



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 656.952-DF (2004/0051922-5)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: R R e outros

Advogado: Pedro Borges de Lemos Filho

Recorrido: S M R e outros

Advogado: Rommel Parreira Corrêa e outro(s)

EMENTA

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Ação de autorização de adoção de maiores. Pedido formulado na vigência do CC/1916. Falecimento do adotante no curso da demanda. Possibilidade de adoção póstuma. Utilização da analogia. Incidência do ECA. Alterações legislativas. Normas sobre estado das pessoas e processo. Aplicabilidade imediata. Recurso provido.

1. O tratamento legal da adoção sofreu severas transformações legais nos últimos anos. De acordo com o CC/1916, a adoção era feita por escritura pública e seus efeitos limitavam-se ao adotante e ao adotado. Com a entrada em vigor do CC/2002, passou-se a exigir processo judicial para todos os pedidos de adoção. Posteriormente, com a promulgação da Lei n. 12.010/2009, a adoção de maior de 18 (dezoito) anos não mais pode ser realizada por mera escritura pública, sendo imprescindível sentença judicial constitutiva da relação. Além disso, aplicam-se ao procedimento, no que couber, as disposições previstas no ECA.

2. A Lei n. 8.069/1990, em seu art. 42, § 6º, estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

3. No período compreendido entre a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e a publicação da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/2009), houve uma lacuna legislativa acerca da adoção póstuma. Isso porque, de acordo com o ECA, esse instituto era expressamente permitido aos menores, mas, de outra parte, a legislação civil – que regulava a adoção de maiores – nada mencionava sobre o assunto.

4. Estando o juiz diante de uma omissão legislativa, deve fazer uso dos meios de integração da norma – dentre os quais, preliminarmente, a analogia (art. 4º da LINDB). No caso dos autos, deve-se aplicar a analogia para suprir o hiato legislativo existente, tendo em vista que o pedido foi formulado no ano de 1999, exatamente entre a publicação do ECA e a da Lei n. 12.010/2009.

5. Ademais, o pedido de adoção merece ser apreciado, pois a matéria se refere ao estado das pessoas e às regras de processo, à qual cumpre aplicar de imediato as normas em vigor, inclusive aos requerimentos ainda em trâmite.

6. Assim, tanto pelo emprego da analogia quanto pela pronta incidência das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida, para permitir aos recorrentes que o pedido de autorização de adoção seja apreciado, mesmo depois do óbito do adotante.

7. Recurso especial provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que apreciem o pedido de adoção formulado, como entenderem de direito.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi, a Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista), Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 23.6.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por R. R. e *outros*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, contra acórdão do TJDF/T que recebeu a seguinte ementa (fls. 395/407):

Civil e Processo Civil. Adoção de maiores. Incidência das regras do Código Civil. Desnecessidade de perícia. Regularidade na representação processual. Notícia de ilícito penal. Litigância de má-fé.

1. Tratando-se da adoção de maiores, aplicam-se os ditames do Código Civil, afastando-se, conseqüentemente, a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Desnecessária a perícia grafotécnica, diante da notícia de inquérito policial, que apura o fato a ser periciado.

3. Não comprovada a alegada falsidade na assinatura do de cujus, considera-se regular a representação processual.

4. A apuração da *notitia criminis* ocorre, exclusivamente, na esfera criminal.

5. Para a condenação em litigância de má-fé, necessário que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses elencadas no artigo 17, do Código de Processo Civil.

Apelo não provido. Unânime.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados às fls. 443/446.

Na origem, os ora recorrentes, na qualidade de adotandos, ajuizaram ação de autorização de adoção de maiores juntamente com N. J. de S., este como adotante.

De acordo com a petição inicial, o adotante exerceu o poder familiar sobre os adotandos desde os primeiros dias de vida, prestando-lhes assistência material, moral e intelectual por todo esse período.

Durante a tramitação, o adotante faleceu. Suas irmãs, ora recorridas, ingressaram no feito para impugnar o pedido de adoção, alegando a improcedência das alegações deduzidas e a falsidade da procuração *ad judicium* conferida ao advogado que ingressou com a demanda.

Na sentença (fls. 332/340), o processo foi extinto sem resolução do mérito, sob o fundamento de que, tratando-se de direito personalíssimo, a morte do adotante impediria o exame da pretensão, na esteira do art. 267, IX, do CPC/1973. Além disso, o juiz singular considerou que não seria admitida a utilização da sistemática da adoção prevista no ECA, por se tratar de norma especial.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação dos autores, conforme a ementa aqui transcrita. Daí o presente recurso especial.

Em suas razões (fls. 448/471), os recorrentes apontam, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 42, § 5º, do ECA – renumerado para § 6º pela Lei n. 12.010/2009 –, 4º e 5º da LINDB e 1.618 a 1.629 do CC/2002.

Alegam ser possível a adoção póstuma de pessoas maiores, ainda que o pedido tenha sido formulado na vigência do CC/1916, pois incidiriam, por analogia, as regras do procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sustentam que devem ser aplicados de forma imediata, ao caso dos autos, os arts. 1.618 a 1.629 do CC/2002, embora tais dispositivos tenham entrado em vigor após a propositura da demanda, haja vista que essas regras tratam de normas relativas ao estado das pessoas.

Contrarrazões apresentadas (fls. 500/519).

Admitido o recurso (fls. 541/543), o Ministério Público Federal opinou pelo seu provimento (fls. 548/551).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se, na origem, de ação de autorização de adoção de maiores proposta por N. J. de S., na qualidade de adotante, juntamente com os ora recorrentes, R. R., S. R. S. T. e N. M. S. de M., como adotandos.

De acordo com a petição inicial, o adotante exerceu o poder familiar sobre os adotandos desde os primeiros dias de vida, prestando-lhes assistência material, moral e intelectual por todo esse período.

Durante a tramitação, o adotante faleceu. Suas irmãs, ora recorridas, ingressaram no feito para impugnar o pedido de adoção, alegando a improcedência das alegações deduzidas e a falsidade da procuração *ad judicium* conferida ao advogado que ingressou com a demanda.

A sentença de fls. 332/340 julgou extinto o processo sem a resolução do mérito, ponderando que, por se tratar de direito personalíssimo, a morte do autor impediria o exame da pretensão, na esteira do art. 267, IX, do CPC/1973. Concluiu o magistrado singular que não seria admitida a utilização da sistemática da adoção prevista no ECA, por se tratar de norma especial.

O Tribunal de origem negou provimento à apelação dos autores, aduzindo que (fls. 402/404):

De tal sorte, cinge-se o cerne da lide na aplicação ou não do artigo 42, § 5º, da Lei n. 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Confira-se:

Art. 42 (...)

§ 5º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

A respeito, leciona *Silvio Rodrigues*:

Aqui, para se defira a adoção, é mister também a presença de dois pressupostos: a) que tenha havido inequívoca manifestação de vontade do adotante, já no curso do processo de adoção; e b) que o falecimento daquele tenha ocorrido no curso do procedimento. A idéia subjacente ao preceito é a de que a adoção só não se aperfeiçoou em razão da morte do adotante. Por isso é que a lei fala “no curso do procedimento”.

Resta perquirir se aplicável ao caso em testilha o dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Verifico que os Requerentes, que pretendem ser adotados, são todos maiores, consoante suas datas de nascimento: R. R., 15.10.1949 (fls. 10), S. R. S. T., 20.7.1957 (fls. 11), e N. M. S. DE M., 23.6.1959 (fls. 13).

O Estatuto da Criança e do Adolescente assim define sua tutela:

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Considerando que os Apelantes não são crianças, nem adolescentes, desserve o citado Estatuto para a solução da controvérsia em análise. Desse modo, não há como aplicar ao caso vertente o determinado no parágrafo quinto, do artigo 42, da Lei n. 8.069/1990.

Logo, rege-se a adoção de maiores pelos ditames civilistas. Consoante esclarece *Maria Helena Diniz*, trata-se de adoção simples ou restrita. Confira-se:

Adoção simples ou restrita. A adoção simples é concernente ao vínculo de filiação que se estabelece entre o adotante e o adotado, que pode ser pessoa maior (RT; 628:229).

(...)

Nesse diapasão, embora expressa a vontade do Autor-falecido em adotar os Recorrentes, não tem lugar, no caso em comento, a aplicação do artigo 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

E, com o falecimento do adotante, não há como o processo prosseguir, pois o direito de adotar é intransmissível. Tem lugar, portanto, a extinção processual, com assento no artigo 267, inciso IX, do Código de Processo Civil. Confira-se:

Art. 267. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito:

(...)

IX – quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal.

Ademais, como bem ressaltou o ilustre sentenciante, mesmo que se deferida a adoção, não haveria como efetivar-se, porquanto, na adoção de maiores, necessária a escritura pública, “*que deverá ser averbada à margem do registro de nascimento do adotado.*”, e deverá contar com a presença do adotante neste ato. Eis o que determina o Código Civil Brasileiro:

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

(...).

Não obstante o posicionamento adotado pelo TJDF, tenho que o desfecho da controvérsia merece solução diversa, seja pela utilização da analogia, seja pela retroatividade das regras atualmente em vigor para os processos de adoção.

Em suma, o pedido dos recorrentes é de que seja aplicada ao caso a sistemática do ECA, sob o fundamento de que a omissão do Código Civil anterior, no que se refere à adoção póstuma de maior de 18 (dezoito) anos, permitiria a incidência analógica daquelas regras.

Com razão os recorrentes.

O pedido de adoção foi formulado no ano de 1999, portanto, ainda na vigência do CC/1916. De acordo com tal diploma, a adoção era feita por escritura pública e seus efeitos limitavam-se ao adotante e ao adotado, conforme dispunham os arts. 375 e 376:

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.

Não havia, no antigo texto legal, nenhum dispositivo que previa a adoção após o falecimento do adotante. A primeira norma a tratar do assunto foi o Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu art. 42, § 6º (renumerado pela Lei n. 12.010/2009, mas mantendo a mesma redação original), estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

De tal sorte que, a partir de 13.7.1990, data da entrada em vigor do ECA, a adoção “post mortem” passou a ter previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas especificamente para crianças e adolescentes. Isso porque a adoção de maiores continuou a ser regida pela lei civil, que, como demonstrado, não previa esse instituto.

Posteriormente, com a promulgação do CC/2002, começou-se a exigir, com a redação original do novo código, processo judicial para todos os pedidos de adoção. Com isso, passaram a existir duas sistemáticas no ordenamento brasileiro: a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplinava a adoção de menores, e aquela estabelecida no Código Civil de 2002, destinada aos procedimentos adotivos das pessoas maiores.

Mais tarde, a Lei n. 12.010/2009 – Lei Nacional da Adoção – restabeleceu o tratamento uniforme do instituto, alterando o art. 1.619 do CC/2002, que passou a prever:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, atualmente a adoção de maior de 18 (dezoito) anos não mais pode ser realizada por mera escritura pública, sendo imprescindível sentença judicial constitutiva da relação. Nesse sentido:

Civil e Processual Civil. Adoção de maior de dezoito anos. Mediante escritura pública. Código Civil de 2002. Impossibilidade. Necessidade de processo judicial e sentença constitutiva.

1. Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito (18) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 703.362/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.5.2010, DJe 8.6.2010.)

Além disso, aplicam-se ao procedimento, no que couber, as disposições previstas no ECA, mormente o precitado art. 42, § 6º.

A propósito, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que, mesmo não se tendo iniciado o procedimento de adoção antes do falecimento de quem pretendia adotar, se as circunstâncias do caso demonstrarem, de forma inequívoca, que havia essa intenção, poderá ser deferido o pedido. A esse respeito:

Recurso especial. Direito de Família. Processual Civil. Adoção póstuma. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Possibilidade. Art. 42, § 6º, do ECA. Interpretação extensiva. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que *“o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”*.

2. A comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.

5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.500.999/RJ, Relator Ministra Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12.4.2016, DJe 19.4.2016.)

Direito Civil e Processual Civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas.

1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção.

4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede de recurso especial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp n. 1.326.728/RS, Relator Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20.8.2013, DJe 27.2.2014.)

Adoção póstuma. Prova inequívoca. - O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. - Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. - Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. - Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 457.635/PB, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 17.3.2003.)

Assim, a atual sistemática aplicável aos processos de adoção estabelece, por expressa disposição legal, a incidência das regras previstas no ECA também à adoção de maiores, nos termos do precitado art. 1.619 do CC/2002. Dessa forma, tendo em vista que o Estatuto autoriza, nos moldes do art. 42, § 6º, a adoção póstuma, os pedidos formulados após a Lei n. 12.010/2009 não mais comportam controvérsia, pois o texto expresso da legislação é suficiente para dirimir eventuais conflitos.

No entanto, no período compreendido entre a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e a publicação da Lei Nacional da Adoção, houve uma lacuna legislativa acerca da adoção póstuma no País. Isso porque, de acordo com o ECA, esse instituto era expressamente permitido aos menores, mas, sob outro aspecto, a legislação civil – que regulava a adoção de maiores – nada mencionava sobre o assunto.

Em tal circunstância, tendo em vista que, apesar de não permitir, a lei civil também não vedava a adoção “post mortem”, o juiz, ao solucionar eventuais controvérsias levadas a sua apreciação durante o lapso temporal aqui referido, encontra-se diante de uma omissão legislativa.

Com efeito, incide em tais hipóteses a regra do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB –, cujo texto assim dispõe: “[quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Com relação à necessidade de integração do ordenamento jurídico pelo magistrado, MARIA HELENA DINIZ comenta que:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta ou em desuso, estamos diante do problema das lacunas. Imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente.

É nesse desenvolvimento aberto que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações de vida, chegando a se apresentar, no sistema jurídico, omissões concernentes a uma nova exigência vital. Essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, pois devem integrá-la, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo direito (LINDB, arts. 4º e 5º). As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento, que é mais rico do que a disposição normativa, por conter critérios jurídicos e éticos, ideias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma de direito. Assim sendo, em caso de lacuna, a norma individual completante do sistema jurídico não é elaborada fora dele, pois o órgão judicante, como logo mais veremos, ao emití-la, terá que se ater aos subconjuntos valorativo, fático e normativo, que o compõem (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro interpretada. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 115).

No que concerne à analogia – primeiro método a ser utilizado pelo julgador como forma de integração do ordenamento, nos termos do art. 4º da LINDB –, a mencionada autora acrescenta que:

Para integrar a lacuna, o juiz recorre, preliminarmente, à *analogia*, que consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma lei que prevê uma hipótese distinta, mas semelhante ao fato não previsto.

(...)

A nosso ver, a analogia é um argumento lógico-decisional, pois sua aplicação leva à decisão do magistrado, sem contudo haver inferências lógico-silogísticas, implicando uma seleção, um juízo avaliativo, por parte do órgão judicante, dos elementos relevantes (DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 133/134).

E, com referência a TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (em Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 6, p. 363), a citada jurista conclui:

É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve duas fases: “a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-típicos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada” (DINIZ, Maria Helena. Obra citada, p. 134).

Portanto, estando o juiz diante de uma omissão legislativa, como no caso dos autos, deve fazer uso dos meios de integração da norma, dentre os quais, preliminarmente, a analogia.

Na hipótese em exame, o pedido de adoção dos recorrentes foi formulado em 1999 e, durante o curso da demanda, o adotante veio a falecer. Como demonstrado, na vigência do CC/1916 não havia previsão para adoção “post mortem”. Contudo, desde 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever esse instituto, ainda que, expressamente, apenas para menores.

Assim, diante da omissão legislativa no período compreendido entre a vigência do ECA e a publicação da Lei Nacional da Adoção – na qual se previu expressamente a utilização do Estatuto também para os maiores de 18 (dezoito) anos –, deve-se lançar mão da analogia, para dirimir eventuais controvérsias que se refiram à possibilidade de adoção póstuma de adultos, desde que, nos termos do art. 42, § 6º, da Lei n. 8.069/1990, haja inequívoca manifestação de vontade do adotante.

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MÔNACO corrobora esse mesmo entendimento ao afirmar que, após a promulgação da CF/1988 e a entrada em vigor da Lei n. 8.069/1990, os casos de adoção regulados pelo CC/1916 que não estejam em consonância com a nova ordem constitucional deveriam ser dirimidos à luz do Estatuto, por meio da analogia. Confira-se:

Também traz, o Estatuto da Criança e do Adolescente, nova regulação para o instituto da adoção, ampliando consideravelmente os efeitos da relação, sempre em atenção ao disposto na citada norma constitucional. Todavia, tal lei tem eficácia subjetiva limitada, na medida em que se aplicaria única e exclusivamente a menores de 18 anos, salvo se o adotando se encontrasse sob guarda do(s) adotante(s) antes de completar a idade limite.

Caso a adoção envolvesse pessoa maior de 18 anos, aplicáveis seriam as normas do Código Civil de 1916, devendo o adulto adotado ser recebido na família adotiva pelo instituto da adoção simples, com toda a limitação de efeitos daí decorrente.

Todavia, como já tive a oportunidade de me manifestar antes da promulgação do novo Código Civil, e acompanhando o ensinamento de Eduardo Oliveira Leite, "Todo ser que nasce é simplesmente *filho*". "Mas não apenas os que nascem *do(s)* progenitor(es). Também aqueles que adentram a vida deste(s), para viver *junto a* ele(s)."

Naquela ocasião, então, indagava se a norma constitucional que iguala a qualificação de toda a prole não teria revogado, por completo, o instituto da adoção simples, uma vez que "a Constituição Federal, em última análise, não admite efeitos discrepantes derivados da relação entre os pais e os respectivos filhos adotivos". Por isso, argumentava que não deviam ser aplicados os efeitos decorrentes da legislação codificada aos casos de adoções de maiores de 18 anos. *Por força constitucional, que tem suas normas superpostas às normas ordinárias, o melhor entendimento a prevalecer parecia ser aquele que apregoava a não recepção, pelo Estado Democrático de Direito instituído aos 5 de outubro de 1988, das normas que tolhiam aos filhos adotivos maiores de 18 anos os efeitos de similitude determinados pela vontade política nacional, aplicando-se, por analogia, as normas do ECA à hipótese, até que nova codificação sobreviesse.*

Nesse ínterim, o legislador aprovou o Projeto de Código Civil que há tantos anos tramitava no Congresso Nacional, procedendo às tão necessárias adaptações de seu texto aos ditames constitucionais, nomeadamente no que concerne à adoção.

O Novo Código Civil acabou por tornar equânime as formas e os efeitos dos processos de adoção, quer estes processos verssem sobre crianças, adolescentes ou pessoas maiores de 18 anos. Com efeito, a partir de 11 de janeiro de 2003, os maiores de 18 anos que foram adotados já criaram, com suas famílias adotivas,

laços de parentesco idênticos aos que foram estabelecidos para os menores de 18 anos também adotados (MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Adoção: esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente. Artigo publicado no livro *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Editora Método, p. 332/334 – Grifei).

Dessa forma, o pleito recursal deve ser acolhido, pois, embora não houvesse previsão legal para a autorização da adoção dos recorrentes após o falecimento do adotante, o julgador deve utilizar a analogia para suprir a lacuna legislativa existente, tendo em vista que o pedido foi formulado no ano de 1999, exatamente entre a publicação do ECA e a da Lei n. 12.010/2009.

Ademais, o pedido de adoção merece ser apreciado, pois a matéria em análise se refere ao estado das pessoas e às regras de processo, à qual cumpre aplicar de imediato as normas em vigor, inclusive aos requerimentos ainda em trâmite.

Nesse sentido, CLÓVIS BEVILÁCQUA assevera que “as leis relativas ao estado e à capacidade pessoais, desde que se tornam obrigatórias, aplicam-se aos que se acham nas condições a que elas se referem” (BEVILÁCQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª edição. Campinas, SP: Servanda Editora, 2015, p. 26).

E, fazendo referência à doutrina estrangeira especializada, consigna:

As leis relativas ao estado e à capacidade das pessoas são de ordem pública, e, por essa razão, o direito anterior lhes cede o passo, desde que elas começam a imperar; diante delas curva-se o princípio da persistência do direito existente (LAURENT, *Principes*, I, n. 164 e 173; CHIRONI. *Istituzioni*, § 16; HUC, *Commentaire*, I, n. 93). Este princípio, às vezes, é apresentado sob uma forma mais geral, porém menos verdadeira: – Não há direitos irrevogavelmente adquiridos contra as leis de ordem pública (DUVERGIER, na *Revue de législation*, 1845; *Código Civil Argentino*, art. 5º; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro*, art. 25) (Obra citada, p. 26).

O mesmo autor também atesta a imediata aplicabilidade das normas relativas ao processo:

As leis políticas, as de jurisdição, de competência e processo regulam todos os atos que são do seu domínio, ainda que iniciados sob o império da lei anterior. Por outras palavras, estabelecem uma ordem jurídica, que será inflexível se o legislador, por meio de disposições transitórias, não lhes atenuar os efeitos (Obra citada, p. 26 – Grifei).

Além do mais, não incide, no caso, o princípio da irretroatividade das leis, porque não se está diante de ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada. Sobre o tema, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA leciona que:

Segundo a norma, que permanece vigente, ficou estatuído que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o *ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*. E ressuscitou as definições da antiga Lei de Introdução. Toda a construção legislativa atual está assentada no respeito do direito adquirido, sob os seus vários aspectos.

(...)

Assentadas tais noções, não devemos encerrar este capítulo, sem uma referência à sua projeção nas várias províncias do direito.

(...)

As leis que definem o *estado* da pessoa aplicam-se imediatamente a todos que se achem nas novas condições previstas. Se uma lei declara dissolúvel o matrimônio, admite como suscetível de dissolução todo casamento, ainda que celebrado ao tempo em que a lei vedara o divórcio a vínculo. A lei que admite o reconhecimento dos filhos ilegítimos faculta a aquisição do status a todos que estejam nas condições previstas, ainda que nascidos ao tempo em que o vedava a norma anterior. Mas, ao revés, se vem proibir o reconhecimento, respeita aqueles que já haviam obtido, porém não tolera que, na sua vigência, consigam-no aqueles que pela lei antiga tinham condições de atingi-lo, e não haviam alcançado ainda (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume I. 24ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 133/134).

Com o mesmo raciocínio, GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MÔNACO, ao comentar os efeitos da adoção de maiores trazidos pelo Código Civil de 2002, afirma que “os adultos adotados anteriormente também passaram a estabelecer relações parentais com os membros das famílias a que passaram a pertencer” (obra citada, p. 334).

Portanto, a lei que altera as normas de adoção, por se tratar do estado das pessoas e das regras do processo, deve ser aplicada imediatamente aos pedidos ainda não apreciados e inclusive aos efeitos daqueles concedidos, atingindo todos que se encontrem nas novas condições impostas.

Assim, tanto pela utilização da analogia quanto pela imediata aplicação das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida, para permitir aos recorrentes que o pedido de autorização de adoção seja apreciado, mesmo depois do óbito do adotante.

Ressalte-se que essas conclusões não implicam deferimento do pedido inicial, que deverá ser analisado pelo juízo de primeira instância após a regular instrução do feito, a fim de se apurar a real existência de inequívoca manifestação de vontade do adotante falecido no curso do procedimento.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que examinem o pedido de adoção formulado, como de direito, especialmente a existência de inequívoca manifestação de vontade do adotante.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por R. R. *e outros*, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Na origem, os ora recorrentes ajuizaram em 1999 ação de autorização de adoção de maiores juntamente com N. J. De S., este como adotante. Na inicial, alegaram, em síntese, que o adotante exerceu sobre eles o poder familiar desde o início de sua infância, prestando-lhes assistência material, moral e intelectual por toda a sua vida.

Antes de prolatada a sentença, o adotante faleceu e suas irmãs, ora recorridas, ingressaram no feito contestando o pedido de adoção, aduzindo que N. J. De S não possuía a intenção de adotar R. R. *e outros* e que a procuração *ad judicium* supostamente por ele concedida ao advogado que ajuizou a ação é falsa.

O juízo singular entendeu que o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito, pois, sendo a adoção um direito personalíssimo e intransmissível, o falecimento do adotante impede o prosseguimento da demanda, sendo inaplicável, por analogia, o disposto no art. 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (renumerado para § 6º pela Lei n. 12.010/2000), que se refere exclusivamente à adoção de menores. Consignou ainda ser desnecessária a realização de perícia grafotécnica requerida em incidente de falsidade, haja vista que, independentemente do resultado dessa, o processo deveria ser extinto e que a verificação da autenticidade da referida procuração deverá ocorrer no bojo do inquérito policial já instaurado para esse fim.

O Tribunal de origem, em sede de apelação cível, manteve a sentença, confirmando o entendimento no sentido da não aplicação do ECA e da

desnecessidade de apuração, neste feito, da falsidade denunciada, porquanto o inquérito policial instaurado é o meio próprio pra alcançar essa finalidade. Assim o fez, salientando que, na espécie, por se tratar de adoção de maiores, aplicam-se os ditames do Código Civil de 1916 vigente à época e que a apuração de *notitia criminis* ocorre, exclusivamente, na esfera criminal.

Daí o presente recurso especial, em que os recorrentes sustentam ser possível a adoção póstuma de pessoas maiores, mesmo que o pedido de autorização de adoção tenha sido formulado na vigência do Código Civil de 1916, sob os fundamentos de incidência, por analogia, (i) da regra prevista no ECA, a qual desde sua entrada em vigor em 1990 permite expressamente a adoção póstuma, e (ii) dos dispositivos 1.618 a 1.629 do Código Civil de 2002, os quais, por sua vez, dizem respeito ao estado e à capacidade das pessoas e, por isso, devem ser imediatamente aplicados, ainda que tenham entrado em vigor após o ajuizamento da ação de autorização de adoção.

Apresentadas contrarrazões, em que as recorridas repisaram os argumentos já declinados, dando notícia de que o Inquérito Policial n. 727/99 em comento encontrava-se tramitando perante o juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília sob o n. 2000.01.1.003171-0.

O eminente relator, Ministro Antônio Carlos Ferreira, votou no sentido de prover o recurso especial e determinar às instâncias ordinárias que apreciem o pedido de adoção formulado, como entenderem de direito. Baseou seu posicionamento na possibilidade de adoção póstuma, ponderando que, tanto pelo emprego da analogia em relação ao ECA quanto pela pronta incidência das leis atualmente em vigor, a pretensão recursal deve ser acolhida.

Pedi vista dos autos para melhor exame do caso, notadamente no tocante à existência do referido inquérito policial.

Voto.

Acompanho o relator, no sentido de dar provimento ao recurso especial.

1. De início, quanto à aplicação do art. 42, § 6º do ECA à hipótese em exame, consoante bem destacado pelo eminente relator em seu voto, a omissão do Código Civil anterior (vigente no ano de 1999 quando o pedido de adoção foi formulado), no que tange à adoção póstuma do maior de 18 (dezoito) anos, permite a incidência analógica desse dispositivo legal (em vigor desde 1990, tendo sido somente reenumerado), o qual estabelece que “a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

Conforme preceitua o art. 4º da LINDB, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Nessa perspectiva, mais do que uma possibilidade de aplicação, é um dever do magistrado, diante da lacuna legislativa, julgar a demanda com base na aplicação analógica dos dispositivos legais que regulam o tema, *in casu*, a adoção póstuma.

2. Neste ponto, como bem lembrou o ilustre relator, este Tribunal tem admitido, mesmo que a manifestação da intenção de adotar não seja realizada em vida, o reconhecimento da paternidade ou maternidade *post mortem*, afigurando-se possível a constatação do estado de filiação fundado no estabelecimento de vínculo socioafetivo.

Isto é, não há que se falar em extinção do processo sem resolução de mérito por ser o direito de adotar intransmissível, ao contrário do que restou consignado pelo Tribunal de piso. A título ilustrativo, confira-se julgado desta Corte, no qual foi concedido à parte o direito de produzir provas a fim de demonstrar a maternidade socioafetiva pleiteada *post mortem*:

Recurso especial. Ação declaratória de maternidade c/c petição de herança. Pretensão de reconhecimento *post mortem* de maternidade socioafetiva, com a manutenção, em seu assento de nascimento, da mãe registral. Alegação de que a mãe registral e a apontada mãe socioafetiva procederam, em conjunto, à denominada “adoção à brasileira” da demandante, quando esta possuía apenas dez meses de vida. 1. Ausência de fundamentação suficiente. Não ocorrência. 2. Cerceamento de defesa. Verificação. Julgamento antecipado da lide, reconhecendo-se, ao final, não restar demonstrada a intenção da pretensa mãe socioafetiva de “adotar” a autora. O estabelecimento da filiação socioafetiva requer a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como tal, bem como a configuração da denominada “posse de estado de filho”, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de viabilizar a instrução probatória.

[...]

2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolverem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despender o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação,

na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva *post mortem*).

[...]

2.2. *Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada “posse de estado de filho”, que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. [...] É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações.*

2.3. [...] *Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos.*

3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes.

(REsp 1.328.380/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21.10.2014, DJe 3.11.2014) [grifou-se]

Nesse sentido, outrossim:

Recurso especial. Direito de Família. Processual Civil. Adoção póstuma. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Possibilidade. Art. 42, § 6º, do ECA. Interpretação extensiva. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Magistrado como destinatário das provas. Cerceamento de defesa. Inexistência.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.

2. A comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.

5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12.4.2016, DJe 19.4.2016)

Portanto, ao contrário do que consta do acórdão recorrido, não se visualiza qualquer vedação legal à adoção póstuma. Assim sendo, conforme assinalado nos supracitados precedentes, apesar da necessidade de robustez da prova produzida a fim de demonstrar a filiação socioafetiva, haja vista se tratar de adotante já falecido, não se pode retirar da parte o direito de comprovar a existência da alegada relação.

3. Por outro lado, a Lei n. 12.010/2009 - Lei Nacional da Adoção - trouxe um tratamento uniforme ao instituto, modificando o art. 1.619 do Código Civil de 2002 e determinando expressamente que, para adoção dos maiores de 18 (dezoito) anos, aplicam-se, no que couber, as regras gerais do ECA, o que dirimiu qualquer controvérsia sobre o tema.

Nesse contexto, em seu voto, o eminente relator destacou que a matéria em questão diz respeito ao estado das pessoas e às regras do processo, razão pela qual a referida lei deve ser imediatamente aplicada, inclusive para os pedidos que ainda não tenham tido sua tramitação concluída, independentemente de terem sido formulados na vigência de outras normas, entendimento esse que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior.

4. Por fim, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, constata-se que o Inquérito Policial n. 727/99, o qual tramitou perante o juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília sob o n. 2000.01.1.003171-0, encontra-se arquivado desde 2003.

Salienta-se, a propósito, que não foi realizada a perícia grafotécnica requerida em incidente de falsidade, a qual as recorridas afirmam ser imprescindível, diante da alegada falsidade da procuração *ad judícia*, concedida pelo adotante ao advogado que ajuizou a ação de autorização de adoção de maiores.

De toda forma, estes fatores não exercem maior influência no julgamento deste recurso especial, pois o provimento da pretensão recursal não implica, de plano, no deferimento do pedido deduzido na inicial, o qual deverá ser analisado pelo juízo de primeira instância após a regular instrução do feito, a fim de se apurar a real existência de inequívoca manifestação de vontade do adotante falecido no curso do procedimento, inclusive tomando providências de modo a esclarecer tanto o assunto alusivo ao arquivamento do inquérito policial, quanto à alegada falsidade da assinatura.

5. Do exposto, acompanho o ilustre relator, no sentido de dar provimento ao recurso especial, para anular a sentença e o acórdão recorrido e determinar às instâncias ordinárias que examinem o pedido de adoção formulado, como de direito, especialmente a inequívoca manifestação de vontade do adotante.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 871.172-SE (2006/0096433-6)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Ford Motor Company Brasil Ltda

Advogado: Luiz Virgílio P Penteadó Manente

Advogados: Isabela Braga Pompilio

Julio Gonzaga Andrade Neves

Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Automóvel. Lançamento de dois modelos distintos no mesmo ano, ambos noticiados como o modelo do ano seguinte. Propaganda enganosa. Caracterização.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos difusos e individuais homogêneos do consumidor.

2. Constitui publicidade enganosa o lançamento de um novo modelo de veículo, totalmente remodelado, no mesmo ano em que já fora comercializado modelo anterior, ambos noticiados como o modelo do ano seguinte.

3. Na fase de liquidação e execução individual da sentença coletiva, as alternativas do consumidor (CDC, art. 35) dependerão de cada caso concreto, a ser individualizado por cada beneficiário da sentença, sujeita a pretensão ao contraditório e à decisão judicial.

4. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr. Julio Gonzaga Andrade Neves, pela parte recorrente: Ford Motor Company Brasil Ltda

Brasília (DF), 14 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 24.8.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por Ford Motor Company Brasil Ltda. em face do acórdão de fl. 484, assim ementado:

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Prejudiciais. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Defesa de interesses difusos e coletivos. Ausência de interesse processual. Inocorrência. Pedido de natureza condenatória e não declaratória. Irrelevância do equívoco. Publicidade enganosa. Descumprimento da oferta. Lançamento de modelos diferentes de um mesmo veículo do ano de 2000. Aplicação do art. 35, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso improvido.

- Discutindo-se, na ação civil pública, publicidade enganosa e consequente descumprimento de oferta, respectivamente, direitos difusos e coletivos, é de reconhecer-se a legitimidade do Ministério Público para a ação;

- Nada obstante se refira a declaração de direitos, a pretensão deduzida na ação assume evidente natureza condenatória. Em sendo assim, não há falar em falta de interesse processual, desde que observado o disposto no artigo 3º, da Lei n. 7.347/1985;

- Constitui-se lesivo aos interesses do consumidor o lançamento, para um mesmo ano, de dois modelos diferentes de um mesmo veículo.

- Recurso conhecido e improvido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial (fls. 510-536), alega a recorrente violação dos artigos 3º, 4º, 267 e 293, do Código de Processo Civil de 1973; 6º, 12, 35, 37, 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor; 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, 3º, 11, 13 e 16 da Lei n. 7.347/1985, 160 e 1.060 do Código Civil de 1916, além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, na medida em que são manifestamente disponíveis os interesses discutidos nos autos; a inadequação da via eleita; a falta de utilidade do pedido deduzido; ter cumprido com o dever de informação e a oferta realizada.

O Ministério Público do Estado de Sergipe apresentou contrarrazões (fls. 555-562).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 577-584).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Na origem, o Ministério Público do Estado de Sergipe propôs ação civil pública em face de Ford Motor Company Brasil Ltda a fim de reprimir prática comercial abusiva e propaganda enganosa consistente no lançamento e comercialização de duas versões do automóvel Ford Fiesta no ano de 1999, anunciadas como modelo 2000, contendo o segundo lançamento alterações estéticas substanciais no modelo do veículo.

No tocante à alegada ilegitimidade ativa do Ministério Público, o Tribunal de Justiça de Sergipe negou provimento ao recurso de apelação da montadora pelos fundamentos a seguir transcritos:

Da legitimidade ativa do Ministério Público. Argüi a Apelante, inicialmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a ação, por estar defendendo interesses que reputa individuais e disponíveis, com infringência dos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Não procede a argüição. Nada obstante o Ministério Público tenha fundamentado os estudos de sua demanda a partir de reclamação feita por consumidor, não se pode dizer esteja o *parquet* defendendo direitos puramente individuais e, especialmente, disponíveis. Como pano de fundo aos fatos concretos narrados pelo consumidor - de haver adquirido veículo da empresa Apelante como sendo o novo modelo 2000, vindo a ser surpreendido pelo lançamento de nova versão do mesmo veículo ano 2000 - vislumbrou o Ministério Público questão muito mais abrangente e relevante que o pontual prejuízo sofrido pelo indivíduo. Na conformidade do relatado da inicial, a Promotora de Justiça identifica atuação da Apelante danosa aos interesses gerais dos consumidores, referente à inadequação de informação e publicidade, má-fé contratual e descumprimento da oferta realizada. Com razão, a meu ver, a Promotoria de Justiça. Sem dúvida, a presente ação envolve questão que diz respeito à forma como a empresa Apelante, por sua concessionária, no ano de 1999, veiculou mensagem publicitária inverídica, configurando logro generalizado dos consumidores que, atraídos pela publicidade enganosa, foram levados a adquirir, no ano 1999, veículos que lhe asseguraram de modelo do ano 2000. Não há negar, concessa venia, ocorrer na hipótese interesse difuso, se se levar em consideração a abrangência de influência da publicidade enganosa, o que torna indeterminável o número de pessoas por ela alcançadas. Igualmente, inegável a presença de interesse coletivo, representado pela venda de veículos falsamente indicados como de modelo do ano 2000. Some-se a isto tudo, o fato de que a matéria é irrefutavelmente submetida à legislação do consumidor, no que resulta firmada a legitimidade do Ministério Público para o caso, nos termos dos incisos I e II, do parágrafo único, do art. 81, que estabelece:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - (*omissis*)”.

A recorrente alega violação dos artigos 81, I e II, e 82 do Código de Defesa do Consumidor, 16 da Lei da Ação Civil Pública, 25 da Lei Orgânica Nacional

do Ministério Público e 267, VI, do Código de Processo Civil, afirmando não se enquadrar a hipótese em estudo em direitos individuais homogêneos indisponíveis, sem o que não há se falar em legitimidade do Ministério Público. Afirma, também, que o número de consumidores tutelados pela presente ação limita-se às pessoas que compraram seus veículos na Comarca de Aracaju, o que demonstra a ausência de relevo efetivo para a sociedade a justificar a atuação do Ministério Público.

Assevera que a questão dos autos não revela nenhum interesse social que demande do Ministério Público a sua atuação, afirmando que, “admitir-se que um grupo de pessoas numericamente restrito e identificável possa compor o interesse social constitucionalmente previsto, equivaleria a dizer que o Ministério Público está subjugado a cuidar de questões comezinhas, inerentes ao dia a dia da atividade privada”.

Não lhe assiste razão, contudo.

Anoto que a Terceira Turma deste Superior Tribunal, em julgamento de causa similar, já se manifestou no sentido da legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos, esclarecendo que, nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato.

Por pertinente, transcrevo os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Sidnei Beneti no citado precedente (REsp 1.342.899/RS, julgado em 20.8.2013, DJe 9.9.2013):

Com efeito, dispõe o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor que os direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. Os direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. Sem dúvida, uma das grandes inovações da Constituição Federal de 1988, visando a melhoria da tutela jurisdicional e o maior acesso do cidadão à justiça, foi a legitimação dada ao Ministério Público para ajuizar ação penal, ação civil pública e outras demandas de interesse público, sem prejuízo de outros interessados (art. 129 e seu § 1º).

Também na seara doutrinária, PEDRO DA SILVA DINAMARCO ressalta a importância da tutela coletiva, merecendo transcrito o seguinte trecho de sua obra *Ação Civil Pública*:

Essa tendência de preocupação com a tutela coletiva acentuou-se especialmente no terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela procura da instrumentalidade como mentalidade a ser adotada pelo operador do sistema. Esse movimento visa ao aprimoramento do sistema processual, tendo adotado como verdadeiro slogan a máxima chiovendiana: “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Cappelletti e Garth incluem as ações para a defesa dos interesses supra individuais entre as três principais ondas modernas em direção ao pleno acesso à justiça (v. infra. n. 8.3). Segundo dizem, com acerto, uma verdadeira revolução está se desenvolvendo no direito processual civil em razão desse movimento. Pode-se dizer mais. Essa revolução é causa e conseqüência de outra revolução, mais importante ainda: a da sociedade, que passou a ter consciência de novos direitos sociais, que devem ser tutelados coletivamente. Assim, vem-se criando uma nova mentalidade dos empresários e da população em geral, cientes de que existe um sistema processual que virtualmente poderá ser utilizado com eficácia para a proteção desses direitos.” (...).

“Mas além de esse novo instituto propiciar a defesa de direitos tradicionalmente abandonados, a tutela coletiva, especialmente a dos interesses individuais homogêneos, traz consigo a busca da efetividade do princípio constitucional da isonomia, ou seja, quando julgada procedente evita que decisões diametralmente opostas sejam proferidas para situações absolutamente idênticas (a denominada loteria judiciária).” (...).

Curiosamente, ao mesmo tempo em que amplia o número de jurisdicionados, o tratamento coletivo dos litígios individuais tem também o grande mérito de contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário, trazendo um benefício indireto a toda a sociedade, na medida em que um único processo resolve problemas tradicionalmente diluídos em milhares deles.

Consequentemente, contribui para a diminuição da morosidade geral da prestação jurisdicional. Como todo instrumento, o processo será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente alcançar seu objetivo, mediante a menor utilização de esforços e de dinheiro. (*Ação Civil Pública*, São Paulo, Saraiva, 2001, págs. 41/44).

13.- Em resumo, o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública, não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos. A hipótese se subsume ao

art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC e assim, por força do inciso I do art. 82 do mesmo código, que seguiu a orientação da Lei n. 7.347/1985 e encontra respaldo na Constituição Federal, é o Ministério Público parte legítima ativa para a causa.

14.- Esse entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte, conforme se infere dos seguintes julgados:

Agravo regimental. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Direito individual homogêneo. Legitimidade e interesse processuais configurados. Decisão agravada. Manutenção.

I- O Ministério Público tem legitimidade processual para a propositura de ação civil pública objetivando a defesa de direitos individuais homogêneos.

II- Não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC.

III- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.323.205/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 10.11.2010);

Processo Civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais - DPVAT. Direito individual homogêneo. Legitimidade e interesse processuais configurados.

- O Ministério Público tem legitimidade processual extraordinária para, em substituição às vítimas de acidentes, pleitear o ressarcimento de indenizações devidas pelo sistema do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais – DPVAT, mas pagas a menor.

- A alegada origem comum a violar direitos pertencentes a um número determinado de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato, revela o caráter homogêneo dos interesses individuais em jogo. Inteligência do art. 81, CDC.

- Os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância. Precedentes.

- Pedido, ademais, cumulado com o de ressarcimento de danos morais coletivos, figura que, em cognição sumária não exauriente, revela a pretensão a tutela de direito difuso em relação à qual o Ministério Público tem notórios interesse e legitimidade processual.

Recurso Especial conhecido e provido.

(REsp 797.963/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 5.3.2008).

E, ainda: REsp 1.203.573/RS, Rel. Min. *Humberto Martins*, Segunda Turma, DJe 19.12.2011; REsp 984.005/PE, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, Primeira Turma, DJe 26.10.2011; AgRg no REsp 1.086.805/RS, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp 1.243.409/PR, Rel. Min. *Adilson Vieira Macabu* (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 31.5.2011; REsp 769.326/RN, Rel. Min. *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe 24.9.2009.

Como ressaltado no voto do Ministro Ricardo Cueva no precedente mencionado, também no caso ora em exame “a discussão transcende a esfera de interesses individuais dos efetivos contratantes, tendo reflexos em uma universalidade de potenciais consumidores que podem ter sido afetados por uma prática apontada como abusiva.” Ademais, tem a ação o escopo de impedir a reiteração da conduta tida por ilegal da ré, buscando, portanto, a tutela do interesse difuso de todos os consumidores, atuais e futuros, em potencial, o que configura interesse difuso.

Afirma a recorrente que falta interesse de agir ao recorrido porque não há utilidade prática do provimento, na medida em que a ação civil pública não é hábil à obtenção de tutela meramente declaratória e em que os consumidores não se beneficiarão da tutela declaratória requerida pelo Ministério Público.

Também neste ponto não merece reforma o acórdão recorrido, o qual consignou expressamente a natureza condenatória do pedido formulado pelo Ministério Público na petição inicial, confira-se:

Argüi a empresa Apelante a falta de interesse processual do Ministério Público com base no argumento de que: a) a Ação Civil Pública não comporta pedido meramente declaratório e b) que o pedido declaratório formulado na inicial não traz nenhuma utilidade aos consumidores, pelo que requer a extinção do feito.

Visando a melhor compreensão da questão, transcrevo, no essencial, os requerimentos formulados na inicial:

2) que seja julgada procedente a presente ação, para que seja declarado o direito dos consumidores lesados, determinando o cumprimento do disposto no art. 35 do CDC, a escolha de cada lesado, devendo cada interessado promover a execução explícita da sentença neste aspecto.

3) Que seja ainda, a empresa-ré coibida de promover tal prática abusiva, para que não possa mais efetivar, num mesmo ano, o lançamento de mais um veículo com o modelo do ano vindouro, objetivando atrair o consumidor para adquirir veículos com modelo 99/2000 e posteriormente lançar, cerca de 60 dias após, novo modelo 99/2000, 2ª versão.

Analisado o pedido do item “2”, da inicial, tem-se que sua natureza é, indubitavelmente, condenatória e não declaratória como expressa o texto, o que faz supor produto de simples equívoco, sem qualquer relevância no desate da *quaestio*.

Com efeito, a declaração do direito dos consumidores lesados, “determinando o cumprimento do disposto no art. 35 do CDC”, porta carga equivalente a *condenação* do fornecedor ao ressarcimento dos danos na conformidade dos termos previstos nos incisos do mencionado artigo 35, do CDC, o que faculta ao consumidor lesado escolher entre “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade” (inciso I) ou “aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente” (Inciso II) ou, ainda, “rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos” (inciso III).

Pretensão condenatória, aliás, explícita na exordial, nestes termos: “devendo cada interessado promover a execução explícita da sentença neste aspecto”, reforçando tal entendimento de pretensão condenatória, de acordo com o artigo 3º, da Lei n. 7.347/1985, que estabelece:

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

No mérito, a discussão cinge-se em saber se constitui propaganda enganosa e conduta comercial abusiva o lançamento, em um mesmo ano, com pequeno intervalo, de dois modelos do mesmo automóvel, como sendo, segundo a propaganda de ambos os lançamentos, o novo modelo do próximo ano.

Estabeleceu o acórdão recorrido a seguinte premissa fática:

... em meados do 1999, adotando prática usual, a FORD lançou e comercializou o veículo Fiesta, noticiando como sendo o novo modelo a ser comercializado no ano de 2000. Logo após, em setembro de 1999, fez estrear outro modelo do mesmo veículo Fiesta, com design modificado em relação aos anteriores, afirmando a publicidade constituir, este sim, o modelo do ano 2000. Resultando que, no mesmo ano de 1999, foram lançados no mercado dois modelos diferentes para o mesmo veículo Fiesta, como sendo modelos do ano de 2000.

Entende o Ministério Público que, assim procedendo, a FORD teria agido de má-fé, veiculando publicidade enganosa, descumprindo a oferta anteriormente realizada.

Com razão, o Ministério Público.

Defendendo-se, a Apelante afirma:

Ao contrário do que foi deduzido, a Ford não pressupõe que o consumidor tenha consciência de que um modelo de veículo será

substituído ou modificado após alguns anos. *O Mercado o faz!!* Em outras palavras, é característica inerente do mercado nos dias de hoje, em especial na indústria automobilística (e mais ainda na indústria de comunicação, por exemplo), o contínuo avanço e alteração dos produtos disponibilizados ao consumidor. Esse, por sua vez, tem conhecimento e faz questão que não paremos no tempo! (fl. 349).

Faz crer a Apelante que sua atuação é ditada pelas leis do mercado que, submissa ao contínuo progresso, obrigam o aprimoramento dos produtos ofertados, no que estaria atendendo os anseios dos consumidores.

A menção às *leis de mercado*, com efeito, constitui ponto fundamental para a solução da querela, posto que, nascidas espontaneamente das rotineiras relações comerciais, consubstanciam um código de condutas a ser observado.

Por força dessa lei é que, no ramo comercial dos automotores, tornou-se praxe utilizada por todas as montadoras e aceita pelos consumidores, o lançamento antecipado de modelos novos de veículos a serem comercializados, os denominados “duas cabeças”. Essa forma de proceder, aparentemente direcionada ao atendimento de uma necessidade real dos consumidores, satisfaz, fundamentalmente, aos interesses mercadológicos das próprias empresas que, assim, movimentam o setor produtivo, criando um ambiente artificial no qual os consumidores se vêem impelidos a adquirir/trocar seus veículos pelos modelos novos.

Essa prática reiterada criou regras que obrigam ambas as partes envolvidas. Às montadoras, o *dever* de inalterabilidade do modelo pré-vendido como sendo o modelo do ano subsequente. Ao consumidor, o correlato *direito* de não ver frustrada sua legítima expectativa de ter adquirido o modelo mais novo produzido, inclusive com reflexos negativos evidentes na futura revenda do mesmo, por exemplo.

Partindo dessas premissas, entendo que a montadora FORD, ao comerciar, em ano anterior, o pré-lançamento de modelo de veículo como sendo do ano seguinte, no caso, do ano 2000, por força mesmo da alegada *lei de mercado*, está impedida de lançar nova versão desse mesmo carro, totalmente remodelada, para o mesmo ano de 2000. Sem dúvida, a montadora de veículo, em assim agindo, descumpriu uma obrigação tácita que lhe cabia cumprir, configurando evidente quebra de contrato.

A meu juízo, os fatos relatados nos autos demonstram, no mínimo, que a prática adotada pela Apelante não se pauta dentro no conceito da boa-fé objetiva exigida na lei. Intuitivo que a Ford já preparara o lançamento do novo modelo daquele veículo com antecedência, pois, ressaltado pela própria, tratar-se de inovação tecnológica a exigir testes e pesquisa, e que não poderia ser implementada de um dia para outro, conforme assevera:

A antiga versão do modelo Ford Fiesta, com a roupagem que lhe era peculiar, já existia há quase dois anos, o que, até por dedução, já conduziria os consumidores a esperar, a qualquer momento, uma mudança em seu modelo (fl. 118).

No entanto, querer transferir a responsabilidade pela conduta reprovável adotada pela montadora aos consumidores, constitui, a meu sentir, pretensão desarrazoada.

Ao contrário disso, impunha à Ford, em hipótese tal qual a dos autos, o dever de advertir o consumidor a respeito, haja vista as implicações econômicas negativas decorrentes, oferecendo-lhe a oportunidade de opção.

A omissão dessa informação constitui quebra da boa-fé que deve nortear os negócios de consumo, considerando-se que a *"boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes"* (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques, 3ª ed., editora RT, pg. 107).

Enfatize-se, posto que fundamental ao raciocínio desenvolvido, não se tratar de indevida invasão nos segredos industriais da montadora, garantidos por lei, como coloca a Apelante.

De igual, também não se trata de ingerência inadmissível do Judiciário no progresso tecnológico da indústria automobilística, como quer a mesma dar a entender. Trata-se, apenas e tão somente, de fazer-se respeitar as regras do jogo impostas, reafirme-se, pelas montadoras, parte dominante na relação de consumo.

No caso dos autos, portanto, resta, indubitavelmente, configurada a publicidade enganosa, com a quebra da boa-fé objetiva que deve presidir aos contratos em geral, mormente os de consumo.

Com efeito, a publicidade enganosa, que penetra fundo no espírito do consumidor, inculcando nele a confiabilidade e a confiança da mensagem publicitária, constitui, portanto, método agressivo de venda que afronta o princípio da transparência inscrito no princípio maior da boa-fé geral, além de, no particular, infringir o enunciado dos §§ 1º e 3º, do art. 37, do CDC, *litteris*:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a

respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º (*omissis*)

§ 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão, quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

A Apelante, violando a relação contratual a partir de informação pré-contratual viciada repassada aos consumidores, induziu-os a erro, envolvendo-os na indomável força dos apelos publicitários do fornecedor, conduta ilícita que, doravante, está impedida de praticar, a exemplo de como determinou a sentença fustigada.

Lesionados, como resultaram, os interesses dos consumidores efetivamente envolvidos na trama, impõe reconhecer-se-lhes o direito de exigir do fornecedor o cumprimento do art. 35, do CDC, ou, alternativamente, sua conversão em perdas e danos, na conformidade do art. 84 e §§, do CDC, pelo que, também neste ponto, é de manter-se a sentença fustigada.

Rizzato Nunes (*in* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 531-532), ao comentar o artigo 37, esclarece:

O Código de Defesa do Consumidor foi exaustivo e bastante amplo na conceituação do que vem a ser publicidade enganosa. Ele quis garantir - aliás, conforme se viu, como o faz em muitos artigos - que efetivamente o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma "meia verdade".

Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos.

Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, "gato por lebre". Pensa que está numa situação, mas, de fato, está em outra.

Ainda sobre a propaganda enganosa, destaco os comentários de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (*in* Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual - São Paulo: Método: 2012, pp. 344-345):

O *caput* do art. 37 da Lei n. 8.078/1990 proíbe expressamente a publicidade enganosa, aquela que induz o consumidor ao engano. Em tom de conceituação,

define o § 1º da norma que “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

Apesar da menção ao engano, ao erro, não se pode esquecer que o ato de indução representa dolo, ou seja, uma atuação maliciosa praticada com intuito de enganar outrem e ter benefício próprio. Então, o paralelo deve ser feito, em diálogo das fontes, em relação ao tratamento desse vício do consentimento, tratado entre os arts. 145 a 150 do CC/2002. Como se extrai do próprio comando transcrito, a publicidade enganosa pode ser por ação ou omissão.

Na publicidade por ação, há um dolo positivo, uma atuação comissiva do agente. Cite-se, como exemplo a campanha publicitária que afirma que determinado veículo tem um acessório, o que não é verdade. O mesmo pode ocorrer em relação a um eletrodoméstico, como no seguinte caso: “Tendo em vista que o consumidor foi induzido em erro ao pensar que estava adquirindo uma câmera capaz de gravar vídeos com áudio, quando, em realidade o produto não possuía tal função, ficou comprovada a publicidade enganosa autorizadora da rescisão contratual, com a devolução do valor pago pelo bem” (TJ-RS, Recurso 38878-52.2010.8.21.9000, Campo Bom - Primeira Turma Recursal Cível - Rel. Des. Ricardo Torres Hermann - j. 14.4.2011 - DJERS 25.4.2011).

Na publicidade enganosa por omissão há um dolo negativo, com atuação omissiva. Conforme o § 3º do art. 37 do CDC, há publicidade enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Pode ser traçado um paralelo em relação ao art. 147 do CC, que trata do silêncio intencional como dolo negativo: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio de uma das partes a respeito do fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. A título de exemplo, cite-se a hipótese em que uma empresa de refrigerantes lança uma campanha publicitária, mas deixa de informar aos consumidores que os prêmios constam das duas tampinhas. (STJ - REsp 327.257-SP - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 22.6.2004, DJ 16.11.2004).

No caso, a recorrente lançou em junho de 1999 o veículo Ford Fiesta 1.0 modelo 2000, criando a expectativa nos consumidores de que estariam adquirindo um automóvel com o modelo que seria comercializado no ano seguinte. Ocorre que em outubro do mesmo ano de 1999 a montadora lançou o mesmo automóvel Fiesta 1.0, com novo modelo 2000, reestilizado, tornando ultrapassado, e consequentemente desvalorizando o veículo lançado como “novo” meses antes.

Situação semelhante foi julgada pela Terceira Turma no já mencionado REsp 1.342.899/RS, da relatoria do Ministro Sidnei Beneti, concluindo o

colegiado que, “ao veicular propaganda com dados falsos, embora extremamente relevantes para os consumidores na definição do veículo a ser adquirido, violou a sistemática que ampara os vulneráveis da relação consumeirista”. E mais:

É claro que uma montadora tem o direito de atualizar sua versão antes da virada do ano, sem que isso implique em conduta abusiva. E nem se diga que o resultado desta demanda impedirá as empresas de lançar qualquer modelo novo, sem que com isso nasça um direito para o consumidor de ver-se ressarcido caso tenha comprado o modelo antigo do mesmo ano.

Ocorre que não foi simplesmente isso que aconteceu, pois a demandada utilizou-se de uma técnica de estímulo ao consumo e, pouquíssimo tempo depois, feriu expectativas legítimas dos consumidores, lançando carro totalmente diverso, esse verdadeiramente “modelo 2007”, violando frontalmente o princípio da boa-fé objetiva, da confiança, da vulnerabilidade e na própria compreensão do que seja a defesa do consumidor enquanto direito fundamental.

Dessa forma, embora seja prática comum no mercado automobilístico, não vejo como desconstituir a conclusão do acórdão recorrido de que o lançamento de um novo modelo de veículo, totalmente remodelado, no mesmo ano em que já fora comercializado modelo anterior, noticiado como modelo do ano seguinte, afasta-se do conceito de boa-fé objetiva exigida na lei e constitui publicidade enganosa.

Acrescento que não desconheço que no recente julgamento do REsp 1.536.026/RS, esta Quarta Turma entendeu que não constitui prática comercial abusiva ou propaganda enganosa o lançamento, no começo de um ano, de modelo de veículo do ano seguinte, desde que o modelo do ano corrente continue sendo ofertado pelo fabricante. Registro, contudo, que situação de fato daqueles autos é distinta da ora tratada, conforme se observa da ressalva feita pelo Ministro Relator Raul Araújo:

Na hipótese, assentou o v. acórdão estadual que a possibilidade de alteração do modelo do Ford Fiesta já era prevista e vinha sendo noticiada pela imprensa, não se consubstanciando a surpresa e a indução a erro que vislumbrou o Ministério Público ora recorrente. No próprio *e-mail* que a consumidora mandou ao Ministério Público, ela assenta que já esperava uma mudança no modelo, mas não no mês de janeiro de 2007. A título elucidativo, transcreve-se o seguinte excerto do v. acórdão recorrido:

Compulsando os autos, verifico que, na data de 23 de fevereiro de 2007, a partir de pedido de esclarecimento (*sic*) formulado pela Sra. Cláudia Helena Breidenbach Klein ao Ministério Público, via correio eletrônico, foi

instaurado o Inquérito Civil n. 051/2007 “para investigar a empresa *Ford Brasil Ltda.* com a finalidade e apurar possível oferta enganosa” (f 1. 17).

No email enviado pela Sra Cláudia ao Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor do Ministério Público, foi solicitada a seguinte orientação:

A minha dúvida é se a Ford não estaria lesando os consumidores ao comercializar em pleno janeiro de 2007 um carro que dizem ser modelo 2008, porque houve alteração no design.

E como ficaram os consumidores que compraram o mesmo veículo, ou seja, Ford Fiesta Hatch, fabricação 2006 e modelo 2007, em 08 de janeiro de 2007.

Teremos carros com modelo 2008 em pleno janeiro de 2007.

Senti-me lesada e impotente frente a Ford.

Quando adquiri o automóvel com modelo 2007 pensei que somente no próximo ano poderia haver mudança de design, ou seja, no final do ano de 2007, quando seriam fabricados os *automóveis com modelo 2008, e não agora.*

(...). (fls. 668 - grifou-se).

Depois, restou demonstrado que o veículo vinha sendo fabricado há vários anos, cuja reestilização do modelo igualmente vinha sendo anunciada no meio automobilístico, ausente, portanto, o fator surpresa, não se podendo olvidar, ainda, que a consumidora foi beneficiada com considerável desconto concedido pela concessionária Ford, por ocasião e época da aquisição do bem.

Ademais, inquirida no feito, a consumidora assentiu conhecimento acerca da prática das montadoras às modificações nos modelos dos veículos fabricados, não se podendo exigir, porém, que eventual remodelação somente poderia ser materializada após determinado período ou no ano seguinte, como defendido pela reclamante.

(fl. 667 - grifou-se).

Convém frisar o fato, também narrado no v. acórdão recorrido, de que o modelo 2007 coexistiu com o modelo 2008, durante o exercício de 2007, cada um com seu respectivo preço de venda.

No caso em liça, portanto, a circunstância fática marcante é distinta daquela examinada pela Terceira Turma no mencionado REsp 1.342.899/RS. Isso, porque o Ford Fiesta modelo 2007 não foi retirado do mercado em 2007, ano em que coexistiu com o modelo 2008, cabendo ao consumidor, então, a livre escolha de qual automóvel comprar, pagando o respectivo preço. A outra diferença também

consiste no fato de que os modelos foram lançados em anos diferentes, o modelo 2007 no ano de 2006, e o modelo 2008 no ano de 2007.

Não constitui, assim, prática comercial abusiva ou propaganda enganosa o lançamento, no começo de um ano, de modelo de veículo do ano seguinte, desde que o modelo do ano corrente continue sendo ofertado pelo fabricante.

Em relação à alegação, feita no recurso especial, de ofensa ao artigo 1.060 do Código Civil de 1916, sob o fundamento de que os consumidores adquirentes do antigo modelo Ford Fiesta não sofreram dano algum, porque o preço de lançamento do segundo modelo foi consideravelmente superior aos praticados em relação ao primeiro modelo (1ª versão 1999/2000), trata-se de matéria não prequestionada no acórdão recorrido e cuja apreciação dependeria do exame de prova, no caso as tabelas de preço às quais a recorrente se reporta.

Por fim, quanto ao pedido sucessivo deduzido no recurso especial, no sentido que seja reformada a condenação, a fim de que os consumidores, em fase de execução de sentença, possam valer-se apenas da alternativa do inciso III do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, excluindo-se as dos incisos I e II do mesmo artigo, o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração assim decidiu (fl. 508):

d) em relação à possibilidade de se aplicar apenas o inciso III, do art. 35 do CDC, o acórdão, implicitamente, rejeitou tal pretensão. É que, por se tratar de ação sobre direitos difusos e coletivos, caberá aos consumidores lesionados, em cada caso específico, a escolha de como se fará a reparação do dano sofrido, em atenção à particularidade de cada situação, dentro das hipóteses indicadas no julgado.

Alega a recorrente que tendo o contrato já sido concluído, com a entrega dos veículos aos compradores desde 1999, não mais se faz possível exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta (inciso I do art. 35), e nem lhes seria facultado aceitar outro produto equivalente (inciso II do art. 35), restando apenas, caso confirmada a procedência do pedido, a opção de pleitear o desfazimento do negócio, com a restituição da quantia paga mais perdas e danos inciso III do art. 35.

Se, por um lado, assiste razão à recorrente quando afirma que, dado o tempo decorrido, nem todas as alternativas serão possíveis, por outro, não cabe, ao meu sentir, não cabe limitar a escolha do consumidor apenas ao previsto no inciso III do art. 35. Isso porque, tratando-se de ação sobre direitos difusos e individuais homogêneos, as alternativas do consumidor dependerão de cada

caso concreto, a ser individualizado por cada beneficiário da sentença coletiva na fase de liquidação e execução, sujeita a pretensão ao contraditório e à decisão judicial. Nesta oportunidade, serão levadas em consideração as peculiaridades de cada hipótese, notadamente se o consumidor recebeu o veículo na época e dele fez uso, ou, ao revés, se não se consumou a entrega.

Cumpre, portanto, reformar em parte o dispositivo da condenação, para estabelecer que a escolha do consumidor em cada hipótese será exercida em liquidação e execução individual, sujeita ao contraditório e à decisão judicial com base nas peculiaridades de cada caso.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial nos termos acima expostos.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Observo o pedido formulado na inicial da ação.

Com relação à aplicação do art. 35 do Código de Defesa do Consumidor, penso que temos que refletir, porque simplesmente exigir o cumprimento forçado da obrigação, no caso, importará entregar hoje um automóvel zero quilômetro modelo 2000. É impossível. Estamos em 2016. A Ford não poderá fabricar em 2016 um veículo modelo 2000.

Quanto ao inciso II do artigo, “*aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente*”, entendo razoável, porque o consumidor poderá complementar o preço, se for o caso; mas o inciso I trará complicação caso deixemos aplicável na execução a ser manejada pelo consumidor. Este caso se distingue daquele outro que julgamos anteriormente.

Com relação ao inciso I, a obrigação é praticamente impossível. Aí, virão aquelas determinações com imposição de multas: entregar um carro novo ano 2000, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). Então o exequente fica parado, aguardando até acumular em R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) ou R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), para vir cobrar na execução contra a Ford. Já nem quer o carro, quer é a multa acumulada.

Acho complicada essa parte, porque estaremos agora aqui, neste julgamento, como que admitindo, acenando para as instâncias ordinárias, uma obrigação que

já antevemos impossível: paralisar-se uma linha de montagem de uma fábrica em 2016 para montar, em 2016, um carro modelo 2000, uma coisa de museu.

Penso que até o inciso II é possível a execução: aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente. Neste caso, o consumidor recebe uma diferença de preço se o produto equivalente for de menor valor ou paga a diferença se o produto equivalente for de maior preço. A doutrina é nesse sentido. Isso é factível. Agora, o inciso I, que permite exigir o cumprimento forçado da obrigação, deve ser afastado. Senão poderão vir aquelas multas despropositadas que já conhecemos.

E mais. Vai ser difícil o consumidor ainda ter aquele carro ano 1999 para devolver ao fornecedor.

Senhora Presidente, cumprimento o doutor Júlio Gonzaga Andrade Neves pela qualidade da sustentação produzida e acompanho o voto de Vossa Excelência, com as considerações formuladas, salientando, para registro entre nós, que este caso é diverso daquele outro julgado há poucos meses aqui, por unanimidade.

Dou parcial provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.189.050-SP (2010/0062200-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: José Benedito dos Santos

Advogado: Jeryceia Alves Chaves

Recorrido: MRV Serviços de Engenharia Ltda

Advogado: Renato Pires Bellini e outro(s)

EMENTA

Direito Processual Civil e Consumidor. Contrato de financiamento imobiliário. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Possibilidade, respeitados determinadas exceções.

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas “ondas renovatórias do direito” de Mauro Cappelletti.

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a

aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 1º de março de 2016 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 14.3.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* José Benedito dos Santos ajuizou ação em face da MRV - Serviços de Engenharia Ltda., alegando que adquiriu o imóvel descrito na inicial diretamente da Construtora, postulando a entrega da documentação para financiamento com o agente financeiro; cômputo e demonstração dos valores pagos ou devidos como sinal e/ou saldo devedor, devidamente atualizados; declaração de nulidade de diversas cláusulas, dentre elas a que estabelece a arbitragem; baixa da hipoteca; imissão na posse e condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da cláusula compromissória de arbitragem e, em consequência, extinguiu o processo, relativamente a esse pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC e, com relação aos demais, porque reconhecida a validade da cláusula compromissória de arbitragem, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VII, do estatuto processual (fls. 162-167).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Contrato particular de promessa de compra e venda. Ação de obrigação de fazer, cumulada com anulação de cláusulas abusivas e indenização. Instituição de juízo arbitral em cláusula do contrato. Observância do disposto no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.307/1996. Ausência de nulidade a envolver a referida cláusula, notadamente à vista do disposto no artigo 51, inciso VII, da Lei n. 8.078/1990. Cláusula que foi livremente avençada entre as partes, sem a sua imposição pela recorrida. Validade da convenção arbitral que, à luz do disposto no artigo 267, VII, do Código de Processo Civil, exigia a extinção do feito, sem resolução do mérito.

Sentença mantida. *Apelo improvido.*

(fls. 209-213)

Irresignado, interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, do permissivo constitucional, por ofensa ao disposto nos arts. 4º da Lei n. 9.307/1996 e 2º, 3º, 6º, V, 51, IV e VII do CDC e 170 da CF (fls. 216-225).

Sustenta que é abusiva a cláusula compromissória que, em contrato de adesão, institui juízo arbitral de forma compulsória ao consumidor.

Aponta que tem o direito a anulação das cláusulas contratuais abusivas, bem como indenização por danos materiais e morais, multa contratual pelo descumprimento no prazo da entrega do imóvel dentre outros.

Não foram apresentadas contrarrazões, consoante certidão à fl. 241.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade positivo na origem (fls. 242-243).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cinge-se a controvérsia em analisar a validade de cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja a compra e venda de imóvel.

O magistrado de piso e o Tribunal de origem reconheceram a validade da cláusula arbitral, nos seguintes termos:

Preserva-se a r. sentença de fls. 155/160, que emprestou correto desate à presente demanda.

Com efeito.

As partes, com lastro na Lei n. 9.307/1996, convencionaram o juízo arbitral para o equacionamento de todos os litígios derivados do contrato que firmaram (fls. 38, cláusula 11ª).

Em documento apartado (fls. 39), observou-se o disposto no artigo 4º, parágrafo 2º, do referido diploma legal.

De outra parte, a referida cláusula não padece de qualquer nulidade, especialmente diante do disposto no artigo 51, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula, pelo que se extrai da inicial, foi livremente pactuada entre as partes (fls. 10); tampouco nada se alegou sobre eventual imposição do juízo arbitral pela recorrida.

Válida, portanto, a cláusula em questão, invocando-se, sem maiores delongas, a lição de NELSON NERY JUNIOR, ajustável à hipótese dos autos:

*“... é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma, da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*)” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 8ª Edição, Forense Universitária, página 582).*

E havendo válida convenção de arbitragem (fls. 39), a extinção do feito, sem resolução do mérito, era mesmo de rigor, na forma estabelecida no artigo 267, inciso VII, o código de Processo Civil.

3. Como sabido, a arbitragem é técnica de solução de conflitos em que os conflitantes buscam terceira pessoa, um árbitro, para a solução imparcial do litígio, de relevo constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), tendo se mostrado em importante instrumento de resolução de conflitos no Brasil, notadamente com o advento da Lei n. 9.307, de 1996, que se erigiu como marco legal do instituto.

Não obstante se tratar, em sua gênese, de forma convencional de solução de conflitos, a arbitragem ostenta natureza jurídica de “jurisdição”, o que se infere de diversos dispositivos da Lei n. 9.307/1996 (arts. 18 e 31) e da jurisprudência do STJ, pela qual “a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional” (CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *Segunda Seção*, julgado em 8.5.2013, DJe de 3.4.2014).

Insta ressaltar que a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional pelo Pretório Excelso, em cuja ocasião também foi consignado que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não enseja interferência alguma no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Maior.

Assim, com a edição da Lei de Arbitragem, o instituto assumiu patamar inédito, porquanto o fortalecimento da cláusula compromissória ensejou a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial, *o que teve como corolário a exclusão da jurisdição estatal a partir da instauração do Tribunal Arbitral e a autonomia dos árbitros.*

Aliás, trata-se de medida incentivada pelo Estado e com previsão expressa no novo diploma processual que em breve estará em vigor, *verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nessa ordem de ideias, o STJ vem, seguindo os ordenamentos jurídicos mais modernos, prestigiando esta forma de solução de conflitos.

Confira-se:

i) edição da *Súmula 485*: “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição” em que a Corte consagrou o entendimento de que as disposições contidas na Lei n. 9.307/1996 têm incidência imediata nos contratos em que houver cláusula arbitral, inclusive naqueles celebrados anteriormente à sua vigência, tornando ultrapassada a jurisprudência que entendia pela não retroação;

ii) reconhecimento de que “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste” (REsp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 14.9.2006);

iii) reconhecimento da existência de poderes cautelares aos árbitros (sendo impedido apenas no que toca à execução da medida de urgência), tendo-se decidido que “na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”. (REsp 1.297.974/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 19.6.2012);

iv) em sede de recurso repetitivo, o Tribunal da Cidadania definiu a tese de que “no âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral)” (REsp 1.102.460/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Corte Especial, julgado em 17.6.2015, DJe 23.9.2015). Segundo a Corte, o afastamento da multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J do CPC “no âmbito do cumprimento de sentença arbitral de prestação pecuniária representaria um desprestígio ao procedimento da arbitragem (tornando-a um *minus* em relação à jurisdição estatal), olvidando-se de seu principal atrativo, qual seja, a expectativa de célere desfecho na solução do conflito”;

v) admitiu-se a possibilidade de o árbitro proferir sentença arbitral parcial, compreendida esta como o ato dos árbitros que, em definitivo, resolve parte da causa, com fundamento na existência ou não do direito material alegado pelas partes ou na ausência dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional pleiteada. (REsp 1.519.041/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 1º.9.2015, DJe 11.9.2015);

vi) no procedimento arbitral, consentiu-se pela validade do ato processual realizado via postal, desde que haja prova inequívoca do recebimento da correspondência, haja vista que a citação não se efetiva por meio de carta rogatória (SEC 8.847/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20.11.2013, DJe 28.11.2013);

vii) concordou o colegiado ser certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem (REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.5.2013, DJe de 19.6.2013).

viii) entendeu-se como possível o levantamento de valores da conta vinculada do FGTS em litígio trabalhista solucionado por sentença arbitral (REsp 777.906/BA, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 14.11.2005).

4. Ocorre que, quando o assunto é convenção de arbitragem instituída em contratos de adesão, a jurisprudência do STJ vem sendo um pouco mais reticente, rechaçando a cláusula arbitral relacionada à relação de consumo.

Nesse sentido:

Promessa compra e venda imóvel. Nulidade sentença. Inexistente. Cláusula de arbitragem. Abusividade. Reexame de provas. Súmulas 5 e 7.

- A extinção do processo por falta de complementação de custas processuais só pode ser decretada após a intimação pessoal da parte.

Precedentes.

- *É nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor.*

- Não se considera força maior o inadimplemento pelo atraso na entrega da obra pela empresa devido a inadimplemento dos outros promitentes compradores.

- O inadimplemento de outros compradores não constitui força maior para justificar atraso na entrega de imóvel a comprador em dia com a amortização do preço.

(REsp 819.519/PE, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 9.10.2007, DJ 5.11.2007)

Processual Civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Ação civil pública. Contrato de adesão. Vedação de imposição compulsória de cláusula arbitral. Código de Defesa do Consumidor. Alegação de livre pactuação. Não comprovação. Conclusão de utilização obrigatória pelo Tribunal *a quo*. Deslinde da controvérsia recai em reexame de cláusulas contratuais. Impossibilidade. Súmula n. 5, desta Corte.

I. Vedada a imposição compulsória de cláusula arbitral em contratos de adesão firmados sob a vigência do código de defesa do consumidor.

II. Acórdão recorrido que conclui pela utilização compulsória da cláusula arbitral, por parte da recorrente, não pode ser desconstituído nesta Corte sem o necessário reexame de cláusulas contratuais, hipótese vedada pela Súmula n. 5-STJ.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no Ag 1.101.015/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.3.2011, DJe 23.3.2011)

No entanto, recentemente, a Terceira Turma, em julgamento de vanguarda, reconheceu não haver antinomia entre os dispositivos da LArb e o CDC, autorizando a instauração do procedimento arbitral, mesmo em se tratando de relação de consumo, quando fosse relacionado a eventual litígio futuro e que houvesse consenso das partes.

O acórdão foi assim ementado:

Direito Processual Civil e Consumidor. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Limites e exceções. Arbitragem em contratos de financiamento imobiliário. Cabimento. Limites.

1. *Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.*

2. *O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.*

3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei n. 9.514/1997 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.169.841/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 6.11.2012, DJe 14.11.2012)

Na oportunidade, o voto condutor asseverou que:

Naquela ocasião, porém, não se analisou a questão especificamente à luz do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, cuja redação dá margem a questionamentos quanto à possível revogação do art. 51, VII, do CDC.

A resposta a essa indagação exige remissão ao art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), segundo o qual a revogação de lei pode ser expressa ou tácita.

Na primeira hipótese, a Lei n. 9.307/1996 deveria ter explicitamente disposto acerca da revogação do art. 51, VII, do CDC, o que não ocorreu.

Por outro lado, no que tange à revogação tácita, esta ocorre em duas situações: quando a lei nova regular por completo a matéria tratada na lei anterior – hipótese de que não se cogita na espécie – ou quando a norma anterior for incompatível com a lei nova.

Dessa forma, a questão se resume em verificar se há incompatibilidade entre o art. 51, VII, do CDC e os dispositivos da Lei de Arbitragem, notadamente o seu art. 4º, § 2º.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que estabeleceu como regra geral a obrigatoriedade de se respeitar a convenção arbitral, a Lei n. 9.307/1996 criou mecanismos para proteger o aderente que, ao firmar contrato de adesão, se vê impossibilitado de discutir as cláusulas contratuais, que lhe são impostas unilateralmente pelo proponente.

Para tanto, o art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 dispõe que a cláusula compromissória só terá eficácia nos contratos de adesão “se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Assim, da confrontação dos arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, constata-se que a incompatibilidade entre os dispositivos legais é apenas aparente, não resistindo à aplicação do princípio da especialidade das normas, a partir do qual, sem grande esforço, se conclui que o 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 versou apenas acerca de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII, do CDC, às hipóteses em que o contrato, mesmo que de adesão, regule uma relação de consumo.

Na realidade, com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) a regra específica, aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, incidente sobre contratos sujeitos ao CDC, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

Note-se, por oportuno, que essa circunstância não impede a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo.

O CDC veda apenas a utilização compulsória da arbitragem, o que não obsta o consumidor de eleger o procedimento arbitral como via adequada para resolver eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor.

O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos.

Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. *Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada.*

Tanto é assim que a redação aprovada pelo Senado Federal para o art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996 foi de que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição”. Em outras palavras, a instauração da arbitragem pelo aderente vincularia o proponente, mas a recíproca não seria verdadeira, isto é, a proposta de instauração da arbitragem pelo proponente dependeria da aceitação expressa do aderente. A ideia era evitar a utilização abusiva da cláusula em contratos de adesão.

Prevaleceu, porém, a redação emendada pela Câmara, que teve a intenção de resguardar a plena eficácia do CDC, mas que pecou na técnica redacional, acabando por dificultar a exegese da norma e, por consequência, a defesa do aderente.

Carlos Alberto Carmona bem observa que a subemenda da Câmara “não teve o mérito de aumentar a proteção do oblato, e acabou, por atecnia, causando amplo malefício, mitigado pelo fato de não ter sido revogado o art. 51, VII, do CDC”.

Seja como for, o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

Friso, por fim, que o raciocínio ora construído não conflita com o art. 34 da Lei n. 9.514/1997, suscitado pelas recorrentes, segundo o qual “os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem”.

Realmente, não se vislumbra incompatibilidade. Em primeiro lugar, porque nada impede que, em financiamentos imobiliários não sujeitos ao CDC, se estipule, desde o início, a utilização da arbitragem.

Em segundo lugar porque, havendo relação de consumo, prevalecerá a regra acima delineada, de que a efetiva instauração do procedimento arbitral se sujeite à posterior concordância das partes, por ocasião do surgimento do conflito de interesses, o que não é vedado pelo art. 34 da Lei n. 9.514/1997, que, além de prever a arbitragem como mera faculdade ou alternativa, não fixa o momento em que deverá ser definida a sua efetiva utilização.

5. Diante desta nova linha adotada no julgado antes referido, e considerando a nova composição da Segunda Seção, a moderna hermenêutica processual e constante aprimoramento dos posicionamentos jurisprudenciais desta Corte - inclusive valendo-me do que prevê o novo CPC e da atualização efetivada pela Lei n. 13.129/2015 na LArb -, penso ser conveniente avançar um pouco mais no reexame da questão, notadamente para conciliar a Lei n. 9.307/1996 com os ditames do CDC, conferindo máxima efetividade as normas, sem que haja

mitigação de qualquer direito do consumidor e, da mesma forma, sem deixar de estimular o uso da arbitragem.

Deveras, um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas “ondas renovatórias do direito” de Mauro Cappelletti, sendo um de seus princípios justamente:

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)

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Não se pode olvidar, por outro lado, que o art. 51 deste Código assevera serem *nulas* de pleno direito “as *cláusulas contratuais* relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - *determinem a utilização compulsória de arbitragem*”. A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver *compelido* a consentir com qualquer cláusula arbitral.

Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, justamente porque nesses contratos prevalece a “desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o peticitante, impõe à outra - o oblato - as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do peticitante” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106).

Estabelece o art. 4º da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º *Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.*

Como se vê, nas situações envolvendo contrato de adesão, o legislador buscou favorecer o contratante economicamente mais fraco, impondo maior rigor formal na estipulação de cláusula compromissória e, ao mesmo tempo, evitando que a parte mais forte impusesse ao oblato a adoção da arbitragem como forma de solução de eventual conflito.

Verifica-se, pois, a meu juízo, não haver realmente incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996.

No entanto, ao contrário do asseverado pelo lisonjeado precedente da Terceira Turma, penso que o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996 não se limita aos contratos de adesão genéricos, haja vista que, como visto, a norma não fez nenhum tipo de restrição ou exceção; assim, quando fala em contratos de adesão, por óbvio, parece que está também a englobar as relações de consumo, desde que sejam respeitados, além dos requisitos definidos em lei, os direitos e garantias previstos no CDC.

No ponto, é lapidar a lição de Nelson Nery:

A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre eles não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural. Com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder.

[...]

O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação a contrario sensu da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.

Existem vários dispositivos no Código dos quais exsurge clara a regra sistêmica de que as deliberações referentes à relação jurídica de consumo não podem ser tomadas unilateralmente por qualquer das partes. Portanto, no sistema do Código, configura-se como abusiva, por também ofender o escopo deste inc. VII, a cláusula que deixar a critério exclusivo e unilateral do fornecedor não somente a escolha entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro. A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha do árbitro, é questão que deve ser deliberada equitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra.

A LArb estipula regra específica quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão [...]

Esse dispositivo da LArb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (gré à gré).

(JUNIOR, Nelson Nery. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 586-591)

Com efeito, visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade.

Isto é, só haverá falar em eficácia da cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o oblato/consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição de outrora.

Ademais, é sabido que há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. É o que assinala a doutrina especializada:

“De fato, na maioria dos casos, o consumidor é a parte frágil em relação ao prestador de serviços ou ao fornecedor; daí a razão da lei protetiva. Entretanto, essa nem sempre será a realidade, sendo, pois, fundamental que o intérprete aprecie a situação concreta. Afinal, para citar um conceito aristotélico, deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida justa de suas desigualdades. Visto o tem de outra forma, conferir tratamento desigual a duas partes iguais (como, eventualmente, podem ser consumidor e fornecedor) acarreta o mesmo abuso que a Lei do Consumidor deseja evitar. Na verdade, mais inteligente

será sempre avaliar a fragilidade da parte na sua concretude, pois, idealmente, protege-se a parte débil e não há motivo para se proteger quem não necessita de proteção. Eis o motivo pelo qual se revela fundamental identificar a hipossuficiência".

[...]

A diversidade de hipóteses serve de alerta ao intérprete, que não deve render-se a preconceitos ou modelos, revelando-se fundamental uma análise da situação concreta para oferecer a resposta em harmonia com os valores que se pretendem proteger.

(NEVES, José Roberto de Castro. *Arbitragem nas relações de consumo - uma nova esperança in: arbitragem e mediação*: Caio Cesar Vieira Rocha, Luis Felipe Salomão (coordenação). São Paulo: Atlas, 2015, p. 195 e 198).

Deveras, a meu juízo não haverá nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor.

Tomemos, *v.g.*, duas grandes sociedades empresárias realizando um negócio jurídico em que uma delas se qualifica como consumidora, devidamente assistidas por advogados, sendo que, no momento da formação do contrato (padrão) pactuam cláusula arbitral. Nessa situação, não há razão para se conhecer qualquer nulidade do dispositivo, mesmo em se tratando de contrato de adesão em uma relação de consumo.

Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo peticitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão.

Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.

Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.

6. Não se pode deixar de considerar, ainda, que referido posicionamento não contrasta com o fundamento dos vetos conferidos pela Presidência da República aos novos parágrafos sugeridos para aprimoramento da LArb.

Realmente, em 2015, promulgou-se a Lei n. 13.129 que buscou alterar e atualizar tanto a Lei n. 9.307/1996 como a Lei n. 6.404/1976 para, dentre vários objetivos, “ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem”, tendo a justificação daquele normativo assentado que:

Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias, profundas alterações legislativas no campo processual e a jurisprudência que vem se formando em torno do instituto, o que fez exsurgir a necessidade de seu aperfeiçoamento. Ademais, as experiências positivas obtidas com a utilização da arbitragem recomendam a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, contribuindo para a redução de ações judiciais no Poder Judiciário, na medida em que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos.

Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação do Brasil no cenário internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal.

[...]

A proposta autoriza a utilização da arbitragem nas relações de consumo, restrita aos casos em que o próprio consumidor tome a iniciativa de invocar o instituto.

[...]

Em suma, a proposta preserva a estrutura principal da atual Lei de Arbitragem, apresenta melhorias pontuais em seu texto e procura, a um só tempo, estender a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, fortalecer e aperfeiçoar esse eficiente instituto de pacificação social.

Nesse sentido, aquela Comissão de Juristas reduziu o texto do § 2º e tentou incluir um § 3º no art. 4º da LArb, visando esclarecer definitivamente, diante das dúvidas que sobejavam, a possibilidade da arbitragem nos contratos de consumo, *verbis*:

§ 2º Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

A doutrina, ao comentar as propostas à LArb, asseverou:

Diante da clareza da redação sugerida, resulta mais do que evidente que a arbitragem, em tais situações, é condicionada exclusivamente à autonomia da vontade do consumidor, ou seja, a arbitragem somente será deflagrada se o consumidor escolher tal via ou se anuir, de forma explícita, à sua instauração.

O processo arbitral, desse modo, passa a ser mais uma alternativa à disposição do consumidor, não podendo jamais ser concebida como ameaça aos seus direitos! É dizer: quanto mais rico for o instrumental para a tutela dos direitos, mais aperfeiçoado é o respectivo ordenamento jurídico.

Relembro que este alargamento da arbitragem, implicativo de maior proteção e defesa do consumidor, obteve consenso unânime entre os componentes da referida Comissão de Juristas, que agora vem prestigiado pelo Congresso Nacional.

Não se deve ter qualquer receio, pois, de inclusão da cláusula de arbitragem em contratos de adesão, regendo relação de consumo, uma vez que sempre caberá ao consumidor ditar a última palavra.

Descortina-se assim importante caminho legal para que o consumidor possa encontrar solução mais rápida e eficiente para a satisfação de seu direito, sobretudo naquelas situações nas quais o objeto do litígio ostenta significativo valor econômico.

(TUCCI, José Rogério Cruz e. *Nova arbitragem preserva autonomia da vontade do consumidor*. Disponível em <<http://www.conima.org.br/arquivos/3313>. Acesso em: 25 de fev. 2016)

Acontece que os dispositivos foram vetados, tendo-se retornado a confusa e dúbia redação atual do § 2º. Na Mensagem de Veto n. 162, externou-se as seguintes razões:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. *Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato.* Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço de arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.

(<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 25 fev. 2016)

Como se percebe, a exegese conferida no presente voto contempla tanto os anseios da moderna doutrina processual, como as preocupações externadas na

mensagem de veto do Poder Executivo, com amparo no Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, sempre será possível a pactuação da arbitragem, desde que a livre manifestação do consumidor seja mantida no tocante ao meio de solução da controvérsia.

Por fim, é ainda de se considerar que a Lei n. 9.514/1997, lei de regência do Sistema Financeiro Imobiliário, em seu art. 34, dispõe expressamente que: “os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei n. 9.307, de 24 de setembro de 1996”.

7. A situação não é diferente se examinada a questão à luz do direito comparado.

Nesse passo, “*nos Estados Unidos, país que melhor simboliza o respeito e a defesa aos direitos do consumidor, a arbitragem é o procedimento mais utilizado para solucionar conflitos existentes nas relações de consumo. A agilidade e informalidade, entre outras qualidades do procedimento arbitral, têm enorme valia para resolver os litígios que advêm dessas relações*”. (NEVES, José Roberto de Castro. ob. cit., p. 189).

No que tange à Europa e à Argentina, assevera a doutrina, em estudo específico sobre o tema, que:

A União Européia é uma das regiões do mundo que maior empenho tem dado à propagação e à efetiva utilização das ADRs em relações de consumo. Em 04 de janeiro de 1985, o Conselho expediu importante memorandum sobre o acesso dos consumidores à Justiça, em que se propugnou por sistemas jurídicos simplificados, entre eles, a conciliação, mediação e arbitragem. Já, em 1987, o Comitê de Ministros Europeus adotou a Recomendação (86) 12, com o objetivo de diminuir as demandas judiciais. Em 1994, o Parlamento Europeu expediu Resolução para promover a arbitragem em todas as questões jurídicas possíveis (JOCE n. C 205, de 23.7.1994).

Especificamente na área de relações de consumo a matéria foi disposta na Resolução do Conselho de Ministros de Consumidores das Comunidades Européias de 13.7.1992 (JO n. C 186/01 de 23.7.1992). Em 1993, foi publicado o denominado Livro Verde sobre acesso dos consumidores à justiça e solução dos litígios de consumo no mercado único [COM (93) 576 de 16.11.1993], com o objetivo de facilitar o acesso à justiça pelos consumidores, a necessidade de proteção e para corrigir as desigualdades frente aos poderes do mercado. Em decorrência do Livro Verde desencadeou-se o Plano de Ação de Acesso à

Justiça, aprovado em 1996. O objetivo primordial deste Plano foi o de expender recomendação para melhorar o funcionamento dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos de consumo, verificando-se a necessidade de que os Estados Membros introduzissem mecanismos adequados para que os consumidores pudessem reclamar de modo rápido, eficaz e fácil seus direitos comunitários e os referentes às transações transfronteiriças.

Em decorrência foram analisados os diversos sistemas judiciais e extrajudiciais coletivos e individuais para solucionar conflitos de pequenas quantias tendo originado diversas iniciativas dos Estados no sentido de aprimorar suas instituições jurídicas. Em 1998, pelo Comunicado [COM (1998) 198 final], foi efetuado diagnóstico do setor, estipulando os principais problemas e dificuldades que os jurisdicionados encontravam para recorrer aos tribunais judiciais. Reiterou-se a necessidade de facilitar o acesso à justiça por parte dos consumidores em decorrência das desigualdades frente aos poderes do mercado, a necessidade de proteção, o excessivo custo dos processos judiciais (comparado com as quantias em litígio), a falta de familiaridade do consumidor com o jargão jurídico e os tribunais (rígido formalismo do procedimento e demora dos processos), etc.

Adveio, assim, a aprovação da Recomendação 98/257/CE, considerada a disposição fundamental e mais importante de incentivo às ADRs na UE. Este documento estabeleceu os princípios aplicáveis aos órgãos responsáveis pelas soluções extrajudiciais de litígios em matéria de consumo, tais como, os princípios da independência, transparência, contraditório, liberdade (aceitação expressa e voluntária), etc.

Em decorrência dos avanços tecnológicos foi editada a Diretiva sobre Comércio Eletrônico (DOCE de 27.2.2000), que no art. 17 estabeleceu que os Estados devem facilitar a solução extrajudicial de litígios, inclusive utilizando os meios eletrônicos e garantindo procedimentos adequados às partes envolvidas. O objetivo desta iniciativa é instituir uma Rede Extrajudicial Européia. Avançando neste setor, em 4.4.2001, surgiu a Recomendação referente à Solução de Conflitos Resultantes do Comércio Eletrônico observando que "a utilização do correio eletrônico e as práticas comerciais dos consumidores potencializarão a busca de mecanismos práticos, eficazes e [menos] onerosos para obter uma reparação e/ou indenização, sendo precisamente a utilização dos meios eletrônicos, instrumento que permita alcançar estes fins. Para isso deverá ser potencializada a confiança dos consumidores em colaboração com a indústria e o os Estados membros." (tradução livre).

Neste sentido impende observar que recentemente a Espanha editou Lei que dispõe sobre os serviços da sociedade de informação e do comércio eletrônico, Lei n. 34/2002 de 11 de julho (BOE n. 166, de 12.7.2002, p. 25.388), cujo Título V regula a solução judicial e extrajudicial de conflitos, prevendo a possibilidade de recorrer a arbitragem do sistema nacional de arbitragens de consumo (art. 32).

Destarte, com o relatado acima verifica-se quão imperiosa é a participação do Estado como agente fomentador e disseminador dos meios de solução de conflitos extrajudiciários para as relações de consumo. A experiência européia mostrou-se extremamente exitosa, encontrando-se hoje implantada a denominada Rede Extrajudicial Européia. No continente sul-americano a Argentina verificando o sucesso encontrado na Espanha e atentando para sua legislação consumerista, que a par da brasileira fomenta a solução extrajudicial de controvérsias, editou o Decreto n. 276/1998, que instituiu o Sistema Nacional de Consumo. Registra-se intensa atividade na área, o que se pode aferir pelo número crescente de casos levados a estes órgãos especializados, que em 2002 registrou a expedição de 2.698 sentenças arbitrais.

(LEMES, Selma Ferreira in <<http://selmalemes.adv.br/artigos/arbitragem%20e%20direito%20do%20consumo.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016)

José Cretella Netto também assevera que:

A *Ley* espanhola também contém previsão especial para a validade da cláusula em contratos de adesão, estabelecendo que sua validade e interpretação deverão ser conforme 'lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato' (art. 9.2)

Preocupação de mesma ordem a do legislador alemão, que determinou a obrigatoriedade da assinatura de próprio punho das partes em convenção de arbitragem na qual um consumidor for uma delas (art. 1.031 do ZPO)

(*Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 57)

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo - promessa particular de compra e venda de imóvel - entre o adquirente e a construtora, em que fora estipulada cláusula compromissória em que as partes elegeram o órgão arbitral (TAESP - Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo).

No tocante à licitude da cláusula, asseverou o juízo (fl. 166):

Na espécie, o documento de fls. 39 comprova que o autor concordou, expressamente, com a instituição da arbitragem prevista na cláusula 11 do contrato (fls. 38), fazendo-o por escrito, em documento anexo, com assinatura especialmente para a cláusula.

É dizer: a cláusula compromissória de arbitragem em tela não é inválida, razão pela qual o pedido de declaração de nulidade da referida cláusula não comporta acolhimento.

Dessarte, apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da

arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela.

Assim, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que prossiga no julgamento do feito, afastada a cláusula arbitral.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.280.825-RJ (2011/0190397-7)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Clube de Investimento dos Empregados da Vale
INVESTVALE

Advogado: Carlos Mário da Silva Velloso Filho e outro(s)

Advogados: Anna Maria da Trindade dos Reis e outro(s)

Marcos Vinicius Santos Menezes e outro(s)

Recorrente: Francisco Valadares Póvoa

Advogados: Maria Aparecida Miranda Terrigno

Carlos Fabiano Terrigno

Flavia Maria Terrigno Santana

Recorrido: Associação Aposentados Pensionistas Empregados Ativos
e Ex Empregados da Companhia Vale do Rio Doce Suas
Empreiteiras Controladas e Coligadas APEVALE

Advogados: Alde da Costa Santos Júnior e outro(s)

Carolina F M T Macedo e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual. Recurso especial. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Inexistência. Cerceamento de defesa. Súmula 7/STJ. Ausência de intimação da CVM. Dissídio não demonstrado e fundamento inatacado. Prescrição. Marco inicial. Doutrina objetiva. Data da lesão. Prazo. Ilícito contratual (art. 205 do Código Civil). Precedentes. Sentença penal condenatória. Art. 200 do Código Civil. Mérito. Reexame de matéria contratual e fática da lide. Súmulas 5 e 7 do STJ.

1. Inexistente a alegada ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o tribunal se pronuncia detalhadamente sobre a questão jurídica posta em debate, revelando-se o recurso integrativo mera tentativa de rediscussão da causa e reforma do julgado.

2. Inviável o recurso especial quanto ao suposto cerceamento de defesa e à necessidade de dilação probatória, eis que a análise das razões de impugnação impõe reexame da matéria fática da lide, vedado nos termos do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Inviável o recurso que deixa de fazer impugnação específica ao fundamento do acórdão recorrido, nos termos da Súmula 283 do STF.

4. O Código Civil de 2002, assim como o fazia o de 1916, adota orientação de cunho objetivo, estabelecendo a data da lesão de direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada, como regra geral para o início da prescrição, excepcionando os demais casos em dispositivos especiais. Assim, não se deve adotar a ciência do dano como o termo inicial do prazo se a hipótese concreta não se enquadra nas exceções. Precedentes.

5. O prazo de prescrição de pretensão fundamentada em ilícito contratual, não havendo regra especial para o contrato em causa, é o previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.

6. Não corre o prazo de prescrição no tocante à parte do pedido indenizatório cuja causa de pedir é conduta em persecução no juízo criminal (Código Civil, art. 200). Precedentes.

7. Impossível a reforma do acórdão recorrido quanto ao mérito da lide se a fundamentação do acórdão recorrido e as alegações do recurso especial estão embasadas na interpretação de elementos

circunstanciais e cláusulas contratuais, eis que incide a vedação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

8. Recurso especial de Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - INVESTVALE conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997.

9. Recurso especial de Francisco Valadares Póvoa conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente e, nesta parte, deu parcial provimento ao recurso especial interposto por Clube de Investimento DPS Empregados da Vale - INVESTVALE, conheceu em parte e, nesta parte, negou provimento ao recurso especial interposto por Francisco Valadares Póvoa, e julgou prejudicada a Medida Cautelar n. 18.364/RJ, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Sustentaram oralmente o Dr. Carlos Fabiano Terrigno, pela parte recorrente: Francisco Valadares Póvoa, o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pela parte recorrente: Clube de Investimento dos Empregados da Vale INVESTVALE e o Dr. Alde da Costa Santos Júnior, pela parte recorrida: Associação Aposentados Pensionistas Empregados Ativos e Ex Empregados da Companhia Vale do Rio Doce Suas Empreiteiras Controladas e Coligadas APEVALE.

Brasília (DF), 21 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 29.8.2016

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recursos especiais apresentados por Clube de Investimento dos Empregados da Vale -

INVESTVALE (fls. e-STJ 3.900-68) e Francisco Valadares Póvoa (fls. e-STJ 4.139-4.197) em face de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 3.623/3.626):

Apelação Cível. Reparação de danos. Clube de Investimentos dos Empregados da Vale - InvestVale.

Preliminares Rejeição.

Prescrição. Termo inicial. Ciência inequívoca da lesão.

Mérito (1): Cotas. Alienação. Preço, Fixação arbitrária e artificial. Inobservância das regras estatutárias do clube de investimentos. Indevida contabilização de ativos, nas circunstâncias do caso concreto.

Mérito (2): Cotas. Alienação. Elementos para decisão. Informação relevante. Dever de informar. Omissão. Lesão aos cotistas. Dever de reparar.

Integral procedência do pedido. Reforma da sentença.

1. À luz dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e de sua célere tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII), o julgamento antecipado da lide, quando desnecessária ou inútil a produção de outras provas, não é mera faculdade do juiz, mas providência que se lhe impõe.

Deve o réu acostar, ainda com a peça de resposta, todos os documentos necessários à prova de suas alegações, somente admitida a juntada posterior quando supervenientes os fatos ou os próprios documentos (CPC, arts. 396 e 397).

Com maior razão assim se deve proceder, quando os fatos discutidos em juízo foram já questionados à exaustão no âmbito administrativo, sobejando à parte ré oportunidades de coligir documentos que entendesse úteis à sua defesa.

2. Na representação processual de que trata o art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, é a própria entidade associativa, e não os associados por ela representados, que figura no pólo ativo da demanda.

Exegese diversa malferida de morte o dispositivo constitucional, por torná-lo inútil.

3. Meras diferenças aritméticas no montante a que cada representado faria jus, na hipótese de procedência do pedido condenatório, não demanda a individualização do pedido em relação a cada um deles, tratando-se de matéria passível de esclarecimento em eventual fase de liquidação.

Na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a sentença condenatória é, por natureza, genérica e ilíquida.

4. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de reparação de dano (ou, caso queira, ressarcimento de enriquecimento sem causa) é a data em que o titular do direito tem condições de tomar plena ciência da lesão, mesmo que sofrida em data pretérita. Precedentes do STJ.

5. Circunstâncias inerentes à volatilidade do mercado financeiro, ou advindas dos efeitos da Lei da Oferta e da Demanda, não são justificativa suficiente para autorizar a Administração do Clube de Investimentos a definir valores das cotas ao arrepio do critério estabelecido no respectivo Estatuto Social, ao qual incumbe exclusivamente definir as regras atinentes à aquisição, resgate e critério para cálculo das cotas (art. 4º, incs. II e VI, da Instrução n. 40/84 da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, que regula a constituição e o funcionamento dos Clubes de Investimentos).

O administrador profissional e probo não pode ignorar que uma determinada companhia fechada, conquanto (por definição) não tenha suas ações negociadas em bolsa de valores, pode ter seu patrimônio seguramente estimado por simples correlação com a cotação das ações de companhia aberta controlada pela referida companhia fechada, constituída tão-só para esse específico propósito.

A juridicidade do uso do critério do custo de aquisição para contabilização de ativos financeiros não deve ser avaliada *in abstracto*, mas sim no cotejo das circunstâncias do caso concreto, que fornecem um sem-número de ocasiões em que esse parâmetro foi desprezado pelo Clube de Investimentos, em favor do critério do valor de mercado (adotado pelo Estatuto Social).

É basilar o princípio jurídico que veda o comportamento contraditório, máxime quando dele resultam danos a terceiros, como no caso resultaram aos cotistas do InvestVale que resgataram suas cotas, ou as transferiram por intermédio do clube, a valores artificialmente baixos.

6. Como consectário do dever geral de boa-fé, o administrador de clube de investimentos está obrigado a informar os condôminos fatos relevantes para a administração do patrimônio comum, sobretudo quando essa informação puder jogar peso significativo na tomada de decisão, pelo cotista, a respeito da alienação ou não de suas cotas.

Exegese do art. 4º incisos VI e IV, alínea “c”, c/c art. 2º, inciso V, da Lei n. 6.385, de 1976 (Lei de Mercados de Capitais), e do art. 14, inciso IV, da Instrução CVM n. 40/84, que forcem à conclusão da aplicabilidade extensiva, aos clubes de investimentos, do art. 6º, *caput* e § único, da Instrução CVM n. 358/2002.

7. São por definição relevantes os fatos que possam implicar brusca oscilação na cotação, preço ou valor de ações ou quaisquer outros valores mobiliários, e cuja divulgação possa ter influência decisiva na tomada de decisão pela alienação ou não desses ativos ou de outros a eles referenciados, por seus titulares.

8. Os administradores do clube de investimentos respondem civilmente pelos danos causados aos condôminos pela omissão de fatos relevantes, quando comprovada sua culpa no descumprimento do dever de informar.

A sucessiva omissão de informações relevantes, da qual resultou evidente vantagem pecuniária aos administradores, extingue a dúvida quanto a configuração da responsabilidade subjetiva dos mesmos, deixando margem

apenas, se tanto, à indagação sobre a existência ou não de dolo - de todo irrelevante para efeitos de jurisdição civil.

9. Na sentença condenatória, não sendo ré a Fazenda Pública nem sendo pequeno ou inestimável o valor da causa, os honorários de sucumbência devem forçosamente incidir sobre o valor da condenação (CPC, art. 20, § 3º).

10. Parcial provimento do primeiro recurso.

11. Desprovimento do segundo e terceiro recursos.

Os recorrentes alegam ofensa aos arts. 127, 128, 295, 332, 333, 396, 397, 460, 535 e 536 do Código de Processo Civil de 1973; 123, 124, 125, 188, 189 e 927 do Código Civil; 82 do Código de Defesa do Consumidor; 2º, 4º e 31 da Lei n. 6.385/1976; 6º da Instrução CVM n. 358/02 e 14 da Instrução CVM n. 40/84, bem como dissídio.

Alegam cerceamento de defesa, por ter o tribunal de origem julgado desnecessária a prova documental e oral postulada. Argumentam que “*se a presente ação versa sobre a fraude e prejuízo nas transações havidas entre os cotistas, é óbvio que fatos envolvendo cumprimento de obrigações contratuais e previstas no Estatuto do Investvale são imprescindíveis, para o deslinde do caso, a realização de prova documental suplementar e prova oral requeridas pelo Recorrente*” (e-STJ fls. 3.931 e 4.173/4.174).

Aduzem que “*a necessidade de juntada de novos documentos somente ocorreu após o despacho do magistrado de piso determinando a especificação de provas*” (e-STJ fls. 3.933 e 4.176). Acrescentam também ser necessária a dilação probatória para esclarecer efetivamente qual a real natureza das relações jurídicas havidas entre as partes (e-STJ fl. 3.934 e 4.176).

Assevera o INVESTVALE, ainda, a ilegitimidade ativa da Apevale, sob o fundamento de que nem todos os associados da apelada fazem jus ao direito pleiteado, especialmente porque o pedido não é declaratório, mas ressarcitório de forma individual e em conformidade com a situação fática vivenciada por cada associado.

Sustenta que a inicial não discriminou tais diferenças e isto é condição essencial e necessária para se estabelecer os limites subjetivos da lide.

Relativamente à prescrição, afirmam que o início do prazo prescricional não pode depender de fatos exógenos à relação de direito material mas da lesão ao direito inerente ao conceito de prescrição.

Sustentam que o Investvale não foi parte no processo administrativo nem tampouco foi denunciado pelo Ministério Público Federal, mas que, de fato, apenas houve investigação perante os diretores e conselheiros do Investvale, sendo que, no início da abertura do inquérito administrativo, os fatos tratavam também do uso de informação privilegiada e pagamento a menor dos valores tidos como referência e que no processo não houve menção a fatos ocorridos antes de 2001.

Concluem que a pretensão de ressarcimento por ato ilícito nasce na data da lesão ao direito, não da ciência do dano pelo titular (e-STJ fl. 3.940 e 4.179).

Sucessivamente, argumentam que a segunda hipótese para a contagem do prazo prescricional é comprovada pelo documento 17 juntado aos autos, à fl. 177, quando houve informação por parte do Investvale acerca do valor real da cota, ocorrendo efetiva publicidade e ciência a todos os cotistas acerca do fato imputado como ilícito, ocorrendo a materialização do prejuízo aos associados na data ali estipulada.

Invocam terceira hipótese para o início do prazo prescricional como sendo a data em que divulgados os fatos que delinearão a propositura da ação em jornais de grande circulação (e-STJ fls. 3.941/3.942 e 4.180/4.181).

Impugna a forma de contabilização e precificação das ações Valepar e o critério de contabilização do patrimônio do Investvale, a diferença entre resgate e transferência de cotas (e-STJ fls. 3.942/3.949).

Alegam ofensa aos arts. 188 do CC; 2º e 4º da Lei n. 6.385/1976; 14 da instrução CVM n. 40/84 e 6º da instrução CVM n. 358/2002 (e-STJ fls. 3.949/3.964).

Sustentam que não há dever de informação diante da natureza da instituição e diante de cláusula de confidencialidade do contrato firmado com a Bradespar.

Sustentam também que *“os fatos tidos como relevantes e principalmente omissos, assim não podem ser considerados, sendo certo consignar que a análise da licitude ou ilicitude das mesmas não implica em revolvimento da matéria fática, mas tão somente do melhor enquadramento jurídico a ser aplicado ao caso concreto”* (e-STJ fl. 3.950 e 4.183).

Afirmam que o contrato de opção feito entre o Investvale e o Bradespar previa cláusula de confidencialidade, não podendo ser divulgada a informação (e-STJ fl. 3.955 e 4.184).

Relatam a existência de uma segunda opção de venda das ações “na qual a Bradespar se obrigava a adquirir estes dois terços restantes do total das ações ordinárias de emissão da Valepar, observadas determinadas condições estritamente negociais acordadas pelas partes, conforme se verifica do contrato de Segunda Opção de Venda, ora anexado” (e-STJ fl. 3.956 e 4.185).

Alegam também que “nos termos do contrato de opção, era cristalino que a opção de venda das ações pelo Investvale à Bradespar estava condicionada, nos termos do parágrafo segundo da cláusula primeira, a aprovação e eficácia do aumento de capital da Valepar resultante da incorporação ao capital desta sociedade das ações de emissão da CVRD de titularidade, na época da assinatura do Contrato de Opção, da Litel, evento denominado como Expansão Valepar” (e-STJ fl. 3.956 e 4.185) e que nada nos autos indica que, no momento em que foram iniciadas as negociações para dar liquidez, o recorrente tinha conhecimento de que o BNDES liberaria a caução, menos ainda que ele cobriria a oferta do Bradespar (e-STJ fl. 3.957 e 4.186).

Aduzem que “outro equívoco cometido pelo v. acórdão recorrido é aquele que afirma que as tratativas entre o Investvale e o BNDES já ocorriam” e que “a análise das circunstâncias que envolvem a causa dão conta exatamente do contrário, qual seja, de que as negociações para a venda de ações iniciaram-se em 23.10.2003, ou seja, em data muito posterior ao afirmado” (e-STJ fls. 3.960 e 4.188/4.189).

Asseveram que não houve resposta do BNDES para retificar a negociação, de modo que não houve omissão relevante quanto ao ponto (e-STJ fls. 3.960/3.961 e 4.189/4.190).

Tecem considerações a respeito das circunstâncias da lide para afirmar que “a análise do tribunal de justiça estadual está contaminada por uma visão distorcida e rábida e não teve a realidade fática para julgar a demanda” (e-STJ fl. 3.962 e 4.191).

Invocam dissídio quanto à necessidade de intimação da CVM para se manifestar no feito, sob pena de nulidade.

Postulam reforma do acórdão.

Contrarrrazões às e-STJ fls. 4.339/4.370 e 4.375/4.405.

Parecer do Ministério Público Federal - MPF às fls. 4.598/4.619, pelo desprovimento dos recursos especiais.

Foi apresentada a Medida Cautelar n. 18.364/RJ, que teve decisão liminar deferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, para se conceder efeito suspensivo ao recurso especial.

Posteriormente, o Ministro Luís Felipe Salomão declarou suspeição por motivo superveniente, dando ensejo à redistribuição.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Dada a extensão do recurso e das alegações da partes, passo a examiná-las por capítulos, e em conjunto porque coincidentes.

Como distinção, observo que ambos os recorrentes foram condenados ao pedido deduzido no item 46.b da inicial. Apenas o INVESTVALE, todavia, sofreu a condenação relativa ao pedido 46.a da inicial.

1. Preliminar de vício de representação processual

Preliminarmente, afasto a alegação de ausência de representação processual ou incidência da Súmula 115/STJ, formulada pela parte recorrida.

A associação recorrida alega que “*a procuração de fls. 3.078 e os instrumentos de mandato de fls. 3.141/3.143 (e-STJ) não são válidos, porquanto subscritos por BNY Mellon Serviços Financeiros Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A, empresa que se titula Administradora do primeiro réu, sem que exista nos autos instrumento que confirme essa qualidade jurídica ou, ainda que se estabeleça, dentre suas competências e supostos poderes, o de representar em juízo ou constituir advogados como poderes ad judicium para a defesa do Investvale*”.

Ocorre que o documento de e-STJ fls. 4.582/4.592 constitui contrato de administração entre Mellon e Investvale, de modo que aquela, na qualidade de representante dos interesses desta, pode constituir procurador para atuar na defesa judicial da administrada.

Passo ao mérito do recurso.

2. Alegação de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil

Quanto à alegação de ofensa ao art. 535 do CPC e negativa de prestação jurisdicional, inviável a pretensão, eis que o acórdão recorrido e os acórdãos dos embargos de declaração apresentam longa e suficiente fundamentação para as questões jurídicas postas em debate, tendo havido inclusive a devida integração

do acórdão quando dos primeiros embargos. Vê-se que o real intuito das demais questões invocadas nos embargos de declaração do ora recorrente era o rejuízo da matéria conforme sua convicção a respeito dos fatos narrados pelas instâncias de origem, o que não se coaduna com a natureza do recurso integrativo.

3. Alegação de cerceamento de defesa

Relativamente à alegação de cerceamento de defesa e necessidade de realização de prova documental e oral, o tribunal de origem, mantendo o entendimento da sentença (e-STJ fls. 3.183/3.184), assim se pronunciou (e-STJ fls. 3.630/3.631):

É preciso iniciar, contudo, pelas questões preliminares suscitadas pelos réus, a primeira delas consistente em alegado cerceio de defesa.

Não se verifica, contudo, o referido vício na sentença.

Instadas as partes a se manifestar em provas, requereram os réus (fls. 3.068/9 e 3.070/1) a colheita de depoimento pessoal de cada um associados à autora, por ela representados neste processo.

Ora, a julgar pelos muitos termos de anuência anexados aos autos (que vão da fl. 239 até à fl. 2.843, tomando 13 volumes), são mais de dois milhares os associados processualmente representados pela autora.

Não se pode senão concluir pela total desnecessidade da oitiva de cada um deles, que se encontram – presumidamente – em idêntica situação quanto à alegada lesão que sofreram, variando apenas os valores e as datas.

Decerto, o requerimento de oitiva individual descortina evidente pretensão de protelar ao máximo a solução do litígio – desiderato já notável pelo só fato de se protocolarem petições dúplices, de idêntico teor, firmadas pelos mesmos patronos, para cada um dos réus, quando o mais lógico seria reunir a defesa em peças únicas.

Requereram ainda os réus, a produção de prova documental supervenientes, justificando-a nos seguintes termos: “para demonstrar que as alienações de cotas foram realizadas sem qualquer vício ou mácula, e que nem todos os associados possuem situação idêntica.” (fls. 3.068/9)

Já nas peças de apelo, os réus, insurgindo-se contra uma parte da fundamentação da sentença que asseverou inexistir prova de devida prestação de informações pelos réus aos cotistas, sustentaram que os documentos visariam a demonstrar o contrário.

Há, portanto, motivos de sobra para concluir – com o sentenciante – pelo indeferimento da produção dessa prova.

Em primeiro lugar, porque esses documentos já deveriam ter sido acostados com a resposta, já que não se trata absolutamente de documentos novos.

Nem se alegue, nesse tocante, que a busca pela verdade efetiva dos fatos deva temperar a aplicação do regramento dos arts. 396 e 397 do CPC, já que os fatos articulados na presente ação foram também objeto de delongada discussão em inquérito perpetrado pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, e são também discutidos perante a 7ª Vara Criminal da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Noutras palavras, não se pode sequer alegar necessidade de maiores delongas para coligir a referida documentação.

Irretocável, portanto, o julgamento antecipado da lide, uma vez que dos autos já constavam todos os elementos necessários à solução da controvérsia.

Por último, os réus efetivamente acostaram, com as suas razões de apelo, todos os documentos que pretendiam acostar na instrução do feito – documentos esses cuja desapensação não foi determinada pelo juízo *a quo*, e sobre os quais a parte autora teve oportunidade de se manifestar.

Logo, por onde quer que se veja, a preliminar de cerceio de defesa é descabida, razão por que a afasto.

Do excerto acima transcrito, tem-se que a análise acerca da suficiência das provas constantes dos autos e da eventual imprescindibilidade de novas provas requeridas para a solução da causa somente se faria possível por meio de reexame de matéria fática da lide, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

4. Alegação de ilegitimidade ativa da APEVALE

Relativamente à alegação do INVESTVALE acerca de ilegitimidade ativa da Apevale (ofensa aos arts. 82 do CDC e 295 do CPC), sustenta-se, em síntese, que “*para que a recorrida, Apevale, pudesse ingressar de forma extraordinária, deveriam todos seus associados se revestirem de legitimação ordinária, ou seja, deveriam ser cotistas ou ex-cotistas do Investvale, o que não foi provado nos autos*” (e-STJ fl. 3.937).

A respeito, assim constou do acórdão recorrido (e-STJ fls. 3.631/3.632):

Os réus reeditam, ainda, a preliminar de ilegitimidade ativa da Apevale, já deduzida em contestação. Afirmam, nesta parte, que o correto seria que os associados, e não a associação, figurassem no pólo ativo da demanda.

A alegação é despicienda, uma vez que tal esdrúxula interpretação tornaria inútil e desprovido de sentido o dispositivo contido no inciso XXI do art. 5º da Carta Magna, que legitima às associações demandar judicialmente no interesse de seus associados, representando-os, quando expressamente autorizada a tal fim.

No caso presente, como já assinalado, nada menos que 13 (treze) volumes destes protuberantes autos se constituem de termos de anuência firmados individualmente pelos associados representados pela autora, sendo certo que nenhum deles foi impugnado em sua autenticidade.

Os réus de fato questionam a relação material entre os representados e o clube de investimentos, mas o faz apenas genericamente, sem apontar um só nome de associado que não seria cotista ou ex-cotista do 1º réu.

Ademais, como já alinhavado, eventuais diferenças na situação de cada associado terão repercussões meramente aritméticas, a serem definidas em eventual fase de liquidação (caso procedente o pedido), em nada influenciando na apreciação do direito alegado na inicial, considerado o caráter eminentemente genérico da condenação em ações tais qual a presente.

Igualmente, eventual caso isolado de associado que não tenha tido relação com o clube de investimentos réu será necessariamente apurado e expungido na fase de liquidação, na qual certamente seriam necessários novos documentos para esclarecer o número de cotas alienadas e sua data, em relação a cada um dos supostos lesados que firmaram os inúmeros termos de anuência constantes dos autos.

Note-se, ainda, que o fato de nem todos os associados da autora terem sido supostamente lesados, não torna heterogêneos os direitos individuais que a associação visa a resguardar com a presente ação.

Isso porque os direitos individuais, para serem homogêneos, basta que procedam de uma origem ou causa comum, não sendo mandatário que a lesão atinja a totalidade dos integrantes de determinada entidade associativa – noutras palavras, a defesa coletiva não está limitada a interesses universais, como no caso dos direitos coletivos.

Trata-se, pois, de mais uma preliminar cuja razão de ser não se acha propriamente na firmeza de seus argumentos, mas no intuito de tornar ainda mais protuberantes os autos, e ainda mais morosa a composição da controvérsia.

Assim, desacolho as preliminares de ilegitimidade ativa e necessidade de individualização dos pedidos em relação a cada associado.

Vê-se, pois, que a questão, do mesmo modo, encontra-se na dependência de incursão na matéria fática da lide, notadamente os documentos que instruem a inicial. Incide, de igual forma, a Súmula 7 do STJ.

Ademais, vê-se igualmente que o tribunal de origem se baseou também em fundamento constitucional, que não foi objeto de impugnação específica nas razões do extraordinário interposto, o que atrai a incidência da Súmula 126 do STJ.

5. Alegação de nulidade por ausência de intimação da CVM

Quanto à alegação de nulidade do julgado por ausência de intimação da CVM (e-STJ fls. 3.964/3.967 e 4.192/4.196), tem-se que o tribunal de origem negou provimento ao pleito sob quatro fundamentos: o de que a natureza da causa não admite intervenção da CVM à espécie, o de que a alegada irregularidade não traria prejuízo capaz de anular o processo e, ainda que ultrapassados esses fundamentos, não teria havido impugnação oportuna, estando preclusa a questão.

Como quarto fundamento, a corte local afirmou que a CVM já havia se pronunciado sobre as questões postas em debate em ampla investigação, tendo já prolatado decisão que serviu de fundamento à decisão judicial.

Assim registrou-se no acórdão dos embargos de declaração (e-STJ fls. 3.739/3.740):

O primeiro ponto a examinar é a alegação de nulidade do processo pela não intervenção da Comissão de Valores Mobiliários, a quem, segundo os réus-embargantes, competiria oferecer parecer a respeito da controvérsia retratada nos autos.

Invocam, neste ponto, o art. 31 da Lei n. 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de capitais e instituiu a própria autarquia aludida. O mencionado artigo, em seu caput, dispõe o seguinte:

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. (Incluído pela Lei n. 6.616, de 16.12.1978)

Se ao termo “matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários” concedermos compreensão restrita, haver-se-á de concluir que, versando a espécie sobre responsabilidade civil em decorrência de danos que se buscam reparar, então excluída estará a competência da CVM.

Se, por outro lado, tomarmos a expressão *lato sensu*, abrangendo não só o pedido mas também a causa de pedir, então o presente feito estaria, em tese, alcançado pelo comando do dispositivo legal encimado.

Ocorre que, por princípio de nosso Direito Processual Civil, a nulidade só se verifica quando dela exsurge dano (*pas de nullité sans grief*), e é preciso que esse dano seja potencial para alguma das partes (art. 249, § 1º, do CPC), o que não se afigura verossímil à hipótese.

Note-se que, quando pretendeu o legislador processual civil acoimar a nulidade pela falta de intervenção de alguém no processo, assim dispôs expressamente (p. ex., art. 84 do CPC).

Mais até: exigiu, mesmo das demais leis, que ao exigirem determinada forma para um ato processual, o fizessem com expressa ressalva da pena de nulidade (art. 243), sob pena de não ser nulo o ato quando, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade (art. 244).

Ora, a lei instituidora da CVM é posterior ao Código de Processo Civil, e nem por isso o seu legislador incluiu, no art. 31, a cláusula de nulidade do processo quando da não intervenção da CVM.

Nem se poderia esperar o contrário, quando a própria lei enuncia que dita autarquia oferecerá parecer ou prestará esclarecimentos “querendo” – denotando que não se trata de intervenção necessária, ou então a condicionante não faria sentido algum.

Pela mesma razão, definiu o legislador um prazo peremptório de 15 dias para a manifestação da autarquia, providência que também não se coadunaria com uma intervenção absolutamente necessária, sob pena de nulidade processual.

Por outro lado, a questão da intervenção supostamente necessária da CVM não fora argüida em tempo algum pelos ora embargantes, quiçá até, para poder agora, quando já exaustivamente apreciado e julgado o mérito da demanda, lançar mão desse expediente.

Contudo, a supor-se (diferentemente do que vimos expondo) a nulidade processual, seria ainda assim evidente a preclusão dessa arguição, pois estariam os réus obrigados, já desde a contestação, a apontá-la, nos termos do art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil.

Finalmente, para pôr sobre a questão o derradeiro palmo de terra, convém assinalar que as questões aqui ventiladas já foram objeto de ampla investigação pela Comissão de Valores Mobiliários, que proferiu extensa decisão que, por seu turno, serviu de fundamento ao acórdão embargado.

Ausente, portanto, por onde quer que se veja, a alegada nulidade do processo.

As razões do especial não demonstram o dissídio nos moldes legais e regimentais, notadamente no que toca à similitude fática entre as causas cujos julgados se confrontam.

Ademais, tampouco o arrazoado do recurso ora em exame faz impugnação específica aos fundamentos de que a natureza da causa não admite intervenção da CVM, de que a alegada irregularidade não traria prejuízo capaz de anular o processo e de que não teria havido impugnação oportuna, estando preclusa a questão. Dessa forma, incide, no ponto, a Súmula 283 do STF.

6. Prescrição

6.1. Do marco inicial

O Tribunal de origem registrou que a causa de pedir dos autos é:

(i) a equivocada contabilização dos ativos do clube de investimentos, com consequências na fixação do valor patrimonial da cota, para efeito de resgate e transferência das mesmas;

(ii) a fixação arbitrária de valores para essas operações, pela administração do clube, em detrimento do valor patrimonial oficial, e (iii) a omissão de informações relevantes aos cotistas.

Em breve síntese, tem-se que o recorrente, Investvale, foi criado para que os empregados e aposentados do grupo de empresas da Companhia Vale do Rio Doce adquirissem as ações ofertadas no mercado quando da privatização da Companhia.

Por meio de empréstimo junto ao BNDES, o Investvale adquiriu as ações ofertadas da Companhia Vale do Rio Doce e da VALEPAR, holding destinada ao controle daquela companhia.

Enquanto perdurasse o financiamento junto ao BNDES, cuja quitação estava programada para o ano de 2009, as ações não poderiam ser comercializadas no mercado, mas unicamente entre os cotistas ou então entre o cotista e o próprio clube (resgate).

O que alega a parte autora é que a partir de 15 de maio de 1997 o clube Investvale e seu representante, em afronta ao estatuto social e ao mandato, ao intermediarem as transferências de cotas ou pagarem o resgate, passaram a divulgar valores muito inferiores ao real valor patrimonial de suas cotas transferidas ou resgatadas, não prestando qualquer informação sobre o preço pelo qual as cotas tinham sido efetivamente vendidas.

Alega também que, para efeito de resgate das cotas, levou-se em consideração apenas o preço de aquisição das ações da VALEPAR (valor histórico), e não seu real valor em cada data de negociação (seja transferência ou resgate - e-STJ fl. 12), desconsiderando a valorização patrimonial da VALEPAR.

Por fim, alega que houve omissão de informações relevantes aos cotistas.

Logo, trata-se de indenização por valores pagos a menor em violação às regras do Estatuto do Clube, tal como consta expressamente do pedido já transcrito.

A respeito da prescrição, entendeu o Tribunal de origem que o prazo aplicável é o do art. 206, § 3º, IV e V do Código Civil, que diz respeito às ações de ressarcimento de enriquecimento sem causa e reparação civil (e-STJ fl. 3.633).

Assim constou da sentença e do acórdão que a manteve no ponto (e-STJ fls. 3.184 e 3.633):

Rejeito a prejudicial de mérito argüida pelo Réu Francisco. Não há que se falar em prescrição, porquanto o termo a quo deve ser a data da ciência do dano. Com efeito, a causa de pedir se refere à prática de atos ilegais e contrários ao estatuto social - omissão quanto à valorização do patrimônio do Clube possibilitando quitar o financiamento do BNDES - que somente chegaram ao conhecimento da Autora em 2006 quando fora oferecida denúncia perante o juízo da 7ª Vara Criminal Federal. Permanece hígida a pretensão.

Cumpra ao intérprete, na análise do caso concreto, fixar o termo inicial desse prazo, tendo por parâmetro o primeiro momento em que a ação poderia ter sido ajuizada.

Segundo os réus, esse momento seria o próprio ato lesivo.

Ocorre que essa tese não é defensável quando a lesão, embora já existente, só venha a ser conhecida pelo lesado em momento posterior.

É precisamente, segundo entendo, a hipótese dos autos.

Em socorro à tese firmada no julgamento impugnado, o Tribunal de origem invocou precedente desta Corte Superior em ação de responsabilidade civil do Estado na qual se entendeu que o prazo de prescrição tem início na ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo, sendo registrado no referido precedente que, naquele caso concreto, o pedido de indenização teve como lastro inicial o momento da constatação das lesões sofridas e de suas consequências, notadamente a incapacidade laboral decorrente do ato lesivo.

Com a devida vênia, entendo que o referido precedente não se adéqua à hipótese dos autos.

Nos casos em que se postula reparação civil decorrente de lesões cuja extensão só pode ser verificada após a efetiva consolidação (que não é necessariamente a mesma data do ato lesivo), de fato, é razoável levar-se em consideração como marco inicial da prescrição a data em que o dano se concretizou em toda a sua extensão, fazendo-se, só então, possível fosse a ação exercitada.

Esta é a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação às indenizações por lesões físicas decorrentes de acidentes (trânsito, trabalho, etc) em que a vítima não tem como saber a extensão do dano no momento do acidente, mas somente após a efetiva consolidação das lesões.

Na hipótese do precedente invocado no acórdão recorrido, a vítima do ato lesivo esteve sob cuidados médicos por aproximadamente dois anos, quando então, ao final, foi considerada inapta para suas atividades.

No caso ora em exame, no entanto, a natureza do pedido não permite a aplicação do referido entendimento.

Como dito pelas instâncias de origem, a causa de pedir se refere à prática de atos ilegais e contrários ao estatuto social (e-STJ fl. 3.184).

Postula-se indenização por prejuízos sofridos em decorrência de ofensas ao estatuto, notadamente os arts. 12 e 14 (e-STJ fls. 5/6), e às normas relativas ao mandato e ao dever de prestar informações relevantes aos cotistas.

Se o associado alega que teve prejuízo porque o clube de investimentos não calculou corretamente o valor de sua cota de ações, a lesão ocorre no momento da transferência ou resgate, quando foi pago valor menor do que o devido.

A partir daí há a lesão e, portanto, nasce a pretensão de ressarcimento pelo pagamento abaixo do preço devido em consonância com o estatuto.

Anoto que não se trata de hipótese regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de uma associação de investidores buscando indenização por irregularidades praticadas por clube de investimentos, em violação às normas de seu estatuto, no mercado de ações.

Dessa forma, não se aplica a previsão do art. 27 da Lei n. 8.078/1990, segundo o qual a contagem da prescrição de ação de indenização pelos danos causados por fato do produto ou do serviço tem início “a partir do conhecimento ou do dano e de sua autoria”.

À falta de fixação por lei de termo inicial diverso para o caso em exame, entendo que incide a regra geral dos arts. 177 do Código Civil de 1916 e 189 do Código Civil vigente que, ao afirmarem que a prescrição é contada “*da data em que poderiam ter sido propostas*” as ações e que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão*”, adotaram a tese objetiva da *actio nata*, fixando a lesão como o marco inicial da prescrição, e não a ciência da lesão.

A propósito dos fundamentos da teoria objetiva adotada pelo Código Civil de 1916, e ainda mais explicitamente pelo Código de 2002, em contraposição

aos da teoria subjetiva do direito anterior ao Código de 1916, transcrevo as seguintes passagens do primoroso parecer do Ministro Eduardo Ribeiro, oferecido a propósito da controvérsia em exame:

8. Primeiro passo para determinar o termo inicial do prazo de prescrição haverá de ser, soa indiscutível, a verificação da existência, a propósito, de norma que expressamente o estabeleça. Havendo regra legal que o defina, seriam, a rigor, desnecessárias outras considerações. E o direito vigente, adiante-se, dispõe expressamente quanto ao ponto. Oportuno, entretanto, colocar ênfase em que o hoje preceituado ajusta-se com exatidão às razões informadoras do instituto.

9. O ponto especificamente em discussão reside em precisar se o fluxo do prazo principia no momento em que ocorreu a lesão - doutrina objetiva - ou se tem início apenas quando o titular do direito dela toma conhecimento - doutrina subjetiva, placitada essa pelas instâncias ordinárias.

10. Alguns tratadistas consideram que o instituto da prescrição encontra sua razão de ser em uma punição à negligência do titular do direito, em virtude de sua inércia, descuidando de fazê-lo valer e assim deixando esgotar-se o prazo previsto em lei.

11. Outra corrente, entretanto, hoje francamente dominante, entende ser diverso o fundamento, que se acha, consoante esse entendimento, na necessidade de paz social, de segurança da ordem jurídica. O decurso do tempo leva à estabilização das relações e atentaria contra a tranquilidade, que daí resulta, admitir-se pudessem vir a ser atingidas, após consolidadas pela ausência de impugnação.

12. Em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, podia-se dar como assentada a orientação de que o instituto em exame tinha como justificativa sancionar a incúria do credor. É o que se depreende do acolhido nas Ordenações. Referindo-se à prescrição, fazia-se menção exatamente à negligência da parte.

13. A codificação de 1916, entretanto, não contemplou tal fundamento, severamente criticado pela doutrina mais autorizada. Pontes de Miranda qualifica-o de espúrio, por apresentar-se como uma penalidade. De igual modo, Caio Mário da Silva Pereira, após noticiar que o direito, precedente à primeira codificação, tinha a prescrição como uma punição ao credor negligente, acrescenta não se encontrar aí “boa juridicidade”. Punição supõe desrespeito à ordem jurídica o que não existe no comportamento do credor que simplesmente se mantém inerte.

14. Não importa ao ordenamento que os sujeitos ativos de obrigações demandem a proteção jurisdicional, ou que disso se abstenham. É indiferente para a sociedade que se cobre ou se deixe de cobrar um débito. Não há razão para apenar quem não o faça. A impossibilidade de vir a exitosamente exigir o adimplemento, uma vez decorrido o lapso de tempo definido em lei, releva para

a estabilidade e segurança das relações e daí decorre a previsão de prazos para que se exerça o direito. Não se trata de apenar a negligência, mas de garantir a tranquilidade social.

15. Carpenter, em seu notável trabalho sobre o tema, já realçava:

A explicação positiva é a seguinte: o fundamento da prescrição, quer extintiva, quer aquisitiva, é a **necessidade social**, é a **ordem social**. (negrito no original)

16. “A prescrição”, assinalou de seu turno Clovis Bevilacqua, “é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas: *finis sollicitudinis ac periculi litium, exclamou Cícero*”.

17. Para não nos alongarmos em citações, recorde-se apenas a lição de Ennecerus, ao consignar que a prescrição serve à segurança geral do direito e à paz jurídica, que exigem se ponha limite às pretensões jurídicas envelhecidas.

Como esclarece o voto-vista do Ministro Teori Zavascki no REsp 773.876, a regra geral é a contagem do prazo de prescrição na data da lesão do direito, a partir de quando a ação pode ser ajuizada. O demais casos em que o marco inicial é diverso, a Lei os excepciona expressamente, tal como ocorre, por exemplo, no art. 206, § 1º, *b*, do Código Civil:

A prescrição, como se sabe, é fenômeno que atinge a ação do devedor, assim considerada a ação de direito material, ou seja, a pretensão. Por isso mesmo se diz que são “elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição” os seguintes: “1º- existência de uma ação exercitável (*actio nata*); 2º- inércia do titular da ação pelo seu não-exercício; 3º- continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º- ausência de algum fato ou ato, a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional” (CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da., *Da Prescrição e da Decadência*, 2ª ed., RJ, Forense, 1959, p. 25). O termo inicial da prescrição é, portanto, o do nascimento da pretensão, assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. “A prescrição”, ensina Pontes de Miranda, “inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito possa exigir o ato, ou a omissão” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Tomo VI, 4ª ed., SP, Revista dos Tribunais, 1974, p. 114). E a pretensão nasce com a violação do direito a que se refere. Relembre-se a lição de Câmara Leal: “sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada, em virtude da violação do direito. Daí a sua primeira condição elementar: existência de uma ação exercitável. É a *actio nata* dos romanos” (*op. cit.*, p. 35/36).

Essa orientação, de há muito já consagrada em nosso direito, está agora clara e expressamente posta no art. 189 do Código Civil: “Violado o direito, nasce para o

titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206”.

Questão delicada é a de saber se, para efeitos prescricionais, a pretensão nasce (e, portanto, o prazo tem início) na data em que ocorre a lesão ao direito ou na data em que o credor toma conhecimento da lesão. Nosso sistema jurídico adotou, como regra, uma orientação de cunho eminentemente objetivo: a prescrição tem início a partir do fato gerador da lesão. Isso fica claramente constatado do próprio art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 (“As dívidas (...) prescrevem em cinco anos da data do ato ou do fato do qual se originarem”). “Para que nasça a pretensão”, diz Pontes de Miranda, “não é necessário que o titular do direito conheça a existência do direito, ou a sua natureza, ou validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer. (...) O ter o credor conhecido, ou não, a existência do seu direito é sem relevância. Nem na tem o fato de o devedor ignorar a pretensão, ou estar de má-fé” (op. cit., p. 117 e 118). O requisito do conhecimento da lesão pelo credor é exceção à regra, só existente nos casos em que a lei o preveja. Assim ocorria no artigo 178, § 4º, I e II, § 6º, I e II e § 7º, V do Código Civil de 1916 e ainda ocorre, embora mais restritamente, no Código atual (art. 206, § 1º, II, b).

É esse o entendimento adotado na jurisprudência do STJ sobre o tema, como, v.g., nos seguintes precedentes:

Norma comercial. Abstenção de uso. Prescrição. Termo inicial. Pretensão manifestada em sede reconvenção, para exigir a abstenção do uso de nome comercial, quando já prescrita a ação. Prazo contado do arquivamento do contrato social da reconvenida na Junta Comercial. Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja a ciência do fato, di-lo expressamente. Recurso conhecido e provido (REsp 43.305/SP, 3ª T., Min. Waldemar Zveiter, DJ 14.8.1995).

Sociedade anônima - Responsabilidade de administradores. Prescrição. O termo *a quo* do prazo prescricional, para apurar a responsabilidade de administradores, a pedido de acionistas, é a “data da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido” (Lei n. 6.404/1976 - art. 287, II, “b”, 2). Não releva o momento em que o acionista tenha tido conhecimento do fato (REsp 36.334/SP, 3ª T., Min. Eduardo Ribeiro, DJ 4.10.1993).

O voto do relator, nesse último acórdão, expressa o que acima se disse:

Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja o da ciência do fato, di-lo expressamente. Assim, o artigo 178 do Código Civil, em seus parágrafos 4º, I e II, 6º, I e II, e 7º, V. As hipóteses são excepcionais, pela insegurança que tais disposições podem acarretar para a estabilidade das relações.

Realmente, subordinar o curso da prescrição ao conhecimento da lesão significaria comprometer o principal objetivo do instituto, que é o de eliminar a insegurança nas relações jurídicas. “Sem dúvida, seria mais vantajosa para o titular do direito violado a orientação de que a prescrição começaria a fluir do conhecimento da violação. (...) Obtempere-se, contudo, que a adoção expressa da concepção subjetivista como regra sempre impingiria o ônus da prova da data exata do conhecimento da violação a alguma das partes ou até a terceiros. Poderiam surgir dificuldades e prejudicar a segurança jurídica que busca o instituto da prescrição...” (MARTINS, Alan; e FIGUEIREDO, Antônio Borges de. Prescrição e decadência no Direito Civil, 3ª ed., 2005, IOB Thompson, p. 68/69).

Seguiu-se a esse precedente a consolidação da matéria, no âmbito da 1ª Seção, como se verifica do seguinte precedente, dentre muitos outros:

Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia elétrica. Correção monetária. Prescrição. Correção monetária sobre o principal. REsp 1.003.955/RS e REsp 1.028.592/RS, submetidos ao rito do art. 543-C do CPC.

1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.003.955/RS e do REsp 1.028.592/RS, ambos de relatoria da Ministra Eliana Calmon, pelo rito previsto no art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento acerca das questões relativas às diferenças da correção monetária sobre os créditos de empréstimo compulsório.

2. Em relação ao termo a quo da prescrição da pretensão às referidas diferenças, adotou-se o posicionamento de que “o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (*actio nata*), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim: a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-Lei n. 1.512/1976 (item 3), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a ELETROBRÁS realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores nas contas de energia elétrica; b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 2), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 4), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor “a menor”. Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20.4.1988 - com a 72ª AGE - 1ª conversão; b) 26.4.1990 - com a 82ª AGE - 2ª conversão; e c) 30.6.2005 - com a 143ª AGE - 3ª conversão.

(...)

5. Agravo regimental de Calçados Reifer Ltda. desprovido.

(AgRg no REsp 1.030.524/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18.2.2016, DJe 24.2.2016)

É certo que existem precedentes deste STJ, relacionados à responsabilidade civil por ato ilícito (dano absoluto), em que se adotou como termo inicial da prescrição a ciência inequívoca da lesão pela vítima. Essa flexibilização do princípio da *actio nata* é mencionada na ementa, da lavra do Ministro Luís Felipe Salomão, do seguinte acórdão da 4ª Turma:

Direito Civil. Responsabilidade civil. Recurso especial. Indenização em virtude de danos materiais e morais oriundos de contaminação ambiental. Prescrição. Termo inicial. Não ocorrência da prescrição.

1. Alegado dano ambiental consubstanciado na contaminação do solo e das águas subterrâneas na localidade onde o recorrido residia, em decorrência dos produtos tóxicos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores, o que foi noticiado no ano de 2005 pela mídia e pela própria AES Florestal.

2. *Na responsabilidade contratual, em regra, o termo inicial da contagem dos prazos de prescrição encontra-se na lesão ao direito, da qual decorre o nascimento da pretensão, que traz em seu bojo a possibilidade de exigência do direito subjetivo violado, nos termos do disposto no art. 189 do Código Civil, consagrando a tese da actio nata no ordenamento jurídico pátrio.*

3. *Contudo, na responsabilidade extracontratual, a aludida regra assume viés mais humanizado e voltado aos interesses sociais, admitindo-se como marco inicial não mais o momento da ocorrência da violação do direito, mas a data do conhecimento do ato ou fato do qual decorre o direito de agir, sob pena de se punir a vítima por uma negligência que não houve, olvidando-se o fato de que a aparente inércia pode ter decorrido da absoluta falta de conhecimento do dano. Inteligência da Súmula 278 do STJ.*

4. Constata-se aqui a subsunção da situação fática à norma constante do art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o recorrido alega que foi vítima de contaminação ambiental decorrente dos produtos venenosos utilizados no tratamento dos postes de luz destinados à distribuição de energia elétrica aos consumidores.

Incidência do prazo prescricional quinquenal (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor), iniciando-se sua contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

5. No caso, tendo o recorrido tomado ciência da contaminação do solo e do lençol freático de sua localidade - momento em que lhe foi possível dessumir a desvalorização imobiliária (dano material) - no ano de 2005, ressoa inequívoca a não ocorrência da prescrição, haja vista que a demanda foi ajuizada em 2009.

6. Quanto aos danos morais, é certo que, da mera publicização do acidente ambiental, não ocorreu imediatamente o prejuízo à saúde, fazendo-se mister,

para o nascimento da pretensão, fosse primeiro diagnosticada a doença e constatado que ela se desenvolvera em decorrência da poluição da área atingida. Assim, parece certa a não ocorrência da prescrição, porquanto não transcorrido o prazo de 5 anos nem mesmo da notícia do acidente ambiental, sendo óbvio que o diagnóstico da doença e sua causa somente se deram em momento posterior.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.354.348/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26.8.2014, DJe 16.9.2014)

No REsp 1.354.348/RS, cuja ementa foi acima transcrita, cuidava-se de dano ambiental, e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor justificava a exceção ao princípio da *actio nata*, com a fluência do prazo de prescrição apenas a partir do conhecimento do dano, nos termos do art. 27 do citado Código.

Mais recentemente, no julgamento do REsp 1.334.442-RS (acórdão pendente de publicação), em que o patrocinador de entidade de previdência privada buscava o ressarcimento de contribuições indevidamente recebidas por familiar de assistido morto, entendeu a 4ª Turma, por maioria, que o prazo de prescrição corre da data do ato ilícito (teoria objetiva) e não da data de sua ciência pelo lesado. Ficou vencido o Ministro Luís Felipe Salomão que, conforme viés mais humanizado já admitido em seu voto no REsp 1.354.348/RS para a responsabilidade extracontratual, adotava como marco da prescrição a data da ciência pelo lesado (teoria subjetiva).

Não procede o argumento de que, no caso ora em exame, não poderia o prazo fluir da data da lesão, porque o ato lesivo consistiu justamente na ocultação de informações relevantes para que os associados à autora pudessem avaliar o preço justo de suas cotas e, portanto, ter conhecimento do prejuízo ocorrido quando de sua venda ou resgate.

Com efeito, mesmo em caso de dolo, caracterizado, precisamente, pela má-fé e ocultação da realidade pelo contratante em face do qual ajuizada a ação, orienta-se a jurisprudência do STJ no sentido de que o prazo de decadência conta-se da data do fato lesivo e não da ciência da lesão, como se verifica, entre outros, dos seguintes julgados:

Agravo regimental no recurso especial. Negócio jurídico. Prescrição. Prazo. Termo *a quo*. Data do negócio jurídico objeto de anulação. Inteligência do art. 178, § 9º, inc. V, alínea "b" do Código Civil de 1916. Agravo regimental não provido.

1. O prazo de quatro anos para o recorrente postular a anulação do contrato de compra e venda eivado do vício de consentimento, tem início na data de

celebração do contrato ou da prática do ato, e não a data da ciência do erro ou dolo. Inteligência do artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, ressaltando-se que o próprio Código Civil de 2002 manteve a tradição de tomar a data do contrato como prazo - corretamente considerado decadencial - para se pedir sua anulação.

2. Agravo regimental não provido.

(REsp 1.188.398/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 16.8.2011)

Civil. Contrato. Anulação por herdeiros da classe dos colaterais. Prescrição. Termo inicial.

O termo inicial do prazo prescricional para os herdeiros integrantes da classe dos colaterais ingressarem com ação anulatória de contrato de compra e venda de imóvel, fundada em vício de consentimento do vendedor autor da herança, decorrente de dolo dos compradores, é o dia da celebração do contrato, conforme o disposto no artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil.

Recurso não conhecido.

(REsp 147.729/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 9.9.2002)

Como alerta o Ministro Eduardo Ribeiro, no parecer já mencionado:

32. Tendo-se em conta que o fundamento do instituto em exame encontra-se na ordem pública, na necessidade de segurança e, por isso mesmo, de paz social, admitir-se que o início do prazo se condicionasse ao conhecimento por parte titular do direito corresponderia a ter-se como consequência o oposto do que se intenta alcançar com a prescrição.

33. Introduzir-se-ia, fatalmente, grave incerteza, quanto aos prazos de extinção das pretensões, fazendo-os depender de evento futuro e incerto, como o é o efetivo conhecimento do fato pelo interessado. E assim fosse, estaria sendo eliminada a possibilidade de se atingir a finalidade do instituto, ou seja, que o decurso do prazo, levando a que se extinga a pretensão, propicie segurança e tranquilidade na vida social. Ter-se-ia de aceitar que pretensões pudessem ser exercidas muito após o prazo estabelecido em lei, inteiramente comprometidos os valores a que se pretende atender.

34. O exame, tanto do texto da lei - art. 189 -, como da razão de ser do instituto, conduz inequivocamente à conclusão de que, colocar-se o termo inicial do prazo prescricional no conhecimento do fato pelo interessado constitui excepcionalidade, só ocorrente nas hipóteses em que assim expressamente previsto.

E tocando no ponto sensível do caso ora em apreciação:

39. Por certo que o não conhecimento da lesão representa dificuldade séria ao exercício da pretensão. Em face dessa possibilidade, entretanto, valorizou-se a necessidade de paz social, que seria gravemente comprometida, caso se generalizasse a possibilidade de eficazmente arguir fato de tão difícil apuração.

40. Aliás, caso se pretendesse dar abrigo a tal situação, mereceria também consideração o fato de o titular do direito ser pessoa de poucas luzes, que não saberia exatamente como proceder e, mesmo, não atinasse para a existência de uma violação do direito, embora tendo ciência do fato. A segurança e a paz social sofreriam sério abalo, tantos seriam os casos em que não haveria cogitar de prescrição, não se sabendo quando teria início seu curso.

No caso em exame, o acórdão recorrido adotou a teoria subjetiva, a qual, como visto, não encontra apoio no art. 189 do Código Civil, e, quanto à data do conhecimento da lesão pelos associados da autora, afastou:

1. a data em que foram noticiados na imprensa alguns dos mais relevantes fatos narrados na inicial (aquisição pelos gestores da InvestVale de expressivo número de cotas nos meses anteriores à sua supervalorização, mediante suposto uso de informação privilegiada);

2. abertura de inquérito pela CVM, porque a instauração do inquérito apenas deflagra o procedimento e não constitui fato que propiciasse aos supostos lesados a ciência inequívoca da possível ilicitude e conseqüente dano;

3. a própria decisão da CVM, porque os fatos nela coligidos seriam apenas “quase suficientes para o ajuizamento da presente demanda”.

Descartando todos esses possíveis marcos para o início da prescrição, concluiu o acórdão que “em verdade, assiste razão à autora em sustentar que apenas com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Federal, é que teve conhecimento da lesão aos cotistas”. Isso porque a denúncia “contém todos os elementos e informações necessários à propositura da presente demanda”.

Vê-se, portanto, o subjetivismo da concepção acerca do início do prazo de prescrição, o qual foi deixado pelo acórdão recorrido ao alvedrio do autor da ação, de forma incompatível com a teoria objetiva adotada pelo art. 189 do Código Civil.

Nesse ponto, observo que embora a propositura da ação penal não tenha relevância, ao meu sentir, para o efeito de marcar o conhecimento da lesão - seja porque o próprio acórdão admite que significativa parte dos fatos já havia sido noticiada pela imprensa, seja porque o Código adotou a teoria objetiva - entendo que, quanto à causa de pedir coincidente com a denúncia (segundo

pedido, item 46. b), incide a regra impeditiva do curso da prescrição estabelecida no art. 200 do Código Civil.

Com efeito, a denúncia do Ministério Público Federal (e-STJ fls. 183/218 e 212/218), logo em suas primeiras páginas, já afirma que os denunciados promoveram alterações no Estatuto de forma fraudulenta para se enriquecer, “*além de terem sonegado informações relevantes aos respectivos cotistas, mantendo-os em erro em benefício próprio e ainda provocando consideráveis perdas patrimoniais para diversos deles*” (e-STJ fl. 186).

E mais adiante, em diversos momentos ainda assim é mencionado (e-STJ fls. 195/213):

A razão de se manter desinformados os cotistas era óbvia, uma vez que, se estes soubessem da grande possibilidade de liberação das cotas bloqueadas em data próxima de forma alguma teriam permitido a alteração do Estatuto para garantir o pagamento da milionária quantia aos Diretores, sob a inusitada rubrica “taxa de liquidez”.

(...)

Assim, embora os cotistas não tivessem qualquer informação acerca da possibilidade de liberação das cotas caucionadas, tendo mesmo vários deles se desfeito de suas ações em data bem próxima à efetiva liberação, os administradores do INVESTVALE, ora denunciados, continuavam adquirindo cotas, inclusive em período bem próximo à RCA acima mencionada, na mais absoluta certeza de que lograriam a antecipação da liquidez...

(...)

Pior ainda, as orientações passadas aos cotistas eram sempre no sentido de que não havia previsão de liberação antecipada das cotas, que somente deveria se dar com o pagamento da última prestação do empréstimo feito junto ao BNDES, em julho de 2009.

(...)

Tal sonegação de informação, aliada ao falso lapso temporal de liquidação que era passado aos cotistas (ano de 2009), estimulou os mesmos a venderem aos denunciados as suas cotas pelo ínfimo valor de R\$ 35,00.

(...)

Quanto ao último fato, já devidamente tipificado na prefacial, é de se repisar que os milhares de cotistas do Clube não tinham quaisquer informações acerca da possibilidade de liberação das cotas caucionadas junto ao BNDES, tendo vários deles se desfeito de suas ações em data bem próxima à efetiva liberação, enquanto os administradores do INVESTVALE, denunciados, continuavam adquirindo cotas nos percentuais máximos permitidos e em período próximo à sua liberação, na mais absoluta certeza de que lograriam a antecipação da liquidez.

De se anotar que a causa de pedir do segundo pedido (item 46.b) encontra-se em total consonância com os termos da denúncia, de forma que incide o disposto no art. 200 do Código Civil, segundo o qual em se tratando de pedido relativo a indenização *ex delicto* o prazo de prescrição somente tem início com a sentença condenatória definitiva. Assim dispõe o Código:

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

A respeito:

Civil e Processo Civil. Ação civil *ex delicto*. Prescrição. Prazo. Suspensão. Requisitos. Indenização. Dano moral. Valor. Revisão. Possibilidade, desde que o valor seja excessivo ou irrisório. Verbas sucumbenciais. Distribuição. Critérios. Dispositivos legais analisados: arts. 200 do CC/2002 e 21, parágrafo único, do CPC.

1. Ação ajuizada em 26.6.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.11.2012.

2. Recurso especial em que se discute a contagem do prazo prescricional em ação civil *ex delicto* e a razoabilidade do valor fixado a título de danos morais.

3. O comando do art. 200 do CC/2002 incide quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal, isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal, sendo fundamental a existência de ação penal em curso ou ao menos inquérito policial em trâmite.

4. O art. 200 do CC/2002 se limita a assegurar que o prazo prescricional não começa a fluir antes do trânsito em julgado da sentença penal, nada obstando a vítima de ajuizar a ação civil independentemente do resultado final da ação na esfera criminal.

5. O valor da indenização por danos morais fixado pelo Tribunal *a quo* somente pode ser reapreciado em sede de recurso especial quando o valor arbitrado se mostrar manifestamente excessivo ou irrisório, circunstância inexistente na espécie.

6. Recurso especial da autora desprovido. Recurso especial do réu parcialmente provido.

(REsp 1.354.350/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.2.2014, DJe 6.3.2014)

Recurso especial. Ação de responsabilidade civil por fato de outrem (empregador). Art. 932, II, CC/2002. Acidente de trânsito causado por preposto. Falecimento do marido. Danos materiais e morais. Ação penal. Causa impeditiva da prescrição. Art. 200 do CC/2002. Ocorrência.

1. Impera a noção de independência entre as instâncias civil e criminal, uma vez que o mesmo fato pode gerar, em tais esferas, tutelas a diferentes bens jurídicos, acarretando níveis diversos de intervenção. Nessa seara, o novo Código Civil previu dispositivo inédito em seu art. 200, reconhecendo causa impeditiva da prescrição: “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

2. Estabeleceu a norma, em prestígio à boa-fé, que o início do prazo prescricional não decorre da violação do direito subjetivo em si, mas, ao revés, a partir da definição por sentença, no juízo criminal, que apure definitivamente o fato. A aplicação do art. 200 do Código Civil tem valia quando houver relação de prejudicialidade entre as esferas cível e penal - isto é, quando a conduta originar-se de fato também a ser apurado no juízo criminal -, sendo fundamental a existência de ação penal em curso (ou ao menos inquérito policial em trâmite).

3. Na hipótese, houve ação penal com condenação do motorista da empresa ré, ora recorrida, à pena de 02 (dois) anos de detenção, no regime aberto, além da suspensão da habilitação, por 06 (seis) meses, como incurso no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, c/c art. 121, § 3º, do Código Penal, sendo que a causa petendi da presente ação civil foi o ilícito penal advindo de conduta culposa do motorista da empresa recorrida.

4. O novo Código Civil (art. 933), seguindo evolução doutrinária, considera a responsabilidade civil por ato de terceiro como sendo objetiva, aumentando sobejamente a garantia da vítima. Malgrado a responsabilização objetiva do empregador, esta só exsurdirá se, antes, for demonstrada a culpa do empregado ou preposto, à exceção, por evidência, da relação de consumo.

5. Assim, em sendo necessário - para o reconhecimento da responsabilidade civil do patrão pelos atos do empregado - a demonstração da culpa anterior por parte do causador direto do dano, deverá, também, incidir a causa obstativa da prescrição (CC, art. 200) no tocante à referida ação civil *ex delicto*, caso essa conduta do preposto esteja também sendo apurada em processo criminal.

Dessarte, tendo o acidente de trânsito - com óbito da vítima - ocorrido em 27.3.2003, o trânsito em julgado da ação penal contra o preposto em 9.1.2006 e a ação de indenização por danos materiais e morais proposta em 2.7.2007, não há falar em prescrição.

6. É firme a jurisprudência do STJ de que “a sentença penal condenatória não constitui título executivo contra o responsável civil pelos danos decorrentes do ilícito, que não fez parte da relação jurídico-processual, podendo ser ajuizada contra ele ação, pelo processo de conhecimento, tendente à obtenção do título a ser executado” (REsp 343.917/MA, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16.10.2003, DJ 3.11.2003, p. 315), como ocorre no presente caso.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.135.988/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8.10.2013, DJe 17.10.2013)

Embora o clube de investimentos não seja réu na ação penal, a sua responsabilidade civil se assenta nos delitos imputados a seus prepostos, réus na ação penal, incidindo, portanto, a causa impeditiva do curso da prescrição.

Assim, divergindo do entendimento fixado pelas instâncias de origem, entendo que o marco inicial da prescrição é a data da lesão, e não da ciência da lesão. Mas quanto ao segundo pedido, deduzido no item 46.b, penso que a prescrição somente tem início com a sentença condenatória definitiva, de forma que não se há de falar em prescrição.

6.2. Do prazo de prescrição

Conquanto a alteração do marco inicial da prescrição pudesse trazer, num primeiro momento, o provimento da pretensão contida no recurso especial quanto ao primeiro pedido (item 46. a), tem-se que o Tribunal de origem se equivocou também quanto ao prazo a ser aplicado à espécie.

Como já mencionado, a Corte de origem reconhece que a causa de pedir são violações ao estatuto do clube de investimentos.

O Estatuto é o conjunto de normas sobre a constituição, funcionamento e obrigações da entidade e de seus associados.

Não vejo como se afastar a natureza eminentemente contratual da matéria, eis que as partes têm relativa liberdade de dispor sobre os referidos temas, inclusive modificando-os ao longo do tempo.

Tal entendimento se reforça pelo próprio fato narrado nos autos de que houve alterações do estatuto promovidas por assembléia geral, com votação dos cotistas.

Nestes termos, independentemente da discussão sobre o marco inicial, tenho que o prazo de prescrição não é aquele previsto no art. 206, § 3º, IV e V, do Código Civil, eis que não se trata de hipótese de enriquecimento sem causa, nem tampouco da reparação civil ali prevista.

Por ocasião de recente julgamento, nos autos do Recurso Especial n. 1.361.182/RS, ainda pendente de encerramento, já me manifestei sobre o prazo de prescrição em ações em que a postulação reparatória tem suas raízes em descumprimento ou ilicitude de cláusulas contratuais, entendendo incidir o art. 205 do Código Civil.

Na referida ocasião, me pronunciei apresentando os motivos pelos quais entendo não se tratar das hipóteses do art. 206, § 3º, IV e V, do Código Civil, pedindo licença para reiterá-los no presente caso.

Com relação à aplicação do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, estabelece a referida norma:

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

E o Código Civil ainda disciplina a matéria nos seguintes termos:

Capítulo IV

Do Enriquecimento Sem Causa

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

O Código em vigor estabeleceu o enriquecimento sem causa como instituto de aplicação subsidiária, ao dispor expressamente que “*não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.*”

Assim, ao meu sentir, não é relevante o nome dado pelo autor à ação, mas o pedido e a causa de pedir. *De lege lata*, apenas será ação de ressarcimento de enriquecimento sem causa, submetida ao prazo específico do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, caso se pretenda ressarcimento em hipótese em que a lei não confira ao lesado outros meios para buscar a recomposição do prejuízo.

Solução diversa implicaria conferir à ação tida pelo Código como subsidiária, caráter amplo, estendendo seu cabimento para as mais diversas hipóteses de enriquecimento decorrente de ato unilateral ou negocial.

Em reforço, observo que se a ação de ressarcimento de enriquecimento sem causa a que alude o art. 206, § 3º, IV tivesse o alcance preconizado,

englobando no termo “*sem causa*” o enriquecimento ilícito, desnecessário seria que o próprio art. 206, § 3º, VI fizesse incluir menção expressa à “*pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé*” (inciso VI), outra hipótese de enriquecimento ilícito.

O enriquecimento é o termo genérico para o aumento de patrimônio.

O enriquecimento ilícito/indevido diferencia-se do enriquecimento sem causa (sem relação jurídica subjacente que dê base ao enriquecimento).

A ilicitude diz respeito à antijuridicidade. A justa causa prevista nos arts. 884/886 do CC, a uma relação jurídica de direito material que justifique o enriquecimento.

As ilhas e a aluvião, por exemplo, são hipóteses de enriquecimento sem causa lícito. Repare-se que há acréscimo patrimonial que não decorre de relação jurídica de direito material subjacente (mas de fatos naturais) e que é admitido pelo Direito (arts. 1.249 e 1.250 do CC). Não ofendem o sistema jurídico porque não há enriquecimento à custa de outrem.

Já na avulsão, há o enriquecimento também sem causa, mas a custa de outrem (que perde a terra por força natural violenta). Neste caso, há o dever de indenizar/restituir (aqui, porém, com prazo decadencial previsto - art. 1.251 do CC).

Anoto que o enriquecimento sem justa causa pode decorrer não só de fatos naturais, mas também de situação em que haja relação contratual entre as partes, desde que se alegue que esta relação não seja título a hábil a justificar o enriquecimento de uma das partes em detrimento da outra. Neste caso, *se não houver outro meio previsto no ordenamento jurídico para ressarcimento do prejuízo sofrido*, caberá a ação de enriquecimento sem causa a que se refere o inciso IV do § 3º, do art. 206.

É o que sucede, por exemplo, nos casos julgados pela 2ª Seção, sob o rito do art. 543-C, em que o contrato de financiamento de plantas comunitárias de telefonia (PCTs) não previa o reembolso dos valores investidos pelo autor da ação, tendo sido assentado que “A pretensão de ressarcimento do valor pago pelo custeio de Plantas Comunitárias de Telefonia (PCTs), não existindo previsão contratual de reembolso pecuniário ou por ações da companhia, submete-se ao prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177), e de 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inc. IV),

observada a fórmula de transição prevista no art. 2.028 do mesmo diploma legal.”

Com efeito, havendo contrato em que o consumidor/investidor se obrigou a pagar os custos para a construção da planta telefônica, a fim de ter acesso ao serviço telefônico, e considerando que esse contrato não contivesse previsão de ressarcimento dos valores investidos, o consumidor/investidor não teria como executar o contrato, a fim de obter a devolução do investimento, ou mesmo não teria base contratual para ajuizar ação de cobrança, ação monitória, ou ação de rescisão contratual por inadimplemento de obrigação não prevista no contrato. Igualmente não caberia ação de repetição de indébito, pois não se questiona que pagou bem e que o contrato foi cumprido naquilo em que nele previsto, por ambas as partes. À falta de qualquer outro meio previsto no ordenamento jurídico para ressarcimento do prejuízo que entendeu ter sofrido, somente lhe restaria a ação subsidiária de enriquecimento sem causa a que se refere o inciso IV do § 3º, do art. 206.

Na presente situação dos autos, não há, a meu ver, ausência de causa. Há um contrato (Estatuto) e há cláusulas específicas prevendo uma determinada fórmula de cálculo do valor patrimonial das ações impugnado pela parte autora, bem como deveres anexos inerentes ao contrato, especialmente a prestação correta de informações.

Há uma relação jurídica contratual e o comportamento dos réus a que a parte autora atribui contrariedade ao estatuto e ao sistema do ordenamento jurídico, pretendendo substituir o valor arbitrário estabelecido para as cotas de ações pelo valor calculado conforme o estatuto.

Não se cuida, portanto, ao meu sentir de hipótese legalmente definida como “ação de ressarcimento de enriquecimento sem causa”, instrumento processual de natureza subsidiária, nos termos do art. 886 do mesmo Código (Capítulo IV - “Do enriquecimento sem causa”).

Assim, inaplicável, no caso concreto, ao meu sentir, o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil.

Passo então ao exame do art. 206, § 3º, V, do Código Civil, que atribui o prazo de três anos à pretensão de reparação civil.

A respeito da reparação civil, o Código assim estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A jurisprudência deste Tribunal, em reiterados precedentes, tem entendido que o prazo trienal estabelecido no inciso V do § 3º do art. 206 aplica-se apenas às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.

Entre inúmeros outros precedentes, destaco:

Comercial e Processual Civil. Telecom. CRT. Contrato de participação financeira. Complementação de ações. Diferença. Prescrição. Direito pessoal. Dividendos. Arts. 177 do CC/1916, 205 e 2.028 do CC/2002. Valor patrimonial da ação. Apuração. Critério. Balancete do mês da integralização. Recurso especial repetitivo. Lei n. 11.672/2008. Resolução/STJ n. 8, de 7.8.2008. Aplicação.

I. Nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil.

II. A complementação buscada pelos adquirentes de linha telefônica mediante contrato de participação financeira, deve tomar como referência o valor patrimonial da ação apurado com base no balancete do mês da respectiva integralização (REsp n. 975.834/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU de 26.11.2007).

III. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.033.241/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 22.10.2008, DJe 5.11.2008)

Civil e Processual Civil. Ação de cobrança. Parcelas pagas antecipadamente a título de Valor Residual Garantido - VRG. Prescrição. Prazo ordinário decenal. Art. 205 do CC/2002. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência.

(...)

4. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

5. Não se tratando de pedido fundado no princípio que veda o enriquecimento sem causa, mas de restituição de quantias em razão de contrato de leasing, cuja natureza contratual, como já decidiu esta Corte, basta para conferir caráter pessoal às obrigações dele decorrentes, a prescrição para essa ação é a geral.

6. Em consonância com a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002, não tendo transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga quando o novo Código Civil entrou em vigor, considerando-se, conforme consignado na sentença, “que o contrato firmado entre as partes deu-se em 1995 e os pagamentos a título de VRG a partir de então”, incide o prazo prescricional decenal do art. 205 do CC/2002, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.

(...)

(REsp 1.174.760/PR, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 1º.12.2011, DJe 9.12.2011)

Agravo regimental. Recurso especial. Vícios de construção. Prazo. Garantia. Prescrição. Prazo. Dez anos. Cláusula de reserva de plenário.

1. “O prazo de cinco (5) anos do art. 1.245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuada, é de garantia e não de prescrição ou decadência.

Apresentados aqueles defeitos no referido período, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos” (REsp 215.832/PR, Rel. Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Quarta Turma, julgado em 6.3.2003, DJ 7.4.2003, p. 289).

2. Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeito da obra, na vigência do Código Civil de 1916, e em 10 anos, na vigência do Código atual, respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

3. Não se aplica o prazo de decadência previsto no parágrafo único do art. 618 do Código Civil de 2012, dispositivo sem correspondente no código revogado, aos defeitos verificados anos antes da entrada em vigor do novo diploma legal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.344.043/DF, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 4.2.2014)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ação de reparação civil por danos decorrentes de inadimplemento contratual. Prescrição decenal.

1. Aplica-se o prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil, à reparação civil por danos decorrentes de inadimplemento contratual. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.327.784/ES, de minha relatoria, julgado em 27.8.2013, DJe 6.9.2013)

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Reexame de provas. Inviabilidade. Inadimplemento contratual. Prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. Inaplicabilidade.

1. Não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade quando o Tribunal apenas adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

2. O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil cuida do prazo prescricional relativo à indenização por responsabilidade civil extracontratual, disciplinada pelos artigos 186, 187 e 927 do mencionado Diploma.

3. A Corte local apurou que a presente execução versa sobre montante relativo a não cumprimento de obrigação contratual, por isso que não é aplicável o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.222.423/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.9.2011, DJe 1º.2.2012)

Igualmente nos pedidos de repetição de indébito em ações revisionais de contrato bancário é unanimemente aplicado o prazo de dez anos (a respeito: AgRg no AREsp 635.192/PR, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 18.6.2015, DJe 4.8.2015; AgRg no AREsp 613.323/RS, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 10.3.2015, DJe 23.3.2015; AgRg no AREsp 426.951/PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 3.12.2013, DJe 10.12.2013; AgRg no Ag 1.401.863/PR, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, julgado em 12.11.2013, DJe 19.11.2013; AgRg no AREsp 32.822/RS, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Terceira Turma*, julgado em 13.8.2013, DJe 22.8.2013; AgRg no REsp 1.057.248/PR, 3ª Turma, Rel. Min. *Sidnei Beneti*, DJe de 4.5.2011; REsp 1.326.445/PR, Rel. Ministra *Nancy Andrigbi*, *Terceira Turma*, julgado em 4.2.2014, DJe 17.2.2014; AgRg no Ag 1.291.146/MG, 4ª Turma, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe de 29.11.2010; e REsp 685.023/RS, 3ª Turma, Rel. Min. *Carlos Alberto Menezes Direito*, DJ de 7.8.2006).

Embora em diversos destes precedentes tenha constado como motivação a distinção entre direito pessoal e real, a qual de fato não mais é estabelecida pelo Código como critério de definição de prazo de prescrição, outros precedentes há em que sólida fundamentação doutrinária sustenta a opção teórica adotada pela jurisprudência dominante do STJ a propósito do inciso V do § 3º do art. 206.

Refiro-me especialmente ao acórdão da 4ª Turma, no REsp 1.222.423/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão (ementa acima transcrita), de cujo elucidativo voto transcrevo:

Com efeito, cuida-se de responsabilidade civil contratual, e não aquiliana.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que o Código Civil diferencia a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, observando que aquela está disciplinada nos artigos "395 e s. e 389 e s. e esta nos "arts. 186 a 188 e 927":

(...)

No mesmo diapasão, leciona José de Aguiar Dias:

O Código Civil distinguiu entre responsabilidade contratual e extracontratual, regulando-as em seções marcadamente diferentes do seu texto. Confirma-o Sérgio Cavalieri, quando diz que "*há vantagens práticas indiscutíveis na divisão da responsabilidade civil em aquiliana e contratual, sem que isso interfira na sua unidade conceitual genérica e que "o nosso Código Civil faz essa divisão, podendo-se dizer que, enquanto o art. 186 disciplina, genericamente, a responsabilidade aquiliana, o art. 389 cuida dos efeitos decorrentes da responsabilidade contratual". (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, ps. 127 e 128)*

(...)

Carlos Alberto Dabus Maluf, com referência à doutrina de Humberto Theodoro Júnior, observa que o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil cuida do prazo prescricional relativo à indenização por responsabilidade civil aquiliana, disciplinada pelos artigos 186 e 187 do mencionado Diploma:

A Lei civil anterior não previa prazo específico para essa hipótese, sujeitando-se ela ao prazo geral.

[...]

A reparação civil decorrente de ato ilícito está disciplinada pelos arts. 186 e 187 da Lei Civil de 2002. Sendo certo que, na obrigação de indenizar nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC), o lapso prescricional será o mesmo.

Tratando-se de inovação, sem a correspondência no direito anterior, fica excluída a regra de transição do art. 2.028 nesta hipótese, ressalvado, apenas, o efeito imediato (art. 6º da LICC).

[...]

*Ainda para Humberto Theodoro Júnior: “Quando a norma do art. 206, § 3º, inciso V, fala em prescrição da ‘pretensão de reparação civil’, está cogitando da obrigação que nasce do ilícito stricto sensu. Não se aplica, portanto, às hipóteses de violação do contrato, já que as perdas e danos, em tal conjuntura, se apresentam com função secundária. O regime principal é o do contrato, ao qual deve aderir o dever de indenizar como acessório, cabendo-lhe função própria do plano sancionatório. Enquanto não prescrita a pretensão principal (a referente à obrigação contratual) não pode prescrever a respectiva sanção (a obrigação pelas perdas e danos). Daí que enquanto se puder exigir a prestação contratual (porque não prescrita a respectiva pretensão), subsistirá a exigibilidade do acessório (pretensão ao equivalente econômico e seus acréscimos legais). É, então, a prescrição geral do art. 205, ou outra especial aplicável in concreto, como a quinquenal do art. 206, § 5º, inciso I, que, em regra, se aplica à pretensão derivada do contrato, seja originária ou subsidiária a pretensão. Esta é a interpretação que prevalece no Direito Italiano (Código Civil, art. 2.947), onde se inspirou o Código brasileiro para criar uma prescrição reduzida para a pretensão de reparação do dano. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Código Civil Comentado: artigos 189 a 232**. Atlas: São Paulo, 2009, ps. 111-112)*

Nessa toada, cumpre consignar que, em obra doutrinária, coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, são feitos os seguintes comentários a respeito do dispositivo em comento:

Sem regra semelhante no Código de 1916.

A reparação civil encontra residência nos arts. 186 e 187. Também haverá obrigação de indenizar nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC).

Por se tratar de inovação, sem correspondência do direito anterior, fica excluída a regra de transição do art. 2.028 nesta hipótese, ressalvado, apenas, o efeito imediato (art. 6º da LICC). (PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil Comentado**. 2 ed. Barueri: Manole, 2008, p. 158)

Desse modo, tendo a Corte local apurado que a presente execução diz respeito a montante decorrente do não cumprimento de obrigação contratual, isto é, que não se trata de responsabilidade civil extracontratual, regrada pelos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil, não é aplicável ao caso o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

Nesse sentido, já decidi este colegiado no julgamento do REsp 1.121.243, relatado pelo em. Ministro Aldir Passarinho Junior, que o prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil não se aplica quando “a pretensão deriva do não cumprimento de obrigação e deveres constantes de contrato” (grifos não constantes do original)

Na ocasião, acompanhei o voto do Ministro Luís Felipe Salomão, ressaltando que o fazia “porque a obrigação tem natureza contratual, mesmo que, além da prestação inadimplida, esteja sendo postulada também indenização por perdas e danos. Sendo assim, a regra é aquela que rege a prescrição do contrato respectivo; não havendo regra especial para esse contrato, é a regra de dez anos pelo Código Civil atual.”

No âmbito da 1ª Seção, menciono a edição da Súmula 412 do STJ (“*A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil*”), ocasião em que sedimentado o entendimento no sentido de que repetição de indébito de tarifa (ou preço) não tem natureza tributária e que seu pedido se submete ao prazo de prescrição do art. 205 do CPC.

Voltando ao caso em exame, não vejo como diferenciar o pedido de indenização decorrente de ofensa ao estatuto dos demais casos de responsabilidade contratual citados. Se não há norma estipulando prazo específico, entendo aplicável o prazo decenal, regra geral do art. 205 do Código Civil.

Observo que a adoção do conceito amplíssimo de enriquecimento sem causa, somada ao enquadramento também da responsabilidade contratual no inciso V, do § 3º, do art. 206, embora tenha a inegável virtude de unificar o prazo trienal para a pretensão de ressarcimento e reparação civil, na prática, tornaria o prazo decenal do art. 205 - que o Código estabeleceu como regra geral - em norma raríssima incidência.

Reconheço, por fim, de *lege ferenda*, que seria imensamente conveniente a unificação dos prazos para a pretensão de reparação civil e ressarcimento de enriquecimento sem causa. Da mesma forma, associo-me à compreensão de que o atual prazo geral previsto pelo Código Civil no art. 205 não mais se revela compatível com a realidade social contemporânea, com a dinâmica das relações jurídicas e com a realidade de mercado hoje vigente, em que se urge pela rapidez e celeridade, sem se abrir mão da segurança jurídica.

Enfatizo, todavia, a impossibilidade de interpretação extensiva/ampliativa da regra de prescrição, sobretudo para reduzir o prazo que vinha sendo ditado pela jurisprudência dominante (2ª Seção, REsp 1.340.041/SP).

A ação foi ajuizada em 27.8.2007 (e-STJ fl. 1), de modo que há de se declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997.

7. Impugnação de mérito

No concernente à alegação relativa ao primeiro pedido (item 46.a - e-STJ fls. 3.942/3.946 da inicial), qual seja, “*pagar à Autora o valor real das cotas de seus associados, resgatadas, vendidas ou transferidas até a data da alienação pelo INVESTVALE da totalidade das ações da VALEPAR, a ser apurado nos termos do artigo 12 do Estatuto Social original e do artigo 11 do novo Estatuto Social do Clube, descontados os valores já recebidos*”, vê-se que todo o arazoado do especial funda-se em alegações de ofensa a dispositivos estatutários e em matéria eminentemente fática da lide.

A Corte local também apoiou seu julgamento na interpretação dos elementos de natureza contratual e circunstancial da demanda.

Assim constou do julgado (e-STJ fls. 3.636/3.647):

Passando ao mérito, aprecio inicialmente o pedido constante do item 46.a da petição inicial.

O Estatuto original do InvestVale (fls. 127/139, que vigorou até 29.4.2003, data de registro do novo estatuto na Bovespa, cf. fls. 3.016/3.025), em observância ao art. 4º da Instrução n. 40/84 da Comissão de Valores Mobiliários, previa que o resgate e a transferência de cotas se dariam pelo valor patrimonial das mesmas, consoante disposto no seu art. 14, § 2º:

Art. 14 – É facultado o resgate de cotas livres ou a transferência de cotas, observado o disposto neste Estatuto.

Parágrafo Segundo – O valor de resgate ou de transferência de cotas será o resultado da multiplicação da quantidade de cotas a serem resgatadas ou transferidas pelo valor unitário da cota, calculado conforme previsto no Art. 12 e seus parágrafos. (fl. 130)

Compreende-se que os fundadores do clube de investimentos tenham criado critério pré-estabelecido de fixação dos valores das cotas para efeito de resgate junto ao próprio clube, evitando assim que a administração tivesse de bolar critérios *ex nihil*, eventualmente trazendo prejuízos ao clube e/ou a seus cotistas.

Assim, estabeleceu-se o critério do valor patrimonial, o que é justo, considerando que os cotistas haviam aportado investimento próprio (ainda que simbólico) para a constituição do clube.

Para bem compreender o método de cálculo do valor patrimonial das cotas do Clube, usado de parâmetro para o resgate e a transferência de cotas, é preciso recorrer ao art. 12 e seus parágrafos, do Estatuto Social original (fl. 129):

Art. 12 – O valor patrimonial das cotas será apurado, diariamente, pelo Administrador do Clube.

Parágrafo Primeiro – O valor da cota é obtido dividindo-se o patrimônio do INVESTVALE pela quantidade de cotas existentes na respectiva data de apuração.

Parágrafo Segundo – O patrimônio do INVESTVALE é apurado valorando-se as ações que o compõem pela cotação média do último dia útil anterior, apurada em Bolsa de Valores onde habitualmente estas ações são mais negociadas, acrescido do somatório dos outros ativos integrantes da carteira do INVESTVALE, calculados conforme legislação em vigor.

Portanto, o valor patrimonial da cota é que deveria ser utilizado para efeito de resgate junto ao clube, ou de transferência de cotas.

O resgate de cotas, contudo, não era possível por duas razões: até a quitação (mesmo que parcial) do empréstimo com o BNDES, as cotas estavam bloqueadas, e o art. 14 do Estatuto apenas facultava o resgate de cotas livres; e de toda forma, o art. 59 do Estatuto original, por sua vez, impedia o resgate das cotas pelo prazo de 18 meses, admitida apenas a transferência entre cotistas, *verbis*:

As cotas integralizadas com ações da Companhia Vale do Rio Doce, se adquiridas no âmbito do Programa Nacional de Desestatização – PND ou através de qualquer outro mecanismo de desestatização que as autoridades competentes venham a estabelecer, ficarão bloqueadas durante 18 (dezoito) meses, sendo admitida a transferência entre cotistas.

Apesar disso, a Administração do 1º réu encontrou, ainda no ano de 1997, uma forma de facilitar as transferências de cotas entre cotistas, numa espécie de transação em tudo semelhante ao próprio resgate.

Como explanado no Informe InvestVale n. 08/97, de 11 de junho de 1997 (fl. 143), o cotista que estivesse interessado em vender cotas e não conhecesse quem as quisesse comprar, poderia preencher um formulário intitulado “*Nomeação de Representante para Transferência de Cotas*”, que estaria disponível nos Postos de Atendimento do InvestVale.

Concomitantemente, outros cotistas que tivessem interesse em adquirir cotas, deveriam encaminhar ao InvestVale formulário semelhante, e um cheque no valor das cotas que se pretendessem adquirir.

Dissemos linhas atrás que a transação em muito se assemelhava ao próprio resgate de cotas, porque também as cotas resgatadas pelo clube seriam

oferecidas para aquisição por parte dos demais cotistas (cf. esclarecimento do próprio clube, no Informe n. 02/97, de 19.3.1997, à fl. 141).

Ou seja, em ambos os casos, as cotas acabariam sendo transferidas a outros cotistas, por intermédio do Clube – fosse resgatando e depois repassando as cotas, fosse na qualidade de “representante” das partes.

Apesar da semelhança entre as operações, o clube-réu não adotou o critério de precificação estabelecido em seu próprio estatuto, fixando “valores de referência” a seu alvedrio, sem sequer esclarecer o método desse cálculo, conforme trechos que adiante reproduzimos (fl. 143):

“1) O valor nominal de suas cotas é calculado com base nos valores indicados diariamente no Vídeo Texto opção 5 item 3. Entretanto, caso você queira negociar suas cotas, este valor nominal não prevalece pelas seguintes razões:

“- a incerteza dos preços das ações ao longo do tempo;

“- as regras de liquidez impostas pelo Edital;

“- a possibilidade do resgate de cotas, pelo cotista, somente após 18 meses, conforme estabelece o Estatuto do INVESTVALE.”

(...)

“2) Se você realmente está pensando em negociar cotas do INESTVALE, é importante que você tenha um Valor de Referência que o oriente nesta transação.

“Apresentamos, no quadro abaixo, os Valores de Referência desta negociação, considerando as duas situações possíveis: você como cotista comprador ou você como cotista vendedor.

“Cotista Comprador

“N. de cotas	Valor da compra*
“626	R\$ 4.190,00
“313	R\$ 2.095,00

“* O cotista comprador paga este valor e assume a dívida.

“Cotista Vendedor

“N. de cotas	Valor (líquido)** de venda
“626	R\$ 4.019,88
“313	R\$ 2.009,94

“** Deduzidos a taxa de transferência, CPMF e o valor da dívida.

“3.2 – caso você tenha interesse em transferir ou adquirir cotas e não conheça quem queira comprá-las ou vendê-las, preencha um dos formulários *‘Nomeação de Representante para Transferência de Cotas, Cotista*

Vendedor ou Comprador?, conforme for o seu caso, que estarão disponíveis nos Postos de Atendimento do INVESTVALE, no dia 12.6.1997. Estes formulários, devidamente preenchidos, deverão ser entregues nos Postos de Atendimento do INVESTVALE, até o dia 20.6.1997.

“Nesta transação o cotista vendedor concorda na transferência da totalidade de suas cotas (626 ou 313), e o cotista comprador só poderá adquirir 1 ou mais lotes inteiros de cotas, sem direito a frações.”

(...)

“Havendo compradores, o cotista vendedor terá o respectivo valor de venda depositado na sua conta bancária no dia 4.7.1997.

“O cotista comprador deverá encaminhar, juntamente com o formulário devidamente preenchido, um cheque nominal ao INVESTVALE, no valor correspondente a quantidade de cotas que deseja adquirir. O INVESTVALE só efetuará o saque deste cheque no dia 25.6.1997.

“As transferências entre cotistas desconhecidos deverão ser efetuadas considerando-se os valores indicados no item 2.”

Como se vê, o próprio InvestVale, em detrimento do que expressamente determinava seu estatuto, decidiu que o valor patrimonial (ou “nominal”, na expressão usada no informe acima reproduzido) “não prevalecia”, mas sim um outro valor, fixado arbitrariamente pela Administração do clube, e que representava pouco mais de um terço do valor patrimonial da cota apurado no mesmo dia (cf. fl. 1.473).

Nas (idênticas) peças de resposta, os réus reiteraram o entendimento de que o valor patrimonial não poderia “prevalecer”, para tanto alegando que “o valor de venda da cota encontrado pelos supostos associados sofreu forte influência das condições do mercado na época, tais como: (i) volatilidade do mercado financeiro, (ii) iliquidez das cotas do Clube em razão do empréstimo junto ao BNDES, (iii) latente discrepância entre a oferta de vendas e a procura, fato notório à época” (fl. 2.924).

Ocorre que circunstâncias mercadológicas não constituem fundamento juridicamente suficiente para que os réus ignorassem as normas estatutárias.

No máximo, os “valores de referência” poderiam ser apenas o que o nome, a princípio, faz quer que fossem: um parâmetro que servisse de guia aos cotistas interessados em transferir suas cotas diretamente a outros cotistas.

Afinal, compreende-se que os cotistas, se quisessem transferir suas cotas diretamente entre si, o pudessem fazer ao preço que bem entendessem, ou mesmo de graça, à luz dos princípios da autonomia volitiva e da liberdade contratual, bem assim do direito que ao dono assiste de livremente dispor dos próprios bens – servindo o valor patrimonial da cota, nesse caso, tão somente para efeito de cálculo da taxa de transferência aludida no § 4º do art. 14 do Estatuto Social (fl. 130).

Contudo, o Clube, em intermediando a transação ou em resgatando as cotas, não poderia deixar de observar o critério impessoal estabelecido no seu Estatuto Social, que é sua lei interna.

Ademais, é de se supor que o Administrador do Clube, ao calcular o valor patrimonial da cotas, tenha considerado o Patrimônio líquido do clube – é dizer, já debitado o saldo devedor junto ao BNDES.

Note-se que essa prática, de fixar arbitrariamente o valor de compra e venda das cotas para efeito de transferência por intermédio do clube, e mesmo para efeito de resgate (quando se tornou possível fazê-lo), foi mantida pelo Clube ao longo dos anos, como se pode perceber pelos documentos de fls. 220 e 221.

Assim, enquanto em setembro de 2001, o Clube fixava o valor de R\$ 12,60 para venda de cotas bloqueadas (fl. 220), o “Jornal do InvestVale” de Julho/Setembro do mesmo ano (edição n. 21, Ano IV, fls. 217/218) informava que o valor da cota, de janeiro a setembro, havia variado entre R\$ 29,80 e R\$ 35,11 (fl. 218, verso).

A própria sentença recorrida, valendo-se de dados constantes da decisão do Colegiado da CVM, relata que em nenhum momento se fixou valor para venda das cotas superior a R\$ 35, (valor de julho/2003), ao passo que o valor patrimonial da cota, calculado pelo administrador, mesmo com o critério do custo de aquisição, era de R\$ 56,43 em 12.11.2003 – dado esse que não foi objetado pelos réus em seus recursos de apelo.

Apesar de reconhecer essa defasagem, o sentenciante, por infeliz equívoco na interpretação do pedido, entendeu que o item 46.a da inicial era improcedente, “porquanto o fato gerador questionado em juízo ocorreu em 17.12.2002 (...) e 14.11.2003” (cf. decisão de fls. 3.120/3.121).

Na verdade, a perfunctória leitura da peça inicial revela não ser essa a causa de pedir, no tocante ao pedido constante do item 46.a. o só fato de o Clube não haver observado o valor patrimonial da cota, apurado pelo próprio Administrador do InvestVale (cf. art. 12, *caput*, do Estatuto Social), conduz à forçosa procedência dessa parte do pedido.

Mas não é só isso.

Embora o valor patrimonial das cotas apurado pelo Administrador fosse cerca de três vezes o valor fixado arbitrariamente pelo Clube para efeito de resgate e transferência entre cotistas, esse valor patrimonial era ele mesmo sub-apreciado, considerando o método de contabilização do principal ativo do Clube (sobretudo a partir de meados de 2002), a saber: as ações da Valepar S.A.

Como já visto, o § 2º do art. 14 do Estatuto original estabelecia o critério de valoração do patrimônio do clube, tomando por referência a cotação média das ações que o compõem.

Não previa o Estatuto, nenhum método de contabilização de ações que não fossem negociadas em Bolsa de Valores, talvez em consequência do fato

de a Instrução CVM n. 40/84, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, vedar que clubes de investimentos possuam ações de companhias fechadas (fl. 3.350).

Fato é que, por um conjunto de circunstâncias que não convém relatar, o InvestVale veio a adquirir, mediante permuta com o BNDES, ações da Sociedade de Propósito Específico criada pelos vencedores do leilão de privatização da CVRD, denominada Valepar S.A.

Trata-se de companhia fechada, cujas ações não são negociadas em bolsa de valores, mas que tem por único objeto o controle da CVRD, cujas ações são seu único ativo, por força dos próprios termos do edital de privatização, cuja cópia consta dos autos.

Por isso, ainda que as ações da Valepar não sejam negociadas em bolsa de valores, seu valor patrimonial guarda relação direta com a cotação das ações da companhia por ela controlada – a CVRD.

Prova eloqüente disso é o fato de, por duas oportunidades (em 1997 e em 2001, cf. fls. 3.238/3.243 e fls. 3.245/3.247), o primeiro réu haver permutado ações da CVRD por ações da Valepar, à razão de 1:1 – ou seja, aquiescendo que o valor das ações da companhia fechada era idêntico ao valor de mercado das ações da CVRD.

Também quando a Administração do Clube, através de seu presidente (ora segundo réu) e um seu Diretor, enviaram missiva ao BNDES (em julho de 2003, como esmiuçaremos adiante) para negociar a liberação de parte das ações Valepar que estavam caucionadas em garantia da dívida, usaram por parâmetro a cotação média das ações da CVRD, e não o custo de aquisição das ações Valepar.

Isso para não falar da própria venda das ações de emissão da Valepar à BNDESPar, em novembro de 2003, a preço que chegou mesmo a exceder a cotação das ações da CVRD, já que a empresa pública pagou ágio para a aquisição do lote de ações, pagando R\$ 135,05 por ação, quando a cotação média das ações CVRD ON na Bovespa fora de R\$ 128,56 no mesmo dia (tudo conforme item 9 do Balanço Anual InvestVale 2003, fl. 153).

Nessas circunstâncias específicas, não poderia o primeiro réu – ainda que se trate de prática aceitável nos métodos contábeis – avaliar a preço histórico as ações da Valepar, atribuindo-lhes o valor de arrematação das ações da CVRD no leilão de privatização.

É verdade que dos autos constam substanciosos pareceres (fls. 2.930/3 e fls. 2.934/76) dando conta da licitude do critério adotado pela Administração do primeiro réu para contabilização das ações de Valepar.

Mas esses pareceres se limitam a apreciar esse método contábil de forma abstrata, o que implica levar em conta apenas o fato de as companhias fechadas não terem ações negociadas no mercado mobiliário.

Ocorre que a discussão não está em saber se o critério do custo de aquisição é ou não admitido, mas sim se ele era o mais justo, à luz das circunstâncias do caso concreto, e essas circunstâncias são, basicamente:

(i) o fato de tratar-se de sociedade de propósito específico cujo único ativo são as ações da CVRD – ou seja, embora seja uma companhia fechada, ela representa (em termos grosseiros) um “pedaço” do capital social de uma companhia aberta;

(ii) o fato de o estatuto do clube não prever investimentos em ações de companhias fechadas, o que se justifica pelo objetivo social do clube, que era participar na administração da CVRD (companhia aberta)⁵;

(iii) o fato de a norma regulamentar aplicável aos clubes de investimentos (Instrução CVM n. 40/84) vedar que essas entidades tenham ações de companhias abertas; e

(iv) o fato de o InvestVale, ao transacionar ações da Valepar, sempre o fazer, no mínimo, pelo valor de mercado das ações da CVRD.

Especialmente em relação ao item “iv” acima, o uso do critério do custo de aquisição apenas e tão-somente para efeito de cálculo do valor patrimonial das cotas esbarra no princípio jurídico que veda o comportamento contraditório.

Como tantas vezes repisado nos autos, o uso de tal critério contábil implicou a manutenção de um mesmo valor histórico (R\$ 32,00) para as ações da Valepar nos balancetes do clube, importando numa evidente defasagem ao longo do tempo, patente quando contrastada com o valor de venda desses ativos no ano de 2003: R\$ 135,053 (cf. fls. 153 e 177).

Ora, mesmo contabilizadas ao custo de aquisição, as ações Valepar respondiam por quase 60% dos ativos do Clube em 31.12.2002 (cf. dados do relatório da decisão do Colegiado da CVM) – o que não dizer se fossem contabilizadas pelo valor de mercado das ações da CVRD.

Daí, entende-se a grave repercussão que teve esse critério demasiado tímido de contabilização dos ativos, para efeito de fixação do valor patrimonial das cotas do clube – que, de acordo com o estatuto social, serviriam de referência para os resgates e transferências de cotas, como já alinhavado linhas atrás.

A utilização do custo de aquisição, conquanto defensável nas circunstâncias de incerteza na apreciação de ativos não negociados em bolsa de valores (e, por isso, justificando o conservadorismo de sua valoração), deixa de ser razoável quando, embora se tratando de ações de companhia fechada, o patrimônio desta é constituído exclusivamente por ações de uma companhia aberta, continuamente negociadas em bolsa de valores, e que responde por parcela significativa do chamado indicador financeiro chamado IBovespa.

Todos os cotistas e ex-cotistas do InvestVale que, entre 15 de maio de 1997 (fl. 141) e 16 de dezembro de 2002 (véspera da data em que o clube firmou contrato de opção de compra e venda – “PUT” – das ações Valepar com o Bradespar),

efetuaram resgate de suas cotas ou as transferiram mediante intermediação do clube (e não diretamente a outros cotistas) fazem jus à diferença entre o valor recebido e o valor patrimonial real das cotas – a ser apurado tomando por referência a paridade entre as ações de emissão da Valepar e as ações ordinárias da CVRD.

Rever o posicionamento acima transcrito, com a devida vênia, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Acrescento que tampouco se apontou, nas razões do especial relativas ao tema específico (e-STJ fls. 3.942/3.948), de forma analítica e articulada, de que maneira teria havido ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais.

O recurso fica também obstado, no referido ponto, pela incidência da Súmula 284 do STF.

O mesmo se aplica quanto à alegação relativa ao segundo pedido, item 46. b e-STJ fls. 3.949/3.964.

Depreende-se das razões do recurso especial, tal como já relatado, que se invocam inúmeras questões circunstanciais relativas ao processo de negociação para desbloqueio das ações.

Invocam sistematicamente as disposições contratuais constantes das negociações para se afirmar a ausência de omissões de informação relevantes.

O Tribunal de origem, a seu turno, também com base nos elementos de prova dos autos, concluiu que a dinâmica em que se desenvolviam as negociações e o teor das informações eram de fato relevantes e deviam ter sido divulgadas aos cotistas.

Especificamente quanto à conduta do recorrente Francisco Valadares Póvoa, assim constou do acórdão (e-STJ fls. 3.655/3.659):

Há uma exuberância de elementos que permitem concluir, no conjunto, pela conduta (no mínimo) culposa dos administradores do clube.

Noto, inicialmente, que as negociações com a Bradespar se deram no curso de Assembléia Geral Extraordinária, realizada através de contatos telefônicos com a “Central de Atendimento ao Cotista” (o que, evidentemente, impossibilitava a discussão de matérias destacadas da minuta de estatuto, limitando o poder de voto a um mero “sim” ou “não”).

A Assembléia Geral Extraordinária, inicialmente prevista para o período de 18.11.2002 a 23.12.2002, teve seu termo final prorrogado para o dia 28.2.2003.

Segundo a petição inicial e a peça de denúncia oferecida pelo MPF (em alegação não impugnada pelos réus), a prorrogação do prazo da AGE se deu num momento em que a votação ainda não era suficiente para aprovação do novo estatuto, sendo certo que, com a dilação do prazo, atingiu-se o voto favorável de 40,31% dos cotistas, representando 59,32% das cotas.

Ora, o material de campanha enviado pela Administração do InvestVale aos cotistas (fl. 223), em que se exortava à aprovação do Estatuto, mencionava como principal objetivo da inovação atualizar o estatuto à “nova” Lei das S.A. e às novas normas estabelecidas pela CVM, mencionando ainda algumas alterações aparentemente inofensivas, como a eleição da Administração por chapas e a aprovação de “remuneração anual” aos administradores.

Nada se disse a respeito de uma significativa mudança no objetivo social do clube, concebido originalmente para garantir uma permanente participação dos empregados nos destinos da CVRD - objetivo esse que seria relativizado pela redação do art. 2 do Novo Estatuto, antecedido pelo objetivo de “oferecer ao cotista a máxima valorização patrimonial possível” (fl. 225).

Esse relevantíssimo intuito na alteração estatutária não foi devidamente esclarecido aos cotistas, mas viria a ser devidamente “confessado” pelo Clube no Relatório Anual 2003, cujo excerto se vê 149/153:

mudança no objetivo associativo do Clube, deixando para Plano secundário a característica de permanente representação na administração da CVRD, adicionando ainda o objetivo maior de maximizar a valorização patrimonial dos cotistas do clube;

Ou seja, os administradores do Clube, ao propor um novo estatuto, tinham consciência de que ele era necessário para conferir amparo jurídico à alienação da totalidade das ações Valepar, o que implicava a virtual extinção da participação dos empregados na administração da CVRD.

A decisão de prorrogar a AGE, tomada em 12.12.2002 (mesma data em que o ora segundo réu relatou ao Conselho de Administração que estavam em curso as negociações com a Bradespar) só pode ser entendida na medida em que o Estatuto original constituía um empecilho à operação.

Saliente-se que a Procuradoria Federal Especializada (atuante junto à CVM) entendeu que essa AGE, em razão de sua prorrogação, deixou de observar regras referentes à votação eletrônica, já que o art. 42, § 3º, da Resolução Bovespa n. 276/2001-CA estabelecia o prazo máximo de 30 dias para o envio da manifestação do voto.

Mas não era só a isso que o antigo estatuto oferecia obstáculo.

O § 2º do art. 31 do Estatuto original vedava expressamente a remuneração dos administradores do clube, enquanto a proposta de novo estatuto contemplava essa possibilidade.

Neste ponto, os cotistas foram informados da alteração, mas não com a minúcia necessária.

Tanto a já referida missiva de fl. 233, quanto a pauta da reunião do Conselho de Administração que decidiu convocar a AGE (resumida na peça de denúncia, fls. 189/190), quanto a própria redação final do art. 24 do Novo Estatuto (fl. 227 e 3.019) referiam-se apenas à “remuneração anual” dos diretores, fazendo supor - sobretudo a cotistas acostumados a viver de seu salário - tratar-se de valores fixos, ou ao menos previsíveis.

Já na reunião do Conselho de Administração de 15.4.2003, que definiu os valores dessa remuneração, além de uma remuneração por reunião de que participassem os administradores, foi proposta uma “taxa de liquidez”, que seria devida aos administradores em caso de liquidação antecipada da dívida do Clube junto ao BNDES, à razão de 0,035% do valor das cotas bloqueadas, por mês de antecipação.

Essa inusitada taxa de liquidez foi aprovada em Assembléia Geral Ordinária realizada em 20.5.2003, pelo voto representativo de apenas 20,16% das cotas do Clube.

A referida taxa de liquidez viria a ser efetivamente paga aos beneficiários em 6.1.2004, no valor total de quase R\$ 36 milhões, que somados à contribuição previdenciária sobre ela incidente, resultou num gasto de mais de R\$ 42 milhões ao InvestVale.

Os maiores beneficiários desse prêmio milionário foram o segundo réu e o Diretor Otto de Souza Marques Junior, embolsando cada um exatos R\$ 9.848.417,80 (o equivalente a 27,5% do total).

O conjunto desses fatos forma um emaranhado de condutas obscuras, fazendo quiçá concluir que os administradores do Clube não só se furtaram, negligentemente, de informar fatos relevantes aos cotistas, como talvez até os tenham omitido de plano.

Nesse sentido, extraio trechos do voto condutor da decisão colegiada da CVM, no tocante a este assunto:

Assim, ainda que a Assembléia Geral de 20.5.2003 tenha aprovado a instituição da taxa de liquidez, tal deliberação foi tomada sem que os cotistas tivessem disponíveis todas as informações relativas à proximidade da concretização da alienação das ações da VALEPAR de propriedade do INVESTVALE, bem como ao respectivo montante.

(...)

Concluo, por fim, que a taxa de liquidez em exame foi fixada quando os diretores do Clube já tinham a informação da proximidade da alienação das ações da VALEPAR de propriedade do INVESTVALE, sem que tal informação fosse disponibilizada aos demais cotistas, configurando a quebra do dever de fidúcia dos membros da Diretoria para com os cotistas do Clube.

Ao contrário, não só os administradores se furtaram de informar dados relevantes, como deixaram de oferecer as já débeis informações que vinham prestando nas demonstrações financeiras semestrais do Clube, como se apura do seguinte trecho do mesmo voto condutor da decisão administrativa sancionadora:

Destaque-se que até 30.6.2002 era feita uma provisão nas demonstrações financeiras do Clube que mostrava a diferença entre o preço de mercado das ações da VALE e o valor pelo qual seria feita a permuta pelas ações da VALEPAR. Ocorre que nos balanços de 31.12.2002 e 30.6.2003 o investimento foi lançado pelo valor histórico constando apenas nota explicativa com os seguintes dizeres: “Aplicações em renda variável - as ações de sociedades abertas estão avaliadas pelo valor de mercado. As ações de sociedades fechadas e ações de sociedades abertas que não tenham sido negociadas em bolsa de valores, por um período superior a seis meses, estão registradas pelo seu valor de custo na data de aquisição ou pelo último valor patrimonial, dos dois o menor”.

Ou seja, exatamente quando mais patente estava a distorção entre o valor real das ações Valepar e o valor lançado nas demonstrações financeiras do InvestVale, os administradores do clube de investimentos esconderam ainda mais a informação concernente à defasagem entre o valor histórico dessas ações e seu valor de mercado.

Não que nota de provisão em balanços semestrais, que sabidamente se servem de linguajar pouco acessível aos leigos, fosse bastante para bem informar a massa de cotistas.

Mas o fato é que, exatamente quando a informação se mostrava mais necessária, até essa pequena nota de provisão foi suprimida das demonstrações financeiras do clube, substituída por uma discreta nota explicativa, que na verdade pouco explicava.

Por fim, há o nada desprezível fato de os administradores do Clube haverem adquirido, só no exercício de 2003, um total de 31.100 cotas do clube, por preços sabidamente deflacionados - como já explicitado acima.

Na dianteira desse processo estavam o Presidente do Clube (ora segundo réu) e o Diretor Otto de Souza Marques Junior (que adquiriram 4.500 cotas cada um), coincidentemente, o mesmo que (i) relatou à Diretoria do Clube, junto com o Presidente, a conclusão das negociações com a Bradespar, (ii) firmou junto com o Presidente o ofício ao BNDES de 24.7.2003 e (iii) seria, ombro a ombro com o Presidente, o maior beneficiário da milionária taxa de liquidez.

Se com relação ao pedido “46.a”, carece a narrativa da imputação de atos culposos ao segundo réu, já com relação ao pedido “46.b” a única dúvida que

subsiste é entre a configuração da culpa e do dolo - o que, para os presentes efeitos de responsabilidade civil, pouco importa.

Vê-se, pois, que o mérito da demanda foi todo decidido à luz de elementos circunstanciais, fático-probatórios dos autos, cuja reforma impõe re-incursão pormenorizada nos contratos e na matéria fática da lide, o que encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

As próprias razões dos recursos especiais, tal como demonstrado nas transcrições constantes do relatório, se baseiam em circunstâncias em que teriam sido realizadas as operações de quitação do financiamento, bem como se amparam em cláusulas contratuais que reputam favoráveis à sua tese.

Inviável a reforma do ponto nesta sede processual, a teor dos verbetes acima mencionados.

Em face do exposto, conheço em parte do recurso especial de Clube de Investimento dos Empregados da Vale - INVESTVALE e, na parte conhecida, a ele dou parcial provimento apenas para declarar a prescrição da pretensão relativa ao pedido 46.a da inicial unicamente para as operações realizadas anteriormente a 27.8.1997.

Conheço em parte do recurso especial de Francisco Valadares Póvoa e, na parte conhecida, a ele nego provimento, uma vez que a condenação que lhe foi imposta refere-se apenas ao item 46.b, incidindo a causa obstativa do curso da prescrição estabelecida no art. 200 do Código Civil.

Fica a medida cautelar naturalmente prejudicada, devendo ser trasladada cópia do presente julgado àqueles autos.

Julgo prejudicada a Medida Cautelar n. 18.364/RJ.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, também quero cumprimentar os ilustres advogados pelas três excelentes sustentações orais que tivemos e cumprimento Vossa Excelência pela qualidade do voto detalhado, completo, que nos apresenta.

Acompanho o voto de Vossa Excelência.

RECURSO ESPECIAL N. 1.331.815-SC (2012/0133876-1)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: A da R L - espólio

Advogado: Ingrid Orlandi Brilinger e outro(s)

Recorrido: M G L (menor)

Repr. por: F G

Advogado: Eduardo Luiz Zanini Fernandes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil e Direito de Família. Sentença que reconheceu vínculo entre pai e filho. Efeitos *erga omnes*. Relação avoenga. Consequência jurídica da decisão. Coisa julgada. Violação. Não ocorrência. Ação declaratória incidental proposta pelo avô contra o neto. Pretensão de afastar a relação de parentesco sob o exclusivo fundamento de inexistência de vínculo biológico. Interesse de agir. Ausência.

1. Os efeitos da sentença, que não se confundem com a coisa julgada e seus limites subjetivos, irradiam-se com eficácia *erga omnes*, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual.

2. Reconhecida, por decisão de mérito transitada em julgado, a relação de parentesco entre pai e filho, a consecutiva relação avoenga (vínculo secundário) é efeito jurídico dessa decisão (CC/2002, art. 1.591), afigurando-se inadequada a ação declaratória incidental para a desconstituição do vínculo primário, sob o exclusivo argumento de inexistência de liame biológico.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi acompanhando o relator, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator.

Vencido o Ministro Raul Araújo, que dava provimento ao recurso especial. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista) e Maria Isabel Gallotti (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 16 de junho de 2016 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 1º.8.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da CF/1988, contra acórdão do TJSC assim ementado (e-STJ fl. 106):

Apelação cível. Ação declaratória deflagrada por avô contra neto, incidental a ação de alimentos ajuizada por este contra aquele. Existência de *res judicata* reconhecendo a filiação em outro processo. Ausência de litigiosidade da relação jurídica que se visa declarar. Falta de interesse processual na modalidade adequação. Extinção do feito sem resolução do mérito. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido.

O avô que é réu de ação de alimentos contra si movida pelo neto, não exhibe interesse tutelável, na modalidade adequação, para deflagrar ação declaratória incidental, objetivando a decretação de inexistência da relação de parentesco, matéria já decidida em ação de investigação de paternidade, movida pelo neto contra o filho, com trânsito em julgado.

Em suas razões, o recorrente, *Espólio de A. da R. L.*, aduz violados os arts. 5º e 472 do CPC/1973, outrossim apontando divergência jurisprudencial na interpretação dos referidos dispositivos legais. Defende o cabimento da ação declaratória proposta incidentalmente em demanda de alimentos visando à declaração de inexistência de relação de parentesco com o recorrido, a despeito da coisa julgada formada em ação de reconhecimento de paternidade promovida em face de seu filho, na qual assentado o vínculo parental.

Argumenta que “a sentença que resolve a ação de investigação de paternidade produz efeito tão somente em relação àquelas pessoas que dela participaram, salvo se todos os interessados houvessem sido citados e a ela integrados na qualidade de *litisconsortes*”, o que não teria ocorrido na espécie (e-STJ fl. 120).

Conclui que, não se submetendo aos efeitos da coisa julgada da outra demanda, a relação jurídica tornou-se controvertida quando ajuizada a ação de alimentos, o que autoriza o ajuizamento da declaratória incidental.

Em contrarrazões, o recorrido argumenta pela eficácia *erga omnes* da decisão que reconheceu a paternidade do filho do recorrente, ensejando a aplicação da regra do art. 1.696 do CC/2002. Pugna pela manutenção das conclusões do acórdão recorrido (e-STJ fls. 138/144).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso a fls. 183/186 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Cuida-se, na origem, de ação declaratória proposta por A. DA R. L. em face de M. G. L., com o objetivo de declarar a inexistência de relação de parentesco entre eles, vínculo que foi estabelecido por força do julgamento de procedência da ação de reconhecimento de paternidade proposta contra o filho do autor-recorrente por decisão transitada em julgado. O pedido declaratório foi apresentado em caráter incidental à ação de alimentos, promovida pelo recorrente contra o aqui recorrido.

A sentença de fls. 28/35 (e-STJ) extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, V e VI, do Código de Processo Civil. Para o juiz singular, não haveria interesse no manejo de ação declaratória incidental, cujo pedido era a desconstituição do vínculo parental. Acrescentou ainda que a relação havia sido reconhecida por decisão judicial com trânsito em julgado.

Interposta apelação, o TJSC negou provimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 103/111):

Esclareça-se que, anteriormente, o aqui recorrido ingressou com a investigatória de paternidade contra o filho do apelante, já falecido, o qual teria se esquivado de todas as formas da realização do aludido exame. A referida *actio* foi julgada procedente, a sentença foi prolatada pelo Juiz José Trindade dos Santos e transitou em julgado, sendo expedido mandado ao ofício de registro civil, lavrando-se a certidão de nascimento que instrumentaliza a ação de alimentos.

O recorrente alega que, como não fez parte da relação processual estabelecida no reconhecimento de paternidade, não pode sofrer os efeitos da coisa julgada e, por consequência, ser demandado na ação alimentícia.

Ora, evidentemente o apelante não fez parte daquela relação processual, embora nela pudesse ter ingressado como terceiro, na condição de assistente. Constatada a paternidade, nova certidão de nascimento foi lavrada e, por óbvio, o nome do recorrente figurou como avô paterno, tendo em vista que seu filho foi dado como pai do apelado.

Assim, a única via procedimental disponível para desconstituir o que foi reconhecido naquela sentença e todas as suas consequências seria a rescisão do julgado, o que pressupõe procedimento próprio disciplinado na lei processual civil, artigo 487, inciso II, desde que satisfeitos os demais requisitos normativos pertinentes.

A ação declaratória movida pelo avô, incidental a ação de alimentos deflagrada contra si pelo neto, de modo algum poder servir para desconstituir a paternidade judicialmente decretada.

Consoante o artigo 5º do Código de Processo Civil, qualquer uma das partes pode requerer que o juiz, no curso do processo, declare por sentença a existência ou inexistência de relação jurídica que se torne litigiosa.

No entanto, como visto, a relação jurídica a que o recorrente se contrapõe não é litigiosa, pois já definitivamente resolvida em processo anterior. Saliente-se que: “A litigiosidade sobre a questão que influirá na resolução do mérito é elemento essencial para caracterizar o interesse processual na ADI” (ob. cit. p. 174).

Reconhecida a ausência de interesse processual, na modalidade adequação, despendianda a análise da argumentação relativa à coisa julgada.

No especial, o recorrente aponta que o acórdão impugnado violou os arts. 5º e 472 do CPC/1973. Afirma que a ação declaratória incidental é via adequada para afastar sua responsabilidade pelo pagamento da prestação alimentar.

Sustenta que a coisa julgada formada no processo que reconheceu a paternidade do réu-recorrido não pode atingir sua esfera jurídica, haja vista não ter sido parte naquela demanda.

Conclui que, como não pode sofrer os efeitos daquela decisão, a relação jurídica entre as partes permanece litigiosa e pode ser discutida em sede de ação declaratória incidental.

A discussão jurídica dos presentes autos pode ser sintetizada em dois questionamentos inter-relacionados: (i) se a coisa julgada formada nos autos de ação de investigação de paternidade, da qual não participou o recorrente, pode atingi-lo, à vista do que dispõe o art. 472 do CPC/1973, e (ii) se há interesse no ajuizamento de ação declaratória incidental (art. 5º, CPC/1973), visando a obter o reconhecimento de inexistência de relação jurídica entre as partes que figuram

em ação de alimentos, outrora assentada por meio de decisão judicial passada em julgado.

Em meu entendimento, fazendo-se antes a distinção entre os efeitos da sentença e limites subjetivos da coisa julgada e, ademais, examinando a causa de pedir e o pedido apresentados com a inicial, a resposta é negativa para ambos.

Vejamos.

Art. 472 do CPC/1973.

De início, há de se ter em destaque o que preceitua o dispositivo em referência:

472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Segundo a norma legal, a coisa julgada (qualidade conferida à sentença judicial de mérito contra a qual não cabem mais recursos, revestindo-a de imutabilidade e indiscutibilidade – CPC/1973, art. 467) não pode ultrapassar as fronteiras da relação jurídica formada no respectivo processo, atingindo tão somente aqueles que dele efetivamente participaram, salvo exceções expressamente admitidas pelo ordenamento (substituição processual nas ações coletivas, *v.g.*). A norma estabelece assim os “limites subjetivos da coisa julgada” a que se reporta a doutrina:

Segundo previsto no art. 472 do CPC, a coisa julgada vincula somente as partes, não atingindo os terceiros, que não serão beneficiados ou prejudicados. *Trata-se da eficácia inter partes* da coisa julgada, regra no sistema processual, ao menos no tocante à tutela individual. A par das discussões doutrinárias a respeito do conceito de parte (...), entende-se que a coisa julgada vincula o autor, réu e terceiros intervenientes, à exceção do assistente simples, que suporta a eficácia da intervenção prevista pelo art. 55 do CPC.

A eficácia *inter partes* justifica-se em razão dos princípios da *ampla defesa* e do *contraditório*, não sendo plausível que a sentença de mérito torne-se imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo. Essa justificativa só tem algum sentido quanto aos terceiros interessados (que têm interesse jurídico na causa), porque no tocante aos terceiros desinteressados (não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com a relação jurídica objeto da demanda), número infinito de pessoas, faltará interesse processual para discutir

a decisão transitada em julgado, de forma que a sua imutabilidade torna-se uma consequência natural da impossibilidade processual de modificar a decisão.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2015. Págs. 631/632.)

Em tais condições, portanto, a coisa julgada formada na ação de investigação de paternidade antes referida não atinge o recorrente, na medida em que promovida exclusivamente contra seu filho. De fato, como ponderou a Corte local, “*coisa julgada entre as partes deste processo não há*” (e-STJ fl. 103). Tal assertiva, todavia, não o exime de suportar reflexamente os efeitos daquela decisão.

De fato, são institutos diversos a *coisa julgada* – que se sujeita aos limites subjetivos estabelecidos pelo art. 472 do CPC/1973 – e os *efeitos da sentença* (estes definidos por JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA como “*as alterações que a sentença produz sobre as relações existentes fora do processo*”. [*A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005]). No ponto:

Importante distinção diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada e os efeitos da sentença. Apesar da coisa julgada só atingir as partes que litigaram no processo (exatamente os limites subjetivos ora analisados), os efeitos da sentença a todos atingem, independentemente da legitimidade ou participação no processo.

Contudo, apenas foi possível traçar essa distinção quando, com LIEBMAN, passou-se a diferenciar os efeitos da sentença da coisa julgada. Assim, após a sistematização da posição dos terceiros e dos efeitos advindos da sentença, admitiu-se que, em regra, os efeitos da decisão podem atingir terceiros, ao passo que a coisa julgada atinge apenas as partes.

(DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Págs. 65/66.)

O avanço mais notável da teoria da coisa julgada, nesse percurso de cerca de um século de investigações sob a concepção publicística, foi resultado de um curto ensaio publicado em 1935 por Enrico Tullio Liebman, o já referido *Efficacia ed autorità della sentenza*. A originalidade desse trabalho, ao mesmo tempo simples e revolucionário, está na premissa que o seu autor enuncia logo nas primeiras páginas: a de que a coisa julgada não se confunde com os efeitos da sentença, em geral, nem tampouco com o seu efeito declaratório, como propunha a doutrina dominante. Segundo essa concepção, a coisa julgada se constitui em algo diferente, externo à sentença, que a ela se agrega pela conveniência social de que o julgado se torne estável. Na sistematização proposta anteriormente por Jaime Guasp, pode-se dizer que essa distinção se refere a duas ordens de efeitos

irradiados pelo processo: *efeitos jurídico-materiais* (as alterações produzidas pela sentença, considerada um fato jurídico) e *efeitos jurídico-processuais* (a coisa julgada).

(OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 146/147.)

A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material.

Aparentemente, a segunda parte do art. 472 do CPC excepcionaria essa regra, estabelecendo que nas ações relativas ao estado da pessoa a sentença produziria coisa julgada em relação a terceiros. A inadequada redação do dispositivo legal, entretanto, somente consagra a regra da coisa julgada *inter partes*, porque exige que todos os interessados sejam citados no processo em litisconsórcio necessário. Dessa forma, somente os terceiros desinteressados não participam do processo como parte, e estes, conforme afirmado, não suportam a coisa julgada material, porque não têm legitimidade para discutir judicialmente a decisão. Parece que o dispositivo legal confundiu os efeitos da decisão com a coisa julgada material, considerando-se que todos suportam os efeitos dessa decisão – os divorciados não estão divorciados somente entre eles, mas também perante terceiros –, mas evidentemente os terceiros – nesse caso todos terceiros desinteressados – não suportam a coisa julgada material.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. Cit.* Pág. 632.)

Traçado assim o marco distintivo entre eles, pode-se afirmar com certeza científica que os efeitos da sentença não encontram a mesma limitação subjetiva que o art. 472 do CPC/1973 destina ao instituto da coisa julgada, de maneira que também podem atingir, direta ou indiretamente, terceiros que não participaram da relação jurídica processual. Guardam, pois, eficácia *erga omnes*. Nesse sentido:

Como qualquer outro fato ou ato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente. Mais ainda, como ato jurídico do poder estatal, a sentença tem igual eficácia e valor de preceito perante todos os sujeitos da ordem jurídica. Reveste-se, como todo ato estatal, de presunção de legitimidade – a qual independe da coisa julgada e, portanto, se põe também para os terceiros. Na edição original de sua obra, Liebman referiu-se a esse fenômeno como sendo a “eficácia natural” da sentença como ato do Estado. No prefácio da reimpressão italiana de 1962, ele reconheceu tratar-se do mesmo fenômeno que os administrativistas denominam, mais propriamente, de “imperatividade” do ato

público. Assim, a sentença de divórcio, que desconstitui o casamento, faz com que o casamento deixe de existir perante todos, e não apenas em relação aos cônjuges, que figuraram como partes no processo; a condenação obtida pelo autor em face do réu põe-se como tal diante de qualquer terceiro; a declaração de nulidade de um ato vigora igualmente perante os terceiros – e assim por diante. Mesmo porque as relações jurídicas entre as várias pessoas não têm existência isolada. Elas “subordinam-se”, conectam-se, relacionam-se, umas com as outras, de diferentes modos e em diversos graus. Por isso, as vicissitudes a que se submete cada uma delas – inclusive as acarretadas por pronunciamentos judiciais – tendem a interferir sobre outras. Desse modo, a *eficácia* natural da sentença (i. e., a potencialidade de produzir efeitos), subjetivamente ilimitada, irá produzir efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do *decisum*.

(TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 97.)

Mesmo no tempo em que vigente o CPC de 1939, adiantava-se a doutrina em apregoar a indivisibilidade e o transbordamento dos efeitos da sentença, mormente em ações de estado, no escopo de evitar as incongruências que poderiam resultar da aplicação cega, para este instituto, dos limites subjetivos reservados para a coisa julgada. Confira-se:

A família, por sua vez, assenta sua existência concreta na noção de estado, entendido este como uma posição relativa que o indivíduo ocupa naquele agrupamento menor em que ela se exterioriza. Por isso, variadas definições coincidem em ver no estado o modo particular de existir da pessoa, a sua condição individual na sociedade, da qual derivam direitos e obrigações.

Daí decorre a necessidade de que o estado seja uno e permanente. O indivíduo não pode ocupar, ao mesmo tempo, mais de uma posição no todo, nem ostentar distintos modos particulares de existir, perante o grupo social.

Arraigou-se, dessa forma, a convicção de que o estado é indivisível. Seriam mesmo absurdo admitir-se que uma sentença declaratória do estado de filiação de alguém, por exemplo, fosse oponível, apenas, à contraparte, e pudesse ser desconhecida pelos demais membros do grupo, ou da comunidade.

Cientes dos percalços e empecos a que a plena atuação da regra – *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare* – nestes casos conduziria, vêm os juristas porfiando por dar solução prática e equânime à tormentosa questão, tendendo a surpreender, nos julgamentos de estado, uma quebra da rigidez do princípio da relatividade em favor do princípio oposto da validade *erga omnes* da coisa julgada.

(SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de estado*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966. Pág. 23/24.)

No caso concreto, como relatado, é fato incontroverso que o recorrido promoveu ação de investigação de paternidade contra o filho do recorrente, A. DA S. L., na qual se deu o julgamento de procedência dos pedidos e o trânsito em julgado da correspondente decisão. O vínculo parental entre o recorrido e o filho do recorrente é, por força da coisa julgada que ali se formou, imutável e indiscutível, à luz do art. 467 do CPC/1973:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Mas, a par da coisa julgada estabelecida entre as partes, a sentença irradia efeitos para além dos limites subjetivos da demanda, que resultam do reconhecimento da paternidade. Cite-se, como exemplo, que o reconhecimento judicial do filho qualifica-o como dependente perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Essa relação é admitida, indubitavelmente, não se cogitando de falar em coisa julgada perante a autarquia previdenciária.

Nesse contexto, o aqui recorrente agora suporta as consequências da decisão que assentou a paternidade de seu filho, cujos efeitos atingem-no de maneira reflexa, por força de sua ascendência em relação ao pai judicialmente reconhecido. Ora, se o recorrido é filho do filho do recorrente, logo, por força de um vínculo jurídico lógico e necessário, é seu neto (CC/2002, art. 1.591). Não está o recorrente adstrito à coisa julgada, que só atinge as partes da ação investigatória, mas efetivamente suporta os efeitos que resultam da decisão, independentemente de sua participação na relação processual.

Postas essas considerações, rejeito a tese de violação do art. 472 do CPC/1973.

Art. 5º do CPC/1973.

Argumenta o recorrente que o acórdão do TJSC violou o dispositivo legal ao concluir pela ausência de interesse jurídico para a propositura de ação declaratória incidental, que tem por finalidade ver desconstituída a decisão que reconheceu ser o seu filho, A. S. L., pai do recorrido.

Sustenta que a medida processual é adequada para que se declare a existência ou inexistência de relação parental entre o recorrente e o recorrido, todavia pondera que “*a declaração da existência ou inexistência de relação parental entre Recorrente e Recorrido não afetará diretamente aquela r. Sentença, nem lhe retirará os efeitos que produz em relação a investigante e investigado*” (e-STJ fl. 123).

Para o exame dessa questão, faz-se necessária a transcrição do pedido formulado na petição inicial desta ação incidental (e-STJ fl. 4):

Diante do exposto, requer:

a) seja a presente demanda julgada procedente *in totum*, para que, realizado o exame de DNA e determinada a inexistência de parentesco entre as partes, reste reconhecida e declarada, incidentalmente, a nulidade da r. Sentença prolatada na Ação de Investigação de Paternidade noticiada na Inicial e/ou do assento e da certidão de nascimento de fls. 08, de [M. G. L.], pela inexatidão das declarações nela contidas, reconhecendo-se não ser o ora Autor Avô do ora Réu;

b) a produção de todos os meios de prova em direito permitidos, especialmente documental, testemunhal, pericial (todos os exames sanguíneos e genéticos, inclusive do DNA) e o depoimento pessoal da representante legal do Réu, sob pena de confissão;

(...)

Pela leitura do pedido verifica-se que a pretensão do autor-recorrente visa, efetivamente, à desconstituição da decisão judicial passada em julgado, providência para a qual somente a ação rescisória seria adequada – facultado o seu ajuizamento por terceiros interessados, como dispõe o art. 487, II, do CPC/1973.

Nesse contexto, tem-se por irreparável a conclusão do Tribunal de origem, no sentido de que o recorrente carece de interesse processual para ajuizar esta demanda, sobretudo ante a *inadequação* da via procedimental eleita.

De outro lado, apenas a pretendida comprovação de inexistência de vínculo genético entre o recorrente e o recorrido não se mostra suficiente para desfazer o liame parental estabelecido judicialmente entre o recorrido e o filho do recorrente. Isso, sobretudo, ante o reconhecimento legal de que o parentesco pode ser “*natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem*” (CC/2002, art. 1.593). No caso sob exame, portanto, ainda que afastada a consanguinidade entre as partes aqui litigantes, subsistirá o parentesco civil, indubitavelmente assentado por decisão judicial passada em julgado.

Flagrante, pois, a *inutilidade* do provimento jurisdicional, ao menos na forma como requerido. Efetivamente, revelar-se-ia absolutamente ineficaz o mero reconhecimento judicial da inexistência de vínculo genético entre o recorrente e o recorrido (por meio da realização de exame de DNA), haja vista que a relação avita resulta do parentesco com seu próprio filho, em face do qual não manifestou qualquer insurgência. O dever alimentar que ampara o

pedido formulado na ação principal, assim, é efeito da sentença que reconheceu a paternidade de seu filho com o recorrido, à luz do que dispõe o art. 1.696, segunda parte, do Código Civil vigente.

De tal sorte que, ainda que porventura demonstrada a ausência de laços consanguíneos entre o recorrido e o recorrente, essa circunstância não poderia desfazer a paternidade judicialmente reconhecida, da qual advém a relação avoenga. O liame ora existente entre os aqui litigantes é de natureza jurídica (CC/2002, arts. 1.591, 1.593, 1.696, primeira parte, e 1.610), e não exclusivamente genético ou consanguíneo. Dessarte, inútil o provimento jurisdicional reivindicado, bem assim inadequada a medida processual manejada pelo autor, a revelar ausência de interesse de agir. No ponto:

Interesse de agir – Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*.

(...)

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.

(CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros: 2005. Pág. 267.)

Vale dizer: se o recorrido é filho do filho do recorrente, é neto deste. Não encontra amparo na lógica ou no ordenamento jurídico a conclusão de que “A” é filho de “B”, “B” é filho de “C”, mas “A” não é neto de “C”. Essa conclusão seria, sobretudo, discriminatória e, por isso, contrária ao comando do art. 227, § 6º, da Constituição Federal e do art. 1.596 da lei substantiva civil.

Nesse sentido, cabe ponderar que o vínculo existiria, sem quaisquer indagações a propósito da inexistência de laços consanguíneos, na hipótese em que o recorrido houvesse sido adotado ou expressamente reconhecido pelo

filho do recorrente. Nessa circunstância, a demanda que pretendesse, como esta pretende, demonstrar a inexistência de liame genético não seria apta a desconstituir a relação parental, que adveio de ato volitivo praticado pelo filho do interessado, para o qual não se fez ou faz necessária a participação ou anuência de seus ascendentes.

Cabe ponderar, a propósito, que “a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento” (CC/2002, art. 1.616), sendo certo que “o reconhecimento não pode ser revogado” (CC/2002, art. 1.610).

Se, ao revés, com a ação declaratória pretendesse o recorrente demonstrar que não é seu filho o pai judicialmente reconhecido, ou qualquer outro argumento por si suficiente para afastar a obrigação alimentar, aí sim teria o recorrente interesse para ajuizar a demanda incidental, na forma prevista pelo art. 5º do CPC/1973. Não é o caso destes autos, como constatado.

Por fim, em breve digressão, faço o registro de que, ressalvada a utilização do adequado instrumento previsto no ordenamento jurídico (ação rescisória), nem mesmo o filho do recorrente poderia contestar a decisão passada em julgado, ao exclusivo argumento de inexistência de nexó genético e de que não se submeteu ao exame de investigação por comparação (DNA). Reporto-me, nesse sentido, a julgado proferido por esta Quarta Turma:

Ação negatória de paternidade. Recurso especial. Paternidade declarada em ação de investigação. Relativização da coisa julgada. Descabimento. Os fundamentos utilizados pelo STF, no RE n. 363.889/DF, com característica de repercussão geral, são todos no interesse daquele que persegue a declaração da paternidade, referindo-se o precedente à imprescritibilidade do reconhecimento do estado de filiação e à paternidade responsável. Proteção à coisa julgada. Imprescindibilidade que decorre do próprio Estado Democrático de Direito.

1. Há precedente deste Colegiado - proferido antes mesmo do *leading case* do STF - reconhecendo a possibilidade de repropositura de ação de investigação de paternidade; caso, na primeira demanda, diante da precariedade da prova e inexistência de exame de DNA, tenha havido julgamento de improcedência. Todavia, a leitura do RE 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, permite concluir que, dentre outros fundamentos, o Supremo Tribunal Federal admitiu, em caráter excepcionalíssimo, a relativização da coisa julgada, com base no artigo 27 do ECA - que estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é imprescritível-, assim também com arrimo no direito fundamental à filiação e no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal, que impõe a paternidade responsável. Ficou consignado no voto condutor que, no que tange ao investigante, trata-se de “corolário lógico de seu direito de personalidade, em discussão quando do ajuizamento de um

tal tipo de demanda, de ver reconhecida a verdade sobre sua origem genética, emanação natural do estado da pessoa”.

2. No caso ora em julgamento, pretende-se relativizar a coisa julgada para afastar, em ação negatória, a paternidade declarada em decisão sob o manto da coisa julgada material. Ademais, a Súmula 301/STJ orienta que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1.188.280/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20.6.2013, DJe 16.9.2013.)

Isso considerado, concluo não merecer reparo o acórdão impugnado, quando assevera a falta de interesse de agir do recorrente, tanto pela inadequação da via procedimental eleita quanto pela inutilidade do provimento jurisdicional reivindicado.

Não há falar, assim, em violação do art. 5º do CPC/1973.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Espólio de A.R.L.*, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

Apelação cível. Ação declaratória deflagrada por avô contra neto, incidental a ação de alimentos ajuizada por este contra aquele. Existência de *res judicata* reconhecendo a filiação em outro processo. Ausência de litigiosidade da relação jurídica que se visa declarar. Falta de interesse processual na modalidade adequação. Extinção do feito sem resolução do mérito. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido.

O avô que é réu de ação de alimentos contra si movida pelo neto, não exhibe interesse tutelável, na modalidade adequação, para deflagrar ação declaratória incidental, objetivando a decretação de inexistência da relação de parentesco, matéria já decidida em ação de investigação de paternidade, movida pelo neto contra o filho, com trânsito em julgado. (e-STJ - fl. 106)

Aponta o recorrente, em suas razões, violação aos arts. 5º e 472 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial em relação ao REsp

279.243/RS, da relatoria do ilustre *Ministro Aldir Passarinho Junior*. Afirma que, sendo a ação de investigação de paternidade uma ação de estado, somente produz efeito em relação às pessoas que dela participaram. Assim, a questão da paternidade em relação ao suposto avô, que não participou daquela ação originária, permanece litigiosa. Ressalta que o falecido avô e agora sua viúva apenas pretendem a realização de exame de DNA, afastando a existência de qualquer dúvida acerca da relação de parentesco. Conclui, assim, pela existência de interesse no ajuizamento da presente ação declaratória incidental à ação de alimentos. Requer o provimento do recurso especial para que a ação seja processada, inclusive com a realização do exame de DNA.

O ilustre Relator, *Ministro Antonio Carlos Ferreira*, negou provimento ao recurso especial, em vista dos seguintes fundamentos: (a) a coisa julgada formada na anterior ação de investigação de paternidade não atinge o recorrente, na medida em que foi proposta exclusivamente contra seu filho; (b) o instituto da coisa julgada e dos efeitos da sentença são diversos; (c) os efeitos da sentença podem atingir, direta ou indiretamente, terceiros que não participaram da relação jurídica processual, pois têm eficácia *erga omnes*; (d) a decisão que reconheceu a paternidade do filho do recorrente atinge-o de maneira reflexa, por força da ascendência em relação ao pai judicialmente reconhecido; (e) “*se o recorrido é filho do filho do recorrente, logo, por força de um vínculo jurídico lógico e necessário, é seu neto (CC/2002, art. 1.591)*”; (f) verifica-se que a pretensão do recorrente visa à desconstituição da decisão judicial transitada em julgado, providência que depende de ação rescisória, cujo ajuizamento é facultado a terceiros interessados, conforme dispõe o art. 487, II, do Código de Processo Civil; (g) o recorrente carece de interesse de agir, dada a inadequação da via procedimental eleita; (h) ainda que afastada a consanguinidade entre as partes, subsistirá o parentesco civil, assentado por decisão judicial transitada em julgado; (i) o liame estabelecido entre as partes é de natureza jurídica, e não exclusivamente genético ou consanguíneo, o que torna inútil o pedido de realização do exame de DNA; (j) “*cabe ponderar que o vínculo existiria, sem quaisquer indagações a propósito da inexistência de laços consanguíneos, na hipótese em que o recorrido houvesse sido adotado ou expressamente reconhecido pelo filho do recorrente*”; (k) a sentença que julga procedente a ação de investigação terá os mesmos efeitos que o reconhecimento de paternidade, o qual não pode ser revogado; (l) nem mesmo o filho do recorrente poderia contestar a ação passada em julgado somente em face do argumento de inexistência de vínculo genético e de não se ter submetido ao exame de DNA; (m) o acórdão impugnado merece

ser mantido, tanto no que se refere à falta de interesse de agir quanto pela inadequação da via procedimental eleita.

Pedi vista dos autos impressionado com a extensão de obrigação decorrente da coisa julgada material a terceiro que não fez parte do processo, a quem, assim, é suprimido o direito constitucional ao devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa.

A questão é tormentosa, sendo objeto de alentado debate entre os processualistas. Sobre as dificuldades do tema, especialmente envolvendo as ações de estado, vejam-se os comentários de **Jorge Salomão**:

O problema dos limites subjetivos da coisa julgada, nas sentenças em ações de estado, sempre constituiu sério percalço na Ciência do Processo.

Todas as tentativas para solucioná-lo têm, de comum, o empenho constante de atribuir à autoridade daquelas decisões valor *erga omnes*. E isto, em razão da natureza singular do conceito de status e do relevantíssimo papel que se lhe reserva na disciplina das relações familiares, sobre as quais assenta, por sua vez, a própria organização da Sociedade e do Estado.

Difícil, no entanto, tem sido conciliar essa preocupação com a sorte dos terceiros, tendo em vista o princípio nemo debet inauditus damnari. (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido)

(in: Da Coisa Julgada nas Ações de Estado. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 133)

Disponha o art. 472 do Código de Processo Civil de 1973, que regula os limites subjetivos da coisa julgada no processo civil individual:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. *Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.* (grifou-se)

Como é possível observar-se na norma, o Direito brasileiro consagrou a teoria de que a coisa julgada tem eficácia *inter partes*. Assim, a coisa julgada atinge imediatamente o autor, o réu e a terceiros intervenientes no processo. Somente a estes.

Nesse sentido:

Processo Civil. Liquidação. Interpretação da sentença liquidanda. Art. 610, CPC. Coisa julgada. Limites subjetivos. Art. 472, CPC. Extensão a terceiros.

Impossibilidade. Arts. 382, CPC e 19, CCOM. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Dessemelhança fática. Recurso desacolhido.

I – A liquidação de sentença deve guardar estrita consonância com o decidido no processo de conhecimento, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto.

II – É defeso, na liquidação, modificar a sentença que julgou a lide, mas, na sua interpretação, compreende-se como expresso o que virtualmente nela se contém.

III – *A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio estabelecido no art. 472 da lei processual civil.*

IV – Os arts. 19, CCom e 382, CPC, não impõem a terceiros a obrigação de exhibir livros e documentos, mas somente às partes da relação jurídica processual.

V – A dessemelhança fática entre acórdão impugnado e os arestos paradigmas não caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a instaurar a via do recurso especial.

(REsp 206.946/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 3.4.2001, DJ de 7.5.2001, p. 145)

É certo que a truncada redação do dispositivo legal, especialmente em sua segunda parte, pode levar a crer que nas ações de estado a coisa julgada pode atingir terceiros. Porém, bem analisada a norma, verifica-se que não há exceção à eficácia *inter partes*. Com efeito, se os terceiros interessados são citados no processo, em litisconsórcio necessário, como previsto na norma, passam a ser parte, razão pela qual se submetem à coisa julgada. No que respeita aos terceiros desinteressados, assim como aos terceiros interessados não citados e não participantes da lide, sofrem apenas os efeitos naturais da decisão, a qual não interfere, porém, em sua esfera jurídica imediata, ou seja, não pode prejudicá-los.

O Novo CPC, evitando pormenorizar a difícil questão, em seu correspondente art. 506, é mais objetivo e peremptório e diz simplesmente que: “*A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*” (grifou-se).

Transcreve-se, a propósito, lição de **Daniel Amorim Assumpção Neves**:

A eficácia inter partes justifica-se em razão dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não sendo plausível que a sentença de mérito torne-se imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo. Essa justificativa só tem algum sentido quanto aos terceiros interessados (que têm interesse jurídico na causa), porque no tocante aos terceiros desinteressados (não mantêm nenhuma

relação jurídica interdependente com a relação jurídica objeto da demanda), número infinito de pessoas, **faltar** interesse processual para discutir a decisão transitada em julgado, de forma que a sua imutabilidade torna-se uma consequência natural da impossibilidade processual de modificar a decisão.

A doutrina acertadamente ensina que *todos os sujeitos* - partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados - *suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente*. As partes estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que **em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material**.

(in: Manual de Direito Processual Civil. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 540/541)

O entendimento de que a coisa julgada não vincula terceiros interessados que não fizeram parte da lide, assim como terceiros desinteressados, tem assento no princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários, contraditório e a ampla defesa, os quais não admitem exceção, mas, quando muito, diferimento (CF, art. 5º, LIV e LV).

Na hipótese dos autos, o recorrente, autor da ação declaratória, é terceiro interessado não participante da ação de investigação de paternidade julgada procedente, por presunção decorrente de recusa tácita do réu de submeter-se a exame de DNA. Como tal, ocupa o recorrente posição equivalente à de terceiro desinteressado, ou seja, sofre apenas os *efeitos jurídicos naturais* da decisão, dentre estes o de ser considerado pretense avô biológico do autor da investigação. Mas não pode ser obrigado a suportar a própria coisa julgada material a ponto de esta afetar sua esfera imediata de direitos e obrigações, tornando-o devedor de alimentos.

Uma vez demandado por alimentos, conquanto sofra os *efeitos jurídicos naturais da sentença*, insusceptíveis de submeter sua esfera jurídica imediata, tem evidente legitimidade e interesse processual para, resistindo à pretensão do ora recorrido, exercer direitos ao contraditório e à ampla defesa, inerentes ao devido processo legal, discutindo a decisão, a qual somente é imutável para aquele que participou do processo e não pode ser simplesmente imposta a terceiro.

A propósito:

Processual Civil e Previdenciário. Mandado de segurança. Impetração por pessoa jurídica de direito público. Possibilidade. Ação de reconhecimento de união estável. Decisão do Juiz Estadual que determina ao INSS o pagamento

da pensão por morte à autora. Provimento de competência da Justiça Federal. Autarquia que não foi parte na lide. Aplicação do art. 472 do CPC. Manifesta ilegalidade.

1. O art. 1º da Lei n. 12.016/2009 preconiza que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

2. Considerando que o texto legal expressamente assegura a impetração do remédio heroico por qualquer pessoa jurídica, não é possível ao Poder Judiciário vedar a sua utilização por entidade de direito público.

3. Compete à Justiça estadual o processamento e julgamento de demanda proposta com o escopo de obter provimento judicial declaratório de existência de vínculo familiar, para o fim de viabilizar futuro pedido de concessão de benefício previdenciário. Seara exclusiva do Direito de Família, relativa ao estado das pessoas.

4. *Se a ação tem por objetivo provimento judicial constitutivo relativo à imediata concessão de benefício previdenciário, ostentando como causa de pedir o reconhecimento da união estável, deverá ser proposta perante a Justiça Federal, ante a obrigatoriedade da participação do INSS no polo passivo da lide, seja de maneira isolada, se for o caso, seja como litisconsorte passivo necessário.*

5. A presença do INSS é condição que se impõe porque a instituição de benefício previdenciário constitui obrigação que atinge diretamente os cofres da Previdência Social, revelando, assim, a existência de interesse jurídico e econômico da autarquia federal responsável pela sua gestão, razão pela qual ela deve ser citada para responder à demanda judicial, sob pena de violação dos postulados da ampla defesa e do contraditório, imprescindíveis para a garantia do devido processo legal.

6. A instituição de novo beneficiário, ainda que seja para ratear pensão já concedida, também agrava a situação jurídica e econômica da Previdência, porquanto representa causa que pode repercutir em maior tempo de permanência da obrigação de pagamento do benefício.

7. *Hipótese em que a sentença proferida em sede de ação judicial circunscrita ao reconhecimento de união estável - ajuizada exclusivamente em face do alegado companheiro, representado nos autos por sua herdeira -, a teor do art. 472 do Código de Processo Civil, não vincula a autarquia previdenciária que não fez parte da lide, o que denota a manifesta ilegalidade da decisão.*

8. Recurso ordinário provido.

(RMS 35.018/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 4.8.2015, DJe de 20.8.2015)

Processual Civil. Coisa julgada. Limites subjetivos. Nada importa que a sentença proferida nos embargos do devedor tenha recusado ao varão, por ser solteiro, o reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel que lhe servia de residência; a companheira pode, *sem ofensa à coisa julgada, que tem limites subjetivos*, ajuizar embargos de terceiro para proteger o bem de família. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 196.415/RN, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 13.9.2005, DJ de 17.10.2005, p. 289)

Com a finalidade de não se submeter à coisa julgada material formada em ação da qual não participou, ajuizou o recorrente a presente ação declaratória incidental, buscando realizar o exame de DNA e, a depender do resultado deste, obter a declaração de nulidade da sentença proferida na ação de investigação de paternidade, bem como a anulação da declaração constante do assento de nascimento do recorrido.

Essa via procedimental, entretanto, foi tida como inadequada pelo v. acórdão recorrido, pois seria necessário o ajuizamento de ação rescisória, como se vê no seguinte trecho do julgado:

Assim, a única via procedimental disponível para desconstituir o que foi reconhecido naquela sentença e todas as suas conseqüências seria a rescisão do julgado, o que pressupõe procedimento próprio disciplinado na lei processual civil, artigo 487, inciso II, desde que satisfeitos os demais requisitos normativos pertinentes.

A ação declaratória movida pelo avô, incidental a ação de alimentos deflagrada contra si pelo neto, de modo algum pode servir para desconstituir a paternidade judicialmente decretada. (e-STJ - fl. 110)

Porém, ao contrário do que entendeu o v. acórdão recorrido, convém lembrar, a essa altura, que já no direito romano antigo concebeu-se a chamada *querela nullitatis insanabilis* como ação apta a combater os vícios insanáveis do processo. Tal instituto, atravessando os tempos, chegou hígido na atualidade, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, onde permanece adotado especialmente para sanar vícios relativos à citação, que tornam a sentença inexistente para a parte prejudicada. Nesses casos, de pessoa não citada, entende-se que inexistente para esta a formação de coisa julgada a ser rescindida, de modo que teve de valer-se mesmo de ação declaratória de nulidade, e não de rescisória.

Confira-se a jurisprudência do STJ acerca do tema:

Direito Processual Civil. Nulidade da citação em ação de nunciação de obra nova. *Querela nullitatis insanabilis*. Cabimento.

1. A ausência de citação não convalesce com a prolação de sentença e nem mesmo com o trânsito em julgado, *devendo ser impugnada mediante ação ordinária de declaração de nulidade*. A hipótese não se enquadra no rol exaustivo do art. 485 do Código de Processo Civil, que regula o cabimento da ação rescisória.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.333.887/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 25.11.2014, DJe de 12.12.2014)

Civil e Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. *Querela nullitatis*. Ausência de citação. Nulidade reconhecida. Irresignação. Pretensão de extinção do processo sem resolução do mérito afastada. Preliminares acertadamente rejeitadas. Citação por edital. Réu conhecido. Inviabilidade. Acórdão em consonância com a jurisprudência do STJ. Súmula n. 83/STJ. Qualidade de herdeiros reconhecida com base nas provas. Súmula n. 7/STJ. Fundamentos não infirmados. Confirmação da decisão. Agravo regimental desprovido.

1. *A ação anulatória (querela nullitatis) é o meio adequado para buscar a anulação de atos processuais praticados em feito no qual aquele que, necessariamente, deveria figurar no polo passivo da demanda não foi citado para integrar a lide, não prevalecendo, quanto a terceiros, a imutabilidade da coisa julgada.*

2. Aplica-se o óbice contido na Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos fatos e dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

3. Se a parte agravante não infirma as razões norteadoras do desprovimento do recurso especial, impõe-se a confirmação da decisão regimentalmente agravada por seus próprios fundamentos 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.233.641/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 23.9.2014, DJe de 30.9.2014)

Processual Civil e Administrativo. Embargos à execução de sentença. Declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que embasou o título judicial. Possibilidade.

1. Tendo o Estado perdido o prazo para apresentar os embargos à execução, ingressou, posteriormente, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental da Lei Estadual n. 3.935/1987, que instituiu a trimestralidade discutida na demanda.

2. *Cândido Rangel Dinamarco, ao debater o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada formada contra Constituição, defende que ela está sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual ao alcance da parte, inclusive por meio da querela nullitatis, ou seja, a "ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença" (in Relativizar a Coisa Julgada, Meio jurídico, n. 43, março de 2001 e n. 44, abril de 2001).*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 886.535/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 10.9.2013, DJe de 30.9.2013)

Processual Civil e Direitos Reais. Recurso especial. Ação reivindicatória ajuizada em face de apenas um dos cônjuges. *Ineficácia, em regra, da sentença, no que tange ao cônjuge que não foi citado*. Invasão de área. Citação e qualificação de todos os invasores. Desnecessidade, em virtude da precariedade da situação. Imissão do cônjuge na posse de bem público, que detinha irregularmente. Descabimento.

1. *A jurisprudência do STJ e STF reconhece a adequação do manejo, pelo cônjuge que não foi citado, de querela nullitatis insanabilis para discussão acerca de vício, relativo à ausência de sua citação em ação reivindicatória, cuja sentença transitou em julgado, bem como que esse decisum não tem efeito, no que tange àquele litisconsorte necessário que não integrou a relação processual.*

2. Como os autores ocupavam irregularmente, juntamente com várias outras pessoas, bem imóvel pertencente à TERRACAP, não é necessária a qualificação, individualização e citação de cada um dos invasores, tendo em vista a precariedade da situação exurgida pela conduta dos próprios ocupantes da área. Precedentes.

3. Como a detenção é posse degradada, juridicamente desqualificada pelo ordenamento jurídico, o pleito mostra-se descabido, pois a autora, como incontroverso nos autos, era invasora da área pública, por isso não há falar em comosse ou direitos reais imobiliários.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 977.662/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.5.2012, DJe de 1º.6.2012)

Processual Civil. Nulidade da citação (inexistência). *Querela nullitatis*.

I - *A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos a execução, se for o caso.*

II - *Recurso não conhecido.*

(REsp 12.586/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8.10.1991, DJ de 4.11.1991, p. 15.684)

É certo que o ora recorrente não detém legitimidade para alcançar em toda extensão que busca a declaração de nulidade ou mesmo a rescisão da sentença

proferida na ação de investigação de paternidade, transitada em julgado, com a consequente nulidade do próprio assento de nascimento do ora recorrido. Para tanto, seria realmente necessário o ajuizamento de ação rescisória, única via processual cabível para a desconstituição da coisa julgada, inclusive em relação ao réu daquela ação.

Porém, para o exercício do direito de defesa próprio do terceiro, isto é, apenas para resistir e não se submeter (ou não ser submetido) à coisa julgada material formada naquela demanda da qual não participou, reúne o recorrente as condições da ação para discutir e mudar, quanto à sua própria pessoa, aquela coisa julgada. Para tanto, move ação incidental à ação de alimentos em que demandado, para forçar a realização de exame de DNA agora, estranhamente, recusado pelo autor da ação de alimentos.

Com efeito, nas hipóteses em que a coisa julgada não submete terceiro (caso de terceiro interessado não participante da lide e de terceiro desinteressado), além da ação declaratória, outros meios são também facultados para buscar o terceiro seu direito ao devido processo legal, sempre independentemente do ajuizamento de ação rescisória. A propósito:

Processo Civil. Limites subjetivos da coisa julgada. Proteção do terceiro que não integrou a relação processual. Possuidor desalojado em decorrência de ordem de despejo proferida em ação da qual não participara. Violação das garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Duplo grau de jurisdição. Inépcia da inicial. Conversão para improcedência. Impossibilidade na espécie. CPC, arts. 295, 472 e 515. Recurso provido.

I - *A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no art. 472 da lei processual civil.*

II - Não tendo o possuidor, por qualquer forma, integrado a relação processual, de onde emanou a sentença cuja execução importou em ordem de despejo, contra ele expedida, *pode valer-se da ação possessória*, uma vez violado o direito de não ser o possuidor prejudicado por sentença dada entre vendedor e compradora, e de não ser desalojado, sem as garantias do *due process of law*, da posse que vinha exercendo.

III - Tendo a sentença indeferido a petição inicial, por inépcia, antes da citação, por impossibilidade jurídica do pedido, vedado era ao Tribunal interpretar os fundamentos da sentença como improcedência do pedido, suprimindo um grau de jurisdição e pronunciando-se sobre o *meritum causae*.

(REsp 161.054/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 21.3.2000, DJ de 8.5.2000, p. 96)

Processual Civil. Recurso especial. Coisa julgada. Eficácia subjetiva. Limites. Terceiro prejudicado. Inoponibilidade. Omissão. Ocorrência.

1. *Ação de embargos à execução*, proposta por cônjuge do executado, ajuizada em 22.9.2010. Recurso especial concluso ao Gabinete em 18.3.2014.

2. Demanda em que se discute título judicial formado em ação principal da qual a recorrente não foi parte, porém foi alcançada pelos efeitos da execução, uma vez que a penhora recai sobre bem de sua copropriedade.

3. *O terceiro prejudicado pode socorrer-se ao Judiciário contra decisão em processo judicial para o qual não tenha sido citado ou intimado, ainda que o provimento já tenha transitado em julgado.*

4. No caso concreto, o Tribunal deixou de decidir questões aptas, em tese, a alterar o resultado do julgado, sob o argumento de já terem sido apreciadas em sentença aos embargos do devedor, transitada em julgado, o que caracteriza a omissão qualificada prevista no art. 535 do CPC.

5. Recurso especial parcialmente provido. Prejudicados os demais pedidos.

(REsp 1.441.112/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 22.5.2014, DJe de 16.6.2014)

Destaca-se do voto proferido pela ilustre *Ministra Nancy Andriighi*, no julgamento do recurso especial acima mencionado, o seguinte trecho:

04. Por certo, *a coisa julgada imuniza os efeitos da sentença e impede a rediscussão do quanto acertado, porém essa proteção aos efeitos obtidos judicialmente é restrito àqueles que efetivamente foram partes no processo.* Isso porque, ainda que se admita a legitimidade do alcance de efeitos reflexos das sentenças a terceiros, ***esses efeitos poderão ser por eles amplamente discutidos.***

05. *Nessa ordem de ideias, a declaração jurisdicional obtida no processo principal, do qual se originou o título exequendo, ao atingir interesses jurídicos da recorrente, tornam-na parte legítima para discussão da relação credor-devedor. Porém, não lhe amputa o direito de ação de discutir toda a matéria já judicializada pelo devedor e decidida pelo Tribunal. Nota-se aí a patente distinção entre a eficácia da sentença e a autoridade de seus efeitos, conquanto ambos os institutos guardem simetria.*

06. *Por outro prisma, a restrita abrangência subjetiva da coisa julgada não obsta ao julgador o conhecimento daquela relação jurídica já apreciada por sentença imutável. Aliás, os precedentes devem mesmo ser tomados em consideração na formação da livre convicção e motivação das decisões, o que tampouco viola a vinculação subjetiva da sentença.*

07. *Entretanto, não se pode admitir que, sob o argumento da imutabilidade da sentença, se impeça o exercício dos direitos constitucionais de ação, ampla defesa e contraditório, àquele que, não tendo participado do processo principal, se viu alcançado pelos efeitos da sentença.* (grifo nosso)

Vale trazer, ainda, a doutrina de **Liebman**:

Consiste, pois, a conclusão deste trabalho na demonstração de que a sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção iuris et de iure; para os terceiros, pelo contrário, de presunção iuris tantum. Sem voltar à demonstração do fundamento em direito da tese exposta, é oportuno, todavia, ressaltar o lado prático e a equidade da solução a que ela conduz. Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, na maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo, pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradições dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada inter alios seja viciada por erro.

(in: Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 144)

Cumprе ressaltar, no ponto, que, se a coisa julgada na ação de investigação de paternidade tivesse sido formada com base no exame genético, alcançando, assim, o conhecimento da verdade real, praticamente sem margem de erro, com a demonstração científica do estado de filiação biológica e das relações de ancestralidade e descendência, inerentes à identidade da pessoa e sua dignidade, dificilmente haveria viabilidade prática na irrisignação do terceiro, pois não seria possível cogitar-se de erro ou injustiça da sentença quanto ao recorrente.

É de se ver, porém, que, na hipótese, a coisa julgada formou-se a partir de presunção de paternidade biológica, dado o comportamento processual desidioso do filho do ora recorrente, que se esquivou à realização do exame de DNA. Esse comportamento, além de obstar o conhecimento da verdade real, não pode, pelas razões já expostas, ser imputado ao recorrente que, desde logo, manifestou sua intenção de realizar o exame de DNA, de modo a alcançar a verdade real acerca da filiação e das relações de parentesco, e, eventualmente, comprovar a injustiça e o indevido alcance (vinculação) da sentença proferida na ação de investigação de paternidade em relação a si.

Uma vez demonstrada a inexistência de vínculo biológico, será afastado o dever do ora recorrente de prestar alimentos em razão da coisa julgada

inexistente em relação à sua pessoa, sem se alterar, porém, o vínculo jurídico anteriormente constituído pela sentença da ação de investigação de paternidade no que respeita às partes dela participantes. Daí a adequação e utilidade da via eleita.

Deve ser diferenciada, no ponto, a posição passiva ou ativa exigida do terceiro, que não fez parte do processo. Com efeito, de acordo com o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Assim, se em virtude de decisão em ação da qual não participou o terceiro lhe é exigida prestação ativa, como no caso de alimentos, não há como se lhe negar o direito de defesa, em proteção de seu patrimônio. Por outro lado, se nada é exigido do terceiro, este passivamente se submete à decisão, sem ter interesse, a princípio, na sua impugnação.

No mais, como afirma o douto Relator, conquanto seja certo que o filho do ora recorrente não poderia, nem mesmo a pretexto de comprovar a inexistência de elo genético, contestar a decisão transitada em julgado, na esteira do quanto decidido por esta Quarta Turma no julgamento do REsp 1.188.280/SC, também é certo, como visto alhures, que o terceiro interessado pode buscar demonstrar o erro e inexistência da sentença em relação a si. O que difere nas situações é justamente a participação da parte na ação originária.

Dispõe o art. 1.616 do Código Civil, por outro lado, que a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, o qual não pode ser revogado (CC, art. 1.610). Esses efeitos devem ser limitados, porém, às partes que integraram a demanda, especialmente se o terceiro for privado de sua liberdade ou patrimônio. Além disso, apesar de não ser possível a revogação, a anulação do reconhecimento é perfeitamente cabível, como sói ocorrer nas hipóteses de adoção à brasileira, por exemplo.

Cabe ponderar, por fim, que, quando uma criança é adotada, as ligações de filiação e parentesco se formam por vínculo diverso do biológico, manifestação espontânea de vontade prevista em lei, e não por imposição decorrente de coisa julgada. Por força de manifestação de vontade dos pais adotivos, consagrada no ordenamento jurídico, inexistente dúvida ou injustiça acerca do *status* estabelecido, que, por isso, envolve terceiros, assim como sucede, naturalmente, quando o casal decide ter filhos naturais. Não é essa, porém, a hipótese dos autos.

Com essas considerações, pedindo vênias ao nobre Relator, dele divirjo para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para que a ação declaratória incidental seja processada, nos limites ora

estabelecidos, ou seja, exclusivamente em relação à esfera de direitos e interesses do recorrente.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *espólio de A. DA. R. L.* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em sede de apelação cível, que manteve a extinção do processo (ação declaratória incidental), sem resolução de mérito, ante a ausência de interesse de agir e a verificação de pressuposto processual negativo, qual seja a coisa julgada.

Em suas razões recursais (fls. 115-123, e-STJ), aduziu o espólio autor existência de violação aos artigos 5º e 472 do Código de Processo Civil de 1973, além de divergência jurisprudencial, ao argumentar ser cabível a ação declaratória incidental na espécie, a fim de firmar a inexistência de relação de parentesco com o recorrido. Para tanto, asseverou que a “*sentença que resolve a ação de investigação de paternidade produz efeito tão somente em relação àquelas pessoas que dela participaram, salvo se todos os interessados houvessem sido citados e a ela integrados na qualidade de litisconsortes.*”, o que não teria ocorrido na hipótese.

O eminente Relator, ao enfrentar a temática, proferiu voto no sentido de negar provimento à insurgência, com fulcro nos seguintes fundamentos:

i) os efeitos da sentença se distinguem da extensão da coisa julgada, de modo que aqueles possam se irradiar, com eficácia, portanto, erga omnes, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual.

ii) uma vez reconhecida, por decisão de mérito transitada em julgado, a relação de parentesco entre pai e filho, a consecutiva relação avoenga (vínculo secundário) é efeito jurídico dessa decisão (CC/2002, art. 1.591), afigurando-se inadequada a ação declaratória incidental para a desconstituição do vínculo primário, sob o exclusivo argumento de inexistência de liame biológico.

Após pedido de vista, o Ministro Raul Araújo inaugurou divergência, para dar provimento ao apelo extremo e determinar a remessa dos autos ao juízo de origem, a fim de ser dado prosseguimento à ação declaratória incidental. Das razões elencadas em seu voto, destacam-se:

a) na hipótese dos autos, o recorrente, autor da ação declaratória, é terceiro interessado não participante da ação de investigação de paternidade julgada

procedente, por presunção decorrente de recusa tácita do réu de submeter-se a exame de DNA. Como tal, ocupa o recorrente posição equivalente à de terceiro desinteressado, ou seja, sofre apenas os efeitos jurídicos naturais da decisão, dentre estes o de ser considerado pretense avô biológico do autor da investigação. Mas não pode ser obrigado a suportar a própria coisa julgada material a ponto de esta afetar sua esfera imediata de direitos e obrigações, tornando-se devedor de alimentos;

b) uma vez demandado por alimentos, conquanto sofra os efeitos jurídicos naturais da sentença, insuscetíveis de submeter sua esfera jurídica imediata, tem evidente legitimidade e interesse processual para, resistindo à pretensão do ora recorrido, exercer direitos ao contraditório e à ampla defesa, inerentes ao devido processo legal, discutindo a decisão, a qual somente é imutável para aquele que participou do processo e não pode ser simplesmente imposta a terceiro;

c) que os efeitos dispostos no artigo 1.616 do Código Civil, isto é, de que a procedência do pedido veiculado em ação de investigação de paternidade terão os mesmos efeitos do reconhecimento, devem ser limitados às partes que integraram a demanda, especialmente se o terceiro for privado de sua liberdade ou patrimônio;

Ante a relevância da temática, evidenciada, aliás, em ambos os votos já prolatados, em sentidos antagônicos, pedi vista dos autos para seu melhor exame.

VOTO

Com a devida vênia ao entendimento delineado pela divergência, acompanho o eminente Relator, a fim de negar provimento ao recurso especial, mantendo a extinção do feito (ação declaratória incidental), sem apreciação de mérito.

1. Cinge-se a controvérsia, em linhas gerais, à análise acerca do cabimento de ação declaratória incidental, proposta com o seguinte objetivo, conforme se extrai do pedido veiculado na inicial: “*seja a presente demanda julgada procedente ‘in totum’, para que, realizado o exame de DNA e determinada a inexistência de parentesco entre as partes, reste reconhecida e declarada, incidentalmente, a nulidade da r. Sentença prolatada na Ação de Investigação de Paternidade noticiada na Inicial e/ou do assento e da certidão de nascimento de fls. 08 [...].*”

À sua solução, faz-se necessário o exame de dois questionamentos principais. Inicialmente, deve-se aferir se a coisa julgada formada nos autos de ação de investigação de paternidade, ajuizada contra o filho do autor, da qual

não participou o ora recorrente, pode atingi-lo, levando-se em conta a redação e interpretação do artigo 472 do Código de Processo Civil de 1973; em seguida e, outrossim, em consideração à conclusão encerrada para a primeira questão, cumpre examinar se há interesse no ajuizamento de ação declaratória incidental, visando obter o reconhecimento de inexistência de relação jurídica entre as partes que figuram em *ação de alimentos*, considerando a existência de coisa julgada material, formada em ação de investigação de paternidade proposta em face do filho do ora recorrente.

Consoante afirmado nos dois votos antecedentes, o tema afeto aos limites subjetivos da coisa julgada, notadamente em ações de estado, consubstancia tormentosa questão, objeto de intensos debates doutrinários e, também, jurisprudenciais. Tais discussões centralizam-se, em grande medida, na interpretação a ser concedida ao artigo 472 do Código de Processo Civil de 1973, cuja redação ora se transcreve:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

A partir da aludida norma, depreende-se que a coisa julgada - qualidade conferida à sentença de mérito, tornando-a imutável e indiscutível - não pode ultrapassar a relação jurídica entabulada no respectivo processo (efeito *inter partes*), salvo exceções expressamente admitidas pelo ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com a legitimação extraordinária - substituição processual.

Contudo, mister distinguir, assim como o fez o eminente Relator, os *efeitos da sentença* e a *coisa julgada* propriamente dita; enquanto essa pressupõe a efetiva integração lide, aqueles alcançam terceiros ou relações existentes fora do processo, porquanto não encontram a mesma limitação subjetiva preceituada pelo dispositivo legal já citado (art. 472 do CPC/1973). Trata-se, enfim, de eficácia reflexa da sentença.

Sobre o que se pode denominar de efeitos reflexos da sentença, leciona DINAMARCO:

*É notório que os efeitos da sentença, conquanto assim em princípio limitados às partes, poderão atingir com maior ou menor intensidade a esfera de direitos de quem não foi sujeito da relação jurídica processual. Surgem então os efeitos **reflexos da***

sentença, como consequência da vida em sociedade e dos intrincados modos como pessoas e as próprias relações jurídicas interagem e reciprocamente interferem umas nas outras.

Daí ser natural também que a regra da limitação da coisa julgada às partes do processo seja somente um *enunciado de princípio*, conforme sábia lição de Eduardo Couture, não sendo formulada de modo unânime das diversas legislações.

[...]

Em relação ao direito brasileiro, desprovido de disposições assim específicas, é preciso atender à recomendação de Eduardo Couture, de que “los principios arriba enunciados, y los son su consecuencia natural, pueden contribuir a una solución sistemática e eficaz”. *É preciso valer-se dos conceitos inerentes ao sistema de direito positivo e dos aportes doutrinários pertinentes para a descoberta dos modos e diferentes graus de intensidade com que os efeitos da sentença atingem terceiros e a sua autoridade os vincula.* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 15-16; grifou-se)

E é justamente em casos como o ora em tela, envolvendo discussão relativa à estado de filiação, que fica mais evidente o efeito reflexo da coisa julgada, a fim de se reconhecer que, embora não tenha integrado a relação jurídica processual, o terceiro, *in casu*, o avô, deve se sujeitar à norma jurídica concreta formada na ação de investigação de paternidade.

Sob outro viés, a par da discussão sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada, objeto, consoante já explicitado, de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, no caso em tela, por se tratar de discussão inerente aos efeitos da consolidação de um vínculo de filiação, não há como se deixar de reconhecer o não cabimento da ação declaratória proposta pelo ora recorrente, porquanto ausente pressuposto processual.

Efetivamente, na hipótese, não detém o autor interesse de agir para propositura de ação declaração incidental, pois, a partir do pedido deduzido na inicial, transcrito no início da presente deliberação, resta evidenciado que a pretensão do autor recorrente visa, propriamente, à desconstituição da decisão judicial passada em julgado, providência essa possível apenas por intermédio de ação rescisória.

Tal circunstância, aliás, é reconhecida pelo voto divergente, ao dispor: “*É certo que o ora recorrente não detém legitimidade para alcançar em toda extensão que busca a declaração de nulidade ou mesmo a rescisão da sentença proferida na ação de*

investigação de paternidade, transitada em julgado, com a consequente nulidade do próprio assento de nascimento do ora recorrido. Para tanto, seria realmente necessário o ajuizamento de uma ação rescisória, única via processual cabível para a desconstituição da coisa julgada, inclusive em relação ao réu daquela ação.”

Acrescente-se, consoante manifestação anterior deste signatário, em recurso especial no qual se discutia a possibilidade de a neta postular o reconhecimento de relação avoenga, considerando que seu genitor já havia promovido anterior ação de reconhecimento de paternidade em relação ao ascendente, que: **“a parentalidade dos ascendentes/descendentes imediatos vincula as gerações mais remotas, assegurando-se a unidade e prevenindo conflitos em relações familiares que justamente devem ser marcadas pelo signo da paz, tranquilidade e segurança.”**

O julgado em questão foi assim ementado:

Recurso especial contra acórdão que manteve o indeferimento de petição inicial de cautelar para produção antecipada de prova voltada à realização de exame de DNA para instrução de futura demanda investigatória de relação avoenga.

1. Não conhecimento da irresignação por dissídio jurisprudencial, dada a ausência de similitude fática entre o aresto impugnado e os precedentes da Corte indicados como paradigmas, evidenciando o ineditismo do tema no âmbito desta Corte (RISTJ, art. 255, § 2º).

1.1. O caso concreto ensejador do presente recurso especial se diferencia dos precedentes em que o STJ reconheceu o direito próprio e personalíssimo do neto buscar constituição de relação avoenga, pois neles o genitor do investigante era pré-morto e não havia exercido pretensão em vida em lide cuja sentença de mérito julgou improcedente aquela ação, não havendo similitude fática a autorizar o conhecimento da insurgência por eventual dissídio jurisprudencial.

2. Apreciação do mérito da insurgência em função do prequestionamento de norma atinente aos limites da coisa julgada, aplicando-se o direito à espécie, nos termos da Súmula n. 456-STF.

3. Ilegitimidade ativa ad causam de pretensa neta, enquanto vivo seu genitor, de investigar a identidade genética com a finalidade de constituição de parentesco.

3.1. Não há legitimação concorrente entre gerações de graus diferentes postularem o reconhecimento judicial de parentesco, com base em descendência genética, existindo somente legitimidade sucessiva, de modo que as classes mais próximas, enquanto vivas, afastam as mais remotas (CC, art. 1.606, caput).

4. Interpretação do direito à identidade genética, carente de regulamentação, em harmonia com o regime de filiação disciplinado no Código Civil. Aparente

tensão entre direitos fundamentais de mesma magnitude que deve ser solucionada mediante observância do princípio da proporcionalidade (razoabilidade), sendo este o vetor hermenêutico apropriado a salvaguardar os núcleos essenciais de direitos em suposta colidência. Valor/princípio da dignidade da pessoa humana que tanto informa o direito à identidade pessoal, lastrado na verdade biológica do indivíduo, como também, os direito de filiação, privacidade e intimidade do investigado e das demais pessoas envolvidas em lides voltadas à constituição coercitiva de parentesco, garantindo-se segurança jurídica no âmbito das relações de família. Inexistência de regulamentação específica do direito à busca da verdade biológica, ressalvado o disposto no art. 48 da Lei n. 8.069/1990, que enseja a observância do regime de filiação regulado no Código Civil. Impossibilidade do reconhecimento de relação de parentesco de forma interposta (per saltum), tendo em vista o caráter linear do regime estabelecido no Código Civil (CC, art. 1.591/1.594), de modo que as classes mais remotas derivam das próximas.

4.1. O princípio da proporcionalidade não autoriza conferir um caráter absoluto ao direito de identidade genética, para com base nele afastar a norma restritiva do art. 1.606 do CC, tendo em vista que o valor/princípio da dignidade da pessoa humana informa tanto o direito do indivíduo buscar sua verdade biológica, como também a segurança jurídica e a privacidade da intimidade nas relações de parentesco do investigado e das próprias gerações antecedentes à investigante, exceto venha o legislador futuramente regular o tema de forma diferente.

4.2. A concentração da legitimidade para investigação da identidade genética de determinado tronco familiar na geração mais próxima, enquanto viva, constitui entendimento mais adequado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais em tensão, respectivamente, identidade genética de descendentes remotos e a privacidade e intimidade do investigado e das próprias classes de parentesco mais imediatas, garantindo-se segurança jurídica às relações de família e respectivo regime de parentesco, evitando-se o risco de sentenças contraditórias e transtornos irreversíveis ante o aforamento de múltiplas ações judiciais para o mesmo fim, por parte de um número muito maior de legitimados, então concorrentes.

4.3. Se, por um lado, é razoável obrigar qualquer indivíduo vir a juízo revelar sua intimidade e expor sua vida privada para se defender de demanda dirigida ao reconhecimento de parentesco, com consequências sócio familiares irreversíveis, não há essa mesma proporcionalidade para autorizar que esse idêntico investigado possa ser constrangido por todos os demais descendentes de determinado parente de grau mais próximo, sujeitando-se a um sem número de demandas, com possibilidade de decisões incongruentes, presentes e futuras, nas quais um mesmo tronco de descendência, cada qual por si, poderia postular declaração judicial de parentalidade lastrada em um igual vínculo genético.

4.4. No âmbito das relações de parentesco não decorrentes da adoção, o exercício do direito de investigação da identidade genética, para fins de constituição de parentesco é limitado, sim, pelo disposto no art. 1.606 do Código Civil, o qual restringiu o universo de quem (a geração mais próxima viva) e quando pode ser postulada declaração judicial de filiação (não haver anterior deliberação a respeito);

4.5. A extensão da legitimação também não se mostra necessária em função de o pai da investigante não ter conseguido realizar exame de DNA em anteriores demandas nas quais restou sucumbente em relação ao ora investigado, porquanto o próprio progenitor, por si, ainda detém a possibilidade de relativizar os provimentos jurisdicionais que não o reconheceram como filho, vez que, segundo o entendimento mais recente da Suprema Corte, pode ser reinaugurada essa discussão nos casos em que a improcedência decorreu de processo no qual não estava disponível às partes a realização do exame de DNA (Informativo n. 622 - RE 363.889, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação - em 23.11.2011).

5. Impossibilidade jurídica do pedido, vez que as gerações mais remotas não podem desconstituir indiretamente provimentos jurisdicionais de improcedência inerentes à relação de estado pertinente ao seu ascendente imediato (CC, art. 1.606, § único).

6. Recurso conhecido em parte, e nessa extensão, desprovido. (REsp 876.434/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 1º.12.2011, DJe 1º.2.2012)

Forçoso concluir, assim, que o julgamento de procedência em ação declaratória de paternidade proposta em face do legitimado direto (pai da ora recorrida - ascendente imediato) acarreta a impossibilidade jurídica/ausência de interesse dos ascendentes mais remotos quanto à desconstituição de tal vínculo, notadamente se pleiteado por meio de ação declaratória incidental.

Com efeito, a anterior ação ajuizada em face do apontado genitor (ascendente imediato) deve determinar a verdade de ordem biológica e, assim, a relação de parentesco, entre todos os familiares, consistindo esse entendimento providência mais adequada à salvaguarda da segurança e estabilidade que devem nortear as relações de família. Isso porque o nosso sistema normativo veda a possibilidade de coexistirem duas verdades a respeito de uma mesma relação de parentesco.

Nesse contexto, consoante bem pontuado pela Relatoria, “se o recorrido é filho do filho do recorrente, é neto deste. Não encontra amparo na lógica ou no ordenamento jurídico a conclusão de que ‘A’ é filho de ‘B’, ‘B’ é filho de ‘C’, mas ‘A’ não é neto de ‘C’. Essa conclusão seria, sobretudo, discriminatória e, por isso,

contrária ao comando do art. 227, § 6º, da Constituição Federal e do art. 1.596 da lei substantiva civil.”

Em suma, acertado o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias quanto ao não cabimento da ação declaratória incidental na hipótese dos autos, razão pela qual inexistem reparos a serem feitos no acórdão impugnado.

2. *Do exposto*, rogando vênias à divergência, acompanho o e. Relator, a fim de negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, peço a máxima vênias ao voto divergente, do Ministro Raul Araújo, porque entendo que, havendo sentença transitada em julgado estabelecendo o vínculo de filiação, não é possível que o pai do investigado na ação anterior ajuíze ação para negar a relação de que seja avô sob o fundamento de que seu filho não seria o pai do primitivo investigante.

Poderia ele, como bem lembrou o Ministro Antonio Carlos Ferreira, alegar que não é pai do pai. Seria outra causa de pedir. Penso que tendo sido reconhecida, por sentença transitada em julgado, a filiação, embora essa sentença não faça coisa julgada em relação ao avô, sofre ele, assim como todas as pessoas, os efeitos naturais da coisa julgada. E não seria condizente com o nosso ordenamento jurídico que ele fosse pai do pai e, no entanto, não fosse avô do filho do pai conforme decidido por sentença transitada em julgado.

Observo que nem sempre a filiação será resultado de um vínculo genético. Essa filiação pode derivar de vários eventos que não contem com a vontade do avô: adoção, reconhecimento espontâneo de um filho que já sabe o suposto pai que não é seu filho, mas que ele decidiu reconhecer e, em relação a esse ato de reconhecimento espontâneo, o Código não admite a retratação, e, independentemente da vontade do avô, isso não o tornaria destituído dessa condição de avô.

Portanto, penso, com a devida vênias, que a solução a ser adotada é a trazida pelo voto do eminente Relator.

Nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.410.815-SC (2013/0339730-7)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: T D (menor) e outros

Repr. por: A W

Advogado: Romeo Hermann Günther

Recorrido: J C D

Advogados: Edna Nara Pfau Santos da Silva

Maria Aparecida de A Nunes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de execução de alimentos pelo rito do art. 733 do CPC/1973. Filhas menores representadas pela genitora. Transferência da guarda ao executado no curso da execução de alimentos. Ilegitimidade ativa para a causa. Insurgência das exequentes.

Recurso especial provido.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a decidir se a genitora tem ou não legitimidade para prosseguir na execução de débitos alimentares proposta à época em que era guardiã das menores, ainda que depois disso a guarda tenha sido transferida ao executado.

1. A matéria constante dos artigos 8º, 9º e 794 do CPC/1973 não foi objeto de discussão no acórdão impugnado, tampouco foram opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar eventual omissão, não se configurando o necessário prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial. Incidência da Súmula 282 do STF, por analogia.

2. A genitora possui legitimidade para prosseguir na execução de débitos alimentares proposta à época em que era guardiã das menores, visando a satisfação de prestações pretéritas, até o momento da transferência da guarda.

2.1. A mudança da guarda das alimentandas em favor do genitor no curso da execução de alimentos, não tem o condão de extinguir a ação de execução envolvendo débito alimentar referente ao período

em que a guarda judicial era da genitora, vez que tal débito permanece inalterado.

2.2. Não há falar em ilegitimidade ativa para prosseguimento da execução, quando à época em que proposta, e do débito correspondente, era a genitora a representante legal das menores. Ação de execução que deve prosseguir até satisfação do débito pelo devedor, ora recorrido.

3. Recurso especial provido.

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 maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 9 de agosto de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 23.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *T. D. (menor) e outros*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, com o escopo de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na origem, as recorrentes ajuizaram ação de execução de prestação alimentícia pelo rito do artigo 733 do CPC/1973 em face do genitor, ora recorrido, visando a cobrança de valores devidos e não pagos a título de alimentos, visto que, à época da propositura da ação, as menores estavam sob a guarda da mãe.

A referida execução fora extinta, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, inciso IV, do CPC/1973, pelo juízo de primeira instância, ao fundamento de que a transferência da guarda das menores/recorrentes para o genitor, acarretou na carência de ação pela ilegitimidade ativa para a causa e na perda superveniente do interesse processual das exequentes.

Restou consignado na sentença que “a perda superveniente de interesse processual está configurada na medida em que o pagamento da pensão alimentícia pelo executado tornou-se inócua a partir do momento em que passou a exercer a guarda dos filhos e eventual pagamento dar-se-ia para si mesmo” (fls. 266-268, e-STJ).

Inconformadas, as recorrentes interpuseram recurso de apelação (fls. 276-283, e-STJ), o qual não fora conhecido pelo Tribunal de piso, que manteve a sentença que julgou extinta a execução por ilegitimidade ativa da parte.

O aresto em questão consubstancia-se na seguinte ementa (fl. 318, e-STJ):

Execução alimentos. Guarda das menores que, durante o trâmite executacional, foi transferida ao genitor e executado. Sentença que entendeu pela perda do interesse processual e falta de legitimidade da genitora, e extinguiu o feito sem resolução do mérito. Recurso da genitora das menores.

Alegação de que os débitos alimentares se referem ao período em que as menores estavam sob sua guarda. Pedido de prosseguimento do feito e, sucessivamente, de anulação da sentença e nomeação de curador especial. Descabimento. Menores que não estão mais sob a guarda da genitora, que portanto, não tem legitimidade para representa-las. Recurso não conhecido.

Nas razões do apelo extremo (fls. 329-340, e-STJ), além de divergência jurisprudencial, as insurgentes apontam violação aos artigos 8º, 9º, inciso I, e 794, do Código de Processo Civil de 1973.

Sustentam, em síntese, que a transferência da guarda das recorrentes para o genitor não é suficiente para extinguir a obrigação do devedor dos alimentos. Aduzem que o débito alimentar referente ao período que as menores estavam sob a guarda da mãe permanece inalterado, razão pela qual as recorrentes, inclusive a genitora, tem legitimidade para prosseguir na ação de execução de alimentos movida contra o recorrido.

Pugnaram, ao final, pelo provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão recorrido.

Contrarrazões às fls. 361-364, e-STJ.

Admitido o processamento do recurso na origem (fls. 373-374, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 387-388, e-STJ, pelo não provimento do recurso, em razão da superveniente transferência da guarda das alimentandas para o executado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A insurgência recursal veiculada no apelo extremo merece acolhimento, nos termos das razões a seguir expostas:

1. De início, no tocante à apontada violação aos artigos 8º, 9º e 794 do Código de Processo Civil de 1973, infere-se que a matéria jurídica tratada pelos dispositivos não fora debatida, tampouco interpretada, pelo Tribunal Estadual no acórdão impugnado, incidindo, por analogia, o enunciado da Súmula n. 282 do STF, *in verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do *decisum* atacado pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se a correta interpretação da legislação federal.

Contudo, a matéria constante dos artigos 8º, 9º e 794 do CPC/1973 não foi objeto de discussão no acórdão impugnado, tampouco foram opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar eventual omissão, não se configurando o necessário prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial.

Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes precedentes:

Embargos de declaração em agravo regimental em agravo em recurso especial. Art. 535 do CPC. Omissão verificada. Gratuidade de justiça conferida pela instância ordinária. Deserção afastada. Sucumbência recíproca. Arts. 20 e 21 do CPC. *Ausência de prequestionamento*. Súmulas 282 e 356 do CPC. [...]

3. A matéria referente aos arts. 20 e 21 do CPC não foi objeto de discussão no acórdão recorrido e a parte recorrente não manejou os necessários embargos de declaração objetivando suprir eventual omissão quanto a esse tema. Portanto, não

se configura o prequestionamento, o que impossibilita a apreciação de tal questão na via especial (Súmulas 282 e 356/STF).

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para, afastada a deserção, conhecer do agravo em recurso especial e negar seguimento ao recurso especial (art. 544, § 4º, II, b, do CPC).

(EDcl no AgRg no AREsp 649.981/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 3.3.2016, DJe 21.3.2016) [grifou-se]

Agravo interno no agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial. Violação do artigo 535, II, do CPC. Inexistência. [...] **Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.** Art. 655, § 2º, do CPC. Intimação do cônjuge acerca da penhora do imóvel. Incidência da Súmula 283/STF. Fundamento inatacado. Dissídio pretoriano não demonstrado analiticamente. Agravo interno não provido. [...]

3. Fica inviabilizado o conhecimento de tema trazido na petição de recurso especial, mas não debatido e decidido nas instâncias ordinárias, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicam-se os enunciados das Súmulas 282 e 356/STF. [...]

6. Agravo interno não provido. (AgRg no Ag 1.412.263/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 24.11.2015, DJe 30.11.2015) [grifou-se]

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Impugnação ao cumprimento de sentença. Art. 794, I, do Código de Processo Civil. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356 do STF. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- *O conteúdo normativo do artigo 794, I, do Código de Processo Civil, não foi objeto de discussão no Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do Recurso Especial. Tampouco a matéria foi suscitada nos Embargos Declaratórios interpostos para sanar eventual omissão. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.*

2.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 452.193/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22.4.2014, DJe 15.5.2014) [grifou-se]

Desta forma, não se configura o prequestionamento da matéria estampada nos supracitados dispositivos legais, o que impossibilita a apreciação da questão na via especial, em razão do óbice contido na Súmula 282 do STF.

2. Em suas razões recursais, as insurgentes apontam, outrossim, a existência de dissídio jurisprudencial, ao argumento de que existem julgados do Tribunal de Justiça dos Estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul que mantiveram

a execução de alimentos após a alteração da guarda dos filhos para o genitor executado.

Razão assiste às recorrentes, neste ponto.

Cinge-se a controvérsia, em suma, a *decidir se a genitora tem ou não legitimidade para prosseguir na execução de débitos alimentares pretéritos*, ainda que, no curso da ação executiva, a guarda tenha sido transferida ao executado.

Ressalta-se, de início, que a ação de execução de alimentos em análise (fls. 3-5, e-STJ), pretende a cobrança de valores devidos e não pagos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, bem assim os vencidos no curso da ação e não pagos, *enquanto a guarda das filhas menores estava sob a responsabilidade da genitora*, período em que esta última arcou com o sustento das filhas, sem a colaboração do ora recorrido.

Depreende-se dos autos, que *a referida demanda fora ajuizada no mês de abril de 2008*, consoante protocolo de fl. 3, e-STJ, época em que as alimentandas eram representadas pela mãe. Consta-se, ainda, que ***a transferência da guarda para o genitor somente ocorreu em fevereiro de 2011***, conforme consignado pelo Tribunal *a quo* (fl. 322, e-STJ).

Não se discute que, a partir da alteração da guarda, cessou a obrigação do genitor de depositar alimentos às filhas, contudo, tal fato não o exime da dívida alimentar pretérita, contraída até o momento em que passou a ser guardião das filhas.

Assim, o débito alimentar no período em que as recorrentes estavam sob a guarda materna permanece inalterado e ***a genitora tem legitimidade para continuar executando os alimentos pretéritos***, bem como aqueles eventualmente não quitados até a alteração da guarda.

A respeito, Maria Berenice Dias, em sua obra *Manual de Direito das Famílias* (9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 582), consigna o seguinte:

Para evitar prejuízo enorme, como o genitor que detém a guarda é quem acaba sozinho provendo ao sustento da prole, indispensável reconhecer a ocorrência de sub-rogação. Ou seja, resta ele como titular do crédito vencido e não pago enquanto o filho era menor, ainda que relativamente capaz. Se ele está sob sua guarda, como o dever de lhe prover o sustento é de ambos os genitores, quando tal encargo é desempenhado somente por um deles, pode reembolsar-se com relação ao omissor. [...]

O mesmo ocorre quando o filho passa para a guarda do outro genitor.
Se existe um crédito alimentar, quem arcou sozinho com o sustento do filho pode reembolsar-se do que despendeu. Dispõe ele de legitimidade para cobrar os alimentos. Age em nome próprio, como credor sub-rogado. (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 582.) [grifou-se]

A legislação processual civil, inclusive, permite expressamente ao sub-rogado que não receber o crédito do devedor, *prosseguir na execução - nos mesmos autos*, conforme dispunha o artigo 673, § 2º, CPC/1973, cujo comando fora mantido pelo artigo 857, § 2º, CPC/2015.

No caso, há uma dívida que foi paga, pouco importando a sua natureza e, portanto, àquela que arcou com o compromisso assiste agora o direito de se ver pago.

O diferencial, contudo, é que na hipótese subjudice a modificação da guarda dos filhos (alimentadas) ocorreu no curso de ação de execução de alimentos já em trâmite. Ou seja, ao tempo da extinção da ação, a relação material existente entre as partes não era nem de gestão de negócios, tampouco de sub-rogação de créditos, mas apenas e, tão somente, de *cobrança de alimentos que não estavam sendo pagos pelo alimentante*.

Assim, a modificação das credoras e do estado das partes verificado no curso da lide já aforada (autor, réu e Estado) não pode ser imposto à representante das alimentadas que, por sua vez, bancou as prestações alimentícias de responsabilidade exclusiva do executado, e agora, sob a égide do princípio da economia processual, do agrupamento dos atos processuais e tendo em vista a nova orientação do CPC/2015, pretende se ver ressarcida dos valores dispendidos para o sustento das filhas, cuja obrigação – à época – cabia ao executado/recorrido.

Na medida em que se deu a modificação da guarda, a representante das exequentes – ora recorrente - deixou de pedir, por si, a proteção a direito alheio, pois a tutela pretendida, antes protegida à guisa de alimentos, passou a sê-lo a título ressarcitório, de um direito próprio da postulante.

Devem prevalecer, na hipótese, os princípios norteadores do direito processual civil: da celeridade e economia processual, ambos consagrados pelo CPC/1973, bem assim pelo novo diploma processual de 2015.

Ao tratar do assunto, Luiz Guilherme Marinoni destaca:

O direito à tutela tempestiva implica direito à economia processual, na medida em que o aproveitamento na maior medida possível dos atos processuais já praticados - sem decretações de nulidade e repetições desnecessárias de atos - promove um processo com consumo equilibrado de tempo. (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 2016.)

E o que se pretende com o recurso ora em análise é justamente o aproveitamento dos atos processuais já praticados e o prosseguimento da ação de execução movida pelas recorrentes em face do recorrido.

É iniludível que o crédito executado é referente ao período em que as menores estavam sob os cuidados exclusivos da genitora, época em que esta suportou sozinha a obrigação de sustentar as filhas, de modo que não há como afastar a sua legitimidade para prosseguir na execução.

Ainda que no curso da demanda executiva o genitor/recorrido passou a exercer a guarda das filhas, tal fato não altera a situação pretérita, isso porque o montante da quantia devida advém de período anterior à modificação da guarda.

Portanto, merecem reparo as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias para que a execução prossiga normalmente, com a cobrança do débito alimentar devido até o mês de fevereiro de 2011, cujo encargo fora suportado - à época - exclusivamente pela genitora.

A extinção da execução, na situação ora em análise, estaria prestigiando o inadimplemento alimentar, indo de encontro aos interesses das menores, o que, evidentemente, não pode ser incentivado por esta Corte. Ademais, a medida extintiva possivelmente ensejará a propositura de nova demanda executiva pela genitora, circunstância esta que confronta com os princípios da celeridade e economia processual, norteadores do sistema processual civil vigente.

Desta forma, a anulação da sentença e do acórdão recorrido é medida que se impõe, devendo os autos retornarem à origem para que seja dado regular prosseguimento ao feito, a fim de viabilizar a cobrança da dívida alimentar pretérita, anterior à modificação da guarda.

Por fim, ressalta-se que a partir da alteração da guarda, a execução não corre mais com a possibilidade de prisão do devedor, razão pela qual o prosseguimento do feito deve seguir o rito previsto no artigo 732 do CPC/1973, com correspondência atual no artigo 913 do CPC/2015.

3. Do exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Senhora Presidente, este é um caso bastante difícil de se encontrar a solução em face das regras processuais que tratam da sucessão das partes. O art. 41 do Código anterior dizia: “*Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei*”. Hoje, o art. 108 diz: “*No curso do processo, somente é lícita a sucessão voluntária das partes nos casos expressos em lei*”. Não encontro, no Código de Processo, dispositivo prevendo a hipótese que temos, porque, no caso, havia uma pretensão deduzida pela mãe das crianças de, em nome delas, receber os alimentos. Agora, a pretensão é alterada, porque diz ela: embora a guarda tenha sido transferida para o pai, eu tenho direito próprio, como credora, porque arqueei com aquelas despesas das menores que deviam ter sido suportadas pelos alimentos que eram devidos pelo pai inadimplente. Então, tenho direito próprio de me ver ressarcida [diz ela] por essas despesas que realizei.

Mas não seria esta uma outra pretensão diversa daquela primeira? Claro que, sob aspecto prático, não teria dúvida em acompanhar o eminente Ministro Relator, porque o voto de Sua Excelência tem muita pertinência. Mas, do ponto de vista do formalismo processual, inerente às ações judiciais, não sei se podemos adotar a solução, que aparenta entrar em conflito com as disposições processuais que há pouco referi.

Essas são as questões que coloco em debate para ouvir o eminente Relator e, naturalmente, os eminentes Pares.

O nosso problema não é se ela tem legitimidade para o que agora requer, porque pode ter realmente. O problema é se ela pode prosseguir na mesma ação, assumindo o polo ativo de uma demanda que antes era das filhas. Embora nenhum código possa esgotar todas as possibilidades, que são inúmeras, que a vida oferece na sua casuística infinita, como o nobre Relator diz muito bem, parece-me que o nosso Código de Processo, nessa questão especificamente, quis se arvorar à condição de fazê-lo, ou seja, de esgotar todas as possibilidades. Por quê? Porque diz o art. 6º do Código de 73: “*Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*”. Deve haver autorização legal para essa hipótese. O Código atual, no art. 18, repete a regra dizendo: “*Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico*”. E o art. 41 do Código antigo dizia: “*Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei*”.

Quer dizer, a lei irá prever todas as situações da vida em que se deverá relativizar a regra. Então, embora talvez não devesse, parece que o Código entende que deve ser assim. E o Código atual volta a dizer: no curso do processo, somente haverá a sucessão voluntária das partes, nos casos expressos em lei. Também o Código atual, portanto, segue o entendimento de que caberá a lei esgotar todas as hipóteses de substituição.

No caso, há ainda uma dificuldade adicional. A representante das menores teve destituída a guarda, que até então detinha, das filhas.

Assim, embora reconheça a utilidade prática da solução que o eminente Relator adota, seria uma solução absolutamente excepcional para um Tribunal como o nosso, que é encarregado da guarda da legislação federal, num caso em que encontramos vedação expressa na legislação processual civil de regência. Há vedação expressa de substituição das partes. Para passarmos por cima de tal óbice teríamos de estar diante de algo absolutamente excepcional. Uma exceção das exceções, porque vamos encontrar esses óbices legais e ter de suplantá-los e superá-los.

A execução deveria ter por base agora outro artigo, porque não pode mais haver prisão, já não vai caber pedido de prisão, tem que mudar para o art. 732. O art. 733 do CPC/1973 tem previsão de prisão. O 732, não. No atual Código é o art. 913.

Agora ela busca o ressarcimento de valores despendidos com alimentos das filhas. Quer mudar a ação, pois não é mais uma ação de alimentos, é uma ação de ressarcimento.

Senhora Presidente, com a devida vênia, acho que não podemos suplantar tantos óbices. Divirjo do voto do relator.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Senhores Ministros, peço vênia à divergência para aderir ao voto do Relator, porque penso que a transferência da guarda não extingue a dívida alimentar pretérita, ressaltando apenas que, a partir da perda da guarda, a execução não corre mais com possibilidade de prisão. Seria, portanto, o art. 732 do Código de 73 com a correspondência do atual CPC.

RECURSO ESPECIAL N. 1.558.456-SP (2015/0244165-1)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Sul América Companhia de Seguro Saúde

Advogado: Fernando Neves da Silva e outro(s) - DF002030

Advogada: Adriana Barbosa de Castro - DF028638

Advogados: Cristina Maria Gama Neves da Silva - DF032288

Mônica Alves Lima Grandó - SP335149

José Henrique Neves da Silva - DF046240

Recorrido: Pedro Felix

Advogados: Daniela Macedo - SP153006

Katia Regina dos Santos Campos - SP133595

EMENTA

Recurso especial. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo empresarial. Ex-funcionário. Manutenção do beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho. Possibilidade, desde que assumida a obrigação de pagamento integral.

Insurgência da demandada.

Hipótese: Controvérsia envolvendo a manutenção de beneficiário (ex-funcionário/aposentado) em plano de saúde da estipulante General Motors do Brasil, que tem como operadora a Sul América Companhia de Seguro Saúde, nas mesmas condições de cobertura assistencial e custeio de que gozava, quando da vigência do contrato de trabalho.

1. Violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil/1973 inócurrenre. Acórdão local devidamente fundamentado, no qual se enfrentou os aspectos fático-jurídicos essenciais à resolução da controvérsia. Desnecessidade de a autoridade judiciária manifestar-se sobre todas as alegações veiculadas pelas partes, quando invocada motivação suficiente ao escoreito desate da lide. Inexistência de vício que possa nulificar o acórdão recorrido ou ensejar negativa de prestação jurisdicional.

2. Ao aposentado deve ser assegurada a manutenção no plano de saúde coletivo empresarial, com as mesmas condições e qualidade de

assistência médica. Entretanto, não há falar em direito adquirido do aposentado ao regime de custeio do plano vigente à época do contrato de trabalho.

2.1. Para a continuidade do plano de saúde o beneficiário não tem o direito de despendar apenas os valores de contribuição vigentes ao tempo do ajuste, devendo assumir o pagamento integral da prestação, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear, evitando assim o colapso do sistema (exceção da ruína), porém, desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor e a discriminação ao idoso.

3. Recurso especial parcialmente provido para determinar a manutenção do autor/aposentado no plano de assistência médica-hospitalar, observada/preservada a mesma cobertura assistencial, porém submetida ao atual regramento no qual adotado o regime de custeio na modalidade do pré-pagamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

DJe 22.9.2016

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Sul América Companhia de Seguro Saúde*, com fundamento no artigo 105, inciso

III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, **Pedro Felix** propôs ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, em face da ora recorrente, objetivando a manutenção no plano de saúde coletivo nos mesmos moldes praticados na vigência do contrato de trabalho, arcando com a integralidade dos custos.

Em sua inicial, o autor asseverou que foi funcionário da empresa *General Motors* desde 23 de fevereiro de 1995 e, mesmo aposentado, em 21 de agosto de 2006 continuou trabalhando na citada empresa até o dia 7 de novembro de 2008, quando foi demitido, razão pela qual a hipótese se enquadra no art. 31 da Lei n. 9.656/1998.

A tutela antecipada foi deferida (fl. 50, e-STJ) impondo à ré a manutenção das condições do contrato, notadamente quanto ao valor da mensalidade, suportado agora pelo autor.

Devidamente citada, a ré apresentou contestação (fls. 80-91, e-STJ), pleiteando a improcedência da ação, ao argumento de que o cancelamento do contrato está de acordo com a legislação.

Na sentença (fls. 291-293, e-STJ), o magistrado singular julgou parcialmente procedente o pedido, determinando à ré a manutenção do plano de saúde, mediante contribuição mensal correspondente ao valor praticado atualmente no plano coletivo mantido pela empresa *General Motors*.

Em sede de recurso de apelação, o autor pleiteou a inaplicabilidade do novo cálculo para aferir a mensalidade, porquanto entende que esta deve continuar correspondendo ao valor que pagava enquanto empregado, apenas acrescido da cota patronal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, encontrando-se o respectivo acórdão assim ementado (fl. 376, e-STJ):

Apelação. Plano de saúde. Demanda que busca a manutenção de contrato de saúde em favor do requerente, após o desligamento da empresa estipulante. Sentença de procedência para a manutenção do plano mediante pagamento de valor arbitrado segundo novo seguro firmado entre a General Motors do Brasil e a Sul América Seguro Saúde S/A. Insurgência quanto à forma de cálculo do prêmio. O prêmio deve corresponder à somatória do valor descontado em folha de pagamento do apelante com o valor subsidiado pela ex-empregadora (média dos valores despendidos com os empregados nos últimos 12 meses antes do desligamento do apelante). Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 400-404, e-STJ).

Nas razões do recurso especial (fls. 407-430, e-STJ), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação ao disposto nos arts. 535, II, do Código de Processo Civil/1973 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

Alega, inicialmente, nulidade do acórdão recorrido porquanto incorreu em omissão uma vez que não teria compreendido a atipicidade do seguro saúde que beneficiava os funcionários da General Motors até 28.2.2011.

Sustenta ter o aresto hostilizado decidido contrariamente à vontade expressa no artigo 31 da Lei n. 9.656/1998, tendo em vista determinação de “*observância de valores diversos de prêmios se comparados àqueles praticados entre as partes à data do desligamento do Recorrido do quadro de funcionários da General Motors do Brasil*” (fl. 417, e-STJ).

Contrarrazões não apresentadas.

Admitido o processamento do recurso na origem (fls. 465-467, e-STJ), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): A pretensão da recorrente merece prosperar, em parte.

O caso se circunscreve a ajuste entabulado entre participante de plano de saúde coletivo empresarial da estipulante General Motors do Brasil, que tem como operadora a Sul América Companhia de Seguro Saúde, no qual o demandante, após aposentação, pretende a manutenção do plano nos mesmos moldes praticados na vigência do contrato de trabalho.

1. Inicialmente, cabe destacar que a apontada violação do art. 535 do CPC/1973 não se configura, haja vista o Tribunal estadual ter dirimido clara e integralmente a controvérsia relativa à forma de cálculo do valor mensal devido pelo recorrido, porém em sentido contrário ao pretendido pela insurgente.

Esta Corte, tem jurisprudência firmada no sentido de que o mero descontentamento da parte recorrente com o resultado do julgado não caracteriza afronta ao art. 535 do CPC/1973.

O aresto hostilizado apresenta-se devida e suficientemente fundamentado, tendo enfrentado as questões necessárias ao deslinde da controvérsia que lhe fora posta, como se observa nos seguintes excertos:

[...]

O novo seguro saúde celebrado entre a General Motors do Brasil e a Sul América Seguro Saúde S/A em 1º de março de 2011 não pode ser aplicado ao apelante que se desligou da empresa em 07 de novembro de 2008, portanto, antes de 1º de março de 2011.

Assim, a celebração do novo contrato não pode ser causa de supressão dos direitos adquiridos do apelante, que a ele não anuiu.

(...)

Assim, razoável que se apure o novo valor das mensalidades em sede de liquidação de sentença somando-se o valor que era descontado em folha de pagamento do apelante com o valor subsidiado pela empresa General Motors do Brasil (média dos valores despendidos com os empregados nos últimos 12 meses antes do desligamento do apelante).

(...)

Pelas razões expostas, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para que o valor do prêmio corresponda ao valor que o apelante vinha pagando enquanto empregado, acrescido daquele que até então era pago pela ex-empregadora (média dos valores despendidos com os empregados nos últimos 12 meses antes do desligamento do apelante).

Ressalte-se, por oportuno, que “[...] o magistrado não é obrigado a responder a todas as alegações das partes, se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados, como ocorreu no caso ora em apreço.” (AgRg no REsp 1.346.861/SC, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Segunda Turma*, julgado em 21.5.2015, DJe 29.5.2015).

Portanto, não há falar em negativa de prestação jurisdicional, tampouco em nulidade do aresto estadual. Rejeita-se, pois, a alegada afronta ao art. 535 do CPC/1973.

2. No mérito, à luz do disposto no *caput* do artigo 31 da Lei n. 9.656/1998 (com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001), o *aposentado* que contribuir, pelo prazo mínimo de dez anos, para plano de saúde coletivo empresarial tem direito de ser mantido como beneficiário, *nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral*, atentando-se, evidentemente, para as variações conforme as alterações promovidas no plano paradigma observada a paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear.

Por sua vez, ao aposentado que contribuir por período inferior aos dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo (§ 1º do artigo 31 da Lei n. 9.656/1998).

Esse é o entendimento assente desta Corte Superior de Justiça, no sentido de que “*É garantido ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998)*” (AgRg no AREsp 558.918/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15.10.2015, DJe 22.10.2015).

Desse modo, para o reconhecimento do direito previsto no *caput* do art. 31 da Lei n. 9.656/1998, faz-se necessário que o aposentado ou empregado desligado preencha os seguintes requisitos: I) seja contribuinte de plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, em decorrência de vínculo empregatício; II) tenha contribuído pelo prazo mínimo de dez anos; III) *assuma a integralidade da contribuição, ou seja, passe a arcar com a cota antes suportada pelo empregador.*

As condições a serem observadas pelo aposentado para fazer jus ao aludido direito encontram-se enumeradas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do artigo 30 do referido diploma legal, *verbis*:

Art. 30. (...)

(...)

§ 2º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho.

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo.

§ 4º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho.

§ 5º A condição prevista no *caput* deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego.

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Nesse contexto normativo, sobressai a jurisprudência desta Corte no sentido de ser assegurado ao aposentado (com mais de dez anos de contribuição) a manutenção no plano de saúde coletivo (empresarial), com “*as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear*” (REsp 531.370/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.8.2012, DJe 6.9.2012).

A propósito:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde coletivo. Aposentadoria do beneficiário. Manutenção das mesmas condições de assistência médica e valores de contribuição. Não violação ao art. 535 do CPC. Interpretação do art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Súmula n. 83/STJ. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo. Súmula n. 284/STF.

(...)

2. A melhor interpretação a ser dada ao *caput* do art. 31 da Lei n. 9.656/1998, ainda que com a nova redação dada pela Medida Provisória n. 1.801/1999, é a de que deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear.

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 686.472/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 25.8.2015, DJe 28.8.2015)

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Plano de saúde coletivo. Beneficiário aposentado. Possibilidade de manutenção nas mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição aplicáveis aos empregados da ativa. Necessidade de assunção da parcela antes paga pelo ex-empregador. Possibilidade de variação dessa quantia pecuniária conforme as alterações no plano paradigma. Precedentes das duas Turmas integrantes da Segunda Seção. Agravo regimental improvido.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, a parcela da contribuição a ser assumida pelo beneficiário, antes custeada pelo ex-empregador, poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear. O plano paradigma, cujas alterações determinam variação na parcela a ser assumida pelo beneficiário

aposentado, é aquele vigente para os beneficiários que continuam na ativa. Precedentes de ambas as Turmas da Segunda Seção.

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.497.784/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 6.8.2015, DJe 24.8.2015)

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Plano de saúde coletivo. Aposentadoria do segurado. Art. 31 da Lei n. 9.656/1998. Possibilidade de manutenção das mesmas condições de assistência médica e valores de contribuição.

1. É assegurado ao aposentado o direito de permanecer como beneficiário de contrato de plano de saúde nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava antes da aposentadoria, desde que assuma o pagamento integral da contribuição.

2. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 589.974/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 20.8.2015, DJe 27.8.2015)

Civil. Processual Civil. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Falta de prequestionamento. Súmula n. 282/STF. Plano de saúde coletivo. Demissão do funcionário. Manutenção do contrato nas mesmas condições da ativa. Possibilidade. Reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

(...)

2. *“Deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral desta, a qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o que a ex-empregadora tiver que custear”* (REsp n. 531.370/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.8.2012, DJe 6.9.2012).

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AREsp 683.291/SP, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23.6.2015, DJe 30.6.2015)

3. No tocante ao valor da contribuição a ser paga pelo ex-empregado aposentado, após a celebração do novo contrato de plano de saúde entre estipulante e operadora (unificação dos planos), a jurisprudência desta Corte

Superior é assente no sentido de que, respeitadas as mesmas condições de cobertura assistencial as quais o inativo gozava quando da vigência do contrato de trabalho, ou seja, havendo a manutenção da qualidade e do conteúdo médico-assistencial da avença, não há falar em direito adquirido do aposentado ao regime de custeio do plano vigente à época do contrato de trabalho.

Assim, a interpretação a ser dada ao art. 31, *caput*, da Lei n. 9.656/1998 é a de que deve ser assegurada ao aposentado a manutenção no plano de saúde coletivo, com as mesmas condições de assistência médica e de valores de contribuição, desde que assuma o pagamento integral, o qual poderá variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com o despendido pela ex-empregadora no custeio aos empregados em atividade.

Nesse contexto, importante destacar precedente da Terceira Turma, segundo o qual, na hipótese do artigo 31 da Lei n. 9.656/1998, mantidas as condições de cobertura assistencial da ativa, “*não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), contanto que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso*” (REsp 1.479.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º.9.2015, DJe 11.9.2015).

Eis a ementa do aludido julgado:

Recurso especial. Civil. Plano de saúde coletivo empresarial. Trabalhador aposentado. *Migração para plano novo. Extinção do contrato anterior. Legalidade. Redesenho do modelo de contribuições pós-pagamento e pré-pagamento. Aumento da base de usuários. Unificação de empregados ativos e inativos. Diluição dos custos e dos riscos. Cobertura assistencial preservada. Razoabilidade das adaptações. Exceção da ruína.*

1. Discute-se se o aposentado e o empregado demitido sem justa causa, migrados para novo plano de saúde coletivo empresarial na modalidade pré-pagamento por faixa etária, mas sendo-lhes asseguradas as mesmas condições de cobertura assistencial da época em que estava em vigor o contrato de trabalho, têm direito de serem mantidos em plano de saúde coletivo extinto, possuidor de sistema de contribuições pós-pagamento, desde que arquem tanto com os custos que suportavam na atividade quanto com os que eram suportados pela empresa.

2. *É garantido ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998). Os valores de contribuição,*

todavia, poderão variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com os que a ex-empregadora tiver que custear. Precedente.

3. Por “mesmas condições de cobertura assistencial” entende-se mesma segmentação e cobertura, rede assistencial, padrão de acomodação em internação, área geográfica de abrangência e fator moderador, se houver, do plano privado de assistência à saúde contratado para os empregados ativos (art. 2º, II, da RN n. 279/2011 da ANS).

4. Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso.

5. Nos contratos cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes pode sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa-fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos.

6. *Não há ilegalidade na migração de inativo de plano de saúde se a recomposição da base de usuários (trabalhadores ativos, aposentados e demitidos sem justa causa) em um modelo único, na modalidade pré-pagamento por faixas etárias, foi medida necessária para se evitar a inexequibilidade do modelo antigo, ante os prejuízos crescentes, solucionando o problema do desequilíbrio contratual, observadas as mesmas condições de cobertura assistencial. Vedação da onerosidade excessiva tanto para o consumidor quanto para o fornecedor (art. 51, § 2º, do CDC). Função social do contrato e solidariedade intergeracional, trazendo o dever de todos para a viabilização do próprio contrato de assistência médica.*

7. *Não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se verificada a exceção da ruína, sobretudo se comprovadas a ausência de má-fé, a razoabilidade das adaptações e a inexistência de vantagem exagerada de uma das partes em detrimento da outra, sendo premente a alteração do modelo de custeio do plano de saúde para manter o equilíbrio econômico-contratual e a sua continuidade, garantidas as mesmas condições de cobertura assistencial, nos termos dos arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.*

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.479.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º.9.2015, DJe 11.9.2015) [grifou-se]

No mesmo sentido, confira-se:

Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Decisão de origem em conformidade com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ. Reexame

de matéria contratual e fática. Súmulas 5 e 7 do STJ. Incidência. Agravo não provido.

1. A decisão de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que “É garantido ao trabalhador demitido sem justa causa ou ao aposentado que contribuiu para o plano de saúde em decorrência do vínculo empregatício o direito de manutenção como beneficiário nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral (arts. 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998). *Os valores de contribuição, todavia, poderão variar conforme as alterações promovidas no plano paradigma, sempre em paridade com os que a ex-empregadora tiver que custear. Precedente*”. (REsp 1.479.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º.9.2015, DJe 11.9.2015, e também, REsp 531.370/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 7.8.2012, DJe 6.9.2012). Incide, portanto, o óbice da Súmula 83/STJ.

(...)

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 826.000/RJ, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7.6.2016, DJe 16.6.2016) [grifou-se]

Agravo regimental no recurso especial. Plano de saúde. Contrato coletivo. Resilição. Aposentado. Reajuste. Distinção entre ativos e inativos. Violação matéria constitucional. Impossibilidade. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Manutenção das mesmas condições de cobertura existentes na vigência do contrato de trabalho. Variação conforme as alterações promovidas pelo plano paradigma. Incidência. Súmula 83/STJ. Agravo improvido.

(...)

3. “*Mantidos a qualidade e o conteúdo de cobertura assistencial do plano de saúde, não há direito adquirido a modelo de custeio, de modo que pode o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso*” (AgRg no AREsp 558.918/SP, Rel. o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15.10.2015, DJe 22.10.2015).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.520.827/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19.4.2016, DJe 28.4.2016) [grifou-se]

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Consonância do acórdão recorrido com o entendimento preconizado por esta Corte. Súmula 83/STJ.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, é possível o ex-empregado aposentado manter-se como beneficiário de plano de saúde em condições de cobertura idênticas às existentes quando da vigência do contrato de trabalho, desde que o pagamento integral da prestação seja arcado por ele. Precedentes.

2. Na apreciação do REsp 1.479.420/SP, da relatoria do Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, DJe 11.9.2015, esta Corte reafirmou seu entendimento de que não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o colapso (exceção da ruína), contanto que não haja onerosidade excessiva ao consumidor ou a discriminação ao idoso.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 731.693/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19.11.2015, DJe 24.11.2015)

Importante assinalar que, à época do ajuizamento da demanda, vigoravam dois modelos de assistência médica fornecidos pela General Motors (conhecidos como “Modelos Antigos”) mediante contratações distintas firmadas com a Sul América, nos seguintes termos: (a) carteira dos funcionários ativos, contrato vigente desde 1973, na modalidade de pós pagamento (contraprestação pecuniária com base nos valores das despesas assistenciais, sendo apurada e paga posteriormente e de forma variável) com participação financeira do empregador; e (b) carteira dos funcionários inativos, contrato vigente desde 2000, na modalidade de pré pagamento (contraprestação pecuniária paga antes da utilização dos serviços ou das despesas assistenciais), custeada integralmente pelos usuários com a variação do prêmio segundo a faixa etária.

Em março de 2011, a estipulante (General Motors do Brasil) e a operadora do plano de saúde (Sul América Companhia de Seguros), a fim de evitar o colapso do modelo de assistência médica adotado à época do vínculo empregatício com o autor (dada a premente inviabilidade da carteira de inativos), instituíram novo sistema denominado “Modelo Único Novo”, agregando, em uma mesma base segurada, os empregados e os ex-empregados, adotando o regime de custeio na modalidade do pré-pagamento, atrelando-se o valor do prêmio à faixa etária do usuário, mantida a mesma cobertura assistencial.

Na inicial, o autor (aposentado que contribuiu para o seguro de saúde coletivo empresarial por mais de dez anos, tendo sido desligado da General Motors em novembro de 2008), requereu o reconhecimento do direito de ser o acionante e sua dependente mantidos no plano de saúde mediante o pagamento da mesma prestação pecuniária cobrada enquanto na ativa, acrescida apenas do valor então subsidiado pela empregadora.

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, determinando o cálculo do valor do prêmio à luz do novo modelo de

assistência médica, observada a faixa etária de cada beneficiário, na modalidade contratual do plano correspondente.

Por sua vez, o Tribunal de origem reformou a decisão de piso, por considerar que o novo contrato não alcançaria o empregado aposentado em momento anterior à sua celebração, malgrado tenha sido extinto o vínculo trabalhista posteriormente, tendo relegado à liquidação a apuração dos valores a serem custeados pelo autor, tomando como base a média da quantia despendida com os empregados nos últimos doze meses antes do desligamento do aposentado.

Verifica-se, assim, que tal entendimento contrasta com a jurisprudência assente nesta Corte Superior, pois viola a base contratual, diferenciando no âmbito de um mesmo sistema/regime os empregados da ativa e o demandante, que arcaria com parcela significativamente menor que os seus respectivos pares vinculados ao grupo empresarial do plano de saúde.

De fato, não há como preservar indefinidamente a sistemática contratual original se a migração do inativo de plano de saúde em um modelo único que engloba os trabalhadores ativos, aposentados e dispensados sem justa causa, for medida imprescindível para o equilíbrio econômico-contratual e a continuidade do sistema mediante a garantia das mesmas condições de cobertura assistencial consoante previsto nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998.

Desse modo, afigura-se impositiva a reforma do acórdão estadual, uma vez dissonante da jurisprudência desta Corte, no sentido da necessária observância do valor de contribuição com as alterações ocorridas no plano de saúde coletivo empresarial oferecido aos empregados da ativa, ou seja, conforme o “Modelo Único Novo”.

4. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e determinar a manutenção do autor/aposentado no plano de assistência médica-hospitalar, observada/preservada a mesma cobertura assistencial, porém submetida ao atual regramento no qual adotado o regime de custeio na modalidade do pré-pagamento.

Custas e honorários conforme fixados na origem.

É como voto.