos 125, *caput*, do Código Civil/1916, 132, *caput*, do Código Civil/2002 e 184, *caput*, do Código de Processo Civil. Aplicabilidade. Prazo em anos. Termo final.

(...)

2. De acordo com os artigos 125, *caput*, do Código Civil/1916, 132, *caput*, do Código Civil/2002 e 184, *caput*, do Código de Processo Civil, aplicáveis também aos prazos prescricionais, computam-se os prazos excluindo o dia do começo e incluindo o do seu término.

3. Em se tratando de prazo contado em anos, o termo final deve equivaler ao dia do mês correspondente do ano em que se findar, conforme o disposto nos artigos 1º da Lei n. 810/1949 e 132, § 3º, do Código Civil/2002.

(...)

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.531.802/PB, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8.9.2015, DJe 11.9.2015)

Assim, embora com fundamentação diferente, uma vez que o prazo de prescrição aplicável não é o decenal, mas o trienal, deve ser confirmada a conclusão do acórdão recorrido, no sentido de que a ação foi proposta antes de exaurido o prazo de prescrição.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.678.525 - SP (2013/0030816-2)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Banco Santander Brasil S/A

Advogado: Carlos Augusto Tortoro Júnior e outro(s) - SP247319

Recorrido: Sonia Ramyra Barros Mendes

Advogados: Reginaldo L. Estephanelli e outro(s) - SP025677

Guilherme A Estehaneli - SP288250

EMENTA

Direito Processual Civil. Ação de prestação de contas. Interesse processual. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Leilão extrajudicial. Veículo automotor. Administração de interesse de terceiro. Cabimento.

1. A violação do art. 844 do CPC/1973 não foi debatida no Tribunal de origem, o que implica ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 282/STF.

2. No caso de alienação extrajudicial de veículo automotor regida pelo art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969 – redação anterior à Lei n. 13.043/2014 –, tem o devedor interesse processual na ação de prestação de contas, quanto aos valores decorrentes da venda e à correta imputação no débito (saldo remanescente).

3. A administração de interesse de terceiro decorre do comando normativo que exige destinação específica do *quantum* e a entrega de eventual saldo ao devedor.

4. Após a entrada em vigor da Lei n. 13.043/2014, que alterou o art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, a obrigação de prestar contas ficou expressamente consignada.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi,

Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 9.10.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto pelo Banco Santander S.A., com fundamento no artigo 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJSP, assim ementado (e-STJ fl. 177):

Apelação. Alienação fiduciária. DL n. 911/1969. Inadimplemento. Busca e apreensão de veículo. Prestação de contas. Admissibilidade. Destinação do veículo. Venda do bem. Eventual saldo positivo. Possibilidade. Prequestionamento. Ausência de violação de normas. Sentença de procedência mantida.

O recorrente alega contrariedade ao art. 267, VI, do CPC/1973, aduzindo, em síntese, ser incabível ação de prestação de contas relativa aos valores auferidos com o leilão extrajudicial do veículo apreendido em busca e apreensão.

Afirma ser a prestação de contas “o caminho jurídico válido para solucionar conflitos sobre divergência entre mandante e mandatário, ou ainda em relação a qualquer pessoa que administre bens ou recursos de terceiro” (e-STJ fl. 195), circunstâncias não presentes na espécie.

Além disso, no seu entendimento, “a pretensão da recorrida não merece acolhida, [...] visto que visa à prestação de contas proveniente da apreensão de veículo em ação de busca e apreensão, para verificar se há eventual saldo em seu favor” (e-STJ fl. 196).

Sustenta também afronta ao art. 844 do CPC/1973, sob o argumento de que a recorrente não teria demonstrado fato relevante, que justificasse o pedido de prestação de contas.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 203/212).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se, na origem, de ação de prestação de contas ajuizada pela recorrida – Sônia Ramyra Barros Mendes –, objetivando conhecer o resultado da alienação extrajudicial do veículo automotor, apreendido na forma do Decreto-Lei n. 911/1969, e receber eventual saldo em seu favor.

Na inicial, proposta em 23 de março de 2010, a autora ponderou ter a busca e apreensão do bem ocorrido em 26 de janeiro de 2009, sem que tivesse, desde então, notícia sobre a alienação do veículo. Postulou a procedência do pedido de prestação de contas, para apurar os valores auferidos e verificar sua correta aplicação.

Ainda segundo a autora, o objeto do contrato de alienação fiduciária, firmado em 2007, foi um veículo usado Fiat Uno Mille, ano 1994. As prestações foram pagas até a décima oitava, do total de trinta e seis, quando executada a liminar de busca e apreensão.

Na sentença, o juiz julgou procedente o pedido e determinou a prestação de contas, no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado. Ponderou que apesar de contestada a demanda, a instituição financeira não comprovou a existência de leilão e tampouco apresentou demonstrativo de valores.

O Tribunal de origem manteve a sentença concluindo, em resumo, que a relação jurídica entre as partes possibilita a prestação de contas, apontando inclusive precedente desta Corte Superior, REsp 67.295/RO, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 7.10.1996.

No recurso especial, a controvérsia gira em torno do cabimento da ação de prestação de contas relacionada à venda extrajudicial de veículo automotor, apreendido judicialmente à luz do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, na redação anterior à Lei n. 13.043/2014, objeto de contrato de alienação fiduciária.

Violação do art. 844 do CPC/1973

Preliminarmente, quanto à violação do art. 844 do CPC/1973, o recurso não pode ser conhecido. Isso porque o Tribunal de origem não se manifestou sobre a tese proposta no especial, carecendo do necessário prequestionamento.

A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;

II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios;

III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em nenhum momento, tratou de exibição judicial ou de seus requisitos, razão pela qual, no ponto, o recurso esbarra na Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

Interesse processual na ação de prestação de contas

Quanto à violação do art. 267, VI, do CPC/1973, o recurso especial não prospera.

De início, importa diferenciar o caso tratado nos autos de outras duas situações em que a ação de prestação de contas foi objeto de exame nesta Corte Superior, em sede de recurso repetitivo.

Distinção em relação aos repetitivos REsp's n. 1.293.558/PR e 1.497.831/PR

Há diferenças substanciais entre o presente caso e os acórdãos proferidos nos REsp's n. 1.293.558/PR e n. 1.497.831/PR, julgados sob o rito dos recursos repetitivos.

As ementas de tais precedentes são as seguintes:

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Ação de prestação de contas. Contratos de mútuo e financiamento. Interesse de agir. Inadequação da via eleita.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “Nos contratos de mútuo e financiamento, o devedor não possui interesse de agir para a ação de prestação de contas.” 2. No caso concreto, recurso especial não provido.

(REsp 1.293.558/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11.3.2015, DJe 25.3.2015.)

Processual Civil. Recurso especial repetitivo. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Juros

remuneratórios e capitalização dos juros. Impossibilidade de revisão dos encargos contratuais, que devem ser mantidos nos termos em que praticados no contrato bancário sem prejuízo da possibilidade de ajuizamento de ação revisional.

1. Tese para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973: - Impossibilidade de revisão de cláusulas contratuais em ação de prestação de contas.

[...]

(REsp 1.497.831/PR, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14.9.2016, DJe 7.11.2016.)

No primeiro julgado, a controvérsia refere-se à possibilidade de ajuizamento da ação de prestação de contas no contrato de mútuo “em relação aos encargos e critérios aplicados no cálculo das prestações de seu contrato” (trecho do relatório do voto condutor). O debate envolvia a própria essência do contrato de mútuo. Concluiu-se que a prestação de contas seria inviável, por inexistir gestão de bens alheios.

Não é o mesmo caso. No presente, discute-se a possibilidade de prestação de contas em ponto específico. Não se relaciona com as cláusulas do contrato (juros, encargos, etc.), mas com o produto da alienação do bem. O foco direto, neste caso, é o ato processual – eventual existência de saldo credor consequente da alienação extrajudicial.

O segundo julgado repetitivo trata da impossibilidade de ajuizar ação de prestação de contas com “a pretensão de alterar ou revisar cláusula contratual” (excerto do voto condutor – e-STJ fl. 8). Concluiu-se, não ser viável a ação porque as limitações do rito especial acabariam por afetar o contraditório e a ampla defesa.

No presente caso, não há nenhum conflito sobre interpretação ou aplicação de cláusulas contratuais.

O contrato enquanto expressão da autonomia privada não é a causa de pedir da presente ação de prestação de contas, mas sim o ato processual de alienação extrajudicial – o leilão do bem, o respectivo valor arrecadado e a eventual existência legal de saldo remanescente.

Não há, portanto, pedido de revisão de cláusulas ou de interpretação do contrato de mútuo.

Cumpra mencionar, por fim, que, no julgamento por esta Quarta Turma do REsp 1.244.361/PR, DJe 30.10.2012, a Relatora Ministra Maria Isabel

Gallotti, considerando incabível a prestação de contas objetivando revisão contratual, ressaltou expressamente a distinção dos casos, sendo oportuno transcrever o seguinte excerto do voto:

Na hipótese de contrato de financiamento, ao contrário, não há a entrega de recursos do correntista ao banco (depósitos), para que ele administre os recursos e efetue pagamentos, mediante débitos em conta-corrente. O banco entrega os recursos ao tomador do empréstimo, no valor estipulado no contrato, perdendo a sua disponibilidade, cabendo ao financiado restituir o valor emprestado, com os encargos e na forma pactuados. Não há, portanto, interesse de agir para pedir a prestação de contas, de forma mercantil (CPC, art. 917), de receitas e débitos sucessivos lançados ao longo da relação contratual.

[...]

A pretensão deduzida na inicial, voltada a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada, portanto, por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

Registro que não se cogita, no caso presente, de busca e apreensão e leilão judicial de bem objeto de alienação fiduciária, hipótese na qual, em tese, caberia a prestação de contas dos valores obtidos com a alienação, pois haveria administração de créditos do consumidor. (Grifei.)

Possibilidade da prestação de contas

A ação de prestação de contas constitui instrumento para conferir a correta administração de bens, valores ou interesses de terceiros. Possui procedimento singular, dividido em duas fases distintas, primeiramente averiguando-se o dever de prestar as contas, para depois se realizar o acerto dos valores.

Em relação à venda extrajudicial do bem, nos contratos de alienação fiduciária, existe precedente específico desta Corte, que concluiu pelo seu cabimento, conforme se observa na seguinte ementa:

Alienação fiduciária. Efetuada a venda do bem pelo credor, tem o devedor o direito a prestação de contas. (REsp 67.295/RO, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26.8.1996, DJ 7.10.1996.)

Extrai-se do voto correspondente o seguinte: “O produto da venda, descontadas despesas, haverá de ser aplicado no pagamento do crédito, cabendo

ao devedor o que eventualmente sobejar. Patente o seu direito de conhecer o valor das respectivas parcelas e, para isso, o caminho adequado é a prestação de contas.”

O interesse do devedor fiduciário é evidente nos casos de alienação extrajudicial. Se, por um lado, garante-se ao credor uma forma executiva extremamente célere e sem interferência direta do Estado, por outro, tem o devedor, no mínimo, o direito de saber da solução realizada pelo credor, a qual necessariamente afeta seu patrimônio.

O caso em exame exemplifica muito bem esse interesse.

A autora menciona que adquiriu, em 2007, um veículo Fiat Uno Mille usado, ano 1994. Pagou 18 (dezoito) prestações das 36 (trinta e seis) pactuadas, quando o automóvel foi objeto de busca e apreensão e, passado mais de 1 (um) ano, não obteve informação nenhuma sobre o destino dos valores arrecadados com sua alienação. Postulou o conhecimento do valor da alienação e a forma como se realizou a imputação do crédito.

Em outras palavras, busca saber o *quantum* da arrecadação e a forma de aplicação dos valores, sabendo-se que a lei impõe ao credor “aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver” (art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969).

No momento da alienação extrajudicial, precisamente com o produto da venda, surge a administração de interesse do devedor. Ao credor cumpre zelar pela correta destinação da quantia, nos moldes estabelecidos pela norma. Essa incumbência também está ligada ao patrimônio do devedor, o qual ficará vinculado pela dívida remanescente ou terá saldo a receber.

Portanto, a administração de interesse de terceiro decorre do comando normativo que exige destinação específica do *quantum* e a entrega de eventual saldo ao devedor fiduciário.

Caracterizada a administração de interesse de terceiro, é viável o ajuizamento da ação de prestação de contas, especificamente quanto à alienação extrajudicial do bem apreendido.

A interpretação da Súmula n. 384/STJ reforça esse entendimento. Sua redação é a seguinte:

Cabe ação monitória para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.

O verbete trata da impossibilidade, também em alienação fiduciária, de a instituição financeira executar de pronto o eventual saldo remanescente da venda extrajudicial, pois não há título executivo hábil. Terá então que demonstrar, ainda que por ação monitória, eventual saldo devedor. Portanto, a cobrança do remanescente dependerá da demonstração efetiva dos créditos e débitos relativos à venda do bem, concluindo-se surgir daí a obrigação de o credor apresentar contas.

A respeito da súmula referida, oportuno citar o seguinte trecho do acórdão proferido no REsp n. 2.432, Relator Min. *Athos Carneiro* (*Quarta Turma*, julgado em 13.11.1990, DJ 17.12.1990):

Ora, admitida tal possibilidade legal, de o credor vender o bem pelo preço que melhor lhe aprouver, sem que o devedor possa pretender sequer uma prévia avaliação judicial ou extrajudicial, parece-nos necessário, embora tão respeitáveis opiniões em contrário, igualmente admitir a contrapartida: o saldo remanescente em favor do credor perde sua liquidez, restando o contrato, ou o título cambiário a ele vinculado, descaracterizado como título executivo. Necessário é ponderar que, salvante exceções expressamente previstas em lei (como os créditos fiscais), o título executivo provém da prévia e expressa anuência do devedor quanto *an* e *ao quantum debeatur*. Vale ressaltar que o próprio Decreto-Lei n. 911 dispõe que se o preço da venda não for suficiente ao pagamento do crédito e despesas, “O devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado”, mas não refere que tal saldo possa ser cobrado pela via executiva.

Inegável, portanto, a existência de um vínculo entre o credor e o devedor, decorrente da correta imputação do saldo da venda extrajudicial do bem, o que autoriza a propositura da ação de prestação de contas.

A doutrina também entende nesse sentido, sendo oportuno citar, de início, Orlando Gomes, no ponto em que se refere à possibilidade de fiscalização dos atos de alienação extrajudicial pelo devedor:

É irrecusável ao devedor esse direito de fiscalização, pois, do contrário poderia o credor de má-se ou por desinteresse, vender a coisa por preço vil, seja para ficar, na realidade com a sua propriedade plena e definitiva, violando, no fundo, a proibição do pacto comissório, seja para continuar credor e receber mais do que lhe era efetivamente devido. Além disso, ao aplicar o produto da venda na satisfação do crédito, inclui o credor as despesas a que deu lugar, nada mais justo sendo que o devedor possa verificar sua exatidão. (**Alienação Fiduciária em Garantia**. São Paulo: Editora RT, 1970, pg. 110.)

A lição de Hélio do Valle Pereira retrata a possível efetividade da ação para o próprio credor fiduciário. Aponta que seria vantajoso ajuizar ação de prestação de contas (na modalidade de dar contas) para constituir o título executivo em relação ao saldo remanescente, o que, em sentido contrário, confirma a possibilidade dessa ação por parte do devedor:

A prestação de contas será particularmente importante nas relações entre fiduciante e fiduciário, tanto mais em respeito à apuração de saldo devedor subsequente à venda do bem objeto da garantia fiduciária.

O pedido pode ser formulado indistintamente por fiduciante ou fiduciário, pois assiste legitimidade ativa àquele que tem o dever de prestar contas (credor), assim como àquele que tem o direito de exigí-las (devedor) (art. 914 do CPC).

[...] Essa demanda terá uma vantagem adicional para o credor. É que vendido extrajudicialmente o bem, não se tem reconhecido liquidez suficiente para autorizar a imediata execução de saldo devedor. Seria necessário, pelo caminho cognitivo, obter sentença condenatória e, só então, migrar para a executiva. No entanto, pode o fiduciário adiantar-se, prestando contas e, reconhecido saldo em seu favor, prosseguir por meio de execução por título judicial (quanto à decisão que reconhecer o *quantum* em seu favor constituído). (**A nova Alienação Fiduciária em garantia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008 pgs. 181/182).

Portanto, há interesse de agir (utilidade e adequação) para o devedor fiduciário ajuizar ação de prestação de contas, especificamente quanto aos valores decorrentes do leilão extrajudicial do bem e a sua imputação no débito, ocorrida no curso da ação de busca e apreensão.

A título de esclarecimento, importa mencionar, que não há possibilidade de alcançar essa prestação de contas no próprio âmbito da ação de busca e apreensão. Com efeito, além do objeto da ação ser restrito ao aspecto possessório, visando à consolidação da posse plena, porque não há título executivo a amparar eventual cumprimento de sentença a respeito do saldo remanescente.

Aliás, esse aspecto foi bastante discutido nesta Corte Superior, culminando com a edição da Súmula 384/STJ, acima transcrita, que esclareceu inexistir liquidez e certeza quanto ao saldo remanescente da alienação fiduciária.

Sobre esse assunto, foram precisas as considerações do eminente Ministro *Luis Felipe Salomão*, no REsp 265.256/SP, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009, conforme se verifica abaixo:

A aplicação do art. 5º do DL n. 911/1969, por outro lado, não tem o alcance pretendido pelo recorrente. Isso porque não se está a dizer que **após** a venda

extrajudicial poderá preferir o credor a via executiva para o recebimento do saldo devedor remanescente.

Ao reverso, e por óbvio, tal dispositivo apenas concede ao credor a faculdade de optar pela via executiva ou pela busca e apreensão. Porém, optando o credor por essa última diretriz - busca e apreensão e posterior venda extrajudicial -, ser-lhe-á vedada a via executiva, por inexistência de título que a aparelhe.

Por tais fundamentos, não se há reconhecer certeza e liquidez ao saldo remanescente apurado com a venda extrajudicial do bem, porquanto feita ao largo do crivo do Poder Judiciário e sem o consentimento do consumidor, que é, sem dúvida, a parte mais frágil da relação jurídica em exame.

Portanto inexistente certeza e liquidez quanto ao saldo remanescente apurado em sede de leilão extrajudicial, o que por óbvio remete as partes às vias ordinárias, ou à monitória.

Isso porque o art. 2º do Decreto Lei n. 911/1969 estabelece o dever, posteriormente à venda, do credor aplicar o preço no pagamento dos seus créditos e das despesas decorrente dessa modalidade de alienação. Tais valores deverão ser comprovados e poderão ser objeto de impugnação pelo devedor, ampliando-se a cognição sobre o assunto. Ressalte-se que o parágrafo primeiro do mencionado dispositivo estabelece vários encargos que poderão fazer parte do crédito e influenciar no saldo:

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

A comprovação de todos os elementos que compõe o saldo devedor remanescente deverá ser realizada pelo credor, inviabilizando essa apuração no mesmo procedimento da busca e apreensão. Sobre a inexistência de certeza e liquidez quanto à obrigação remanescente, além do anterior, o seguinte julgado:

Civil e Processual. Execução sem liquidez. Registro em banco de dados por órgão mantenedor. Pleito de indenização por dano moral contra a pretensa exequente. Improcedência. Discussão à época no Judiciário quanto à possibilidade de execução automática do saldo remanescente da venda extrajudicial em contrato de alienação fiduciária.

1. "A execução tramita por conta e risco do exequente, prevendo os artigos 475-O, I, e 574 do Código de Processo Civil sua responsabilidade objetiva por eventuais danos indevidos ocasionados ao executado" (REsp 1.313.053/DF, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 04.12.2012, DJe 15.03.2013).

2. Nos termos do art. 574 do CPC, “o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”.

3. Cotejando os precedentes do STJ, verifica-se que não é a mera extinção do processo de execução que rende ensejo, por si só, a eventual responsabilização do exequente; ao revés, só haverá falar em responsabilidade do credor quando a execução for tida por ilegal, temerária, tendo o executado sido vítima de perseguição sem fundamento. Se não fosse assim, toda execução não acolhida - qualquer que fosse o motivo - permitiria uma ação indenizatória em reverso.

4. Na hipótese, a recorrente ajuizou ação de indenização buscando responsabilização por danos morais, haja vista que anterior execução ajuizada pela recorrida - no valor de R\$ 3.749,24 (três mil, setecentos e quarenta e nove reais e vinte e quatro centavos) - veio a ser extinta em razão da falta de liquidez do título executivo e, segundo alega, teria acarretado a sua negativação nos órgãos de proteção ao crédito.

5. Ocorre que, apesar do reconhecimento da iliquidez do título, a verdade é que à época havia possibilidade de execução automática do saldo remanescente neste tipo de contenda - a questão era conflituosa no Judiciário quando da propositura da ação, em 2002 -, inclusive sendo objeto de embate no STJ.

6. *De fato, o contrato de alienação fiduciária em garantia ostenta eficácia executiva. Porém, com a venda extrajudicial do bem, é-lhe retirada a liquidez e certa indispensáveis a todo e qualquer título executivo.*

7. Portanto, o cabimento da execução era um tanto duvidoso, mas não há sinais de má-fé, nem sequer tal ponto foi aventado pelas instâncias ordinárias. Por outro lado, também não se pode concluir que a execução em comento é ilegal ou temerária e, por conseguinte, não há falar em responsabilidade da exequente.

8. Outrossim, o acórdão recorrido asseverou que, no caso vertente, a recorrente não se desincumbiu de demonstrar “que a inclusão de seu nome foi determinada pela Norvape e não pelo próprio Serasa, que da publicidade às execuções existentes”. Entender de forma diversa demandaria o reexame fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1.229.528/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02.02.2016, DJe 08.03.2016)

Alteração no art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969

Destaco que a Lei n. 13.043/2014 alterou a parte final do artigo 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, determinando que o resultado da alienação extrajudicial fosse demonstrado ao devedor, com a respectiva prestação de contas:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, *com a devida prestação de contas*. (Redação dada pela Lei n. 13.043, de 2014 - grifei.)

Portanto, a partir da nova redação do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, não há mais dúvida quanto ao cabimento da ação de prestação de contas em hipóteses como a destes autos.

Ante o exposto, *conheço em parte* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.
É como voto.