



4. Responsabilidade Civil do Consumidor

4.1. Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço

RECURSO ESPECIAL N. 1.094.769-SP (2008/0223841-8)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Academia Paulista Anchieta S/C Ltda

Advogado: Adriana Inácia Vieira e outro(s)

Recorrido: Renata Guirro

Advogado: Célio Caus Júnior e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação anulatória de cláusula contratual c.c. indenização por danos morais e materiais. Não formação de novas turmas de curso superior (extinção de curso universitário). Transferência de aluna para outra instituição de ensino. Responsabilidade civil da universidade reconhecida pelas instâncias ordinárias, ao entenderem configurados e comprovados os danos alegados, não obstante o afastamento da arguida abusividade da cláusula contratual que faculta à universidade a extinção do curso por ausência de viabilidade econômico-financeira. Autonomia universitária (art. 207 da CF/1988). Possibilidade de extinção de curso superior, nos termos do artigo 53, inciso I, da Lei n. 9.394/1996. Recurso especial provido, a fim de julgar improcedente o pedido condenatório.

Insurgência da instituição educacional.

1. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Acórdão local que enfrentou de modo fundamentado todos os aspectos fundamentais ao julgamento da demanda.

2. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de prestação de serviços educacionais traduz relação de consumo.

3. A instituição educacional privada de ensino superior goza de autonomia universitária, nos termos do art. 207 da Constituição

Federal, motivo pelo qual possível, ante a inviabilidade de determinado curso, proceder à sua extinção, conforme preceito constante do art. 53, I, da Lei n. 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

4. O art. 6º, III, do CDC que institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, alcançou o negócio jurídico entabulado entre as partes, porquanto a aluna/consumidora foi adequadamente informada acerca da possibilidade de extinção do curso em razão de ausência de *quorum* mínimo, tanto em razão de cláusula contratual existente no pacto, quanto no manual do discente.

5. *No caso*, não se verifica o alegado defeito na prestação de serviços, haja vista que a extinção de cursos é procedimento legalmente previsto e admitido, não sendo dado atribuir-se a responsabilização à universidade por evento sobre o qual não há qualquer participação ou influência da desta (ausência de alunos e não obtenção, pela aluna, de aprovação), mormente quando cumpre todos os deveres ínsitos à boa-fé objetiva.

Na relação jurídica estabelecida com seu corpo discente, consoante atestado pelas instâncias ordinárias, a instituição de ensino forneceu adequada informação e, no momento em que verificada a impossibilidade de manutenção do curso superior, ofereceu alternativas à aluna, providenciando e viabilizando, conforme solicitado por esta, a transferência para outra faculdade.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente os pedidos da inicial.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, negando provimento ao recurso especial, divergindo do Relator, e os votos dos Ministros Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti, acompanhando o Relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, no sentido da divergência, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator.

Vencidos os Ministros Luis Felipe Salomão e e Antonio Carlos Ferreira. Votaram vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (voto-vista) e Antonio Carlos Ferreira.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Academia Paulista Anchieta Sociedade Civil Ltda*, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, *Renata Guirro* ajuizou *ação anulatória de cláusula contratual, cumulada com perdas e danos e lucros cessantes* em face da *Academia Paulista Anchieta Sociedade Civil Ltda.*, visando à obtenção de ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos em razão da extinção/fechamento do curso de graduação em engenharia química, com base na cláusula 4ª, § 1º do contrato educacional formulado entre as partes.

Segundo a exordial, no ano de 1997 a autora prestou exame vestibular, tendo ingressado no curso de engenharia de alimentos da Universidade Bandeirante de São Paulo - UNIBAN, que tem como mantenedora a Academia Paulista Anchieta.

Após dois anos de estudos, o curso foi fechado pela instituição educacional, tendo a estudante optado por transferir-se para o curso de engenharia química, que continuaria a ser oferecido pela ré.

Com a conclusão do terceiro e quarto ano de estudos em engenharia química, a autora, em razão de não ter alcançado notas suficientes em cinco matérias, necessitou proceder à repetição do quarto ano. Ao tentar efetuar a matrícula, tomou ciência da cessação do oferecimento do curso de engenharia química.

Depreende-se, ainda, que a universidade, como forma de superar o problema, ofereceu a opção de transferência com aproveitamento de matérias

para a Faculdade Oswaldo Cruz ou Universidade Santa Cecília, ambas situadas em localidades distantes do domicílio da acadêmica.

Pleiteou a autora, além da declaração da nulidade da cláusula contratual, a condenação da instituição educacional ao pagamento de: *(i)* indenização por danos morais, a ser apurado em liquidação de sentença; e *(ii)* indenização pelos danos patrimoniais decorrentes da mudança da instituição de ensino superior (diferença de custo de transporte, diferença do valor de mensalidades, o acréscimo de um ano ao curso e demais despesas a serem apuradas em liquidação).

Sentenciado o feito, o magistrado singular julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial para o fim de condenar a ré a pagar à autora:

a) R\$ 12.000,00 (doze mil reais) a título de reparação pelos danos morais sofridos;

b) R\$ 158,00 (cento e cinquenta e oito reais) por mês relativos à diferença de despesas de transporte;

c) R\$ 120,00 (cento e vinte reais) por mês à título de reparação de despesas com alimentação durante os meses em que lhe foram ministradas aulas, adotando como termo *a quo* a data a partir da qual passou a autora a frequentar o curso na Faculdade Oswaldo Cruz;

d) as mensalidades correspondentes ao último ano do curso de engenharia química frequentado na Faculdade Oswaldo Cruz, segundo os valores então vigentes;

e) a diferença de valores das mensalidades que eram pagas à ré pela autora e as que por esta foram pagas à Faculdade Oswaldo Cruz (montante de R\$ 151,40 no mês de janeiro de 2004, que deve ser apurado mês a mês desde a matrícula da autora na Faculdade Oswaldo Cruz);

Ainda, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando que “a ré passe a pagar, todo dia 10 de cada mês e sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), os valores mensais atinentes à diferença de despesas de condução e a título de reparação das despesas com alimentação durante a frequência da autora no curso superior, bem como os relativos às diferenças de valores das mensalidades que eram pagas à ré ela autora e as que por esta são pagas à Faculdade Oswaldo Cruz.” (fl. 173, e-STJ)

Inconformada, a ré interpôs recurso de *apelação*, recebido apenas no efeito *devolutivo*, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

Prestação de serviços educacionais. Extinção do curso universitário. Transferência de aluna para outra universidade distante de sua residência. Danos morais e materiais. Configuração. Reparação devida.

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante.

Recurso improvido. (fl. 235, e-STJ)

Requeru a autora a extração de carta de sentença para proceder à execução provisória do julgado. (fls. 222)

Opostos embargos de declaração pela associação educadora, estes foram rejeitados pelo acórdão de fls. 249-252.

Irresignada, a ré interpõe recurso especial (fls. 260-278, e-STJ), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, sustentando, além de dissídio jurisprudencial, a existência de:

a) violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, pois o Tribunal local teria se omitido na análise do ponto fundamental de sua defesa, consistente na informação precisa e oportuna quanto à necessidade de um número mínimo de alunos para a formação de uma turma, bem como acerca de cláusula resolutória alternativa existente no contrato de prestação de serviços, que deixa à escolha do contratante a opção pela rescisão do contrato ou transferência para curso diverso da mesma instituição ou de outra;

b) ofensa aos artigos 188, inciso I, e 393 do Código Civil e 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto: i) inexistente o dever de indenizar, haja vista que a aluna foi previamente informada (manual do vestibular) sobre a necessidade de *quorum* mínimo para formação de turmas; ii) não ocorreu a extinção da turma da autora, pois a sua reprovação no quarto ano é que impossibilitou que concluísse o curso com os demais alunos; iii) a universidade possui autonomia e o fechamento do curso decorre de exercício regular de direito; iv) a não conclusão do curso pela autora decorreu de caso fortuito sobre o qual a instituição não se responsabilizou; v) a existência de cláusula resolutória em contratos de adesão é permitida, desde que as cláusulas que restrinjam direitos sejam interpretadas restritivamente.

Contrarrazões às fls. 308-318, e-STJ.

Inadmitido na origem, o apelo extremo ascendeu a esta Corte por força da decisão exarada pelo Min. João Otávio de Noronha, no Agravo de Instrumento n. 1.023.908-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): No mérito, o presente recurso especial merece acolhida.

1. Preliminarmente, no que concerne à apontada omissão do Tribunal de origem, verifica-se dos autos que o acórdão recorrido não padece do vício apontado, pois ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas dali extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, não havendo falar, portanto, em ausência de fundamentação, tampouco em omissão.

Depreende-se que, no tocante à necessidade de *quorum* mínimo para a formação de turmas e acerca de cláusula resolutória alternativa existente no contrato de prestação de serviços, que deixa à escolha do contratante a opção pela rescisão do contrato ou transferência para curso diverso da mesma instituição ou de outra, assim se manifestou a Corte local:

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante.

Ademais, o principal objetivo de um aluno quando ingressa em uma universidade é o de terminar o curso para o qual foi matriculado para posteriormente exercer a profissão, sendo que as cláusulas que se revelam por demais restritivas dos direitos do aluno devem ser interpretadas segundo a função social do contrato, levando em consideração a natureza e o conteúdo da contratação, bem como o interesse das partes.

Com efeito, o Tribunal *a quo* se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, afigurando-se dispensável, ademais, o exame pontual de cada uma das alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag n. 1.402.701-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 6.9.2011; REsp n. 1.264.044-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 8.9.2011; AgRg nos EDcl no Ag n. 1.304.733-RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23.8.2011, DJe 31.8.2011; AgRg no REsp n. 1.245.079-MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.8.2011, DJe 19.8.2011; e AgRg no Ag n. 1.407.760-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 22.8.2011; REsp n. 264.101-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.3.2009, DJe 6.4.2009.

2. No mérito, cinge-se a controvérsia à configuração da responsabilidade civil da Associação Paulista Anchieta, mantenedora da Universidade Bandeirante, pelos alegados prejuízos experimentados face a extinção do curso de graduação (engenharia química) cursado pela autora, em razão da ausência de número mínimo de alunos para a formação de turma e a sua transferência para outra instituição de ensino superior.

Inicialmente, é indispensável ressaltar que não está em discussão qualquer responsabilidade da universidade pelo não fornecimento do curso de engenharia de alimentos, curso para o qual alega a aluna ter prestado o concurso vestibular, porquanto as matérias ministradas nos dois primeiros anos não estavam direcionadas a qualquer ramo da Engenharia *em específico*, mas a um ciclo básico comum, e sequer constituem objeto de irrisignação da parte autora, pois esta optou por transferir-se para o curso de engenharia química.

Logo, a controvérsia fica limitada apenas aos alegados prejuízos oriundos da extinção da turma do quarto ano do curso de engenharia química.

Estabelecida essa premissa, é relevante mencionar ser entendimento pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que a prestação de serviços educacionais caracteriza-se como relação de consumo, motivo pelo qual incidem, na espécie, as regras protetivas ao consumidor.

Nesse sentido:

Recurso especial. Serviços educacionais. Relação de consumo. Aplicação do CDC. Fato do serviço. Prescrição quinquenal.

1. Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de prestação de serviços educacionais constitui relação de consumo.

2. Nos casos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, aplica-se o prazo prescricional de 5 anos (artigo 27 do CDC).

3. O termo inicial da prescrição começa a fluir a partir do momento em que o direito é violado, o qual coincide com o momento de nascimento da pretensão.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 647.743-MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 4.12.2012, DJe 11.12.2012)

Reconhecida a natureza da relação jurídica, imprescindível verificar *o eventual defeito* que possa ter contaminado o serviço discutido, visto que não se mostra razoável agasalhar sob o rótulo da autonomia universitária ***toda e qualquer prática*** que afete a relação contratual entre o aluno e a entidade privada que fornece os serviços educacionais. (REsp n. 1.306.179-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6.12.2012, DJe 9.5.2013.)

Na hipótese ora em foco, é indubitável gozar a instituição educacional privada de ensino superior de *autonomia*, nos termos do que preleciona o art. 207 da Constituição Federal: “*as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão*”.

A autonomia universitária constitui princípio constitucional genérico que abarca tanto universidades públicas quanto privadas, não sendo dado ao intérprete da norma fazer distinção onde a lei assim não o faz, haja vista que a inserção de tal preceito na obra do constituinte originário traz como consequência a sua intangibilidade.

Desta forma, traduzindo-se a autonomia na capacidade de autodeterminação e de autorregulamentação dentro dos limites fixados pelo poder que a institui, indiscutível a possibilidade de a instituição proceder à extinção de determinado curso, porquanto tal faculdade consta expressamente do artigo 53, inciso I, da Lei n. 9.394/1996 - *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*, ao assim dispor:

Art. 53. *No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:*

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente. (grifos nossos)

Corroborando a legalidade do procedimento adotado, constitui fato incontroverso dos autos que a *transferência* da autora para outra instituição ocorreu em razão de a universidade, ao amparo da inviabilidade econômico-financeira, não ter logrado formar **nova turma do quarto ano** do curso de engenharia química, ante a ausência de número mínimo de alunos, com base no *Regimento Geral da Universidade Bandeirante de São Paulo* e no *parágrafo 1º da cláusula 4ª do contrato de prestação de serviços educacionais*.

Elucidativo o trecho extraído das razões de apelação:

Infelizmente, o curso de Engenharia Química, não alcançou o número mínimo de alunos necessários para o seu aproveitamento e desenvolvimento mediante formação de novas turmas, não restando outra alternativa à apelante senão cumprir com o seu objetivo social, *formando, ao final do presente ano letivo, a última turma, até então, do curso de Engenharia Química.* (...)

Também não procede a informação lançada pela apelada, ao justificar sua transferência baseando-se na extinção do curso; *conforme listagem que acostada (sic) à contestação, no ano de 2003, diversos alunos estarão concluindo o curso de Engenharia Química o que vale dizer que o curso não foi extinto, mas tão somente, até o momento, não houver (sic) formação de uma nova turma diante da ausência de "quorum".*

Obviamente, se a apelada tivesse obtido aprovação no 4º ano, estaria, ao final de 2003 se formando com os demais colegas, sem qualquer dificuldade. (...)

Vale ressaltar que a turma da autora foi a última de engenharia química oferecida pela apelada, sendo de conhecimento de todos os alunos que o seu curso não era mais oferecido, não sendo nenhuma novidade para a apelada o fato de não poder cursar novamente na Instituição apelante o quarto ano (face a sua reprovação), pois sabia que não existiam mais turmas nas séries anteriores. (fls. 187-191, e-STJ - grifos no original)

Assim, no ano de 2002, quando a autora não obteve a sua aprovação no quarto ano - diga-se, frequentado por esta juntamente com os colegas que formavam número de alunos suficientes para viabilizar economicamente a referida turma -, *não ocorreu a extinção abrupta do curso de engenharia química conforme faz transparecer os dizeres da petição inicial e o entendimento externado pelo magistrado singular (fls. 162, e-STJ), mas apenas a não formação de novo grupo estudantil para o referido curso e série (quarto ano) em virtude da ausência de quorum razoável.*

Frente ao quadro ora em exame, *a universidade, comprovadamente, afastou o alegado defeito na prestação de serviços educacionais, pois no ano seguinte (2003) logrou formar a primeira e única turma de engenharia química (fls. 110, e-STJ), que não contou com a participação da autora em razão de sua reprovação no quarto ano, para o qual não havia a possibilidade de cursar, em regime de dependência, as matérias nas quais não obteve notas satisfatórias.*

Nesse ponto, necessário informar que, ante a eventual não formação de turma em razão de não se completar número mínimo de matrículas em determinado curso, *ao discente cabia, alternativamente, rescindir o contrato com o*

devido ressarcimento, ingressar em curso de graduação diverso na mesma instituição educacional ou transferir-se para outro estabelecimento de ensino – opção adotada pela aluna, ora recorrida –, o que afasta a sua tese de que a universidade teria fechado o curso sem qualquer planejamento e preocupação com o destino dos alunos (fls. 14, e-STJ).

Reitere-se, a argumentação contida na petição inicial, na qual a aluna afirma ter optado pela transferência para curso de engenharia química ministrado em outra faculdade:

(...) a Ré forneceu a opção de transferência com aproveitamento de currículos para as Faculdades Osvaldo (sic) Cruz, ou Universidade Santa Cecília.

A primeira está localizada na Barra Funda, já a segunda, em Santos, sendo ambas “fora de mão” se comparadas à UNIBAN para a Autora, tendo em vista a distância de sua residência (...)

A Autora se viu obrigada a escolher a Faculdade Osvaldo (sic) Cruz para concluir seus estudos, tendo, de dispendir R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais com transporte, além da importância de R\$ 112,00 (cento e doze reais) mensais referentes à diferença entre os valores das mensalidades das duas instituições. (fls. 7-8, e-STJ - grifos nossos)

Desta forma, ante o implemento de cláusula resolutória do contrato, nos termos do artigo 54, § 2º do CDC, a aluna contou com a viabilização de alternativas, tendo escolhido por transferir-se para outra faculdade com o aproveitamento das disciplinas já cursadas, ao invés de mudar de curso no âmbito da mesma instituição ou de obter a devolução dos valores desembolsados.

Denota-se, da petição inicial, que a autora, ao optar pela transferência para a Faculdade Osvaldo Cruz, estava ciente quanto ao aproveitamento das matérias e enquadramento acadêmico de acordo com a grade curricular da referida instituição educacional (fls. 153-154, e-STJ), bem como quanto aos gastos que iria suportar.

Com efeito, é inviável cogitar em defeito na prestação dos serviços educativos prestados, tampouco em omissão da universidade, haja vista que, além de ter fornecido alternativas à autora, providenciou e viabilizou, *conforme solicitado pela aluna*, a sua transferência para outra instituição de ensino.

Verificou-se, também, que diante **da não obtenção de notas mínimas em cinco matérias do referido quarto ano**, necessitaria a autora repetir/estudar novamente a série, diga-se, já cursada e finalizada sem aproveitamento perante a ré.



Confira-se, no ponto, o seguinte trecho da exordial:

Ao concluir os estudos do quarto ano de Engenharia Química, a Autora teve notas insuficientes em cinco matérias, sendo obrigada a estudar novamente o quarto ano.

Ao tentar efetivar a matrícula para o quarto ano, foi surpreendida com a notícia de que a instituição não estava mais ministrando o curso de Engenharia Química para os alunos do quarto ano. (fl. 7)

Ressalte-se, ainda, *não ter a Corte local considerado abusiva a cláusula 4ª, § 1º, contida no contrato de prestação de serviços educacionais*, que dá poderes à instituição de ensino para cancelar, de forma unilateral, curso de graduação por ela administrado, tendo tão somente declarado que a interpretação à cláusula deveria ser realizada de forma limitada, sempre no interesse da aluna/contratante, por tratar-se de contrato de adesão.

A título elucidativo, segue excerto do acórdão recorrido:

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante. (fls. 237-238)

Na oportunidade, a fim de corroborar a tese segundo a qual não houve declaração de abusividade da mencionada cláusula contratual, tampouco de que *não teria havido falta/falha de informação à consumidora*, necessário acentuar ter o magistrado *a quo* afirmado existir informação adequada no manual do discente acerca da necessidade de número mínimo de estudantes para a formação de turmas, bem como de que não se poderia falar em caso fortuito, haja vista que tanto o manual como o contrato de prestação de serviços previam o encerramento do curso por insuficiência de alunos.

Confira-se, por oportuno, trecho da sentença:

(...) 4. Ora, *indubitável é gozar a ré de autonomia* nos termos do art. 207 da Magna Carta (“as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade, entre ensino, pesquisa e extensão”). (...)

8. Em suma, a ré, com sua conduta, violou direitos da autora assegurados pela Lei Federal n. 8.078/1990 e, *ainda que não se vislumbre na cláusula 4ª, § 1º, do contrato de prestação de serviços (fls. 17 anverso), nulidade absoluta - daí porque o pedido respectivo é improcedente* - seus efeitos, conforme única interpretação cabível a ela na forma suso explanada, são mais limitados - pena de, então, incorrer em nulidade absoluta - do que aquela pretende. (...)

10. Ademais, *descabido é falar-se em caso fortuito, porquanto o próprio manual e o contrato prevêm o encerramento do curso por insuficiência de alunos do que resulta ser impossível falar-se em imprevisibilidade do evento* e quanto menos ante a obrigação de planejar a ré eficiente e adequadamente a instituição e manutenção dos cursos oferecidos ao público consumidor.

11. Enfim, conclui-se que a ré incorreu em condutas violadoras de direitos subjetivos da ré *independentemente da previsão contratual de encerramento de cursos, causando-lhe danos que deve reparar.* (fls. 161-166, e-STJ - grifos nossos)

Assim, pela simples leitura dos excertos acima colacionados, verifica-se **ter a autora sido adequadamente informada acerca da possibilidade de extinção do curso** em razão de ausência de *quorum* mínimo e, ainda, que **a cláusula contratual advertindo a possibilidade de extinção do curso não fora considerada abusiva.**

Desta forma, o art. 6º, inc. III, do CDC, o qual institui *o dever de informação e consagra o princípio da transparência, alcançou o negócio em sua essência*, porquanto a informação repassada ao consumidor integrou o próprio conteúdo do contrato.

Ora, trata-se de dever intrínseco ao negócio, presente não apenas na formação do contrato, mas também, durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas (consentimento informado/vontade qualificada).

No caso, ainda que evidenciado o aborrecimento sofrido pela autora, em razão de não ter logrado êxito em cinco matérias do quarto ano, *não é viável cogitar a existência de defeito na prestação de serviços educacionais*, pois (i) o quarto ano de engenharia química foi prestado adequadamente pela instituição educacional, sem, no entanto, consagrar a aluna a sua aprovação; e (ii) a extinção de cursos constitui procedimento legalmente previsto e admitido, motivo pelo qual não é dado atribuir à universidade a responsabilização por eventos sobre os quais não há qualquer participação ou influência desta - *ausência de alunos e reprovação da aluna.*

A hipossuficiência do consumidor, na hipótese dos autos, não tem o condão de legitimar prejuízo ao fornecedor (onerosidade excessiva da ré), mormente

quando não verificado o defeito na prestação do serviço pelo qual se obrigou, porquanto é certo, *enquanto presente a viabilidade econômico-pedagógica da manutenção do curso de graduação (lucro e alunos em quorum mínimo), foi ele preservado*, o que é corroborado, inclusive, por ter a autora cursado o quarto ano de engenharia química, ressalte-se, sem aprovação, e ainda, de ter a universidade mantido o curso de engenharia química até a formatura da primeira turma.

Ademais, ao contrário do que afirmam as instâncias ordinárias, a aluna não foi *obrigada a optar* pela transferência para a Faculdade Oswaldo Cruz, tanto em razão da ausência de correlação lógico-gramatical entre as duas proposições, quanto pelo fato de que *a escolha/opção foi realizada de forma livre e consciente, mediante pedido/solicitação da própria discente*, após analisar as alternativas adequadamente prestadas pela universidade como forma de superar a crise relacional existente entre as partes.

Assim, como corolário do princípio da eticidade e da boa-fé objetiva, o fornecedor pautou-se como podia e devia ante o dever intrínseco de colaboração e cooperação. A universidade atendeu plenamente à regra de exceção estatuída para os casos de inexecução contratual involuntária e autorizada por lei (extinção de curso), fornecendo informação adequada e caminhos alternativos para a autora, nos exatos termos preceituados pelo artigo 54, § 2º, do CDC.

Não se olvida que o principal objetivo de um aluno ao ingressar em uma universidade é o de finalizar o curso para o qual se matriculou e, posteriormente, ingressar no mercado de trabalho e lá aplicar os conhecimentos adquiridos. Entretanto, na hipótese ora em foco, não se verifica a quebra do dever de lealdade, transparência, informação, boa-fé, tampouco desrespeito e descaso para com a aluna.

Deste modo, é inviável, *nesta hipótese*, imputar à instituição educacional a responsabilidade por todas e quaisquer práticas que afetem a relação contratual estabelecida entre as partes, mormente quando viabilizado pelo fornecedor alternativas para solução do problema, ante a cláusula resolutória do contrato, diga-se, decorrente de inexecução não voluntária.

3. Do exposto, no mérito, *dou provimento* ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Custas e honorários pela autora, estes últimos arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais) nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Renata Guirro ajuizou demanda contra Academia Paulista Anchieta, objetivando anulação de cláusula contratual abusiva e percepção de indenização por danos materiais e morais, diante de alegada má prestação de serviços.

Sustenta a autora que, no final de 1997, prestou vestibular na instituição ré para o curso de engenharia de alimentos, frequentou por dois anos o ciclo básico inerente a todos os cursos de engenharia, logrando aprovação, e, quando iniciaria o curso específico de engenharia de alimentos, “(...) a ré decidiu, por motivos de ordem econômica, não mais oferecer o curso de engenharia de alimentos, suscitando a proposição normativa inserida no § 21, cláusula quarta, do contrato de adesão”; não lhe restando alternativa, matriculou-se no curso de engenharia química oferecido pela ré.

Aduz que concluiu o terceiro e o quarto anos do curso de engenharia química, porém, quanto ao último, “(...) teve notas insuficientes em cinco matérias, sendo obrigada a estudar o quarto ano”, mas, “ao tentar efetivar a matrícula para o quarto ano, foi surpreendida com a notícia de que a instituição não estava mais ministrando o curso de engenharia química para os alunos do quarto ano” (fls. 5-17).

Sobreveio sentença de parcial procedência do pedido para condenar a ré ao pagamento de: (i) R\$ 12.000,00 a título de reparação pelo dano moral; (ii) R\$ 158,00 por mês relativos à diferença de despesas de condução e R\$ 120,00 mensais a título de reparação de despesas com alimentação durante os meses em que foram ministradas aulas, adotado como termo *a quo* a data a partir da qual passou a autora a frequentar aulas nas Faculdades Osvaldo Cruz; (iii) mensalidades correspondentes ao último ano do curso de engenharia química frequentado nas Faculdades Osvaldo Cruz, segundo os valores então vigentes; e (iv) diferenças de valores entre as mensalidades que eram pagas à ré e as das Faculdades Osvaldo Cruz (fls. 158-173).

O Tribunal Estadual negou provimento à apelação da entidade educacional, consoante acórdão assim ementado (fls. 230-240):

Prestação de serviços educacionais. Transferência de aluna para outra universidade distante de sua residência. Danos morais e materiais. Configuração. Reparação devida.

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser

prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante.

Recurso improvido.

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alegou-se dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 535 do CPC; 188, I e 393 do CC; e 54, § 2º, do CDC.

O Ministro relator deu provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos da inicial, com base nos seguintes fundamentos: (i) a autonomia universitária de que goza a instituição de ensino superior confere-lhe o direito de proceder à extinção de curso para o qual não haja viabilidade econômica; (ii) o dever de informação previsto no art. 6º, III, do CDC foi cumprido, haja vista constar do contrato de prestação de serviços educacionais e do manual do discente cláusula com tal informativo; (iii) não ocorrência de defeito na prestação de serviço, quer pelo fato de estar fazendo uso de uma faculdade legal quer por não ser responsável pela aluna não ter conseguido concluir o curso com os demais colegas de turma; (iv) implemento de cláusula resolutória do contrato, nos termos do art. 54, § 2º, do CDC, haja vista que a própria aluna optou por transferir-se para outra instituição de ensino; (v) a cláusula que previa a possibilidade de encerramento de curso superior não foi considerada abusiva pela instância *a quo*.

Pedi vista dos autos para melhor análise.

É o relatório.

2. Quanto à alegada violação ao art. 535 do CPC, não merece prosperar o recurso, no que acompanho o nobre relator, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou suficientemente sobre o tema, tendo apresentado fundamentadamente as razões de sua convicção em relação à necessidade de existência de *quorum* mínimo para a formação de turma (fls. 237-238):

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo

Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante.

Ademais, o principal objetivo de um aluno quando ingressa em uma universidade é o de terminar o curso para o qual foi matriculado para posteriormente exercer a profissão, sendo que as cláusulas que se revelam por demais restritiva dos direitos do aluno devem ser interpretadas segundo a função social do contrato, levando em consideração a natureza e o conteúdo da contratação, bem como o interesse das partes.

Ademais, não se exige do magistrado que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais, que não compõem a base jurídica adotada para sua decisão nem que se detenha a analisar pontualmente todas as alegações expandidas pela parte.

3. No mérito, especificamente quanto à possibilidade de extinção de curso superior por instituição de ensino - de maneira abrupta, sem ressarcimento aos alunos -, parece mister alguma reflexão, haja vista a dinâmica surpreendente que a realidade das relações sociais ostenta, fazendo exsurgir, a cada dia, situações fáticas peculiares.

O Tribunal de origem, confirmando integralmente a sentença, assim se manifestou quanto ao tema (fls. 236-240):

2. Cuidam os autos de ação anulatória de cláusula contratual cumulada com indenização por danos morais e materiais, ajuizada pela aluna em face da instituição de ensino, fundamentando para tanto que no final do ano de 1997 prestou vestibular para o curso de engenharia de alimentos, passando a frequentar, nos dois primeiros anos, no campus de São Bernardo do Campo, o ciclo básico para todos os cursos de engenharia. No terceiro ano, a universidade não ofereceu o curso de engenharia de alimentos, motivo pelo qual matriculou-se em engenharia química. Entretanto, ao tentar fazer matrícula para o último ano, que teve que repetir por insuficiência de notas, foi surpreendida com a notícia de que a instituição não estava mais oferecendo o curso de engenharia química, razão pela qual teve que se transferir para a Faculdade Osvaldo Cruz, localizada no bairro de Santa Cecília, no Município de São Paulo, o que lhe acarretou danos morais, além de maior gastos com condução, alimentação e mensalidade, já que morava na cidade de Mauá e tinha que se locomover até a capital.

Restou incontroverso nos autos que a transferência da autora para outra universidade se deu pela extinção do curso de engenharia química em razão da ausência de número mínimo de alunos para formação da turma.

Não se desconhece que as Universidades gozam de "autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial", nos termos do

artigo 207 da Constituição Federal, cabendo a elas, no exercício de sua autonomia, conferir graus, diplomas e outros títulos, conforme determina o artigo 53, VI, da Lei n. 9.394/1996.

Entretanto, é incontestável que a requerida ocasionou sofrimento à aluna, ao encerrar, confessadamente, o curso de engenharia química, depois de ter ministrado aulas por quatro anos, sendo previsível o fato de que eventualmente algum aluno poderá precisar refazer algum período por insuficiência de notas.

Apesar de constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de *quorum* para a formação de turmas, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico, mesmo porque o contrato de prestação de serviços educacionais é tipicamente de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, daí resultando que as cláusulas que restringem direitos devem ser interpretadas estritamente e, em caso de dúvida, no interesse do contratante.

Ademais, o principal objetivo de um aluno quando ingressa em uma universidade é o de terminar o curso para o qual foi matriculado para posteriormente exercer a profissão, sendo que as cláusulas que se revelam por demais restritiva dos direitos do aluno devem ser interpretadas segundo a função social do contrato, levando em consideração a natureza e o conteúdo da contratação, bem como o interesse das partes.

[...]

No mais, esse quadro deixa evidenciado o constrangimento e o aborrecimento sofrido pela autora que teve que se transferir para outra universidade no último ano do curso, em virtude do ocorrido, configurando ineludivelmente o dano moral, assim conceituado por WILSON MELLO DA SILVA:

"Lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". (O Dano Moral e Sua Reparação, 195, n. 5,1.)

Amparado na lição dos Irmãos MAZEAUD, escreve MARTINHO GARCEZ:

"O que a ciência jurídica tem estabelecido, em definitivo, no campo da responsabilidade civil resultante do ato ilícito é o seguinte: quando uma imprudência ou negligência é provada contra o agente, não há necessidade de investigar além disto; desde que, afastada essa culpa, o dano não se teria verificado, não há necessidade de mais nada para impor a condenação". (Prática de Responsabilidade Civil, 2ª ed., Editora Jurídica e Universitária Ltda., p. 45).

Configurada na hipótese em estudo, a existência do dano moral no âmago da autora, como bem retratou o pavilhão probatório, resta a análise do valor do ressarcimento aplicado na r. decisão.

Sobre o tema, CARLOS ROBERTO GONÇALVES dá a seguinte lição: "*em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau da culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima.*" (cf. Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, n. 94.5, p. 414).

Assim, levando em consideração a gravidade e extensão do dano, bem como a culpa da requerida, mostra-se adequada a fixação dos danos morais no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), pois o valor arbitrado deve ser o suficiente para inibir a apelante da prática dessa natureza, capaz de macular a honra e o sentimento alheio e, de outro lado, não importar enriquecimento sem causa da ofendida.

Por fim, os danos materiais também restaram comprovados, na medida em que a aluna passou a frequentar aulas em outra universidade, distante de sua residência, aumentando o valor de suas despesas com transporte, alimentação, além do valor da mensalidade que passou a ser mais elevado.

3.1. No ponto, é bem verdade que a Lei n. 9.394/1996 prevê a possibilidade de as universidades, no exercício da sua autonomia, extinguirem curso superior:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e *extinguir*, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino;

[...]

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e *extinção* de cursos;

De fato, em linha de princípio, não há como compelir a unidade de ensino superior a manter o funcionamento de curso em circunstâncias fáticas desfavoráveis, por se tratar de faculdade didático-pedagógica regulada pelas diretrizes de ensino e pesquisa, além de atividade econômica orientada pelas regras de mercado.

Não obstante, como todo texto legal, o ora em análise necessita de interpretação consentânea com a realidade, no sentido de que tal prerrogativa não pode ocorrer de forma *abrupta* - sempre em prejuízo do corpo discente -, sob pena de configurar abuso do direito, passível da devida responsabilização civil pelos danos ocasionados àqueles que confiaram na sua sequência e encerramento regular.

Isso porque a prestação de serviços educacionais, mormente no âmbito de curso superior, tem como fator ínsito a legítima expectativa do aluno de conclusão do seu curso, haja vista que - ainda que eventualmente renovado o contrato a cada ano ou semestre -, a contratação se dá pelo prazo integral necessário à correspondente graduação.

Rui Stocco, citando o escólio de Irineu Strenger, conceitua:

Abuso do direito é o ato realizado com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei. (Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2013, p. 1.827)

3.2. Nesse passo, utilizando o diálogo entre o Código do Consumidor e o Código Civil, traz-se a lume o mandamento insculpido no art. 187 do CC:

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.

Nessa ordem de ideias, penso que o encerramento repentino das atividades de ensino durante o curso de graduação - por ausência de número suficiente de alunos - caracteriza violação das expectativas geradas pelo próprio fornecedor, afrontando sobremaneira a esfera moral do consumidor, porquanto faz exsurgir um sentimento de impotência diante da atitude imprevista e arbitrária causadora de intenso transtorno na vida do estudante.

No ponto, traslada-se elucidativo excerto da sentença (fls. 162-165):

Ora, indubitável é gozar a ré de autonomia nos termos do art. 207 da Magna Carta ("as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade, entre ensino, pesquisa e extensão"). Daí porque, inclusive, não se discute a possibilidade de, ante a inviabilidade (pedagógica ou econômica)

de determinado curso que esteja a ministrar, encerrá-lo. Contudo, esta faculdade de encerrar cursos não pode ir ao ponto de eximir-se a universidade das conseqüências que dela possam advir aos seus alunos regularmente matriculados no curso abruptamente encerrado, porquanto há de ser exercida sem abusividade e, independentemente desta, com absoluta assunção da obrigação de reparar os danos aos alunos em função dela.

5. De fato, se de um lado, goza a ré de autonomia na forma do aludido dispositivo constitucional, prescreve a mesma Constituição Federal, em seu art. 170, V, ser a ordem econômica, fundada, dentre outros, no princípio da defesa do consumidor. Além disso, constitui objetivo básico da política nacional de relações de consumo (conforme dispõe a Lei Federal n. 8.078/1990) “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” (art. 4º, caput), observado o princípio de que devem ser harmonizados “(...) os interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (art. 40, III).

6. Como, contudo, falar-se em atendimento das necessidades dos consumidores, respeito à sua dignidade, proteção de seus interesses econômicos e em transparência e harmonia das relações de consumo, além de boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores quanto a uma universidade que não está capacitada a ministrar não apenas um, mas dois cursos que se viu obrigada a encerrar por insuficiência de alunos, deixando estes à míngua? Será o aluno mero juguete sujeito ao exercício das faculdades inerentes à chamada autonomia universitária?

4. Com efeito, o contrato de prestação de serviços educacionais encarta relação jurídica de cunho notadamente consumerista, de modo que as suas cláusulas devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC), sendo certo que, mesmo que o pacto contenha, teoricamente, cláusulas claras, ele ainda deve ser interpretado de acordo com a sua função econômica, ou seja, “conforme as expectativas que aquele tipo contratual e aquele tipo de cláusula desperta nos consumidores, conforme as novas imposições da boa-fé” (MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 880).

Isso porque o Código de Defesa do Consumidor reconheceu a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de o Estado atuar no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo àquele os direitos básicos

apontados no art. 6º, mormente no que se refere ao caso presente, os incisos II e III.

Preconiza o segundo inciso do art. 6º a igualdade material entre as partes, que perpassa necessariamente pela valorização do sinalagma como elemento estrutural do contrato, de modo que o equilíbrio contratual é aferido não apenas sob o prisma econômico, mas global, uma vez que:

Concentrar-se no desequilíbrio apenas econômico do contrato de consumo seria uma visão limitada da noção de equidade contratual (*Vertragsgerechtigkeit*) imposta pelo CDC e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o *reequilíbrio total da relação*, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica. (MARQUES, Claudia Lima. *Op. Cit.*, p. 247)

Em adição, o art. 6º, III enfatiza o direito à informação como assegurador da igualdade material e formal do consumidor com o fornecedor:

[...] pois o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional quanto ao produto e serviço, suas características, componentes e riscos e *quanto ao próprio contrato, no tempo e conteúdo*. Neste sentido, ensina o STJ que todos os consumidores têm direito à informação e que o *homo medius* pode ser um parâmetro, *mas não o único, pois muitas vezes o consumidor do próprio produto* (ex: medicamentos, alimentos) *ou serviço* (ex: médico, educacional, recreacional infantil, geriátrico) *é um consumidor hipervulnerável. A informação deve ser clara e adequada para todos, inclusive para estes vulneráveis [...]*. (MARQUES, Claudia Lima. *Op. Cit.*, p. 248).

Sob esse prisma, a informação educacional superior deve ser realizada de forma a especificar pormenorizadamente a duração do curso; sua carga horária; a distribuição em módulos; os indicadores de qualidade (*v.g.* corpo docente, material a ser utilizado); preços e índices de reajuste e, primordialmente, as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, tal como a que faculta à instituição de ensino o encerramento do curso por falta de *quorum*.

Tal espécie de informação deve ser apresentada não apenas no momento da contratação, como também deve ser reiterada anual ou semestralmente, uma vez que o direito à informação perdura durante toda a relação de consumo.

Isso porque se deve garantir ao aluno a apreensão do real significado da publicidade veiculada nos panfletos e fôlderes, bem como da linguagem utilizada no contrato, nem sempre clara o suficiente para ser entendida por um leigo.

Claudia Lima Marques elucida com toda a propriedade que:

Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual da publicidade, das práticas comerciais ou da oferta (arts. 30, 31, 34, 35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (*a contrario*, art. 51, I, IV, XIII, c.c. art. 6º, III) [...]. *É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor **adequada e permanentemente** informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do produto ou serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, **durante todo o período em que perdurar a relação contratual.*** (Op. Cit., p. 251)

Forçoso concluir que, sendo a informação um direito básico do consumidor, com sua matriz no princípio da boa-fé objetiva, deve ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, porquanto:

O consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. *Por outro lado, por melhor que seja a sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado.* (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/Ada Pellegrini Grinover (et al.)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. 1, p. 289-293).

Assim, a conduta da instituição educacional de encerrar determinado curso durante a vigência do contrato de prestação de serviços de ensino, apesar de prevista em tese, e de maneira genérica na lei referida e no contrato, é contrária aos princípios sociais e éticos e à boa-fé, e sobremaneira à legislação consumerista, atingindo fortemente os interesses e anseios do estudante que depositou seus sonhos futuros e sua confiança naquela entidade.

Nesse sentido, embora não ocorra, no caso, a nulidade preconizada pelo art. 51, I, do CDC - haja vista o art. 53 da Lei n. 9.394/1996 -, não se pode elidir a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em virtude da má prestação dos serviços, caracterizada, no caso, pela interrupção do curso de forma repentina, sem respeito aos direitos e às expectativas dos alunos, mormente o essencial dever de informação, que, se observado, possibilitaria àqueles o tempo e as condições necessárias à realização de uma transferência tranquila para outra universidade ou a adoção de alguma outra alternativa.

O art. 14 do CDC prevê a responsabilização do fornecedor por defeito de informação:

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

Como bem destaca Bruno Miragem:

[...] o atendimento ao dever de informar no regime do CDC traduz-se sempre pela prestação de uma **informação eficiente**. Isto implica dizer que *não basta para desonerar-se de responsabilidade o fornecedor, formalmente, informar o consumidor, se o modo como tal informação se estabelece não é razoavelmente perceptível ou reconhecível por este*. (Curso de direito do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 517)

5. Nesse particular, relevante registrar que o Decreto n. 3.860/2001, regulamentando o art. 53, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, trouxe, como contraponto ao direito de criação e extinção de cursos pelas universidades, o dever de resguardar os direitos dos alunos:

Art. 37. No caso de desativação de cursos superiores e de descredenciamento de instituições, caberá à entidade mantenedora *resguardar os direitos dos alunos, dos docentes e do pessoal técnico administrativo*.

Sob esse enfoque, a mera existência de cláusula contratual ou de disposição em manual do estudante que contenha menção à possibilidade de extinção de curso em virtude da não formação de turma, por certo, segundo penso, não produz a certeza de sua ciência pelo aluno, nem mesmo no momento em que ele tem contato com tal informação *abstrata e genérica*.

Por isso que, cogitando a instituição de fazer uso de sua prerrogativa legal, de modo a tornar aquela longínqua possibilidade um *fato concreto e iminente*, não pode crer que o aluno se lembrará daquele pequeno parágrafo que previa a faculdade de encerramento do curso por ausência de *quorum* mínimo.

Dessarte, compatibilizando-se a norma contida no art. 53, I, da Lei n. 9.394/1996 com a legislação protetiva do consumidor, tem-se que a instituição de ensino deve necessariamente proceder ao cumprimento do dever de informação, alertando os alunos com antecedência suficiente - e de forma reiterada - acerca da iminência desse grave evento, além de lhes prestar o auxílio necessário à transição para outro curso ou estabelecimento de ensino.

6. No caso, cinge-se a controvérsia à definição acerca da responsabilização civil da Academia Paulista Anchieta, mantenedora da Universidade Bandeirante

de São Paulo - Uniban, pela não manutenção do quarto ano do curso de engenharia química por razões econômicas, sendo que a recorrida precisaria refazê-lo em virtude da sua reprovação, por não ter logrado se graduar com a única turma formada por essa universidade.

O Tribunal entendeu pelo dever de a recorrente indenizar a aluna por danos materiais e morais, porquanto (fl. 236-238):

[...] ao tentar fazer matrícula para o último ano, que teve que repetir por insuficiência de notas, foi surpreendida com a notícia de que a instituição não estava mais oferecendo o curso de engenharia química, razão pela qual teve que se transferir para a Faculdade Osvaldo Cruz, localizada no bairro de Santa Cecília, no Município de São Paulo, o que lhe acarretou danos morais, além de maior gastos com condução, alimentação e mensalidade, já que morava na cidade de Mauá e tinha que se locomover até a capital.

Restou incontroverso nos autos que a transferência da autora para outra universidade se deu pela extinção do curso de engenharia química em razão da ausência de número mínimo de alunos para formação da turma.

[...]

Entretanto, é incontestável que a requerida ocasionou sofrimento à aluna, ao encerrar, confessadamente, o curso de engenharia química, depois de ter ministrado aulas por quatro anos, sendo previsível o fato de que eventualmente algum aluno poderá precisar refazer algum período por insuficiência de notas.

*Apesar de **constar no contrato de prestação de serviços educacionais a necessidade de quorum para a formação de turmas**, a aluna não pode ser prejudicada pela ausência de viabilidade econômico-financeira para a instituição de ensino continuar a oferecer um curso acadêmico [...]*

Não obstante a fundamentação expendida no voto condutor não tenha como ponto forte o dever de informação atribuído ao fornecedor, pode-se dele deduzir que a notícia acerca do critério do *quorum* mínimo foi prestada no contrato de prestação de serviços de forma sobremodo ineficiente, tanto que consignou que a aluna foi surpreendida pela notícia do encerramento por ocasião da tentativa de realização da matrícula.

O mesmo se infere dos seguintes excertos da sentença, que aludiu também ao manual do aluno como fonte insuficiente e imperfeita da referida notificação (fls. 164 e 166):

[...] é inadmissível dar à cláusula 4ª, § 1º, do contrato de prestação de serviços (fls. 17 averso), interpretação pela qual se veja, pura e singelamente, isenta a ré de qualquer responsabilidade pelos danos causados à autora em função do encerramento abrupto dos cursos que, por contrato, se obrigou a ministrar-lhe.

[...]

E não se diga que informava o *manual de aluno* a necessidade de ter-se um número mínimo de alunos para a formação de turmas sob pena de não ser iniciado o curso, porquanto tanto o de engenharia de alimentos como o de engenharia química foram iniciados e, portanto, aquela restrição inicial foi superada e **o manual não informava a possibilidade de renovar-se a exigência ano a ano, indicando qual seria o risco a que estaria efetivamente sujeito o aluno no tocante à possibilidade de não concluí-los**. Pertinentes e relevantes a este respeito, inclusive, são as observações feitas pela autora a fls. 106, penúltimo e último parágrafos.

Dessarte, verifica-se que a recorrente não se desincumbiu devidamente do dever de informação, nos moldes em que imposto pelo art. 6º, III, do CDC, e que foi brilhantemente pormenorizado pelo culto Ministro Herman Benjamin, por ocasião do julgamento do REsp n. 586.316-MG:

Direito do Consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei n. 8.543/1992 ab-rogada pela Lei n. 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.

[...]

3. *As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado.*

4. *O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.*

5. *O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.*

6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.

[...]

22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp n. 586.316-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJe 19.3.2009)

A questão da reprovação da aluna, na minha ótica, em nada altera a responsabilidade da ré.

No caso vertente, a existência de apenas uma turma de engenharia química e, por conseguinte, a inviabilidade de manutenção do curso nessas circunstâncias, é evidência suficiente a demandar da universidade a orientação reiterada e ostensiva aos alunos no sentido de evitarem a reprovação, porquanto, consoante assinalado no voto condutor do acórdão recorrido, é “previsível o fato

de que eventualmente algum aluno poderá precisar refazer algum período por insuficiência de notas”, o que - destaca-se - não constitui ato ilícito, mas sim uma eventualidade ínsita à atividade estudantil.

Impende salientar que as instâncias ordinárias não consideraram abusiva a cláusula quarta, § 1º, do contrato de prestação de serviços, em virtude de o referido art. 53, I, da Lei de Diretrizes e Bases prever a possibilidade de encerramento de curso superior.

Notadamente, o intento do legislador ordinário foi o de prestigiar o exercício da autonomia universitária, em conformidade com o art. 207 da Carta da República: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial [...]”.

No entanto, a meu juízo, tal autonomia não significa, por óbvio, independência absoluta em relação aos demais princípios constitucionais e às normas do ordenamento jurídico, cabendo, na hipótese de aparente conflito, proceder-se à ponderação de princípios constitucionais ou à compatibilização de normas infraconstitucionais, tal qual aqui se propôs.

Corroborando essa tese, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro registrou que “a autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição Federal, não pode ser interpretada como independência e, muito menos, como soberania. A sua constitucionalização não teve o condão de alterar o seu conceito ou ampliar o seu alcance [...]” (MS n. 3.318-DF).

Desse modo, ainda que a extinção de curso universitário seja medida ao alcance da entidade privada de ensino, é certo que essa faculdade não pode ocorrer em prejuízo dos alunos, de forma açodada e em desrespeito à lei.

No ponto, trasladamos excerto do voto condutor (fl. 162):

Ora, indubitável é gozar a ré de autonomia nos termos do art. 207 da Magna Carta (“as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade, entre ensino, pesquisa e extensão”). Daí porque, inclusive, não se discute a possibilidade de, ante a inviabilidade (pedagógica ou econômica) de determinado curso que esteja a ministrar, encerrá-lo. *Contudo, esta faculdade de encerrar cursos não pode ir ao ponto de eximir-se a universidade das conseqüências que dela possam advir aos seus alunos regularmente matriculados no curso abruptamente encerrado, porquanto há de ser exercida sem abusividade e, independentemente desta, com absoluta assunção da obrigação de reparar os danos causados aos alunos em função dela.*

O contraponto desse direito legal das universidades privadas - o que a compatibiliza com as normas de proteção ao consumidor - é o cumprimento cumulativo dos deveres de informação adequada e suficiente ao corpo discente, além de auxílio em eventual transferência para outro estabelecimento, o que não ocorreu no caso.

7. O art. 54, § 2º, do CDC dispõe:

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, *cabendo a escolha ao consumidor*, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

De fato, a inserção de cláusula resolutória nos contratos de adesão é admitida. Porém, a escolha quanto à resolução do contrato ou a sua manutenção deve caber ao consumidor e somente a ele, sob pena de ser considerada abusiva.

O contrato de prestação de serviços de ensino consubstancia um contrato cativo de longa duração, no qual o consumidor se encontra em uma posição de acentuada dependência em relação ao fornecedor, de tal forma que o seu poder de escolha praticamente se desvanece, ressaltando ainda mais o desequilíbrio contratual entre as partes.

Que opção tem a recorrida com o fechamento do curso?

A rescisão do contrato consiste na mera formalização da decisão da instituição de ensino de extinguir o curso, não cabendo à aluna nem mesmo ressarcimento com essa postura, haja vista que os pagamentos efetuados tiveram como contraprestação as aulas ministradas ao longo de 4 anos.

A transferência para outro estabelecimento educacional - que pressupõe a resolução contratual - é a única via que se lhe abre, haja vista que, estando no penúltimo ano do curso de engenharia química, a escolha de manter o contrato e começar um outro curso de graduação na mesma universidade somente lhe traria mais transtornos e despesas, postergando o seu ingresso no mercado de trabalho.

Assim, com a máxima vênia, o desfazimento do contrato não se mostra como uma opção à consumidora, mas como verdadeira imposição.

Registre-se, por oportuno, a reincidência dessa situação na vida estudantil da recorrida, uma vez que a Uniban também encerrou o curso de engenharia de alimentos quando a aluna se encontrava no segundo ano letivo, tendo ela optado, naquela ocasião, pela transferência para engenharia química, mormente pelo fato de ser o primeiro biênio composto pelas matérias básicas, pertencentes

a todos os cursos de engenharia (art. 1º da Resolução n. 48/1976 do Conselho Federal de Educação). Foi essa a opção que menos prejuízos lhe trouxe à época, não sendo, entretanto, uma possibilidade plausível para o momento atual.

Assim, ressoa inequívoca a inexistência de alternativas viáveis à aluna, implicando o afastamento da norma prevista no art. 54, § 2º, do CDC.

Ademais, o descumprimento do dever de informação é razão bastante para a responsabilização da universidade pelos danos morais e materiais ocasionados à consumidora, nos moldes em que fixado nas instâncias ordinárias: (i) R\$ 12.000,00 a título de reparação pelo dano moral; (ii) R\$ 158,00 por mês relativos à diferença de despesas de condução e R\$ 120,00 mensais a título de reparação de despesas com alimentação durante os meses em que foram ministradas aulas, adotado como termo *a quo* a data a partir da qual passou a autora a frequentar aulas nas Faculdades Oswaldo Cruz; (iii) mensalidades correspondentes ao último ano do curso de engenharia química frequentado nas Faculdades Oswaldo Cruz, segundo os valores então vigentes; e (iv) diferenças de valores entre as mensalidades que eram pagas à ré e as das Faculdades Oswaldo Cruz.

8. Ante o exposto, pedindo vênua ao eminente e nobre relator, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, entendo que as diligências adotadas pelo fornecedor, destacadas pelo eminente Ministro *Marco Buzzi* em seu voto, foram hábeis apenas para minimizar os danos ocasionados ao consumidor. Apenas para isso: mitigar os danos. Creio que tal circunstância foi considerada pelas instâncias ordinárias ao arbitrar valores reduzidos a título de danos moral e material.

Em tais condições, pedindo vênua ao Relator, acompanho a divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro *Luis Felipe Salomão*.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, peço vênua ao eminente Ministro Luis Felipe Salomão para acompanhar o voto do Relator.

Não entendo que tenha sido abrupto ou repentino o encerramento do curso, uma vez que a universidade cumpriu o seu papel de formar aqueles que cursaram regularmente as matérias. Não poderia a universidade ser obrigada a manter uma turma de quarto ano apenas para eventual aluno que fosse reprovado. O equilíbrio econômico-financeiro dos cursos é requisito para a adequada prestação do ensino, não só para os alunos desse determinado curso, mas para a generalidade dos cursos da instituição de ensino privada. Estava previsto e fora suficientemente informado a ela no contrato de ensino e também no manual do estudante que não haveria formação de turma sem o número mínimo de alunos lá previsto.

Portanto, com a devida vênia, acompanho o voto do Ministro Relator no sentido de dar provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, o eminente Ministro Relator mantém seu voto e entendo que, de fato, houve disponibilização de opções para a recorrida, para que pudesse continuar o seu curso em outras instituições de ensino superior. Ela estava, parece-me, suficientemente advertida, segundo o voto do eminente Relator, pois já havia sido transferida de curso anteriormente. Além disso, o fato de ficar reprovada em diversas matérias do último ano do curso inviabilizou que ela pudesse frequentar determinada disciplina em que reprovada, pois eram muitas as matérias a serem repetidas.

Então, peço vênia ao Ministro Luis Felipe Salomão para acompanhar o voto do Ministro Relator no sentido de dar provimento ao recurso especial.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Rosângela Lunardelli Cavallazzi¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

¹ Professora e pesquisadora da UFRJ e da PUCRio. Doutora em Direito, Coordenadora de área de Direito, Arquitetura, Urbanismo e Planejamento Urbano da FAPERJ. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Editora da Revista OABRJ. Pesquisadora com Bolsa Produtividade CNPq A. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Urbanismo UFRJ. Diretora do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor). cavallazzi@uol.com.

Trata-se de RECURSO ESPECIAL. Ação Anulatória de cláusula contratual cumulada com Indenização por Danos Morais e Materiais em sede do Direito do Consumidor. RECORRENTE: ACADEMIA PAULISTA ANCHIETA S/C LTDA. RECORRIDO: RENATA GUIRRO. Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do Julgamento). MINISTRO RAUL ARAÚJO, Presidente. MINISTRO MARCO BUZZI, Relator. DJe: 15/08/2014.

A sequência do processo reuniu: Ação anulatória de cláusula contratual combinada com indenização por danos morais e materiais (julgada parcialmente procedente); Apelação (recebida no efeito devolutivo) (recurso improvido pelo TJSP; Acórdão do TJSP (Embargos de Declaração rejeitados); Agravo de Instrumento; Recurso Especial.

Da síntese das questões abordadas

As questões de fato: extinção de curso universitário (curso de Engenharia de Alimentos e Curso de Engenharia Química) com transferência de aluna com reprovação no quarto ano do curso de Engenharia Química para outra Instituição de Ensino.

As questões jurídicas levantadas e parcialmente julgadas procedentes pelo magistrado singular na Ação Anulatória de cláusula contratual, cumulada com perdas e danos e lucros cessantes: Abusividade da cláusula contratual, que faculta à Universidade a extinção de curso por ausência de *quorum* mínimo e de viabilidade econômico-financeira, com conseqüente nulidade; Violação ao artigo 535 do CPC; Descumprimento do dever de informação; Defeito na prestação de serviços; Responsabilidade civil da fornecedora por danos morais e materiais; Autonomia universitária.

Encaminhamentos das questões jurídicas no voto do relator: reconhece o direito da Instituição de Ensino de fechamento do curso decorrente de exercício regular de direito, com fundamento no princípio da Autonomia Universitária, conforme preceito constante do art. 53, I, da Lei n. 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; considera adequada e suficiente a inclusão de cláusula resolutória no contrato e com o dever de informação, dever anexo ao princípio da boa fé objetiva.

Destaque do voto do Ministro Relator:

Assim, como corolário do princípio da eticidade e da boa-fé objetiva, o fornecedor pautou-se como podia e devia ante o dever intrínseco de colaboração

e cooperação. A universidade atendeu plenamente à regra de exceção estatuída para os casos de inexecução contratual involuntária e autorizada por lei (extinção de curso), fornecendo informação adequada e caminhos alternativos para a autora, nos exatos termos preceituados pelo artigo 54, §2º, do CDC.

Desta forma, traduzindo-se a autonomia na capacidade de autodeterminação e de autorregulamentação dentro dos limites fixados pelo poder que a institui, indiscutível a possibilidade de a instituição proceder à extinção de determinado curso, porquanto tal faculdade consta expressamente do artigo 53, inciso I, da Lei nº 9.394/1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Encaminhamentos das questões jurídicas do Ministro no voto-vista: acolhe a responsabilidade civil da fornecedora por danos morais e materiais; reconhece a legalidade da extinção de determinado curso durante a vigência do contrato de prestação de serviços de ensino, considerando, porém, incompatível com os princípios sociais e éticos e à boa fé; observa o descumprimento do dever de informação.

Portanto, violação ao artigo 535 do CPC não configurada; a arguição da cláusula contratual abusiva desclassificada; defeito na prestação de serviços não observado; não há responsabilização à Universidade.

Destaque do voto-vista:

Assim, a conduta da instituição educacional de encerrar determinado curso durante a vigência do contrato de prestação de serviços de ensino, apesar de prevista em tese, e de maneira genérica na lei referida e no contrato, é contrária aos princípios sociais e éticos e à boa-fé, e sobremaneira à legislação consumerista, atingindo fortemente os interesses e anseios do estudante que depositou seus sonhos futuros e sua confiança naquela entidade. Nesse sentido, embora não ocorra, no caso, a nulidade preconizada pelo art. 51, I, do CDC – haja vista o art. 53 da Lei n. 9.394/1996 –, não se pode elidir a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores em virtude da má prestação dos serviços, caracterizada, no caso, pela interrupção do curso de forma repentina, sem respeito aos direitos e às expectativas dos alunos, mormente o essencial dever de informação, que, se observado, possibilitaria àqueles o tempo e as condições necessárias à realização de uma transferência tranquila para outra universidade ou a adoção de alguma outra alternativa.

Síntese da dinâmica do julgamento

Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, no sentido

da divergência, decidiram, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Luis Felipe Salomão e Antonio Carlos Ferreira. Os Ministros Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Ministro Relator.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

A natureza do contrato não foi refutada em nenhum momento.

Relação de consumo evidente, elo entre consumidor final e fornecedor, contrato de adesão², cativo³ e de execução continuada.

Duas situações factuais com ampla repercussão nos fundamentos para a decisão, quais sejam, o fato de a aluna ter sido reprovada em quatro matérias e assim não ter concluído o curso com sua turma e a situação econômico-financeira da Universidade, traduzida na conveniência de extinguir dois cursos.

Visando ressaltar o relevante diálogo entre o voto do relator e o voto-vista, quatro deles serão mais de perto observados e entrelaçados.

O conceito de autonomia universitária com o de boa fé objetiva e o dever de informação com a prática comercial abusiva.

A autonomia universitária também está entrelaçada com o dever de informar, dever anexo ao princípio da boa fé objetiva, o novo paradigma da Teoria Contratual brasileira, inaugurado com o Código de Defesa do Consumidor.

² “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

³ Contrato cativo “Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas, múltiplas e de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘atividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores [...] um dos exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente [...]”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 19-38, 1998. p. 19.

A primeira chave de sentido está diretamente conectada com um amplo processo de construção da Universidade brasileira no sentido da liberdade, resultante de uma luta democrática espelhada no processo de democratização da sociedade brasileira.

A segunda, o dever de informar, não menos importante, constitui o coração do novo paradigma contratual, o princípio da boa fé objetiva.

Ambos os conceitos mantêm a raiz na confiança. A confiança é a certeza da lealdade, a tranquilidade de estar protegido pela ética, pela sinceridade, desarmado e ao mesmo tempo a salvo.

A informação deve ter um alcance diferenciado, permanente, esclarecedor, preciso, não só na fase pré-contratual, mas principalmente durante o contrato, que é de execução continuada⁴.

No mesmo sentido o Regulamento do governo inglês de 2015⁵ que a cláusula que limita a compensação devida em caso de cancelamento do curso uma cláusula injusta, qualquer que seja o motivo para o cancelamento.

Em suma, o que vejo nesse acordão é que o risco do negócio está sendo passado do empreendedor (a Universidade) para a estudante (consumidora)

A relação de aprendizagem pressupõe continuidade, sua essência está garantida justamente em razão da consolidação do conhecimento.

A extinção do curso (pela segunda vez) durante a vigência do contrato pode ter constituído uma prática comercial abusiva, desleal, contrária aos princípios da boa fé objetiva.

A percepção do dano moral está situada no sofrimento da aluna, inviabilizando seu sonho legítimo de concluir o curso universitário com formação qualificada com chances maiores no mercado de trabalho para o qual

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 880.

⁵ “3.14 Terms that try to limit or exclude a university’s liability to you (beyond what is possible under general law – see Annex A) may be challengeable for unfairness under unfair terms legislation. For example, terms may be unfair where a university seeks to exclude or limit its liability in circumstances where: • it fails or is not able to provide the necessary educational service it has agreed to – for example the relevant course; • it fails to provide the educational service to the required standard – for example it delivers a poor course. Courses should be provided with reasonable care and skill by the university; or • it says that if it is unable to continue delivering a course, for whatever reason, it will limit its compensation to no more than the fees for the first year”. file:///C:/Users/Pesquisa/Downloads/Undergraduate_students_-_your_rights_under_consumer_law.pdf.

prestou vestibular e em relação ao qual o fornecedor prometeu cumprir suas obrigações prestando com eficiência, qualidade e sem interrupção os serviços remunerados.

É inerente a situação de vulnerabilidade aos contratos de adesão. O contrato de adesão, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, microsistema para a proteção dos vulneráveis, remete ao processo de interpretação em relação às cláusulas que restringem direitos e exigem, assim, uma incidência também restrita. E, sempre, no interesse do consumidor.

A cláusula “prevenindo” alunos não isenta de responsabilidade a Instituição que no seu agir comprovou o descaso, a falta de respeito pela formação adequada e com qualidade do aluno, futuro profissional.

Nessa perspectiva, a excelente explicitação de Cláudia Lima Marques.

[...] a tendência atual é de considerar estes deveres anexos incluídos entre as obrigações contratuais pactuadas, constituindo assim uma garantia legal e indisponível de segurança e de adequação mínima, de uma boa-fé standard na prestação do serviço ou no fornecimento do produto, isto é, na relação de consumo. Se violado este novo conteúdo contratual, não pode o fornecedor se desresponsabilizar por previsão contratual expressa a respeito. Também no direito comparado tais cláusulas de exoneração dos novos deveres anexos contratuais são consideradas abusivas. Neste caso a base para declaração da abusividade e da ilicitude da cláusula de irresponsabilidade eventualmente presente na relação contratual básica pode ser tanto a fonte constitucional e o art. 6.º, VI, do CDC, quanto seu art. 51, I ou IV, este cláusula geral de boa-fé do Código.⁶

A natureza de ordem pública e de interesse social das normas do microsistema do CDC é indispensável para a proteção e defesa do consumidor.

Irrelevante o fato de a aluna ter de repetir quatro matérias, fato comum nos cursos de Engenharia.

Estamos diante do sistema crédito de curso e não do sistema seriado, logo a obrigação da Universidade de garantir a realização dos créditos a qualquer tempo. Não foi objeto do acórdão a análise do regime do curso, quer de créditos quer de seriado.

A política do *jubilamento* (desligamento ou afastamento de aluno de Instituição de Ensino Superior por ter ultrapassado o prazo máximo permitido

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 946.

para a conclusão do curso) dos anos 1960 e 1970 foi revogada expressamente pela Lei nº 9.394/1996 (LDB).

A política educacional brasileira contemplada pela Constituição Federal de 1988, conforme os princípios do ensino⁷, prima pelo amplo acesso ao curso universitário. Restando, portanto, à aluna o direito de exercer o seu direito de realizar o curso segundo o sistema de créditos e no tempo que lhe conviesse, não devendo ser consideradas a reprovação ou a realização de créditos em turma distinta da sua originária, como signo de culpa ou como justificativa para a fornecedora se eximir da responsabilidade civil.

Fica portanto caracterizada a prática comercial abusiva, cujo conteúdo encontra total compreensão na lição do Ministro Herman Benjamin:

Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. São no dizer irretocável de Gabriel A. Stiglitz – ‘condições irregulares de negociação nas relações de consumo’ –, condições estas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes. Não se confunde com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor. As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las. Como se vê, as práticas abusivas não estão regradas apenas pelo art. 39. Diversamente, espalham-se por todo o Código.⁸

A informação é imprescindível para a escolha, bem informada, fundamentada, que permita uma opção melhor, mais favorável para ultrapassar a fronteira da intuição e alcançar a escolha consciente, racional.

⁷ Ver Constituição Federal, art. 206.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos Autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 319.

Extemporâneo, portanto, considerar informado o consumidor e desobrigado o fornecedor, em plena vigência do contrato que por sua natureza é cativo⁹ e de longa duração.

O contrato de prestação de serviços educacionais, uma vez que viabiliza a inserção no mundo profissional e permite atender às necessidades humanas em sociedade, estabelece identidade com os contratos existenciais¹⁰, definidos como relações sociais de longa duração, essenciais para atender às necessidades humanas em sociedade.

Não restou totalmente convincente o cumprimento do dever da informação, dever anexo ao princípio da boa fé objetiva.

Nos contratos de adesão, a informação é ainda mais importante, pois a transparência, a lealdade, são pressupostos para não ofender a dignidade do hipossuficiente, situação singular do consumidor.

O voto-vista observa evidentemente a Autonomia Universitária em sintonia com os demais princípios constitucionais, porquanto ela é consequência dos princípios do ensino.¹¹

A exegese do artigo 207 da Constituição deve receber o aporte do conteúdo do artigo 206, ou seja, os princípios do ensino. Segundo Marcos Augusto Maliska, “os princípios fundamentais do ensino vão reger questões relativas aos direitos à igualdade, à liberdade, ao pluralismo, à gratuidade do ensino público, à gestão democrática, à qualidade do ensino e à valorização dos profissionais da educação.”¹²

Quanto propriamente à autonomia de gestão financeira e patrimonial, com certeza, segundo a finalidade da norma, não diz respeito à prerrogativa para extinguir cursos segundo as conveniências ou mesmo em razão de dificuldades

⁹ “[...] vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente ‘cativo’ daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas as suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.” (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 19-38, 1998. p. 27).

¹⁰ Ver Princípios dos Contratos Sociais de longa duração – Contratos para a existência: contratos de trabalho, de locação e de crédito ao consumidor (European Social Contract- EuSoCo). Trad. e nota explicativa de Claudia Lima Marquesa e Juliano Madalena. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 98, p. 263-267, 2015.

¹¹ Ver Art. 206 da Constituição Federal.

¹² MALISKA, Marcos Augusto. Verbete: Art. 206. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 1966-1968.

econômico-financeiras. Ao contrário, sua interpretação deve estar em harmonia com a

[...] competência de gerir os recursos públicos disponíveis. A autonomia exige o estabelecimento de prioridades e o desenvolvimento de planos a médio e longo prazo, de modo a fazer com que a instituição utilize os recursos de forma racional e criteriosa, evitando o desperdício e a ineficiência. A autonomia exige planejamento, organização e competência administrativa para gerir os recursos e melhor atender as finalidades institucionais.¹³

A autonomia não é prerrogativa da Instituição, é uma consequência dos princípios do ensino¹⁴, pois a educação não é uma mercadoria.

Corroborando essa tese, o Acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin:

Reconhecida a natureza da relação jurídica, imprescindível verificar o eventual defeito que possa ter contaminado o serviço discutido, visto que não se mostra razoável agasalhar sob o rótulo da autonomia universitária toda e qualquer prática que afete a relação contratual entre o aluno e a entidade privada que fornece os serviços.¹⁵

É um equívoco vincular o direito de extinção de um curso com fundamento na autonomia universitária, princípio muito mais amplo e complexo com finalidade essencialmente vinculada à garantia da liberdade do conteúdo do ensino e, evidentemente, adstrito ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

O direito moderno optou por conceitos a-históricos, tomados como mecanismos de dispersão. O direito contemporâneo, porém, além de ter realizado a crítica e demonstrado os efeitos nocivos desse descolamento da realidade, homenageia a historicidade da norma, cujo exemplo claro é o próprio microsistema do Código de Defesa do Consumidor, que constantemente aceita as atualizações¹⁶ inerentes da sociedade contemporânea.

¹³ Id. Verbete: Art. 207. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 1968-1969.

¹⁴ Id. Verbete: Art. 206. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 1966-1968. p. 1966-1968.

¹⁵ REsp 1306179/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 09/05/2013.

¹⁶ Ver atualização do Código de Defesa do Consumidor PLS 283 e PLS 281, de 2012.

A finalidade da norma é justamente garantir a autonomia didático-científica das universidades.

A hermenêutica sobre a autonomia universitária deve estar vinculada diretamente à qualidade do ensino, ao sentido da educação como um direito social fundamental, e não obviamente à capacidade financeira da Instituição.

Assim, é límpido o argumento do voto divergente com a assertiva:

Nessa ordem de ideias, penso que o encerramento repentino das atividades de ensino durante o curso de graduação – por ausência de número suficiente de alunos – caracteriza violação das expectativas geradas pelo próprio fornecedor, afrontando sobremaneira a esfera moral do consumidor, porquanto faz exsurgir um sentimento de impotência diante da atitude imprevista e arbitrária causadora de intenso transtorno na vida do estudante.

3. Considerações finais

Buscando, à guisa de conclusão, um texto de caráter mais ou menos conclusivo, ressaltamos a pertinência de quatro assertivas.

A primeira, que estabelece com o caso em tela uma identidade com os contratos existenciais.

A segunda, que encontra adequação com o regulamento inglês, que considera injustas as cláusulas que limitam a compensação devida em caso de extinção de curso.

A terceira, que reconhece imediatamente a situação de prática comercial abusiva.

A quarta, que recomenda a historicização dos conceitos no processo de interpretação, ou seja, situados no tempo e no espaço. A produção de sentido, dados os respectivos conceitos, deve considerar como norma narrativa no processo de interpretação a finalidade da norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constituição Federal do Brasil.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 19-38, 1998.

_____. *Contratos bancários em tempos pós-modernos: primeiras reflexões*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 25, p. 19-38, 1998.

Princípios dos Contratos Sociais de longa duração – Contratos para a existência: contratos de trabalho, de locação e de crédito ao consumidor (European Social Contract-EuSoCo). Trad. e nota explicativa de Claudia Lima Marquesa e Juliano Madalena. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 98, p. 263-267, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. Verbete: Art. 206. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 1966-1968.

_____. Verbete: Art. 207. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 1968-1969.

REsp 1306179/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 09/05/2013.

file:///C:/Users/Pesquisa/Downloads/Undergraduate_students_-_your_rights_under_consumer_law.pdf.

RECURSO ESPECIAL N. 1.107.024-DF (2008/0264348-2)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Antônio de Carvalho Zemuner

Advogado: Lísia Marise Fonseca Carneiro - Defensora Pública e outros

Recorrido: MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda

Advogados: Leonardo Peres da Rocha e Silva e outro(s)

André Zonaro Giacchetta e outro(s)

Ciro Torres Freitas e outro(s)

EMENTA

Direito do Consumidor. Recurso especial. Sistema eletrônico de mediação de negócios. Mercado livre. Omissão inexistente. Fraude. Falha do serviço. Responsabilidade objetiva do prestador do serviço.

1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC.

2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor.

3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no *site*, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada.

4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu 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(a). Vicente Coelho Araújo, pela parte recorrida: MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Processo Civil e Consumidor. Ação de indenização. Fraude em sistema de pagamentos realizados em meios eletrônicos. *Internet*. Responsabilidade civil do prestador de serviços. Contrato de gestão de pagamentos. Intermediação de transações. Ilegitimidade passiva. Rejeição. Presença de excludente de responsabilidade. Culpa exclusiva do consumidor. Recurso provido.

1. A divulgação de produtos em sítios eletrônicos mediante remuneração implica na figuração destes sítios como verdadeiros prestadores de serviços àqueles que ali divulgam seus produtos.

2. O contrato de gestão de pagamentos, onde o sítio eletrônico responsável pela divulgação de produtos visa garantir o adimplemento das obrigações criadas em possível contrato de compra e venda, caracteriza real intervenção no mencionado contrato e determina, portanto, a legitimidade passiva da empresa interventora para eventuais discussões acerca de vícios na garantia contratada.

3. Verifica-se a culpa exclusiva do consumidor, quando este, após ter acesso aos meios de ilidir seus próprios prejuízos não o faz, ainda que por mero desleixo.

4. O não atendimento, por parte do consumidor, dos procedimentos de execução do contrato exhaustivamente apresentados e explicados pelo fornecedor implicam na exoneração da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva do consumidor (CDC, artigo 14, § 3º, ii).

5. *Apelo conhecido. Preliminar rejeitada. Provido o recurso.*

Em suas razões, o recorrente aponta a violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil; 6º, inciso III, 14, *caput e* § 1º, incisos I, II e III e 25 do Código de Defesa do Consumidor, assim como divergência jurisprudencial entre os entendimentos esposados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em síntese, sustenta que o acórdão é omissivo no que toca à questão da “impossibilidade de se exonerar a indenização por parte do causador do prejuízo”, argumentando que “ao afastar a regra contida no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal *a quo* acaba por afastar a cogência da r. norma” (fls. 352-e/STJ). Alega, ainda, que “a própria ré ao tentar se eximir da responsabilidade sobre a fraude (...) não prova, contudo, que o produto posto à disposição dos vendedores não é suscetível a fraudes. Ao contrário, o que se depreende é que o sistema é um ambiente propício para que as fraudes aconteçam” (fls. 356-e/STJ).

Contrarrazões apresentadas às fls. 380-390, nas quais se alega o óbice da Súmula n. 7 e ausência de violação de lei ou divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): O recurso merece prosperar.

O art. 14, do CDC, invocado como violado no recurso especial, está devidamente questionado no acórdão recorrido. Também está suficientemente demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido e acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que apreciou questão semelhante, a saber, fraude em transação feita por intermédio do Mercado Livre, mediante envio de *e-mail* falso ao vendedor, induzindo-o a remeter a mercadoria.

De início, observo que não assiste razão ao recorrente em relação à alegada violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois não verifico, no caso dos autos, omissão ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Nesse passo, é de se ter presente que não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que

está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

Quanto ao mérito, todavia, assiste razão ao recorrente, pois a moldura fático-probatória apresentada não conduz à conclusão no sentido da culpa exclusiva da vítima, conforme acenou o julgado impugnado.

Com efeito, a partir do exame da prova produzida, o juiz sentenciante observou que “o Mercado Livre envia mensagens eletrônicas muito semelhantes àquela recebida pelo autor, comunicando a venda ou a compra de itens levados ao leilão eletrônico” e que, “ao fazer uso do ‘e-mail’, o Mercado Livre possibilita que estes sejam falsificados ou fraudados, considerando que os procedimentos de segurança são insuficientes”, para, ao final, inferir que “não há preocupação do réu com a segurança ou combate à fraude, do que resulta na imputação de responsabilidade objetiva, decorrente do risco produzido a partir das suas atividades lucrativas de intermediação de compra e venda” (fls. 220-e/STJ).

O acórdão ora recorrido, por sua vez, após detalhar o mecanismo de intermediação disponibilizado pelo recorrido, consignou que “no caso em apreço ocorreu uma fraude em tal sistema de pagamentos. O fraudador mencionou interesse em adquirir o produto e, pouco após, fazendo-se passar pela instituição intermediadora, o próprio fraudador, utilizando-se de correio eletrônico da instituição intermediadora, enviou correio eletrônico ao vendedor informando falsamente que o valor referente à compra do bem já se encontrava à disposição, e que o bem já poderia ser enviado ao comprador” (fls. 319-e/STJ), concluindo pela culpa exclusiva do consumidor que, “seja por desleixo ou por pressa em realizar o contrato, não seguiu fielmente o procedimento apresentado, enviando o produto ao fraudador sem antes realizar a confirmação prévia do depósito junto à instituição intermediadora” (fls. 322/e-STJ).

Diante dessas informações, verifico que a hipótese dos autos não descreve uma situação de culpa exclusiva do consumidor. O autor aderiu ao contrato de gestão de pagamento mantido pelo réu (Mercado Pago) exatamente em função da segurança no recebimento dos valores que o sistema alardeava proporcionar. Conforme consignado expressamente no acórdão recorrido, o contrato de gestão de pagamento mencionava tão somente que a empresa intermediadora se compromete a notificar a “recepção dos valores ao Comprador e ao Vendedor dentro do prazo referido na página MercadoPago no *site*”; a informação acerca da confirmação do pagamento encontrava-se veiculada no sítio eletrônico da empresa ré e, no entender do acórdão, “apesar de não integrar o contrato, deveria

ter sido observada pelo autor porque assim refletiria a sua verdadeira atuação de boa-fé.” (e-STJ, fl. 322).

É verdade que o autor não seguiu rigorosamente o procedimento sugerido no site quanto à confirmação do depósito, mediante verificação na conta respectiva constante em página do *site*, antes de enviar o produto. Mas, por outro lado, igualmente é certo que tal exigência de confirmação da veracidade do *e-mail* recebido em nome do site não constava do contrato de adesão. Igualmente não há dúvida de que o sistema de intermediação não ofereceu a segurança que legitimamente dele se esperava, dando margem à fraude.

De fato, se, nos termos da sentença de mérito, o próprio “Mercado Livre envia mensagens eletrônicas muito semelhantes àquela recebida pelo autor, comunicando a venda ou a compra de itens levados ao leilão eletrônico”, fato este incontroverso, o autor, ao enviar a mercadoria, agiu de boa-fé, certo de que o pagamento já estaria de posse do serviço de intermediação do negócio e de que lhe seria disponibilizado assim que o comprador acusasse o recebimento do produto vendido.

A providência, sugerida no *site* (mas não prevista no contrato de adesão, conforme consignado no acórdão recorrido), no sentido da conferência, pelo consumidor, da mensagem supostamente enviada em nome do site, configura medida de segurança útil apenas em casos em que há fraude, a qual não se presume, não sendo absolutamente necessária ao aperfeiçoamento do negócio. É medida exclusiva de segurança, que se consubstancia, na prática, na transferência para o consumidor de uma parcela significativa do ônus relativo à segurança do negócio, que, ainda que tolerável em alguns casos, não tem o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor, especialmente no caso, em que a sua apuração é objetiva e a *segurança* se confunde com o próprio serviço, isto é, o produto denominado Mercado Pago - oferecido de forma onerosa pelo Mercado Livre - é um serviço de mediação segura das contratações eletrônicas de compra e venda operadas por meio do sítio eletrônico. O objetivo da contratação do serviço de intermediação é exatamente proporcionar segurança ao comprador e ao vendedor quanto ao recebimento da prestação contratada.

Sob essa perspectiva, o descumprimento, pelo consumidor, da aludida providência, a qual sequer consta do contrato de adesão - a conferência da lisura e autenticidade da mensagem recebida -, não é suficiente para eximir o recorrido da responsabilidade pela segurança do sistema por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial por ele explorada.

Trata-se, portanto, de estipulação de cláusula exoneratória ou atenuante de responsabilidade, terminantemente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 25).

É de se ter presente, a propósito, que, em casos tais, o endereço eletrônico do vendedor é fornecido ao fraudador pelo próprio Mercado Livre, pois, como é sabido, os dados pessoais das partes, nessa modalidade de negociação, somente são revelados ao comprador após a sua aceitação à proposta de venda. Ou, em outros termos: somente após o fraudador - que obrigatoriamente fez sua regular inscrição no sítio e obteve a sua senha eletrônica - ter efetivado a compra do produto anunciado, via sistema eletrônico, é que o endereço eletrônico do vendedor foi disponibilizado pelo sistema.

Nesse aspecto impressiona também o fato de que o Mercado Livre tenha optado por apenas contestar a sua responsabilidade, alegando, inclusive, a sua ilegitimidade passiva, mas, no entanto, não tenha cuidado de identificar o suposto fraudador ou mesmo de chamá-lo ao processo, uma vez que é o único detentor do cadastro e, portanto, dos dados utilizados pelo criminoso.

Obviamente, não obstante, se os dados cadastrais utilizados pelo estelionatário também são falsos, revela-se certa fragilidade do sistema eletrônico utilizado pelo Mercado Livre, que permite a entrada de pessoas inescrupulosas na comunidade de usuários.

Sob esse prisma, entendo que a fraude foi iniciada com a livre entrada do invasor no sistema, franqueada pela deficiência do sistema cadastral, aperfeiçoando-se, no entanto, somente após o envio, pelo vendedor, do produto anunciado. Manifesto, portanto, onexo causal entre o dano e a falha de segurança do serviço oferecido pelo recorrido.

De se notar, ainda, que o sistema eletrônico desenvolvido pelo Mercado Livre explora mercado novo, com o uso de novas tecnologias, dentro de um ambiente também novo, virtual, cujas especificidades ainda podem não ser amplamente dominadas pelo *homem médio*.

Isso significa, na prática, que muitos dos usuários tomam conhecimento do conteúdo do *site*, mas nem sempre são capazes de decifrá-lo completamente ou de operar, imediatamente, com segurança e desenvoltura as ferramentas colocadas à sua disposição. Não é, pois, razoável exigir que todos os usuários estejam perfeitamente adaptados, de pronto, às particularidades do sistema de dados desenvolvido pelo fornecedor.

Não se justifica, pois, que procedimentos fundamentais à segurança de sistema de mediação eletrônica de pagamentos explorado por empresa comercial sejam atribuídos à responsabilidade exclusiva do usuário do serviço.

A ausência de mecanismo de autenticação digital de mensagens, consentâneo com as exigências das modernas atividades empresariais que se desenvolvem no ambiente virtual, configura grave falha de segurança, que não deve ser imputada ou suportada pelo consumidor, mas pela empresa que assume o risco da atividade econômica.

O entendimento ora esposado está na linha do decidido pela 2ª Seção, a propósito da responsabilidade civil objetiva de instituições financeiras por danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Ficou estabelecido, “para os efeitos do art. 543-C, do CPC, que ‘as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.” (REsp n. 1.199.782-PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12.9.2011).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença de mérito.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Antonia Espíndola Longoni Klee¹

1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO



¹ Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Advogada sócia de Ruy Rosado de Aguiar Advogados Associados. Professora convidada do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. Diretora do Brasilcon. Membro do IARGs, do IBDCivil, do IDP, da Asadip, do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor do Município de Porto Alegre e da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS.

Trata-se de decisão em recurso especial interposto por Antônio de Carvalho Zemuner contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios na ação de indenização movida contra MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda., cuja ementa foi elaborada nestes termos:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FRAUDE EM SISTEMA DE PAGAMENTOS REALIZADOS EM MEIOS ELETRÔNICOS - INTERNET - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PRESTADOR DE SERVIÇOS - CONTRATO DE GESTÃO DE PAGAMENTOS - INTERMEDIÇÃO DE TRANSAÇÕES - ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO - PRESENÇA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE - CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR - RECURSO PROVIDO.

1. A divulgação de produtos em sítios eletrônicos mediante remuneração implica na figuração destes sítios como verdadeiros prestadores de serviços àqueles que ali divulgam seus produtos.

2. O contrato de gestão de pagamentos, onde o sítio eletrônico responsável pela divulgação de produtos visa garantir o adimplemento das obrigações criadas em possível contrato de compra e venda, caracteriza real intervenção no mencionado contrato e determina, portanto, a legitimidade passiva da empresa interventora para eventuais discussões acerca de vícios na garantia contratada.

3. Verifica-se a culpa exclusiva do consumidor, quando este, após ter acesso aos meios de ilidir seus próprios prejuízos não o faz, ainda que por mero desleixo.

4. O não atendimento, por parte do consumidor, dos procedimentos de execução do contrato exaustivamente apresentados e explicados pelo fornecedor implicam na exoneração da responsabilidade do fornecedor por culpa exclusiva do consumidor (CDC, artigo 14, § 3º, II).

5. APELO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA. PROVIDO O RECURSO.

No relatório ao acórdão da Quarta Turma do STJ, a Ministra Maria Isabel Gallotti referiu:

Em suas razões, o recorrente aponta a violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil; 6º, inciso III, 14, *caput* e § 1º, incisos I, II e III e 25 do Código de Defesa do Consumidor, assim como divergência jurisprudencial entre os entendimentos esposados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em síntese, sustenta que o acórdão é omissivo no que toca à questão da “impossibilidade de se exonerar a indenização por parte do causador do prejuízo”, argumentando que “ao afastar a regra contida no artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal *a quo* acaba por afastar a cogência da r. norma” (fls. 352-e/STJ). Alega, ainda, que “a própria ré ao tentar se eximir da responsabilidade sobre a fraude (...) não prova, contudo, que o produto posto à disposição dos

vendedores não é suscetível a fraudes. Ao contrário, o que se depreende é que o sistema é um ambiente propício para que as fraudes aconteçam” (fls. 356-e/STJ).

Contrarrrazões apresentadas às fls. 380/390, nas quais se alega o óbice da Súmula 7 e ausência de violação de lei ou divergência jurisprudencial.

É o relatório.

Constou do voto da relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti, que o fornecedor prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos eletrônicos oferecido ao consumidor, com base no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o consumidor aderiu ao contrato de gestão de pagamento (MercadoPago) exatamente em função da segurança oferecida no recebimento dos valores que o fornecedor de serviços informou proporcionar. Da mesma forma, julgou que o fornecedor prestador do serviço não pode transferir ao consumidor (pessoa física vendedora do produto) a responsabilidade pelo risco da atividade empresarial explorada. Também, aplicou o art. 25 do CDC, conforme o qual é vedado cláusula contratual que atenua a obrigação de indenizar do fornecedor.

O recurso especial foi julgado procedente por unanimidade pela Quarta Turma do STJ, nos termos do voto da relatora, Ministra Maria Isabel Gallotti.²

2 ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

A análise teórica e dogmática dos fundamentos do acórdão ficará restrita aos aspectos de direito material examinados e será dividida em duas partes, conforme se verifica abaixo.

2.1 Atividade Econômica Desenvolvida por MercadoLivre.com Atividade de Internet Ltda.

A atividade econômica desenvolvida pela empresa MercadoLivre.com Atividade de Internet Ltda. caracteriza-se pela disponibilização de uma plataforma digital (*on-line*) – um *site* seguro – para que seus usuários consumidores realizem ofertas e perfectibilizem a compra e a venda de produtos e serviços por meio eletrônico. Em outras palavras, MercadoLivre.com é

² Há opinião contrária em NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. [Parecer]. In: *Soluções Práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6. p. 653 e seguintes.

prestador de serviços de internet (plataforma eletrônica) com o objetivo de aproximar consumidores (vendedores e compradores) e de viabilizar a venda e a compra de produtos e serviços anunciados no ambiente eletrônico que a empresa disponibiliza com segurança, mediante a cobrança de custos e tarifas. Ou seja, MercadoLivre.com é uma sociedade empresária que fornece, no mercado de consumo, a prestação do serviço que consiste em uma plataforma virtual para que usuários consumidores possam realizar transações econômicas com segurança. A empresa explora a atividade econômica por meio de um sistema eletrônico de intermediação de negócios que gera custos e tarifas a serem pagos pelos consumidores vendedores de produtos e serviços por meio do *site* da empresa.

Para que possam anunciar e comercializar produtos e serviços por meio da plataforma eletrônica desenvolvida e explorada por MercadoLivre.com, os usuários consumidores devem efetuar um cadastro, criando um apelido e uma senha pessoal. De acordo com os Termos e Condições Gerais de Uso do *Site*, “ao se cadastrar no MercadoLivre, o usuário poderá utilizar todos os serviços disponibilizados pelas empresas do grupo (incluindo o MercadoPago, MercadoAds, MercadoShops e MercadoEnvios)”.³

Com relação ao serviço prestado por MercadoLivre.com denominado MercadoPago, utilizado pelo autor da ação, lê-se, nos Termos e Condições Gerais de Uso do *Site*, que o MercadoPago “exercera a condição de mandatário (representante), dando cumprimento às solicitações feitas pelo usuário, desde que respeitada a legislação vigente e as regras previstas nos Termos e Condições Gerais de Uso”.⁴

Mais adiante, no mesmo instrumento, há cláusula que esclarece acerca da segurança oferecida pelo *site* ao consumidor usuário do serviço oferecido nessa plataforma:

1.1.4 O MercadoPago conta com certificação de segurança web SSL-EV feita pela empresa Verisign, a fim de garantir a segurança em todas as páginas da Plataforma MercadoPago. O Certificado SSL-EV faz com que o endereço do navegador do Usuário exiba a expressão “https://” e, se utilizado um navegador

³ MERCADOLIVRE.COM. Termos e Condições Gerais de Uso do *Site*. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 27 out. 2015.

⁴ MERCADOPAGO.COM. Termos e Condições Gerais de Uso. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

lançado a partir de 2007 (como o Internet Explorer 7 ou o Firefox 3), a barra de endereços será exibida na cor verde, indicativo de que todas as transações on-line serão realizadas em ambiente certificado. [...].⁵

Igualmente, o instrumento dispõe sobre o gerenciamento de pagamentos e mandatos exercido pela empresa fornecedora do serviço, impondo o pagamento de custos e de tarifas pelo usuário consumidor:

1.3 Contrato de gerenciamento de pagamentos e mandatos:

[...].

1.3.3 O Mandato outorgado pelo Usuário implica em uma autorização ao MercadoPago para (i) dispor em seu nome do dinheiro creditado na Conta Arrecadadora de acordo com a Solicitação de Gerenciamento de Pagamento e transferi-lo a um Usuário Destinatário; ou (ii) debitar de sua Conta Gráfica os custos e tarifas oriundos de cada movimentação, conforme tabela de custos e tarifas; ou (iii) receber, cobrar e creditar na Conta Gráfica do Usuário o dinheiro oriundo de suas transações. O MercadoPago utilizará o dinheiro do Usuário para dar cumprimento às instruções da Solicitação de Gerenciamento de Pagamento. O MercadoPago poderá, no entanto, para dar cumprimento às instruções da Solicitação de Gerenciamento de Pagamento, negociar, em nome do Usuário, os recursos disponíveis na Conta Gráfica com Instituições Financeiras, em transações como antecipações de recebíveis, cujos custos serão do próprio Usuário.⁶

Sobre os custos e as tarifas incidentes sobre a prestação do serviço ao usuário consumidor (aquele que vende produtos e serviços por meio do *site*), impõe a empresa, em contrato de adesão:

Custos e Tarifas

Quanto custa receber pagamentos

Por vendas concretizadas por meio da ferramenta de recebimento e débito automático:

Haverá uma tarifa de 4,99% de cada pagamento aprovado.

Por suas vendas do MercadoLivre:

Não tem tarifa!

⁵ MERCADOPAGO.COM. Termos e Condições Gerais de Uso. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

⁶ MERCADOPAGO.COM. Termos e Condições Gerais de Uso. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

Se receber um pagamento adicional da venda, haverá uma tarifa de 4,99% do valor.

Por solicitar e receber dinheiro entre amigos e familiares:

Não tem tarifa!

Você pode receber até R\$ 190 por operação e R\$ 1900 por mês sem pagar tarifa.⁷

As retiradas de dinheiro do consumidor usuário do serviço prestado pelo *site* são realizadas mediante o pagamento de uma tarifa de retirada, conforme disposição contratual:

2.2 Retiradas de dinheiro do usuário da conta gráfica:

[...].

2.2.2 As retiradas de dinheiro do Usuário serão realizadas por meio de transferência bancária da Conta Arrecadadora para a Conta Bancária (corrente ou poupança) indicada oportunamente pelo Usuário. Essa transferência poderá ocorrer em até 3 (três) dias úteis subsequentes à solicitação de retirada. Qualquer custo originado pela retirada correrá às custas do Usuário conforme especificado na tabela de tarifas de retirada. Caso o Banco, a seu exclusivo critério, recuse o recebimento de dinheiro, isso será informado ao Usuário em sua Conta Gráfica (sendo ainda cobrada a devida tarifa de retirada) para que solucione a situação com o seu Banco ou selecione outro Banco para a transferência de dinheiro.⁸

A tabela de tarifas de retirada determina um custo a esse consumidor usuário do serviço prestado pela empresa, que vende produtos e serviços por meio do *site*. Esse custo é imposto pela empresa fornecedora do serviço a seus usuários consumidores da seguinte maneira:

Como retirar o dinheiro do MercadoPago

Para fazer uma retirada, primeiro confira se você tem dinheiro disponível na sua conta do MercadoPago.

Em seguida, poderá transferi-lo para uma conta bancária de sua preferência ao custo fixo de R\$ 3.

Passo a passo:

⁷ MERCADOPAGO.COM. Quanto custa receber pagamentos. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/custo-receber-pagamentos_453>. Acesso em: 28 out. 2015.

⁸ MERCADOPAGO.COM. Termos e Condições de Uso. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

Acesse o Resumo da sua conta e retire o seu dinheiro.

Pediremos os dados da conta e uma senha, para que tenha a tranquilidade de que você é o único que pode retirá-lo.

Pronto! Confirmaremos por e-mail e em 3 dias úteis você verá o dinheiro na conta.

Salvaremos os dados como sua preferência de retirada para não precisar inseri-los novamente.⁹

Note-se que, com relação à empresa MercadoLivre.com, tanto os usuários que colocam produtos e serviços à venda, como os usuários potenciais compradores desses produtos e serviços são considerados consumidores do serviço prestado pela empresa, conforme o art. 2º do CDC. Por seu turno, a empresa, com relação a todos os seus usuários, independentemente de serem eles vendedores de produtos e serviços por meio da plataforma ou potenciais compradores desses produtos e serviços oferecidos, é fornecedora de serviço, de acordo com o art. 3º do CDC.¹⁰

Os usuários consumidores (vendedores e compradores de produtos e serviços no meio eletrônico) são clientes de MercadoLivre.com por utilizarem os serviços de internet que propiciam a realização de transações econômicas com segurança. MercadoLivre.com é fornecedora de serviços de disponibilização de espaço virtual na internet para a facilitação de compra e venda de produtos e serviços no meio eletrônico tanto perante o anunciante-vendedor como perante o usuário-comprador. Sobre essa relação jurídica incide o CDC.

Do usuário consumidor que utiliza a plataforma de intermediação e medição de negócios (o *site*), para ofertar produtos e serviços, a empresa cobra os custos e as tarifas. Essas tarifas são definidas no item 6.17 do contrato de adesão: “Tarifas do serviço: São os valores cobrados do Usuário a título de remuneração em decorrência de cada Serviço de Gerenciamento de Pagamento prestado pelo MercadoPago”.¹¹

⁹ MERCADOPAGO.COM. Como retirar o dinheiro do MercadoPago. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/retirar-para-conta-bancaria_304>. Acesso em: 28 out. 2015.

¹⁰ Pela limitação do número de páginas deste comentário, não será possível expor a criação doutrinária acerca dos conceitos de consumidor e de fornecedor. Ver MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 302-447.

¹¹ MERCADOPAGO.COM. Tarifas do Serviço. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

Da leitura do contrato de adesão (Termos e Condições Gerais de Uso do *Site*) elaborado pela empresa MercadoLivre.com, depreende-se que o *site* não é mero intermediador, e sim fornecedor de um serviço no mercado de consumo, que inclui a prestação da segurança necessária para a perfectibilização dos contratos de compra e venda realizados entre seus usuários consumidores. E pelo fornecimento desse serviço deve ser responsabilizada, uma vez que, quanto maior for a segurança proporcionada pelo *site*, maior será a quantidade de transações realizadas, e maior será o lucro pela exploração dessa atividade. Por isso, o prestador de serviço não pode transferir o risco da atividade desenvolvida e explorada no mercado de consumo para o consumidor, agente vulnerável da relação jurídica, conforme o art. 4º, I, do CDC, nem se exonerar de sua responsabilidade, que é objetiva e solidária, imposta pelo ordenamento jurídico (arts. 14, § 1º, e 20 do CDC).

Ainda, no que toca à segurança oferecida pelo fornecedor de serviços a seus usuários consumidores, os Termos e Condições Gerais de Uso do *Site* dispõem:

06 - Privacidade da Informação

Toda informação ou Dado Pessoal do Usuário é armazenado em servidores ou meios magnéticos de alta segurança. Salvo com relação às informações que são publicadas nos Sites, o MercadoLivre adotará todas as medidas possíveis para manter a confidencialidade e a segurança das informações sigilosas, porém não se responsabilizará por eventuais prejuízos que sejam decorrentes da divulgação de tais informações por parte de terceiros que utilizem as redes públicas ou a internet, subvertendo os sistemas de segurança para acessar as informações de Usuários.¹²

Na mesma cláusula contratual em que o fornecedor de serviços se compromete a disponibilizar alta segurança e sigilo de informações, adotando “todas as medidas possíveis para manter a confidencialidade e a segurança das informações sigilosas”, impõe a exoneração de sua responsabilidade por eventuais prejuízos decorrentes da subversão dos sistemas de seguranças.

Há um contrassenso intrínseco na redação dessa cláusula contratual, pois o art. 14 do CDC impõe ao fornecedor de serviços a responsabilidade pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à

¹² MERCADOLIVRE.COM. Termos e Condições Gerais de Uso do Site. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 28 out. 2015.

prestação dos serviços (falha na segurança, conforme § 1º do art. 14 do CDC), bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre os riscos. Da mesma forma, pode-se afirmar que a parte final dessa cláusula contratual afronta o art. 20, *caput* e § 2º, do CDC, que determina que o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que tornem os serviços prestados impróprios ao consumo ou que diminuam o valor desses serviços, assim como por aqueles vícios decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, sendo impróprios os serviços que se mostrem inadequados para o atingimento do objetivo que razoavelmente se espera desses serviços (no caso, o objetivo é a segurança garantida pela empresa fornecedora do serviço). Ainda, verifica-se que, nesse ponto, a cláusula contratual é nula, uma vez que o art. 25 do CDC veda a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação do fornecedor de indenizar prevista no CDC. Essas questões serão examinadas abaixo.

2.2 Responsabilidade Civil Objetiva do Prestador de Serviço pela Falha na Segurança e pela Confiança Despertada no Consumidor

O contrato de prestação de serviço, tal como o contrato celebrado entre MercadoLivre.com e seus clientes (os usuários consumidores, sejam eles anunciantes-vendedores ou potenciais compradores), envolve uma obrigação de fazer, uma obrigação de prestar. Nesse sentido, a obrigação do MercadoLivre.com é a de prestar os serviços de:

(i) ofertar e hospedar espaços nos *Sites* para que os Usuários anunciem à venda seus próprios produtos e/ou serviços e (ii) viabilizar o contato direto entre Usuários vendedores e Usuários interessados em adquirir os produtos e serviços anunciados, por meio da divulgação dos dados de contato de uma parte à outra. O MercadoLivre, portanto, possibilita aos Usuários se contatarem e negociarem entre si diretamente, sem qualquer intervenção do MercadoLivre, na negociação ou na concretização dos negócios. Desta forma, ressalta-se que o MercadoLivre não fornece quaisquer produtos ou serviços anunciados pelos Usuários nos Sites.¹³

Para tanto, MercadoLivre.com confere a segurança necessária para que as transações entre seus usuários consumidores ocorram na plataforma

¹³ MERCADOLIVRE.COM. Termos e Condições Gerais de Uso do Site. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 28 out. 2015.

eletrônica. A segurança é prestada por MercadoLivre.com, por meio do serviço denominado MercadoPago, mediante o pagamento de custos e tarifas por parte dos consumidores desse serviço. É dever da empresa oferecer a segurança das transações, pois há a previsão contratual de segurança, que gera uma legítima expectativa nos usuários consumidores. O contrato de adesão assim dispõe:

11 - Responsabilidades

O MercadoLivre se responsabiliza por eventuais danos causados aos seus Usuários por defeitos ou vícios relativos exclusivamente à prestação do seu serviço de hospedagem e veiculação de anúncios nos sites www.mercadolivre.com.br e www.arremate.com.br, desde que o MercadoLivre tenha dado causa aos referidos defeitos ou vícios.¹⁴

De acordo com a redação dessa cláusula, a empresa fornecedora de serviços se responsabiliza por defeitos ou vícios relativos à prestação do seu serviço de hospedagem e veiculação de anúncios (arts. 14 e 20 do CDC). Isto é, na hipótese de haver dano experimentado por qualquer das partes (anunciante-vendedor ou usuário-comprador), que decorra da prestação do serviço de disponibilização do espaço virtual na internet, como, por exemplo, um defeito na plataforma eletrônica (falha na segurança) ou no cadastro do usuário, existe o nexo de causalidade que enseja o dever de indenizar.¹⁵ É exatamente o que ocorreu no caso em tela.

A falha na segurança se enquadra no conceito de serviço defeituoso trazido pelo CDC: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar [...]” (art. 14, § 1º, do CDC), levando em consideração o modo de seu fornecimento. Isto é, se o modo do fornecimento é eletrônico, e o meio eletrônico acentua a vulnerabilidade do consumidor,¹⁶ o fornecedor deve levar em conta essa circunstância relevante de o risco ser mais alto; sendo maior o risco da atividade explorada pelo fornecedor de serviços, maior será a sua responsabilidade.

¹⁴ MERCADOLIVRE.COM. Termos e Condições Gerais de Uso do Site. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 28 out. 2015.

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. [Parecer]. In: *Soluções Práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6. p. 653 e seguintes.

¹⁶ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

A falha na segurança também pode ser enquadrada no conceito de vício do serviço, se for entendida como sendo um vício de qualidade que torne o serviço impróprio para o consumo, de acordo com o *caput* do art. 20 do CDC. Igualmente, a falha na segurança torna o serviço inadequado para o fim que razoavelmente dele se espera (§ 2º do art. 20).

Isso significa dizer que a falha na segurança torna a prestação do serviço oferecido pela plataforma *on-line* insegura, imprópria para o fim a que se destina: o de aproximar usuários vendedores e usuários compradores (ambos consumidores do serviço oferecido pela empresa) com o objetivo de vender e comprar produtos e serviços no meio eletrônico. Se o *site* é inseguro, não desperta a confiança necessária para o bom desenvolvimento dessa relação jurídica.

Nesse sentido, Marques afirma que “[...] no momento em que o consumidor decide contratar por meio eletrônico, ele tem de confiar que o próprio complexo sistema da internet funcionará, que o fornecedor cumprirá sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados [...]”¹⁷ pois “[...] há uma intrínseca complexidade técnica e jurídica desse tipo de contratação a distância.”¹⁸

A autora reforça essa ideia, ensinando que “[...] a vulnerabilidade do consumidor é especial e proporcional à submissão que o meio eletrônico impõe ao consumidor e à especialização e cuidados com a segurança e a transparência [...]”¹⁹ Isso porque:

[...] as estratégias de segurança na internet devem visar a autenticar a mensagem e a autoria desta, controlar o acesso de terceiros sobre os dados enviados (por exemplo, dados financeiros, senhas, etc.), controlar e preservar a integridade da mensagem, usando as tecnologias de que disponham, tais como a criptografia, a biometria, a assinatura digital, o uso de *tokens*, de *smart cards*, de *secure secret layers*, etc.²⁰

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 96.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97.

²⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 127.

A segurança do meio eletrônico colocado à disposição do consumidor faz parte do risco profissional do fornecedor de serviços que tira proveito econômico dessa atividade. Nesse sentido, Miragem afirma:

A proteção do consumidor contra riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo tem seu fundamento no reconhecimento da existência de interesses legítimos de que estes produtos e serviços sejam seguros, ou seja, de que não apresentem nem uma periculosidade ou uma nocividade tal a causar danos para quem venha a ser exposto aos mesmos. O respeito a estes interesses legítimos dos consumidores, como regra, não se submete à verificação do critério da culpa do fornecedor acerca de eventuais prejuízos causados por seus produtos ou serviços, mas simplesmente na proteção da confiança social de adequação e segurança dos produtos (e serviços) introduzidos no mercado.²¹

O fornecedor prestador do serviço não pode transferir ao consumidor (pessoa física vendedora do produto) a responsabilidade pelo risco da atividade empresarial explorada. Entende-se que o risco da atividade abrange o risco pela ação imprópria e prejudicial (fraude) que invasores do sistema podem gerar. O sistema não deve permitir invasões, e a relação entre o consumidor e o *site* deve se pautar por critérios de transparência e lealdade.

Miragem ensina que:

Os problemas mais sensíveis em matéria de responsabilidade civil por danos causados por intermédio da internet, contudo, surgem quando o ato ilícito não apenas se realiza pelo meio virtual quanto por intermédio de outro meio qualquer, senão quando é justamente a circunstância de existir o meio virtual que facilita a causação do dano ou expande a sua repercussão. Ou seja, o ato ilícito e o dano que dele provém não teriam se realizado se não fosse o intermédio da internet.²²

A ministra-relatora afirma, em seu voto, que “o autor aderiu ao contrato de gestão de pagamentos mantido pelo réu (MercadoPago) exatamente em função da segurança no recebimento dos valores que o sistema alardeava proporcionar.” Nesse sentido, o fornecedor de serviço deve se cercar de todos os mecanismos tecnológicos disponíveis para evitar que ocorram fraudes por meio da falha

²¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 498.

²² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 813.

na segurança de seu sistema. Se ocorrer fraude, ele é responsável pela falha na segurança.

Assim, a Quarta Turma do STJ decidiu, nos termos do voto da ministra-relatora, que MercadoLivre.com é responsável e deve responder pela má prestação de seus serviços, nos termos dos arts. 14 do CDC. Isto é, a empresa fornecedora é responsável pelos danos decorrentes da falha no acesso ao sistema de cadastro *on-line*.

No caso, um usuário consumidor acessou a plataforma eletrônica da empresa, realizou o cadastro, inserindo suas informações e criando um apelido e uma senha de acesso e, por meio desse cadastro, comprou um produto de um usuário vendedor e, a fim de recebê-lo, enviou uma mensagem falsa ao vendedor informando que o dinheiro já havia sido disponibilizado na conta do vendedor (usuário consumidor do serviço prestado pela empresa) no MercadoPago. Desse modo, o comprador recebeu o produto sem que tivesse realizado o pagamento devido. Esse usuário consumidor comprador fraudou a entrega de mensagens eletrônicas (*e-mails*) pelo uso das ferramentas disponibilizadas no *site* da fornecedora de serviços, fazendo-se passar por ela e informando que o pagamento já tinha sido feito. Dessa maneira, o consumidor vendedor, pensando ter recebido o valor pela venda, enviou o produto ao consumidor comprador. Martins e Longhi assim se manifestaram acerca do julgamento em tela: “Se houve invasão por terceira pessoa nos sistemas da empresa de leilão, possibilitando a interceptação dos dados do negócio e, por consequência, o aludido *e-mail* falso, trata-se de fortuito interno, ou seja, de risco inerente à atividade do fornecedor.”²³

Ademais, constou do voto da ministra-relatora que a empresa tinha plenas condições de identificar o fraudador e mesmo assim não o fez. Por isso, o julgamento foi no sentido de que o prestador de serviço deve responder pelos danos causados a seu consumidor vendedor de produtos e serviços, em função da frustração da confiança.

A partir do momento em que se verifica que a segurança é falha, o serviço prestado é defeituoso, pois não confere a segurança que dele legitimamente se espera. Segundo o voto da ministra-relatora, que foi acolhido por unanimidade

²³ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e *sites* de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 85, p. 177-206, jan./fev. 2013.

pelos ministros da Quarta Turma Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo, a providência sugerida pelo *site* no sentido de que o consumidor vendedor deve conferir se a mensagem enviada é verdadeiramente originária da empresa deve ser mais um dispositivo de segurança, mas não o único capaz de conferir a autenticidade da comunicação. Se assim fosse, o fornecedor do serviço estaria transferindo ao consumidor o ônus de conferir a segurança do negócio.

Marques ensina que o grau de segurança da conexão (conexão segura) e do sistema de criptografia empregado deve ser informado para o consumidor de forma prévia, para que ele possa optar por um fornecedor ou outro. Do mesmo modo, outros meios de pagamento devem ser permitidos. E mesmo se o pagamento transcorrer em ambiente seguro, os dados que o consumidor preencher para acessar o *site* do fornecedor ou determinada oferta também podem ser sensíveis – e por isso devem ser preservados, recaindo sobre o fornecedor um dever de segurança ainda maior. A proteção de dados, a certificação e a criação de ambientes e tecnologias seguras é questão de qualidade mínima daquele fornecedor que quer oferecer seus serviços e produtos na rede global.²⁴ É o que se aplica no caso em tela, para reforçar a ideia presente em nosso ordenamento jurídico de que, nas transações *on-line*, aumenta a vulnerabilidade do consumidor, ao mesmo tempo em que aumenta a responsabilidade do profissional intermediário, organizador do *site* ou do leilão, que é aquele que expede senhas de identificação dos consumidores.²⁵

Ainda, a ministra-relatora afirma, em seu voto, que a empresa fornecedora do serviço, mesmo detendo a informação, se absteve de esclarecer a identidade do consumidor comprador que fraudou o sistema de segurança e enviou *e-mail* falso ao vendedor, induzindo-o a enviar a mercadoria, sem ter recebido o pagamento devido. Sobre isso, Marques ensina que: “[...] é o leiloeiro que fornece as senhas de identificação, que registra os usuários da plataforma e controla a identificação dos consumidores – tanto de quem oferece o produto, como de quem compra. Por isso, é responsável por esta identificação”.²⁶

²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 98-99.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 196.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 217.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão da Quarta Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.107.024-DF se fundamentou principalmente nos seguintes aspectos: (1) O autor (usuário consumidor vendedor) aderiu ao contrato de gestão de pagamento mantido pelo MercadoLivre.com (MercadoPago) exatamente em função da segurança no recebimento dos valores que o sistema ostentava proporcionar; (2) não restou dúvida quanto ao fato de o MercadoLivre.com não ter oferecido a segurança que legitimamente se esperava da prestação do serviço, dando margem à fraude; (3) é vedado ao fornecedor do serviço transferir ao consumidor o ônus relativo à segurança do negócio – o risco da atividade – e assim tentar se exonerar de sua responsabilidade, uma vez que a prestação da segurança se confunde com o próprio serviço – o MercadoPago – oferecido onerosamente pelo MercadoLivre.com; (4) não é permitido pelo ordenamento jurídico que o fornecedor do serviço se exima ou se exonere da responsabilidade pela segurança do sistema desenvolvido por ele, porque isso significaria transferir o risco da atividade empresarial explorada por MercadoLivre.com ao consumidor; (5) MercadoLivre.com conhecia a identidade do fraudador (comprador) e não a informou: na modalidade de negociação MercadoPago, somente após o comprador (fraudador) – que obrigatoriamente fez a sua regular inscrição na plataforma digital, cadastrando um apelido e uma senha – ter efetivado a compra do produto anunciado pelo vendedor é que o *e-mail* do vendedor é disponibilizado pelo MercadoLivre.com, possibilitando que o comprador enviasse uma mensagem falsa ao vendedor; (6) os procedimentos fundamentais à segurança do serviço oferecido por MercadoLivre.com não podem – e não devem – ser atribuídos à responsabilidade exclusiva do consumidor; a falha na segurança do serviço não pode ser imputada nem suportada pelo consumidor, mas pela empresa fornecedora do serviço, que assume o risco da exploração da atividade econômica.

Por todo o exposto acima, entende-se que a decisão da Quarta Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.107.024-DF, contribui para o reforço e o aprofundamento da proteção jurídica do consumidor nos contratos celebrados a distância no meio eletrônico, mostrando o caminho que deve ser adotado pelos fornecedores de serviços de intermediação de negócios e pagamentos oferecidos aos consumidores no meio virtual, no sentido de oferecer a segurança legitimamente esperada pelos consumidores.

Como se procurou demonstrar, o acórdão está em plena sintonia com a melhor doutrina sobre o tema. O respeito e o reconhecimento do acerto dessa decisão é a oportunidade de os prestadores de serviços de intermediação de negócios *on-line* corrigirem as falhas de segurança verificadas no meio virtual e aprimorarem a prestação do serviço, conferindo aos usuários consumidores a confiança necessária no uso da internet e dos sistemas eletrônicos de pagamento, ferramentas que têm-se mostrado muito importantes para o desenvolvimento da ordem econômica – que deve ser fundada na defesa do consumidor –, pois facilitam o incremento da circulação de produtos e serviços (de riquezas) no mercado de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.107.024-DF. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 1º de dezembro de 2011.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 85, p. 177-206, jan./fev. 2013.

MERCADOLIVRE.COM. Termos e Condições Gerais de Uso do Site. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 27 out. 2015.

MERCADOPAGO.COM. Como retirar o dinheiro do MercadoPago. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/retirar-para-conta-bancaria_304>. Acesso em: 28 out. 2015.

MERCADOPAGO.COM. Quanto custa receber pagamentos. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/custo-receber-pagamentos_453>. Acesso em: 28 out. 2015.

MERCADOPAGO.COM. Tarifas do Serviço. Disponível em: <https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300>. Acesso em: 28 out. 2015.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços. [Parecer]. In: *Soluções Práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6. p. 653 e seguintes.

RECURSO ESPECIAL N. 1.168.775-RS (2009/0234552-3)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Ford Motor Company Brasil Ltda
Advogado: Geraldo Bemfica Teixeira e outro(s)
Recorrido: Luiz Carlos Nalin
Advogado: Antônio Alberto Caser

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade pelo fato do produto. Automóvel Fiesta. Quebra do banco do motorista. Defeito de fabricação. Perda do controle do veículo. Acidente grave. *Recall* posterior ao evento danoso. Ônus da prova do fabricante.

1 - Ação de indenização proposta com base em defeito na fabricação do veículo, objeto de posterior *recall*, envolvido em grave acidente de trânsito.

2 - Comprovação pelo consumidor lesado do defeito do produto (quebra do banco do motorista com o veículo em movimento na estrada) e da relação de causalidade com o acidente de trânsito (perda do controle do automóvel em estrada e colisão com uma árvore), que lhe causou graves lesões e a perda total do veículo.

3 - A dificuldade probatória ensejada pela impossibilidade de perícia direta no veículo sinistrado, no curso da instrução do processo, não caracteriza cerceamento de defesa em relação ao fabricante.

4 - Inocorrência de violação às regras dos incisos II e III do § 3º do art. 12 do CDC.

5 - Precedente desta Corte.

6 - Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto por *Ford Motor Company Brasil Ltda*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que dera parcial provimento à sua apelação manejada nos autos da ação proposta por *Luiz Carlos Nalin*, além de negar provimento ao apelo do autor.

O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos:

Apelação. Ação de indenização. Veículo que foi colocado no mercado com defeito de fabricação. Recall. Verba honorária sucumbencial. Ação de indenização proposta com base em defeito na fabricação do veículo, objeto de recall. Responsabilidade objetiva da demandada. Quantum indenizatório mantido. Readequação da verba honorária. Primeira apelação improvida. Segunda apelação parcialmente provida.

Na origem, foi proposta ação de reparação de danos pelo autor *Luiz Carlos Nalin*, ora recorrido, contra a empresa *Ford Motor Company Brasil Ltda.*, ora recorrente, relatando ter adquirido da requerida um automóvel Ford/Fiesta, em 12 de julho de 2004. Meses depois, no dia 14 de janeiro de 2005, sofreu grave acidente de trânsito na Rodovia RST 470, no Município de Veranópolis-RS, quando o banco dianteiro esquerdo do veículo quebrou e reclinou, determinando a perda do controle do automóvel e a colisão com uma árvore, com a sua perda total. Alegou que a própria empresa requerida reconheceu o risco ensejado por defeitos nos bancos dianteiros dos veículos Ford Novo Fiesta, Ecosport e Cargo, fabricados entre novembro de 2003 e julho de 2004, pois emitiu comunicado de “recall” para verificação e substituição de encostos a partir de março de 2005. O veículo do autor encontrava-se entre os veículos contemplados pelo “recall” e o acidente ocorreu no mês de janeiro de 2005. Pediu indenização por danos materiais e morais.

Na sua resposta, além de preliminar de ilegitimidade ativa, a empresa requerida negou sua responsabilidade pelo evento, alegando que o texto publicado era apenas um alerta aos proprietários de veículos que deveriam comparecer a uma concessionária para verificação de uma peça do encosto do seu banco. Alegou que o acidente de trânsito ocorreu por culpa exclusiva do motorista, que agiu com imprudência e imperícia na condução do veículo. Pediu a improcedência da demanda.

A instrução do processo consistiu na realização de perícia e na inquirição de quatro testemunhas, além dos depoimentos pessoais das partes.

Após os memoriais, foi prolatada sentença, julgando parcialmente procedente a demanda e condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, estes no valor de R\$ 17.500,00.

No acórdão, a 19ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatoria do eminente Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, negou provimento ao apelo do autor e deu parcial provimento ao recurso da requerida para reduzir a verba honorária.

Os embargos declaratórios interpostos foram desacolhidos.

No recurso especial, a recorrente sustentou, preliminarmente, a nulidade do acórdão, por violação aos arts. 458, inciso II, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, considerando que não houve manifestação acerca de questão fundamentais para o deslinde do feito. Apontou que era imprescindível examinar se a perícia no veículo era crucial à solução da controvérsia e se há parcela de responsabilidade do autor ou de terceiro na ocorrência do evento danoso. No mérito, afirmou que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 145 e 333, I e II, do Código de Processo Civil, ao art. 12, § 3º, III, do Código de Defesa do Consumidor e ao art. 927 do Código Civil. Alegou que a constatação da causa e do momento da quebra do banco somente pode ser aferida por meio do exame do veículo, uma vez que depende de conhecimento técnico, não sendo possível concluir-se pela existência de vício de fabricação pela mera divulgação de *recall*, sob pena de se frustrar a promoção, em juízo, da produção da prova de exceção prevista nos incisos II e III do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, ocasionando evidente cerceamento de defesa. Ressaltou que a ausência de perícia conclusiva não pode militar em favor do recorrido, que foi quem deu causa a essa situação, entregando o veículo à seguradora sem a produção da prova necessária. Argumentou que não pretende revolver matéria fático-probatória, mas, sim, modificar a valoração dada às

provas produzidas. Asseverou que o *recall* não representa o reconhecimento de defeito no produto, mas configura medida preventiva. Defendeu, assim, que o autor não se desincumbiu de seu ônus de provar, de forma inequívoca, a existência de vício ou de defeito de fabricação no veículo, salientando que, em contrapartida, foi cabalmente demonstrado que a violência da colisão é que levou à quebra do banco do motorista. Acrescentou que não há nos autos elementos suficientes para se condenar a recorrente ao pagamento dos danos materiais e morais. Aduziu que, além de serem inexistentes os danos, não há qualquer ilícito praticado ou mesmo nexos entre suposto ato da recorrente e a quebra do banco do veículo, não havendo, portanto, dever de indenizar. Requereu o provimento do recurso.

Não foram apresentadas as contrarrazões.

O recurso não foi admitido na origem (fls. 435-442 dos autos eletrônicos).

Contra essa decisão, foi interposto agravo de instrumento ao qual o eminente Ministro Paulo Furtado deu provimento para melhor análise (fls. 457 dos autos eletrônicos).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): O recurso especial, embora bem elaborado, não merece acolhimento.

A preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por violação aos arts. 458, inciso II, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pois não teria ocorrido manifestação acerca de questões fundamentais para o deslinde do feito, não merece acolhida.

As questões relativas à importância da perícia no veículo como prova, bem como à ocorrência de culpa concorrente da vítima no evento danoso foram devidamente apreciadas no acórdão recorrido, ainda que sucintamente, não se caracterizando a omissão alegada.

Com efeito, no que concerne à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que as questões submetidas ao Tribunal *a quo* foram suficientes e adequadamente apreciadas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível.

Amolda-se a espécie, pois, ao massivo entendimento pretoriano no sentido de que, “quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não se configura ofensa ao artigo 535 do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte” (AgRg no Ag n. 1.26.5516-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJ de 30.6.2010).

Destarte, não se configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

No mérito, a irrisignação central da empresa recorrente situa-se em torno da ocorrência de cerceamento de defesa, alegando ofensa aos arts. 145 e 333, I e II, do Código de Processo Civil, ao art. 12, § 3º, III, do Código de Defesa do Consumidor, e ao art. 927 do Código Civil.

A alegação da empresa requerida é que a comprovação da inexistência de defeito no veículo e a culpa da vítima no evento eram fatos extintivos do direito do autor, cujo ônus probatório era seu (demandada), na forma das regras dos incisos II e III do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Sustentou, especialmente, que a constatação da causa e do momento da quebra do banco do automóvel somente poderia ser aferida por meio do exame do veículo, uma vez que depende de conhecimento técnico, não sendo possível concluir-se pela existência de vício de fabricação pela mera divulgação de *recall*, sob pena de se frustrar a promoção, em juízo, da produção da ocasionando evidente cerceamento de defesa.

Ressaltou que a ausência de perícia conclusiva não pode militar em favor do recorrido, que foi quem deu causa a essa situação, entregando o veículo à seguradora sem a produção da prova necessária. Argumentou que não pretende revolver matéria fático-probatória, mas, sim, modificar a valoração dada às provas produzidas. Asseverou que o *recall* não representa o reconhecimento de defeito no produto, mas configura medida preventiva.

O recurso especial merece ser conhecido para exame da alegação de violação pelo acórdão recorrido dos incisos II e III do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, além dos artigos 333, I e II, do Código de Processo Civil.

A solução da controvérsia estabelecida no presente recurso especial deve partir do exame das regras do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, quando o legislador, ao regular a responsabilidade pelo fato do produto, estatuiu textualmente o seguinte:

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

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador *só não será responsabilizado quando provar:*

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - *que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;*
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Assim, a peculiaridade da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), é a previsão, no microssistema do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da “inexistência de defeito”.

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, “só não será responsabilizado quando provar (...) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste.”

Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope judicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto - art. 12 - ou fato do serviço - art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*“ope legis”*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *“ope judicis”*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, na Segunda Seção, já manifestei minha posição no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante dirigia o seu automóvel Ford Fiesta por uma rodovia, quando ocorreu a quebra do banco do motorista entre o encosto e o assento, ensejando a perda de controle do veículo e a colisão com uma árvore na beira da estrada, com graves lesões corporais.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla da responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito. A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, sempre constituiu um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

No caso, deve-se, efetivamente, reconhecer a dificuldade probatória da empresa recorrente, pois, em face da perda total do veículo e sua venda pela seguradora, não foi possível uma perícia direta no automóvel no curso da instrução (e-STJ, fl. 124 e fls. 140 e segs.).

Foi realizada uma perícia indireta, por engenheiro mecânico, que não teve condições de concluir “se o banco quebrou em função do acidente ou se o acidente foi provocado pela quebra do banco” (e-STJ, fl. 145). Complementou apenas com a seguinte observação hipotética: “Entretanto, pela descrição do acidente pelo Autor, pela construção do banco e assento, pela análise do local do acidente e pela descrição das lesões sofridas pelo Autor, a chance de o banco ter quebrado por consequência do acidente é bem maior do que este tenha sido a causa do acidente.” (e-STJ, fl. 145).

Entretanto, outros elementos de prova confirmaram o defeito do banco do veículo e sua relação de causalidade com o evento danoso.

Inicialmente, a perícia realizada no curso do inquérito policial, cujo laudo foi colacionado aos autos com a petição inicial (e-STJ, fl. 25), logo após o evento danoso, em 20 de janeiro de 2005, ao se indagar acerca da extensão dos danos consignou o seguinte:

Terceiro: Sim, houve danos totais, assento dianteiro lado esquerdo se encontra quebrado entre o encosto e o assento, motor se soltou do chassi.

No curso da demanda, o autor da demanda indenizatória, ora recorrido, na instrução do processo, demonstrou, mediante o depoimento de testemunhas, o defeito no veículo.

Esses depoimentos das testemunhas foram corroborados pela manifestação da própria empresa recorrente, que efetuou um *recall* de automóveis Fiesta, Ecosport, Série F e Cargo-815, dizendo o seguinte:

Comunicado.

Atenção proprietários de veículos Ford novo Fiesta, Ecosport, Série F e Cargo-815

A Ford Motor Company Brasil Ltda. convoca os proprietários dos veículos Ford Novo Fiesta, EcoSport, Série F e Cargo fabricados no período de 10 de novembro de 2003 e 20 de julho de 2004, identificados pelos números de chassi abaixo, a comparecerem a um Distribuidor FORD, a partir de 14 de março de 2005, a fim de que seja efetuada, gratuitamente, a verificação e eventual substituição dos bancos dianteiros dos Automóveis e do banco do motorista das Pick-ups e Caminhões.

Veículo Modelo Chassis

(...)

Foi constatado que uma variação no processo produtivo do mecanismo reclinador dos bancos dianteiros poderá causar, em condições extremas, reclinagem involuntária do encosto, com perda da dirigibilidade do veículo.

Visando resguardar a segurança e a satisfação de seus consumidores, a Ford adotou esta medida e destaca a importância do pronto atendimento a esta convocação.

(...)

Embora o ônus da prova não fosse do autor, como vítima do acidente de consumo, ele demonstrou o defeito do produto e sua relação de causa e efeito com os danos que sofreu.

A demonstração da inexistência de defeito ou da culpa da vítima deveria ter sido tentada pela empresa recorrente por outros meios de prova diante da inviabilização da perícia direta do veículo, em face de sua perda total, sendo exatamente esse o espírito da inversão do ônus da prova prevista pelo legislador do Código do Consumidor.

Por tudo isso, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa no caso em julgamento, não estando configurada a violação das normas dos incisos II e III do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, ou dos incisos I e II do art. 333 do Código de Processo Civil.

Na jurisprudência desta Corte, localizei um caso semelhante, ainda mais grave do que o presente, relatoria da Ministra Nancy, em que houve a morte de seu motorista pela demora da empresa fabricante em proceder ao seu “recall”, cuja ementa é a seguinte:

Civil. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Desprendimento da banda de rodagem do pneu. Causa única do acidente. Falecimento dos pais de dois dos autores e do filho da outra autora. Responsabilidade objetiva do CDC. Culpa comprovada nas instâncias anteriores com base nas provas dos autos. Valor indenizatório. Pedido de elevação requerido pelos autores. Pedido de redução requerido pela ré. Pensão mensal. Arbitramento. Décimo terceiro salário. - Ambos os recursos não comportam conhecimento no que toca à alínea **a** do permissivo constitucional. Alegações genéricas de violação dos preceitos e equívoco na fixação do *quantum*. Súmula n. 284 do STF; - Cumpridos os requisitos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 do RISTJ, os dois recursos devem ser conhecidos quanto ao dissídio jurisprudencial; - A alteração do montante indenizatório pelo STJ somente é possível nas restritas hipóteses em que fixado de forma irrisória ou exagerada. Precedentes; - Valores arbitrados pelo STJ em decisões anteriores prestam-se como parâmetro para fixação do *quantum*, inexistindo tarificação ou tabelamento de danos morais; - O pedido de elevação da quantia para R\$ 7.500.000,00 para cada autor, fundado em reportagem de jornal acerca de acordo firmado no exterior é despropositado. Em tais casos, a indenização não pode representar enriquecimento sem causa dos autores; - Diante da excepcionalidade da espécie e após análise detida de critérios como condições sociais e econômicas das partes, elevado grau de culpa da ré, gravidade da ofensa, sofrimento dos autores e desestímulo à reincidência, o valor fixado para cada autor (R\$ 1.000.000,00) deve ser reduzido, não em valores numéricos, mas apenas para determinar que a correção se opere a partir desta decisão; - Os valores fixados a título de pensões alimentícias devem ser alterados. De acordo com os critérios de prudência e moderação, as pensões mensais são arbitradas em 10 (dez) salários mínimos para Cícero, 10 (dez) salários mínimos para Betina e 5 (cinco) salários mínimos para Juvelina; - A não inclusão da décima terceira

parcela nas pensões mensais fundou-se no conjunto fático-probatórios dos autos, cuja alteração esbarra na Súmula n. 7-STJ. Recurso especial da Bridgestone conhecido e parcialmente provido; recurso especial de Juvelina conhecido e parcialmente provido; recurso especial de Cícero e de Betina *não conhecido*." (REsp n. 1.036.485-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 5.3.2009).

Enfim, a demanda foi bem analisada e resolvida pelas instâncias ordinárias, não ocorrendo o alegado cerceamento de defesa e devendo-se confirmar integralmente a decisão do douto acórdão recorrido.

Destarte, encaminho o voto para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Rosana Amara Girardi Fachin¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O presente Recurso Especial, julgado desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2012, tratou de questão atinente à responsabilidade de fornecedor de veículo pelo fato do produto, conforme disposição do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

O caso em tela se trata, em sua origem, de Ação de Reparação de Danos, interposta por Luiz Carlos Nalin em face da empresa Ford Motor Company Brasil Ltda. Segundo as alegações do Autor quando da interposição de sua petição inicial, ele adquiriu da Demandada um automóvel Ford/Fiesta em 12/07/2004. Entretanto, na data de 14/01/2005, relatou ter sofrido grave acidente de trânsito, pelo fato do banco esquerdo de seu veículo ter quebrado e reclinado, gerando a sua perda de controle sob o automóvel e posterior colisão com uma árvore, culminando em sua perda total e graves lesões corporais.

Segundo o Autor, a própria empresa Requerida teria reconhecido o risco gerado por defeitos nos bancos dianteiros dos veículos Ford Novo Fiesta,

¹ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, além de membro da *International Society of Family Law* (Holanda) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Ecosport e Cargo, todos fabricados entre novembro de 2003 e julho de 2004, já que teria emitido comunicado de *recall* para correção desses bancos a partir de março de 2005. Sendo assim, como o veículo do Requerente estava contemplado por esse *recall*, mas o acidente ocorreu antes da detecção dos defeitos, pediu indenização por danos morais e materiais.

Em sede de defesa, a empresa Demandada apresentou preliminar de ilegitimidade ativa do Autor, bem como Contestação, alegando que o *recall* seria apenas um alerta aos proprietários de veículos alienados naquele período de tempo para verificação de uma peça do encosto de seu banco. Sendo assim, sustentou que o acidente de trânsito sofrido pelo Requerente teria ocorrido por sua culpa exclusiva, por ter agido com imprudência e imperícia, pedindo assim a improcedência dos pedidos formulados na exordial.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido do Autor, condenando a Requerida ao pagamento de indenização a título de danos morais e materiais no *quantum* de R\$ 17.500,00 (dezessete mil e quinhentos reais).

Em face dessa sentença, houve a interposição, por ambas as partes, de recursos de Apelação. O apelo do Autor foi julgado desprovido, ao passo que foi concedido ao Recurso da Demandada parcial provimento, no sentido de reduzir os honorários advocatícios.

Ainda inconformada, a empresa interpôs Recurso Especial contra esse acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Segundo ela, o acórdão deveria ser declarado nulo, já que não examinou se a perícia no veículo era fundamental ou não à solução da controvérsia, além de não ter analisado se haveria responsabilidade do Requerente ou se terceiro teria parcela de responsabilidade na ocorrência do acidente.

A Demandada, ora Recorrente, também aduziu que não seria possível o reconhecimento de vício no veículo pela simples divulgação do *recall*, de modo que deveria ter sido efetuado exame técnico no automóvel, sob pena de cerceamento de defesa. Ademais, segundo ela, o Autor não teria se desincumbido do ônus de provar os fatos extintivos de seu direito, como a existência de inequívoco defeito no banco dianteiro esquerdo, de modo que não haveria como se constatar nexos causal entre seu suposto ato ilícito e a ocorrência do acidente.

Em sua origem, o presente Recurso Especial não foi admitido, mas contra a decisão que não o admitiu foi interposto Agravo de Instrumento, para o qual foi dado provimento para melhor análise do tema.

No voto prolatado pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, no que diz respeito às alegações da Recorrente acerca do suposto cerceamento de defesa que sofreu e da nulidade do acórdão recorrido, entendeu o Ministro que não se sustentam tais alegações, já que as questões submetidas ao Tribunal *a quo* foram devidamente abordadas, inclusive analisando se havia culpa concorrente da vítima ou de terceiro como causa do acidente.

Segundo Sanseverino, para uma análise mais detida da questão, faz-se mister analisar o parágrafo 3º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor², segundo o qual o fornecedor só não poderá ser responsabilizado quando provar que não há defeito do produto que disponibilizou no mercado de consumo.

A partir desse dispositivo legal, mencionou o Ministro que o ônus de provar que não há defeito no produto é do próprio fornecedor, o qual no caso em tela é a empresa Recorrente. Na acepção de Sanseverino, essa inversão do ônus da prova é *ope legis*, ou seja, decorre de decisão política do legislador e não pode ser derogada pelo juiz. Dessa forma, está presente antes mesmo da formação da relação jurídico-processual entre consumidor e fornecedor.

Assim, uma vez que o presente caso se amolda perfeitamente à hipótese do *caput* do artigo 12 do CDC, não há o que se falar em ausência de prova por parte do consumidor, já que a regra desse diploma legal derivou justamente da compreensão da dificuldade de consumidores para provarem atos constitutivos de seu direito, em razão de sua vulnerabilidade.

Entretanto, ressaltou o Ministro que, no caso em análise, houve de fato dificuldade da empresa em provar que o acidente automobilístico não ocorreu em virtude de defeito no banco do motorista. Isso porque, como houve a perda total do veículo e posteriormente tal bem foi vendido para a seguradora, não foi possível submetê-lo à perícia direta ao longo da instrução probatória.

Mesmo assim, entendeu Sanseverino que os autos já trazem indícios suficientes para confirmar o defeito no banco como o causador do acidente.

² “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Segundo ele, uma perícia realizada por agentes da polícia logo após o incidente concluiu que o banco dianteiro esquerdo encontrava-se quebrado entre o encosto e o assento. Ademais, o depoimento de testemunhas e o próprio teor do *recall* levado a cabo pela empresa Recorrente dariam conta de provar que o defeito efetivamente existia.

Sendo assim, a partir de todo o exposto, votou o Ministro Relator pela manutenção integral da decisão do acórdão recorrido, posição na qual foi seguindo por seus pares, de modo que o julgamento da 3ª Turma do STJ foi unânime no sentido de negar provimento ao presente Recurso Especial.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O instituto da responsabilidade civil, refletindo as mudanças ocorridas na sociedade nos últimos séculos, vem sendo submetido a diversas releituras nas últimas décadas. Alguns de seus elementos considerados intrínsecos pela dogmática clássica, como a culpa e o nexó causal, vem sendo colocados em xeque, em fenômeno intitulado por Anderson Schreiber como a “erosão dos filtros tradicionais da reparação”³.

Classicamente, a responsabilidade civil, em seu sentido moderno, era fundada na ideia da culpa, a partir de expressiva conotação moral⁴. Dessa forma, para que houvesse a responsabilização de agentes causadores de danos, era preciso provar, de forma inequívoca, a negligência, imperícia ou imprudência do agente, de modo a auferir eventual indenização.

Esse modelo europeu de responsabilidade civil, adotado pelo Brasil quando da promulgação do Código Civil de 1916, sofreu diversas mudanças ao longo do século XX. Em razão da ocorrência das duas guerras mundiais, além de uma série de outros eventos, ordenamentos jurídicos de todo o mundo passaram a atribuir maior importância à tutela da pessoa humana e de sua dignidade, a partir de um caráter mais social.

Nesta toada, no Brasil, após o fim do período da Ditadura Militar, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Esse documento normativo, dotado

³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 12.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

de caráter social e solidário, estabeleceu a defesa do consumidor enquanto direito fundamental, colocando-a como um dos principais objetivos da República.

Ademais, a partir desse projeto constitucional, ocorreu uma revolução no tratamento da responsabilidade civil, que começou a desconsiderar cada vez mais a culpa como elemento de responsabilização e passou a reconhecer que os danos são produzidos, no mais das vezes, pelos riscos que a convivência em sociedade traz a todos⁵.

Dois anos depois, ocorreu a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, elencando um extenso rol de direitos nas relações de consumo, como seu direito à efetiva reparação por danos morais e materiais, além de amplo acesso ao Poder Judiciário e facilitação da defesa de seus direitos.

Com relação à responsabilidade civil, essa legislação consumerista adotou a denominada teoria da qualidade, que se utiliza do princípio da boa-fé como parâmetro de comportamento nas relações jurídicas entre consumidores e fornecedores e que foi influenciada pelos sistemas norte-americano e europeu⁶. Segundo essa teoria, os produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores no mercado de consumo necessitam atender aos requisitos de adequação e segurança.

Dessa forma, no caso de falta de adequação, configurar-se-á a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço (artigos 18 a 20 do CDC). Mas quando não existir a segurança desses bens, estará caracterizada a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (artigos 12 a 14 desse mesmo diploma⁷).

Nesta senda, o fato do produto pode ser definido como o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito do produto⁸. Conforme destacado pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, a responsabilidade, nesses casos, está definida no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor e se aplica ao caso comentado.

⁵ *Ibidem*, p. 07.

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2006, p. 259.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 310.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 195.

Isso porque há, primeiramente, evidente relação de consumo entre as partes, já que o Autor adquiriu automóvel da empresa Demandada, utilizando-o como destinatário final do bem. Ademais, a partir do momento em que houve a pactuação desse contrato de consumo, o fornecedor passa a se responsabilizar pelos defeitos que o produto eventualmente apresentar, independentemente da existência de culpa, como bem destaca o *caput* do referido artigo.

No caso em análise, o consumidor sofreu danos a partir da utilização do bem que adquiriu junto ao fornecedor, alegando em juízo que o acidente automobilístico sofrido ocorreu em decorrência de defeito no banco dianteiro esquerdo.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que, por ser fato constitutivo de seu direito, caberia ao Autor da ação prová-lo. Entretanto, como muito bem observado pelo Ministro Relator em seu voto, em se tratando de relação de consumo na hipótese de responsabilidade pelo fato do produto, aplica-se o disposto no parágrafo 3º do artigo 12 do CDC. Nesse caso, conforme amplo entendimento doutrinário e expressa disposição legal, presume-se que exista o defeito, invertendo-se, assim, o ônus da prova e o impondo ao fornecedor de bens⁹.

Em que pese a prova do defeito como causa do acidente tenha sido reconhecida nos autos como de difícil produção, a própria empresa Demandada, em *recall* realizado dois meses após o ocorrido, admitiu que alguns veículos que fabricou poderiam possuir bancos com defeito, ocorrendo, eventualmente, reclinção involuntária do encosto e possibilidade de perda da dirigibilidade desses veículos.

Logo, pode-se inferir que, além de não ter provado que o defeito no banco do veículo adquirido pelo Autor não foi a causa do acidente, a própria empresa fornecedora admitiu que esse mesmo veículo poderia ter sido acometido por tal problema. Ou seja, a segurança que o consumidor legitimamente esperava do bem alienado restou violada, com consequente violação dos deveres anexos que deveriam ser praticados pelo fornecedor.

A partir disso, a doutrina processualista cita exemplo parecido, no caso de Autor que alega que um defeito no sistema de freios do seu veículo lhe acarretou um acidente com danos materiais e pessoais, e o fabricante não demonstra a inexistência desse defeito. Nesse caso, assim como no caso aqui analisado, a

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, p. 261.

dificuldade no preciso esclarecimento de que o dano foi gerado pelo defeito não pode ser suportada pelo consumidor, bastando-lhe, assim, fazer o juiz acreditar na verossimilhança de que esse defeito tenha provocado o dano¹⁰.

Sendo assim, ainda que não haja prova concreta a respeito desse fato, também se pode deduzir que se trata de fato notório. Isso porque a notícia da possibilidade de existência de defeitos nos bancos dos carros vendidos pela demandada foi transmitida ao público por meio de *recall*, inclusive por intermédio de meios de comunicação de massa. Logo, conforme aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os fatos notórios não dependem de prova¹¹, de modo que resta apenas ao juiz considerá-los verdadeiros.

Destarte de todo o exposto, entendo correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento deste caso analisado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Recurso Especial n.º 1.168.775 – RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012, tratou de caso em que o fornecedor de veículo automotor foi condenado ao pagamento de danos materiais e morais a consumidor que sofreu acidente utilizando esse mesmo veículo. O Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino aplicou o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o fornecedor não provou que o defeito no banco do veículo não gerou o acidente sofrido pelo consumidor.

Na análise desse caso, considero que foi correto o entendimento do referido Ministro, bem como o resultado final do julgamento. Além do fornecedor não ter se desincumbido do ônus que a Lei lhe atribuiu de provar que o defeito no veículo não gerou o acidente automobilístico, o anúncio de *recall* que abarcava esse veículo e admitia eventual defeito nos bancos fez com que sua condenação fosse inevitável.

Isso porque a simples presunção, admitida pelo fornecedor, de que poderiam existir defeitos nos veículos e anunciada por meio de *recall* já constitui fato notório, o qual independe de prova para ser considerado verossímil. Ademais, a própria verossimilhança das alegações do consumidor já autoriza o juiz, nesses

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2013, p. 274.

¹¹ *Ibidem*, p. 277.

casos, a conceder-lhe seus direitos, sob pena de violação do Código de Defesa do Consumidor.

Neste influxo, considerando tudo o que foi aqui abordado, infere-se que, no caso em comento, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça foi acertada, já que não se omitiu de considerar os fatos do caso concreto, os entendimentos jurisprudenciais já existentes e nem as disposições da legislação consumerista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.168.775 – RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 10/04/2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

RECURSO ESPECIAL N. 1.232.773-SP (2011/0009182-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Academia Paulista Anchieta S/C Ltda
Advogado: Reinival Benedito Paiva e outro(s)
Recorrido: Laura Cristina Conde Pimentel
Advogado: Berardino Fanganiello dos Santos e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Curso superior de farmácia. Falta de reconhecimento pelo MEC. Indeferimento da inscrição pelo conselho profissional. Responsabilidade civil da instituição de ensino. Excludente da culpa exclusiva de terceiro. Descabimento na espécie. Lucros cessantes. Efetiva demonstração de prejuízo. Ausência. Afastamento. Dano moral. Fixação em salários mínimos. Possibilidade. Montante. Redução.

1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal de origem, ao julgar a causa, examina e decide, com fundamentos suficientes, as questões relevantes para a solução da lide.

2. A instituição de ensino superior responde objetivamente pelos danos causados ao aluno em decorrência da falta de reconhecimento do curso pelo MEC, quando violado o dever de informação ao consumidor.

3. A alegação de culpa exclusiva de terceiro em razão da recusa indevida do registro pelo conselho profissional não tem o condão de afastar a responsabilidade civil da instituição de ensino perante o aluno, a qual decorre do defeito na prestação do serviço.

4. Para o deferimento de lucros cessantes, é imprescindível a efetiva demonstração do prejuízo, que deve partir de previsão objetiva de lucro, frustrada em decorrência direta da obrigação inadimplida.

5. A formação em curso superior e a inscrição no respectivo conselho profissional, por si sós, não autorizam a conclusão de ganho imediato com a atividade profissional.

6. Inexiste veto à fixação de indenização com base no salário mínimo. O que se proíbe é sua vinculação como critério de correção monetária. Precedentes.

7. O montante fixado a título de indenização por danos morais comporta revisão em sede de recurso especial quando manifestamente exorbitante, circunstância reconhecida no caso. Valor reduzido para R\$ 50.000,00.

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto por *Academia Paulista Anchieta S/C Ltda.* com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Prestação de serviços. Estabelecimento de ensino superior. Danos morais e lucros cessantes. Curso de farmácia. Aprovação em concurso público. Inviabilizada a admissão em razão de o curso não ter sido reconhecido pelo MEC. Elementos dos autos demonstrando a ocorrência do dano, nexos e culpa. Patente o dever de indenizar. Ação parcialmente procedente. Sentença reformada.

A parte ofereceu embargos de declaração (s-STJ, fls. 1.026-1.031), apontando dupla omissão do acórdão: uma sobre o art. 15, I, da Lei n.

3.820/1960, que possibilita a inscrição de bacharel em Farmácia no Conselho Regional de Farmácia - CRF, desde que graduado em instituição oficialmente autorizada e credenciada, como a embargante, não sendo necessário o reconhecimento do curso; e outra quanto à existência de requisitos insertos em edital de concurso que impediriam a recorrida de assumir cargo público, bem como o reconhecimento da circunstância fática de que, na data prevista para posse no cargo público, o CRF-SP nem sequer havia ainda se manifestado sobre o pedido de registro. Esses embargos foram rejeitados (e-STJ, fls. 1.033-1.037).

Sobreveio o presente recurso especial, que suscita preliminar de negativa de prestação jurisdicional, dado que a Corte de origem, não obstante ter sido provocada pelos embargos declaratórios, deixou de analisar aspectos relevantes da defesa relativos à existência de culpa exclusiva de terceiro e falta de nexo causal, o que afastaria sua responsabilidade civil.

No mérito, afirma violado o art. 15, I, da Lei n. 3.820/1960 pelos motivos já mencionados e traz divergência jurisprudencial a respeito com acórdão do TRF da 1ª Região.

Aponta também contrariedade ao art. 14, § 3º, II, do CDC. Isso porque a causa de pedir da autora foi a impossibilidade de assumir cargo público e de exercer temporariamente a atividade profissional de farmacêutica, o que decorreu da falta de registro no CRF. Todavia, a ausência de reconhecimento do curso não era impeditiva do registro no órgão profissional, havendo expressa autorização legal para tanto, desconsiderada pelo CRF-SP, daí sua culpa exclusiva quanto aos alegados danos.

A recorrente alega ainda que o acórdão recorrido violou o art. 46 da Lei n. 9.394/1996 ao considerar que o processo de reconhecimento teria se iniciado de forma tardia e por desídia sua. Argumenta que o dispositivo em tela não fixa termo inicial obrigatório para o pedido de reconhecimento de curso superior, podendo a instituição formalizar tal pleito após a formatura da primeira turma, como era usualmente feito. Assim, não haveria fundamento legal para responsabilizá-la civilmente pelo não reconhecimento do curso quando da conclusão pela recorrida.

Alega, outrossim, que foi violado o art. 53, VI, da Lei n. 9.394/1996, que lhe faculta, independentemente do reconhecimento de seus cursos, conceder o grau de bacharel.

Aponta ofensa ao art. 159 do Código Civil de 1916 (atualmente, arts. 186 e 927 do novo CC) por se lhe imputar, indevidamente, responsabilidade civil, à míngua de nexo de causalidade entre sua conduta e os alegados danos.

Caso mantida sua responsabilidade, pugna pela modificação do valor da indenização por danos morais, seja porque arbitrado em salários mínimos, o que encontra vedação no art. 3º da Lei n. 7.789/1989, seja porque se mostra excessivo à luz do disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil. Trouxe divergência jurisprudencial a respeito.

Apresenta ainda a recorrente alegação de afronta ao art. 333, I, do CPC, sustentando que a recorrida não fez prova do fato constitutivo de seu direito alusivo aos pretendidos lucros cessantes. Pondera que o acórdão estadual fixou a indenização pertinente, considerando como termo inicial a data da colação de grau (28.12.2007), porém a recorrida apenas solicitou registro no CRF em 19.5.1999, de modo que, antes disso, não poderia exercer a profissão de farmacêutica.

Por fim, alega descumprimento da regra insculpida no art. 21 do CPC, na medida em que a demanda foi parcialmente acolhida, entretanto os ônus de sucumbência lhe foram integralmente imputados.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (e-STJ, fls. 1.172-1.183).

Inadmitido o recurso na origem, foi interposto agravo de instrumento (Ag n. 1.060.712-SP), provido, monocraticamente, pelo Ministro Massami Uyeda em sede de agravo regimental. A decisão recebeu a seguinte ementa:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Reconsideração da decisão recorrida. Estabelecimento de ensino superior. Curso não reconhecido pelo MEC. Aluno aprovado e não admitido em concurso público. Dano moral. Lucros cessantes. Melhor análise da matéria. Subida do recurso especial. Agravo provido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Trata-se de ação indenizatória proposta por *Laura Cristina Conde Pimentel* contra *Academia Paulista Anchieta S/C Ltda.*, mantenedora da *Universidade Bandeirantes de São Paulo - Uniban*, ao fundamento de que fez o curso superior de Farmácia oferecido pela requerida, no período de 1995 a 1998, porém não conseguiu obter registro profissional no CRF-SP, à míngua de reconhecimento pelo MEC. Alegou que a requerida foi relapsa no cumprimento de suas obrigações, deixando

de buscar o reconhecimento do curso antes de sua conclusão, conforme previsto na Portaria do MEC n. 877 de 30.6.1997. Assim, incorreu em descumprimento contratual, na medida em que não lhe outorgou, ao final do curso, diploma que a habilitasse a exercer a profissão. Em razão da falta de registro no CRF-SP, ficou impossibilitada de assumir cargo público, apesar de aprovada em concurso, e de exercer a profissão, além dos danos morais que experimentou.

A requerida alegou a inexistência de norma legal que imponha prazo para o pedido de reconhecimento do curso pelo MEC, sendo a praxe fazê-lo após a formatura da primeira turma, o que propiciava melhor análise de todo o projeto pedagógico. Salientou que a referida portaria do MEC apenas facultava o pedido de reconhecimento após o segundo ano, para cursos com duração de quatro anos. Aduziu ser a maior interessada no reconhecimento de seus cursos, tendo agido com absoluta observância da legislação específica. Argumentou ainda ter sido indevida a negativa do CRF, tendo em vista a possibilidade do registro com amparo no grau de bacharel, o qual possui autonomia para conceder.

O pedido foi julgado improcedente na sentença. Embora reconhecendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor na espécie, concluiu o julgador que a requerida agira com observância das demais regras pertinentes, inexistindo negligência de sua parte. Por outro lado, asseverou que a informação de que o curso estava em processo de reconhecimento constava do “Manual do Candidato”, de modo que a autora não poderia alegar ignorância a respeito, tendo assumido os riscos ao decidir iniciá-lo.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, entendeu que a informação constante do “Manual do Candidato” não cumpria a finalidade de deixar claro que o curso ainda dependia de reconhecimento do MEC, maculando o disposto nos arts. 6º, III, e 31 do CDC. Dessa forma, o serviço acabou não sendo prestado em conformidade com os fins prometidos e esperados, devendo o fornecedor ser responsabilizado, conforme o art. 20 e seu § 2º do CDC.

A Corte de origem afastou os danos materiais à míngua de sua comprovação e deferiu lucros cessantes, tomando por base o piso salarial da categoria (R\$ 872,00), devidos no período entre a data de conclusão do curso até o dia em que foi reconhecido pelo MEC. Ainda quanto aos lucros cessantes, indeferiu o pedido relativo aos vencimentos que a recorrida deixou de receber por não ter assumido cargo público, seja em razão do caráter temporário da função, previsto no edital, seja pela impossibilidade de cumulação com a condenação anterior, que equivale a trabalho de 40 horas semanais.

O Tribunal *a quo* também deferiu indenização por danos morais, que arbitrou em 300 salários mínimos, sopesando, neste ponto, a circunstância de que a autora se viu impedida de assumir cargo público em razão da falta de registro no CRF-SP. Por fim, condenou a requerida nos ônus de sucumbência, fixando a verba honorária em 10% sobre o total da condenação.

I - Negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, não vislumbro a ocorrência de afronta ao art. 535, II, do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* examinou e decidiu, de forma motivada e suficiente, as questões que delimitam a controvérsia, ainda que adotando fundamento diverso daquele perquirido pela recorrente. Tendo encontrado fundamento suficiente para embasar sua decisão, desnecessário se mostra que o magistrado tenha que rebater cada um dos argumentos trazidos pela parte. Essa é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

II - Responsabilidade civil da recorrente

Para a definição da existência ou não de responsabilidade civil da recorrente, despiciendo o exame dos normativos atinentes aos requisitos para registro no Conselho Regional de Farmácia ou mesmo quanto à autonomia das universidades. Isso porque o pedido exordial está fundamentado no descumprimento de obrigação contratual.

Com efeito, alegou a autora, ora recorrida, que houve descumprimento do contrato, visto que a requerida não adimpliu sua parte, no sentido de outorgar-lhe, ao final do curso superior, diploma que a habilitasse a exercer a profissão escolhida. Extrai-se da exordial:

Esta (*sic*) bem claro que houve entre a Requerida e a autora uma relação jurídica contratual, sendo que a Autora se comprometeu a pagar pelos serviços prestados pela Requerida, comparecer as (*sic*) aulas e demonstrar aproveitamento nas provas, enquanto a escola obrigou-se a ministrar ensinamentos e ao final expedir o diploma que habilite a aluna a exercer a profissão. Não ha (*sic*) qualquer dúvida que os fatos discutidos nestes autos, ajustam-se à teoria da inexecução obrigacional.

Ora, a expectativa natural de quem se matricula em curso superior é que, após a formatura, obtenha o respectivo diploma, para cuja outorga, contudo, o reconhecimento do curso pelo MEC é pressuposto (art. 48 da Lei n. 9.394/1996).

Nessa seara, a falta de reconhecimento pelo MEC do curso oferecido ao público é informação relevante, que há de ser fornecida aos interessados de maneira clara e destacada, de modo a ser sopesada no momento da contratação dos serviços com a universidade.

Tratando-se de contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor, o que é incontroverso nos autos, a ausência de informação suficiente e adequada sobre a fruição dos serviços oferecidos e seus riscos implica o dever de indenizar os danos daí decorrentes, a teor do art. 14 da lei consumerista.

A Corte de origem, no acórdão recorrido, deixou assentado que a informação disponibilizada pela universidade sobre o curso de Farmácia não permitia a ciência inequívoca da pendência de seu reconhecimento pelo MEC, *in verbis*:

No entanto, sobre o curso de Farmácia, consta no manual apenas: "**Farmácia** (*Processo no C.N.S.*)". Ora, por tal informação, não é possível ao candidato do vestibular de 1995 ter a inequívoca certeza de que o curso ainda não havia sido reconhecido ou que estivesse em processo de reconhecimento. Na verdade, simplesmente escrever "*Processo no C.N.S.*" não significa informar, clara e objetivamente, que o curso pende de reconhecimento pelo MEC (como mais objetivamente foi feito pela instituição de ensino no manual do candidato relativo ao vestibular de 1999 - fl. 714), maculando o art. 6º, III, do CDC, que trata do direito do consumidor a (*sic*) informação adequada e clara sobre o produto ou serviço com especificação, inclusive, sobre os riscos que apresente, bem como o art. 31 do mesmo Diploma legal, segundo o qual as informações dos produtos ou serviços devem, dentre outras, ser corretas, claras, precisas e ostensivas.

Deveria a ora apelada demonstrar, clara e inequivocamente, que os alunos, ao se matricularem no curso de Farmácia para o ano de 1995, tinham plena ciência de que estavam iniciando um curso superior, cuja autorização de funcionamento se deu somente por um órgão deliberativo interno da própria universidade e que o reconhecimento do curso junto ao MEC poderia ser requerido somente após a formatura da primeira turma.

Assim não procedendo, assumiu o risco pelos serviços prestados não providenciando o pedido de reconhecimento junto ao órgão responsável antes da formatura de sua primeira turma, cumpridas as exigências administrativas para tanto.

Não tendo havido a adequada e suficiente informação sobre a real situação do curso de Farmácia, exsurge a responsabilidade civil da recorrente pelos danos alegados. Essa responsabilidade do fornecedor de serviços em relação

ao consumidor tem lastro no art. 14 da lei consumerista e é suficiente para sustentar o pleito indenizatório.

A tese de defesa da recorrente, calcada na excludente prevista no § 3º do art. 14 do CDC (culpa exclusiva de terceiro), não lhe socorre na espécie. Isso porque, ainda que fosse indevida a recusa do CRF-SP em aceitar o pedido de registro da recorrida, tal circunstância não afastaria o vício do serviço, visto que implicou transtornos inesperados para a autora.

Anoto que, em precedente escorado na mesma base fática, esta Terceira Turma assim se pronunciou:

A discussão a respeito da possibilidade, ou não, de inscrição no CRF à só apresentação do certificado de conclusão do curso, sem a expedição de diploma, condicionada, esta, ao reconhecimento do curso pelo MEC, não é matéria válida como defesa da Instituição de Ensino diante do aluno que trilha todo o curso de Faculdade autorizada, mas ainda não reconhecida.

Foge à realidade imaginar que o estudante pretenda apenas frequentar e concluir curso universitário, sem a consequente habilitação a registrar-se no Conselho profissional pertinente.

Nesse contexto, embora se pudesse discutir a possibilidade de a Instituição de Ensino realmente vir a obter o reconhecimento do curso a qualquer tempo, ou, ainda, pudesse o próprio interessado vir a sustentar, perante o Conselho correspondente, a admissibilidade do registro mediante a exibição da prova de graduação, mediante interpretação elástica dos arts. 15 e 68 da Lei n. 9.394/1996 e invocação de precedentes dos Tribunais Regionais Federais (cf. fls. 313-317), dessas possibilidades não se seguiria jamais a conclusão de que o estudante, que conclui longo curso de quatro anos como o de farmácia, e que vem a ser surpreendido com a notícia de que não poderá se inscrever no Conselho Profissional e nem exercer o ofício para o qual se graduou, porque a Instituição de Ensino ainda não providenciou o reconhecimento do curso no Ministério da Educação, deixe de experimentar dano, inclusive moral, pelo retardamento das providências necessárias ao reconhecimento do curso, que são, evidentemente, de responsabilidade da Faculdade e não do aluno.

É obrigação da Instituição de Ensino, ao final do curso, qualificar quem nele se formou a preencher todos os requisitos formais necessários à inscrição no organismo profissional - ressalvada, apenas, a submissão a exames profissionais porventura exigidos pelas normas de regência profissional. (REsp n. 1.034.289-SP, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 6.6.2011.)

O mesmo entendimento foi adotado pela Quarta Turma em caso análogo, *in verbis*:

No particular, em contratos de prestação de serviços educacionais, a maior de todas as cláusulas, porque respeita a boa-fé objetiva - ainda que não seja expressa -, deve ser aquela que preveja, ao final, a titulação do aluno no grau a que se propôs o curso, devendo esta ter alguma utilidade, a qual somente se alcança com o reconhecimento pelo órgão competente.

A instituição de ensino, ao se enveredar na seara da educação superior, assume o ônus do reconhecimento do curso no órgão competente (MEC). A validade do curso, no entanto, depende unicamente da qualidade do serviço prestado e da adequação às regras técnicas. Por isso mesmo, não pode o risco do não reconhecimento ser dividido com o aluno, que em nada contribuiu para o insucesso.

[...]

Portanto, não há falar em culpa exclusiva de terceiro, como pretende a recorrente. De fato, o defeito na prestação de serviço - ao oferecer curso que, quando da formatura do recorrido, não estava formalmente reconhecido - já é, por si só, suficiente a sustentar o pleito indenizatório. (REsp n. 1.244.685-SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 17.10.2013.)

A responsabilidade civil da recorrente apenas poderia ser afastada no caso, se a falta de reconhecimento do curso pelo MEC tivesse sido previamente informada, de maneira clara e objetiva, à recorrida. Nesse sentido foi o posicionamento desta Turma em recente julgado:

Direito Civil e Consumidor. Recurso especial. Curso superior não reconhecido pelo MEC. Circunstância previamente informada aos alunos. Possibilidade de exercer a profissão com registro provisório do aluno no conselho profissional regional. Dano moral. Ausência.

[...]

2. Essa Corte reconhece a responsabilidade objetiva da instituição de ensino e o direito à compensação por danos morais a aluno de curso não reconhecido pelo Ministério da Educação quando violado o dever de informação ao consumidor.

3. Na hipótese, a situação do curso era conhecida pelos alunos e as providências quanto ao seu reconhecimento oficial, após a conclusão da primeira turma, foram tomadas pela instituição.

[...]

5. Como já eram previsíveis os aborrecimentos e dissabores por quais passou até o reconhecimento oficial do curso pelo MEC porque a recorrente foi informada da situação pela instituição de ensino, não ficou demonstrada a ocorrência do dano moral passível de compensação.

6. Negado provimento ao recurso especial. (REsp n. 1.230.135-MT, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 11.12.2012.)

Pelo exposto, fica mantida a responsabilidade civil da recorrente.

III - Lucros cessantes

A recorrente pretende ver afastada a condenação em lucros cessantes, visto que a recorrida não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu alegado direito.

A respeito, o Tribunal *a quo* assim fundamentou a condenação imposta à instituição de ensino:

Com relação aos lucros cessantes, montante que a parte deixou efetivamente de auferir em virtude do fato, assiste parcial razão à apelante.

Muito embora a realidade do mercado de trabalho demonstre que o fato de alguém possuir um diploma universitário, em qualquer área, não significa garantia de emprego, não é menos real que um recém formado, portando um certificado de conclusão de um curso sem reconhecimento das autoridades competentes, não terá qualquer chance de conquistar uma vaga no concorrido mercado, dentro de sua área de formação.

Desse modo, pertinente se mostra a fixação da indenização pelos lucros cessantes no período em que a autora-apelante ficou impossibilitada de trabalhar pela ausência de reconhecimento do curso, tendo-se por base o piso salarial da categoria no valor de R\$ 872,00 (quantia não impugnada pela ré-apelada). Para o cálculo, o que demanda mera conta aritmética, deve se levar em conta a data de conclusão do curso (fl. 30) até o dia em que o curso foi reconhecido (fl. 165), corrigindo-se monetariamente o valor mensal de cada salário, e acrescido de juros legais, desde a data em que poderia ter sido recebido até a data do efetivo pagamento da indenização.

A condenação relativa a lucros cessantes não prescinde que a parte demonstre, concretamente, que deixou de ganhar lucros, o que pressupõe também a existência de previsão objetiva de ganhos quando do inadimplemento da obrigação.

No presente caso, não há como aferir, com certeza, que a parte recorrida deixou de lucrar em face da ausência de reconhecimento do curso pelo MEC. Não há como chegar à conclusão de que teria auferido ganhos imediatos com a atividade de farmacêutica, pois a só conclusão do curso não é garantia bastante,

por si só, para se comprovar objetivamente a prática profissional e o consequente ganho.

O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, da qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo. Não preenchem o requisito para seu deferimento os lucros hipotéticos, que decorreriam de fatores diversos ou indiretos aos efeitos da obrigação inadimplida.

Nesse contexto, oportuna a lição de MARIA HELENA DINIZ, que, ao tratar da matéria, expressa, sucinta e objetivamente, o seguinte:

Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultando do desenvolvimento normal dos acontecimentos, conjugados às circunstâncias peculiares do caso concreto. (*Responsabilidade Civil*, 15ª ed., Editora Saraiva, 2001, p. 63.)

Veja-se ainda a doutrina de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

As perdas e danos não poderão ser arbitrários. Não pode o credor receber, a esse título, qualquer lucro hipotético. Somente lhe cabe, com fundamento na reparação, receber, como benefícios de que o dano o privou, aquilo que efetivamente decorreu do fato imputável, e os lucros cessantes por efeito direto e imediato do descumprimento da obrigação. [...] Não é, portanto, indenizável o chamado *dano remoto*, que seria conseqüência *indireta* do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento. (*Instituições de Direito Civil*, vol. II, 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 337.)

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu na linha da orientação doutrinária ora colacionada, conforme os seguintes precedentes:

Civil. Ação indenizatória. Curso de mestrado não reconhecido pelo MEC/CAPES. Pretensão de danos morais, materiais e lucros cessantes. Deferimento do primeiro. Improcedência dos demais. Súmula n. 7-STJ.

I. Devido o dano moral pela frustração na obtenção de diploma de mestrado devido ao não reconhecimento do curso oferecido pela instituição de ensino ré perante o Ministério da Educação.

II. Descabimento, por outro lado, da restituição das mensalidades ante a prestação do ensino e o ulterior reconhecimento do curso, bem como de lucros cessantes, porquanto não pode haver responsabilização por efeitos colaterais, caso de pretendida melhoria salarial em carreira do serviço público, que são inteiramente estranhos à relação contratual existente entre o autor e a associação recorrida.

III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

IV. Recursos especiais não conhecidos. (REsp n. 998.265-RO, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 1º.2.2011.)

Processual Civil e Civil. Ação indenizatória. Dano indenizável. Lucros cessantes. Necessidade de efetiva demonstração de prejuízo.

1. O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, do qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo.

2. Recurso especial provido. (REsp n. 615.203-MS, Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 8.9.2009.)

Merece, pois, reforma o acórdão recorrido, que deferiu os lucros cessantes com base em fato absolutamente hipotético.

IV - Dano moral - montante da indenização

Neste ponto, pugna a recorrente pela modificação do *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*, seja porque fixado em salários mínimos, o que encontra vedação no art. 3º da Lei n. 7.789/1989, seja porque se mostra excessivo à luz do disposto no art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Esclareça-se que inexistente veto à fixação de indenização com base no salário mínimo. O que se proíbe é sua vinculação como critério de correção monetária. Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte, conforme os seguintes precedentes:

Recurso especial. Agravo regimental. Ausência de representação do agravado. Preclusão. Salário mínimo. Fato de correção monetária. Inadmissibilidade.

[...]

II. É possível a fixação do valor da indenização em salários mínimos, sendo, porém, vedada a utilização daquele parâmetro como indexador para a atualização do *quantum* indenizatório.

III. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.174.486-SP, Terceira Turma, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 14.10.2010.)

Agravo regimental no recurso especial. Indenização. Fixação em salários mínimos. Possibilidade. Danos morais. Inscrição em cadastros de proteção ao crédito. *Quantum* indenizatório fixado em 50 (cinquenta) salários mínimos.

1. É inadmitida a utilização do salário mínimo como fator de correção monetária; todavia, não há nenhuma vedação legal a que se fixe o valor de indenização por danos morais tomando como referência tal parâmetro.

[...]

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 971.113-SP, Quarta Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 8.3.2010.)

O Tribunal de origem fixou a indenização por danos morais em 300 salários mínimos, o que equivalia, à época do julgamento (setembro/2009), a R\$ 139.500,00.

É posição assente nesta Corte a possibilidade de revisão do montante fixado a título de indenização por danos morais sempre que o valor se apresentar, *primo oculi*, excessivo ou irrisório.

Sopesando as circunstâncias fáticas delineadas pelo aresto recorrido, revela-se excessivo o *quantum* arbitrado pelo Tribunal *a quo*. Com efeito, em casos similares, o STJ tem reduzido ou mantido as condenações no patamar de R\$ 5.000,00/R\$ 6.000,00. Assim ocorreu nos seguintes precedentes: *REsp n. 631.204-RS* e *REsp n. 773.994-MG*, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andriighi; e *REsp n. 1.039.985-SP*, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

Todavia, considerando as peculiaridades do presente caso, notadamente a circunstância de ter a recorrida perdido a chance de assumir cargo público, embora de natureza temporária, fixo a indenização por dano moral em R\$ 50.000,00.

V - Conclusão

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para afastar da condenação os lucros cessantes e reduzir o valor da indenização por dano moral para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)*, a ser corrigida monetariamente a partir desta data, nos termos da Súmula n. 362-STJ.

Ante a modificação do julgado recorrido, impõe-se a redistribuição dos ônus de sucumbência, o que torna prejudicado o exame da apontada violação do art. 21 do CPC.

Determino o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados no acórdão, na proporção de 50% para cada parte, admitida a compensação dos honorários. Referidos ônus ficam suspensos em relação à recorrida, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/1950.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

João Batista de Almeida¹

1. Resumo dos fatos e das questões jurídicas abordadas.

O Superior Tribunal de Justiça, em 18 de março de 2014, julgou emblemático caso de responsabilidade civil objetiva de instituição de ensino superior que não obteve reconhecimento pelo MEC, mesmo após a conclusão do curso pelo aluno, que se viu prejudicado por não poder exercer a profissão.

Narrou a autora na inicial que fez curso superior de farmácia no período de 1995 a 1998, mas não logrou êxito na obtenção de registro profissional, no CRF/SP, mesmo após a sua conclusão, o que a impediu de exercer a profissão e de fazer concurso.

Alega que a requerida foi relapsa no cumprimento de suas obrigações por não ter buscado reconhecimento do curso de farmácia, conforme previsto na portaria do MEC nº 877 de 30.6.1997. Com isso, teria descumprido o contrato, uma vez que não lhe outorgou, ao final, diploma que a habilitasse a exercer a profissão. Em razão da falta de registro no CRF/SP, ficou impossibilitada de assumir cargo público, e de exercer a profissão, além de lucros cessantes e dos danos morais que experimentou. O pleito foi julgado improcedente pelo juízo, ao argumento de que a ré teria agido com observância das demais regras pertinentes, não configurando negligência de sua parte, apesar de ter reconhecido a incidência do CDC.

¹ Advogado em Brasília, Mestre em Direito pela UnB, Subprocurador-Geral da República aposentado, presidente do CNDC em 1988 e do BRASILCON de 2000 a 2002.

Interposta apelação, a Corte paulista entendeu que a informação constante no “Manual do Candidato” não cumpria a finalidade de deixar claro que o curso ainda dependia de reconhecimento do MEC, descumprindo assim, o disposto no art. 6º, III e 31 do CDC, pelo que reconheceu que o serviço prestado não correspondeu aos fins prometidos e esperados, devendo o fornecedor ser responsabilizado conforme o art. 20, caput e §2º do CDC.

O Tribunal paulista negou os danos materiais e deferiu os lucros cessantes, tomando por base o piso salarial da categoria, devidos aqueles entre a data de conclusão do curso até o dia em que foi reconhecido pelo MEC. Indeferiu o pedido relativo aos vencimentos deixados de ser recebidos por não ter a aluna assumido cargo público, seja em razão do caráter temporário da função, previsto no edital, seja pela impossibilidade de cumulação. No mais, o TJSP deferiu a indenização por danos morais, fixando-a em 300 salários mínimos.

Foi interposto recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 105, III da CF88, onde foi suscitada preliminar de negativa de prestação jurisdicional, por não ter o Tribunal se manifestado acerca de aspectos relevantes da defesa, como a existência de culpa exclusiva de terceiro e a falta de nexo causal. No mérito, o recurso especial apontou violação ao art. 15, I, da Lei 3.820/60 indicando divergência jurisprudencial em comparação a acórdão do TRF 1ª Região. No mais, argumentou violação ao art. 14, §3º, II do CDC, art. 46 da Lei 9.394/96, art. 53, VI da Lei 9.394/96. Alegou ainda, contrariedade ao art. 159 do CC/16 e violação ao art. 3º da lei 7.789/89 com divergência jurisprudencial. Por fim, alegou afronta ao art. 333, I do CPC, sustentando que a recorrida não fez prova constitutiva do seu direito. Por fim, indicou violação ao art. 21 do CPC, pela sucumbência parcial.

Ao julgar o especial o STJ: (a) enfrentou as teses de negativa de prestação jurisdicional, a responsabilidade civil da recorrente, lucros cessantes, dano moral – valor da indenização. Quanto à primeira, o acórdão entendeu que o Tribunal *a quo* examinou e decidiu de forma motivada e suficiente as questões que delimitaram a controvérsia, ainda que adotado fundamento diverso daquele pretendido pela recorrente, sem violação ao art. 535 do CPC. No mérito, (b) reconheceu a responsabilidade civil da recorrente com consequente obrigação de reparar o dano causado em razão do descumprimento contratual, ao reconhecer que a expectativa de quem se matricula em um curso superior é que, após a formatura, obtenha o respectivo diploma, para cuja outorga, contudo, o reconhecimento do curso pelo MEC é pressuposto (art. 48 da Lei 9.394/96). Negou lucros cessantes. Concedeu danos morais.

Por isso, a informação de que o curso não era reconhecido pelo MEC deve ser fornecida aos interessados de maneira clara e destacada, de modo a ser sopesada no momento da contratação dos serviços com a universidade. Assim, aplicando o CDC, a conclusão do acórdão é que o dever de informação não foi cumprido, pois não prestado de forma suficiente e adequada. A informação disponibilizada pela universidade sobre o curso de farmácia não permitiu ciência inequívoca da pendência de seu reconhecimento pelo MEC, o que implica o dever de indenizar os danos daí decorrentes, de acordo com o art. 14 do CDC.

No mais, o STJ afastou a argumentação da recorrente de culpa exclusiva de terceiro como excludente prevista no art. 14, §3º do CDC, pois, ainda que fosse indevida a recusa do CRF/SP em aceitar o pedido de registro da recorrida, tal circunstância não afastaria o vício do serviço.

Ao decidir sobre os lucros cessantes, o STJ fundamentou não ser necessário que a parte demonstre concretamente que deixou de ganhar lucros, o que pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos quando do inadimplemento da obrigação. Entretanto, entendeu não ser possível aferir, com certeza que a parte recorrida deixou de lucrar em face da ausência de reconhecimento do curso pelo MEC, pois só a conclusão do curso, por si só, não seria suficiente para comprovar objetivamente a prática profissional e consequente ganho. Desta forma, o STJ reformou o acórdão recorrido que havia deferido lucros cessantes à recorrida.

Por fim, quanto ao valor dos danos morais, o STJ reafirmou entendimento de que inexistente veto à fixação de indenização com base no salário mínimo. Por oportuno, esclareceu que o que se proíbe é sua vinculação como critério de correção monetária. No tocante ao *quantum* considerou o valor excessivo. Assim, considerando as peculiaridades do caso diante da circunstância de a recorrida ter perdido a chance de assumir cargo público de natureza temporária, fixou a indenização em cinquenta mil reais.

2. Análise dos pontos fundamentais.

O acórdão analisado dirimiu questões relevantes para o consumidor brasileiro, outorgando-lhe a proteção legal prevista na Constituição Federal e no CDC, quer apontando a responsabilidade objetiva da instituição de ensino superior, quer determinando o pagamento de danos morais.

2.1. Incidência do CDC: de logo há que se registrar a correção do julgado no que se refere à incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso em

estudo, já que se está diante de uma relação consumerista clássica: de um lado o fornecedor prestador de serviços educacionais de nível superior (art. 3º, caput e § 2º), e de outro o consumidor tomador do serviço, ou seja, o aluno matriculado no curso de farmácia mantido pela ré, a que se refere o art. 2º, caput. Há jurisprudência sobre o tema.

2.2. Responsabilidade objetiva do fornecedor: a questão foi dirimida à luz do artigo 14 do CDC, que disciplina a responsabilidade civil do fornecedor de serviços, no caso, a instituição de ensino superior, que começou a funcionar com autorização do MEC, mas que, nos quatro anos seguintes, não obteve o reconhecimento daquele órgão público. Como consequência, seus alunos não puderam colar grau nem requerer inscrição no conselho regulador da atividade, daí decorrendo-lhes prejuízos, tanto por não poderem iniciar de imediato o exercício da profissão, como por ficarem impedidos de participar de concursos públicos e até de conseguir emprego na área de sua formação.

Estabelece o CDC, no art. 14, que é responsabilidade da fornecedora a reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Embora se possa até falar em defeito na prestação do serviço, por conta da omissão ou atraso na obtenção do reconhecimento a que se refere a portaria 877 do MEC, de 30.6.97, a verdade é que a Corte Superior preferiu dar destaque à falta de informação suficiente e adequada no que toca à não obtenção do reconhecimento. Por isso, assentou o acórdão que “a falta de reconhecimento pelo MEC do curso oferecido ao público é informação relevante, que há de ser fornecida aos interessados de maneira clara e destacada, de modo a ser sopesada no momento da contratação dos serviços com a universidade”. Concluiu-se, assim, que a ausência dessa informação suficiente e adequada implica o dever de indenizar os danos daí decorrentes, independentemente de culpa, já que se trata de responsabilidade objetiva. Há precedentes nesse sentido: REsp 1.244.685-SP, 4ª. Turma, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 17.10.13).

Também não prevaleceu a alegação de culpa exclusiva de terceiro, tal como prevista no § 3º, inciso II do art. 14 do CDC. Segundo o STJ, tal excludente só seria cabível se a situação do curso fosse conhecida pelos alunos e que haviam sido tomadas providências para o reconhecimento oficial, de modo que seriam previsíveis os aborrecimentos e dissabores, o que afastaria a condenação em dano moral. Precedente: REsp 1.230.135/MP, 3ª. Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.12.12.

2.3. Lucros cessantes: a autora pretendeu ser indenizada, a esse título, pelo que deixou de auferir em virtude do fato. O pleito, contudo, foi negado, ao argumento de que não havia como aferir, com certeza, o que a autora deixou de lucrar em face da ausência de reconhecimento do curso pelo MEC, já que não se tinha como comprovar quais ganhos imediatos teria com a atividade de farmacêutica, pois só a conclusão do curso não seria garantia bastante. Salientou o órgão julgador que não houve prova efetiva de prejuízo, tratando-se de meros lucros hipotéticos que decorreriam de fatores diversos ou indiretos aos efeitos da obrigação inadimplida, não sendo, por isso, indenizáveis. No ponto, foi reformado o acórdão regional que fixava o piso salarial da categoria como parâmetro para o deferimento dos lucros cessantes. De fato, sem prova concreta de que o não reconhecimento impediu a percepção de salários, está correta a alternativa alvitrada pelo acórdão ao negar o pleito. Mera expectativa de ganho, distante, fluida e difusa não serve como prova de lucro cessante.

2.4. Danos morais. A instituição de ensino fora condenada a pagar 300 salários mínimos a título de danos morais, o que foi mantido pelo TJ. Insurgiu-se a instituição de ensino, porém, tanto em razão da forma de fixação como pelo *quantum* fixado, à época R\$ 139.000,00. Sustentou que tal valor era exorbitante e que não se podia impor condenação com base em salários mínimos. A Corte Superior proveu parcialmente o recurso para considerar válida a forma de cálculo, mas reduziu o valor da condenação para R\$ 50.000,00, com atualização monetária a partir do último julgamento.

Sem dúvida, é acertado o entendimento da Corte de que inexistente veto à fixação de indenização com base no salário mínimo, proibindo-se apenas que seja usado como critério de correção monetária, consoante pacificado na jurisprudência daquele Tribunal. No entanto, apesar de correta a forma de fixação, a própria Turma abandonou esse critério e fixou os danos morais em valor fixo, a ser atualizado. No que tange à redução do valor da indenização pelos danos morais, entendo que o tema poderia ter sido mais desenvolvido, para manter o que originalmente estabelecido, considerando-se que a autora fez concurso e não pode assumir, formou-se e não pode iniciar o trabalhar como farmacêutica, contentando-se certamente com o trabalho em que estava antes de possuir nível universitário. Tamanha a decepção e tão forte abalo psicológico mereciam reprimenda maior, até pelo caráter pedagógico e por não terem sido concedidos os lucros cessantes. Por um bom tempo, a autora era e não era farmacêutica e teve que dar muita explicação a amigos e parentes, passando por constrangimentos indenizáveis por essa via. Além disso, teve que se contentar

com uma remuneração provavelmente mais baixa e retardar a possibilidade de ostentar seu *status* de profissional de nível superior, o que deve ter-lhe afetado a estima.

3. Considerações finais.

Exsurge da leitura do acórdão que o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, cumpriu sua função de Tribunal da Cidadania, outorgando ao consumidor a proteção jurisdicional assegurada em lei. Fez prevalecer a responsabilidade objetiva de um forte setor da economia nacional – o do ensino superior – impondo-lhe a obrigação de indenizar a pessoa prejudicada por fato que não deu causa, e sim decorreu de descumprimento do CDC e de norma contratual entre as partes, ou seja, o dever de informação clara e objetiva. Foi rigorosamente observada a vulnerabilidade do aluno em relação à instituição de ensino. Com isso, foi restabelecida a harmonia entre os interesses em conflito e restaurada a paz social no campo cível.

RECURSO ESPECIAL N. 1.268.743-RJ (2011/0178979-3)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Valéria Stulpen do Amaral Sadocci

Advogado: Luís Jorge Tinoco Fontoura e outro(s)

Recorrido: Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio
(Concer)

Advogado: Guilherme Paccola e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Recurso especial. Atropelamento fatal. Travessia na faixa de pedestre. Rodovia sob concessão. Consumidora por equiparação. Concessionária rodoviária. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários e não usuários do serviço. Art. 37, § 6º, CF. Via em manutenção. Falta de iluminação e sinalização precária. Nexó causal configurado. Defeito na prestação do serviço configurado. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Indenização por danos materiais e morais devidos.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevindo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte.

2. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço. Precedentes.

3. No caso, a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 17 do Código consumerista. Isso porque prevê o dispositivo que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ou seja, estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não tendo sido consumidores diretos, acabam por sofrer as consequências do acidente de consumo, sendo também chamados de *bystanders*.

4. “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros

usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal” (RE n. 591.874, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.8.2009, Repercussão geral - mérito DJe-237 divulg 17.12.2009 public 18.12.2009).

5. Na hipótese, a menor, filha da recorrente, faleceu ao tentar atravessar na faixa de pedestre, em trecho da BR-040 sob concessão da ré, tendo a sentença reconhecido a responsabilização da concessionária, uma vez que “o laudo pericial da polícia judiciária bem apontou que o local do atropelamento é ‘desprovido de iluminação pública’, ‘com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via’, tendo se descurado de sua responsabilidade na ‘obrigação direta de manutenção da rodovia’”, admitindo a ré “a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho”, além do fato de não haver prova da culpa exclusiva da vítima. Caracterizado, portanto, o nexo causal, dando azo a responsabilização civil.

6. O fato exclusivo da vítima será relevante para fins de interrupção do nexo causal quando o comportamento dela representar o fato decisivo do evento, for a causa única do sinistro ou, nos dizeres de Aguiar Dias, quando “sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento” (*Da responsabilidade civil*, vol. II, 10ª edição. São Paulo: Forense, 1997, p. 946). Ocorre que, ao que se depreende dos autos, a menor, juntamente com sua avó, atravessaram a rodovia seguindo as regras insculpidas pelo Código de Trânsito Nacional, isto é, na faixa destinada para tanto.

7. Não se pode olvidar que, conforme a sentença, “a própria ré admitiu a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho, como mostrado nas fotos de fls. 299-303”.

8. O direito de segurança do usuário está inserido no serviço público concedido, havendo presunção de que a concessionária assumiu todas as atividades e responsabilidades inerentes ao seu mister.

9. Atento às peculiaridades do caso, em que a sentença reconheceu a responsabilidade da concessionária, bem como ao fato de se tratar

de vítima de tenra idade, circunstância que exaspera sobremaneira o sofrimento da mãe, além da sólida capacidade financeira da empresa ré e consentâneo ao escopo pedagógico que deve nortear a condenação, considero razoável para a compensação do sofrimento experimentado pela genitora o valor da indenização de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais). Com relação aos danos materiais, a pensão mensal devida deve ser estimada em 2/3 do salário mínimo dos 14 aos 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, até a data em que a falecida completaria 65 anos.

10. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Valéria Stulpen do Amaral Sadocci ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em face de Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), diante do atropelamento e conseqüente falecimento de sua filha, Ibiza, ocorrido em 13.10.2004 no Km 54 da BR-040, rodovia sob administração da recorrida, e que resultou em sua morte.

O magistrado de piso responsabilizou a ré pela deficiência do serviço, condenando-a ao pagamento de R\$ 90.000,00 a título de danos morais e ao pensionamento de um salário mínimo mensal durante o período dos 14 aos 70 anos de idade da menor.

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao recurso da concessionária, nos termos da seguinte ementa (fl. 415):

1. *Indenizatória.*
2. *Danos material e moral.*
3. *Atropelamento de menor por veículo, resultando em morte.*
4. *Arriscada travessia, em companhia da irmã e da avó, também atropeladas, à noite, de pista de alta velocidade, tratando-se de rodovia, inobservando o art. 69 do C.T.B..*
5. *Culpa exclusiva das vítimas, afastada a responsabilização da concessionária ré.*
6. *Recurso da ré provido, prejudicado o autoral.*

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (fls. 436-439).

Irresignada, a autora interpõe recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, por negativa de vigência aos arts. 131 e 535, II, do CPC e 70 do Código de Trânsito Brasileiro.

Alega que o acórdão foi omissivo, pois sua filha faleceu após ser atropelada quando realizava a travessia na faixa de pedestres da BR-040, em local desprovido de iluminação pública e com sinalização vertical e horizontal precárias devido à manutenção da rodovia, conforme constatado pela perícia técnica. Notícia que “a falta de conservação desta via já custou 39 mortes!!!”.

Salienta que a menina não deu causa ao sinistro e que mesmo assim o Tribunal local acabou reformando a sentença, lastreando-se unicamente em depoimento de uma líder comunitária, desprezando por completo o laudo pericial.

Afirma que há responsabilidade objetiva da concessionária pelos danos causados à recorrente, consumidora por equiparação.

Sustenta que não há falar em violação do art. 69 do CTB, uma vez que a vítima do acidente realizou a travessia na faixa. Ao revés, deveria incidir o art. 70 do CTB - que estabelece que os pedestres terão prioridade de passagem quando estiverem atravessando sobre as faixas delimitadas para esse fim.

Por fim, assevera a má valoração da prova pelo acórdão e, por conseguinte, a qualificação equivocada dos fatos.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 494-498, sustentando incidência da Súmula n. 7-STJ, bem como não haver responsabilidade objetiva porque a

concessionária não deu causa ao atropelamento, nem responsabilidade subjetiva porque não caracterizada nenhuma das modalidades da culpa. Afirma, ainda, que não poderia ter construído passarela no local por falta de autorização contratual.

O recurso especial recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fl. 500-503), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 520).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Primeiramente não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Além disso, basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

3. A questão principal ora em exame é saber se o atropelamento que resultou na morte da pequena Ibiza, ocorrido em trecho da rodovia sob administração da concessionária, pode acarretar responsabilidade da ré pelos danos materiais e morais sofridos diante da má prestação do serviço.

O magistrado de piso reconheceu a responsabilidade da empresa nos seguintes termos:

A materialidade do fato é indubitosa no processo, tendo em vista o auto de exame cadavérico de fls. 32-33, não havendo dúvida também de que a autoria do sinistro fora praticada por um veículo desconhecido, que passou pelo local em alta velocidade.

Mas como se trata de rodovia privatizada, administrada por empresa concessionária mediante a cobrança de pedágio, impõe-se no caso o reconhecimento da condição de consumidora por equiparação à vítima, na forma do estatuído nos arts. 2º e 17 do CPDC, especialmente por ser a menor a vítima direta do evento danoso.

O laudo pericial da polícia judiciária bem apontou que o local do atropelamento é “desprovido de iluminação pública”, “(...) com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via”, sendo que aquele ponto da rodovia apresentava, no dia, “(...) fluxo regular de trânsito automotivo e de pedestres”.

Como já decidido pelo STJ, as concessionárias de serviços rodoviários estão subordinadas à disciplina do CPDC, do que decorre em sua obrigação direta de manutenção da rodovia. Portanto, se a ré descurou-se de sua responsabilidade, ocasionando assim evento danoso grave a terceiro, que é equiparado por lei ao próprio consumidor, por ser ele a vítima do evento, não há dúvida de que deve a ré arcar com as consequências patrimoniais advindas do fato.

Repita-se que a responsabilidade da ré é objetiva, só se eximindo assim de responsabilidade frente ao fato danoso caso comprove culpa exclusiva da vítima, o que não ocorreu na espécie. Aliás, a própria ré admitiu a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho, como mostrado nas fotos de fls. 299-303.

A ré tinha e tem a obrigação de manutenção da rodovia em boa condição de trafegabilidade para usuários e terceiros indiretos, estes também alcançados, devido à sua dependência da rodovia para deslocamento e/ou pela proximidade de sua residência com a pista.

Assim, uma vez demonstrado onexo causal entre o fato lesivo e o dano, exsurge para a concessionária o dever de indenizar o particular, mediante o restabelecimento do patrimônio lesado, por meio da compensação pecuniária compatível com o prejuízo. Se a vítima não deu causa ao sinistro, configurada está a responsabilidade da ré.

(fls. 340-341)

O Tribunal de origem, contudo, entendeu pela exclusão da responsabilidade pela ocorrência de culpa exclusiva da vítima, senão vejamos:

O atropelamento ocorreu em rodovia de intenso trânsito, à noite, na BR-040, que liga o Rio de Janeiro a Juiz de Fora e outras cidades mineiras.

Às margens da rodovia instalaram-se comunidades formadas por pessoas humildes, que se utilizam do transporte público para sair e chegar às suas casas.

Ninguém melhor para descrever a situação da localidade do que a ativa presidente da Associação comunitária de uma das comunidades, Sra. Zilda Damiano de Freitas, cuja dedicação e insistência resultou na construção de uma necessária passarela, após os vários atropelamentos no local, por determinação das autoridades públicas, sendo certo que a Ré não estava obrigada a realizar essa obra, e nem podia fazê-lo, sem autorização do órgão estatal, conforme fls. 259.

Mire-se o depoimento da referida presidente da associação, perante o Ministério Público Federal, fls. 34-35, destacando o perigo constante na travessia de pedestres, especialmente crianças, em afronta ao Art. 69 do Código Brasileiro de Trânsito, cuja redação é a seguinte:

[...]

No local havia faixa de pedestres, e a travessia, sempre perigosa, obrigava a observância de total cautela aos pedestres, o que evidentemente não foi observado pela avó das crianças e por elas próprias, que tentaram, em condições absolutamente impróprias, cruzar, à noite, à frente do veículo atropelador.

Pior ainda: as vítimas estavam em um ônibus, que enguiçou, e deveriam aguardar a chegada de outro, que as levaria, em segurança, até a sua comunidade, a qual ficava à esquerda da rodovia, e o acesso por veículo necessitava de um retorno à frente, como esclarece a Sra Zilda:

(...) o ônibus Vila Rica passa do lado oposto da comunidade, em direção a Pedro do Rio para fazer o retorno e lá entrar na Comunidade, demorando mais 20 minutos nesse trajeto e por causa dessa demora muitas pessoas preferem descer do ônibus no trajeto de ida, para não ter que aguardar o retorno do ônibus e atravessam a pista

O depoimento em Juízo da Sra. Zilda, arrolada pela parte Autora, foi dispensado por esta, pelas razões expostas às fls. 260.

Sem embargo da discussão nos autos sobre a relação de consumo, parece-me evidente a culpa exclusiva das vítimas, o que afasta a responsabilização da Ré.

(fls. 416-418)

4. Nesse passo, é bem de ver que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço.

Nesse sentido são os reiterados precedentes desta Corte:

Concessionária de rodovia. Acidente com veículo em razão de animal morto na pista. Relação de consumo.

1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranqüilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 467.883-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.6.2003, DJ 1º.9.2003, p. 281)

Agravo regimental no agravo de instrumento. **Ação de reparação de danos causados a viatura policial que trafegava em rodovia mantida por concessionária de serviço público. Acidente de trânsito. Atropelamento de animal na pista. Relação consumerista. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva da concessionária. Incidência do Código de Defesa do Consumidor.** Precedentes. Inexistência de excludente de responsabilização. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.067.391-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25.5.2010, DJe 17.6.2010)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Concessionária de serviço público. Relação com o usuário. Defeito na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Configuração do nexa causal. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

1. *As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, respondem objetivamente por qualquer defeito na prestação do serviço e pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, o que inclui objetos deixados na pista.* Precedente.

[...]

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 933.520-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29.9.2009, DJe 19.10.2009)

No caso, a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 17 do código consumerista.

Isso porque prevê o dispositivo que “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ou seja, estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não tendo sido consumidores diretos, acabam por sofrer as consequências do acidente de consumo, sendo também chamados de *bystanders*.

É a posição da doutrina:

No propósito de dar maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o art. 17 do Código equipara ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo. Esse dispositivo não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor, importando dizer que a definição do art. 2º é, aqui, ampliada, para estender a proteção do Código a qualquer pessoa eventualmente atingida pelo acidente de consumo, ainda que não tenha adquirido do fornecedor, fabricante ou qualquer outro responsável. Não faz qualquer sentido exigir que o fornecedor de produtos ou serviços disponibilize no mercado de consumo produtos ou serviços seguros

apenas para o consumidor, não se importando com terceiros que possam vir a sofrer danos pelo fato do produto ou do serviço, dando a essas vítimas um tratamento diferenciado, que se justifica, repita-se, pela relevância social que atinge a prevenção e a reparação de tais danos. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 262).

Portanto, caracterizando-se a autora como consumidora, principalmente por ser a menor a vítima direta do evento danoso, há incidência das normas protetivas do consumidor.

Nesse sentido:

Responsabilidade civil. Acidente aéreo. ***Pessoa em superfície que alega abalo moral em razão do cenário trágico. Queda de avião nas cercanias de sua residência. Consumidor por equiparação. Art. 17 do CDC.*** Prazo prescricional. Código Civil de 1916. Inaplicabilidade.

Conflito entre prazo previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA) e no CDC. Prevalência deste. Prescrição, todavia, reconhecida.

1. A Segunda Seção sufragou entendimento no sentido de descaber a aplicação do prazo prescricional geral do Código Civil de 1916 (art. 177), em substituição ao prazo específico do Código de Defesa do Consumidor, para danos causados por fato do serviço ou produto (art. 27), ainda que o deste seja mais exíguo que o daquele (REsp n. 489.895-SP, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, Segunda Seção, julgado em 10.3.2010).

2. *As vítimas de acidentes aéreos localizadas em superfície são consumidores por equiparação (bystanders), devendo ser a elas estendidas as normas do Código de Defesa do Consumidor relativas a danos por fato do serviço (art. 17, CDC).*

3. O conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica - que é anterior à CF/1988 e, por isso mesmo, não se harmoniza em diversos aspectos com a diretriz constitucional protetiva do consumidor -, deve ser solucionado com prevalência daquele (CDC), porquanto é a norma que melhor materializa as perspectivas do constituinte no seu desígnio de conferir especial proteção ao polo hipossuficiente da relação consumerista. Precedente do STF.

4. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.281.090-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.2.2012, DJe 15.3.2012)

Processual Civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da Procuradoria de Assistência Judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores.

I – Procuradoria de assistência judiciária têm legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

II – Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 181.580-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 9.12.2003, DJ 22.3.2004 p. 292)

5. Além disso, é sabido que a delegação recebida pela concessionária que explora a rodovia, com a transferência da titularidade para a prestação de serviços públicos à pessoa jurídica de direito privado, lastreia-se na demonstração de sua capacidade para o desempenho da atividade contratada, prestando-a em seu nome e por sua conta e risco, sendo remunerada na exata medida da exploração do serviço.

Daí decorre a responsabilidade objetiva, não só advinda da relação de consumo e do risco inerente à atividade, mas também em razão da previsão constitucional insculpida no art. 37, § 6º, que prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Aliás, a Corte Suprema sedimentou o entendimento, em sede de repercussão geral, de que a locução “terceiros” prevista no referido dispositivo alcança usuários e não usuários do serviço público para fins de responsabilização, *verbis*:

*Ementa: Constitucional. Responsabilidade do Estado. Art. 37, § 6º, da Constituição. **Pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Concessionário** ou permissionário do serviço de transporte coletivo.*

Responsabilidade objetiva em relação a terceiros não-usuários do serviço.

Recurso desprovido. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.

III - Recurso extraordinário desprovido.

(RE n. 591.874, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.8.2009, Repercussão geral - mérito DJe-237 divulg 17.12.2009 public 18.12.2009)

Naquela oportunidade a Suprema Corte reconheceu a legitimidade da companheira para ajuizar ação em face da concessionária de transporte coletivo, cujo veículo atropelara fatalmente o homem com o qual ela convivia.

6. Na hipótese, a menor, filha da recorrente, faleceu ao tentar atravessar na faixa de pedestre, em trecho da BR-040 sob concessão da ré, tendo a sentença reconhecido a responsabilização da concessionária, uma vez que “o laudo pericial da polícia judiciária bem apontou que o local do atropelamento é ‘desprovido de iluminação pública’, ‘com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via’, tendo se descurado de sua responsabilidade na ‘obrigação direta de manutenção da rodovia’”, admitindo a ré “a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho”, além do fato de não haver prova da culpa exclusiva da vítima.

Caracterizado, a meu ver, o nexo causal, dando azo a responsabilização civil.

De fato, verifica-se uma relação direta de causa e efeito entre a atividade (e omissão) da concessionária e o dano ocorrido, isto é, a presente responsabilidade decorre diretamente da violação do dever de conservação, manutenção, sinalização e iluminação da rodovia.

Isso porque “quem tem o ônus deve suportar o ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar os seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado em nome de quem atua”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 257).

Desde já destaco que a Terceira Turma reconheceu a responsabilidade da mesma concessionária - Concer - pela má sinalização da rodovia em acidente que causou a morte do motorista. O julgado foi assim ementado:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Indenização. Acidente de trânsito com vítima fatal. Falha na sinalização. Responsabilidade da concessionária configurada. Súmula n. 7-STJ. Responsabilidade objetiva. Ausência de demonstração do dissídio. Recurso improvido.

(AgRg no AREsp n. 40.635-MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.12.2011, DJe 6.2.2012)

A toda evidência, a segurança é inerente ao serviço de exploração da rodovia, tenha ou não placas de advertência, tenha ou não iluminação, esteja ou não em obras para manutenção e conservação da estrada sob concessão.

Com efeito,

A concessão por parte do Estado para a exploração e manutenção das rodovias pressupõe que a concessionária assumira todas as atividades inerentes a esse mister.

Dentre as cláusulas do contrato firmado encontra-se previsão no sentido de que a contratada obriga-se a realizar obras de ampliação, conservação e melhoria da rodovia em todos os aspectos, como a camada asfáltica, sinalização, iluminação, serviço de comunicação, filmagem, socorro móvel, telefonia, telemetria, medidas de segurança, defensas, faixas de delimitação de pistas, cercas marginais, pontes, passarelas e outras.

(STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, tomo II. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 281)

Aliás, é o que estabelece o Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 71. O órgão ou entidade com circunscrição sobre a via manterá, obrigatoriamente, as faixas e passagens de pedestres em boas condições de visibilidade, higiene, segurança e sinalização.

Art. 80. Sempre que necessário, será colocada ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra.

§ 1º A sinalização será colocada em posição e condições que a tornem perfeitamente visível e legível durante o dia e a noite, em distância compatível com a segurança do trânsito, vedada a utilização de qualquer outra.

Ao comentar o art. 71, a doutrina especializada assinala que:

A fixação de passagens e a pintura ou instalação de faixas destinadas à travessia dos pedestres é critério técnico, porém exclusivo do órgão administrador da via,

que determinará onde existirão, em que quantidade, quais serão passagens simples e quais serão semaforizadas.

A partir da instalação, contudo, a responsabilidade do órgão passa a ser definida por lei, *cabendo ao responsável então manter os locais onde se encontram em boas condições de visibilidade, higiene, segurança e sinalização.*

Tal determinação legal cria um nível de responsabilidade objetiva elevado para o órgão com circunscrição sobre a via, já que qualquer incidente que ocorra nessas áreas, se derivado da falta de sinalização, pintura, higiene e mesmo segurança, pode gerar a ele a responsabilidade de indenizar.

Assim se revela a preocupação que o legislador teve com a segurança dos pedestres quando da elaboração do Código.

Nunca é demais lembrar que a regra aqui prevista é aplicável tanto nas áreas urbanas quanto nas vias rurais (passarelas, passagens etc.), e a *responsabilidade é sempre do órgão com circunscrição sobre a via.*

(ALMEIDA SOBRINHO, José. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 244).

Deveras, é pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que as concessionárias de serviços públicos concernentes a rodovias “respondem, **objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos**, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista”. (REsp n. 647.710-RJ, Rel. Ministro *Castro Filho*, *Terceira Turma*, julgado em 20.6.2006, DJ 30.6.2006).

Aliás, esta Corte, por diversas vezes, reconheceu a responsabilidade da delegatária de serviço público por acidentes causados em razão da existência de animais na pista, configurando defeito na prestação do serviço.

À guisa de exemplo:

Civil e Processual. Acidente. Rodovia. *Animais na pista*. Responsabilidade objetiva. Concessionária de serviço público. Segurança. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.

I - De acordo com os precedentes do STJ, as concessionárias de serviços rodoviários estão subordinadas à legislação consumerista.

II - *A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente.*

III - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 687.799-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, *Quarta Turma*, julgado em 15.10.2009, DJe 30.11.2009)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de indenização por dano material e moral. *Acidente de trânsito. Atropelamento de animal bovino no meio da pista de rolagem em rodovia conservada e fiscalizada mediante concessão.* Relação de consumo. Precedente. Artigo 936 do Código Civil. Súmula n. 211-STJ. Artigo 269, inciso X, do Código do Trânsito Brasileiro. Súmula n. 283-STF. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ.

1. *A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça preceitua que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista.*

[...]

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 150.781-PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 6.8.2013, DJe 9.8.2013)

Esse entendimento é confirmado pela Suprema Corte:

Constitucional e Administrativo. Agravo regimental em recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva de concessionária prestadora de serviço público. Falha de segurança em rodovia. Reparação de danos. Art. 37, § 6º, da CF/1988. Fatos e provas. Súmula STF n. 279. 1. *O Tribunal a quo, diante da análise do conjunto fático-probatório da causa, concluiu pela responsabilidade objetiva, porquanto **comprovadas a falha na segurança da pista e a causação de prejuízos ao autor, evidenciando, portanto, o nexo causal a ensejar o direito à reparação.*** Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF n. 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva da concessionário de serviço público. 3. Pedido recursal contido no agravo regimental não pode, por si só, alterar aquele originariamente deduzido no recurso extraordinário. 4. Agravo regimental improvido.

(RE n. 557.935 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 4.12.2009, DJe-022 divulg 4.2.2010 public 5.2.2010)

Ementa Direito Administrativo. Acidente de trânsito. Presença de objetos na pista por ausência de fiscalização da concessionária de serviço público. Responsabilidade civil do Estado. Verificação do nexo de causalidade e culpa administrativa dependente da reelaboração da moldura fática delineada no acórdão regional. Debate de âmbito infraconstitucional. Eventual violação reflexa não enseja recurso extraordinário. Inovação recursal. Impossibilidade. Acórdão recorrido publicado em 23.3.2012. *Divergir do entendimento do acórdão recorrido quanto à responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público, **vez que presente o nexo causal - evidenciado pela presença de objetos na pista, por ausência de fiscalização contínua deixando de cumprir bem seu dever de vigilância e manutenção da rede viária - , que provocou o evento danoso,***

acidente de trânsito que privou o ora agravado de exercer suas atividades habituais gerando o direito à indenização por dano moral, demandaria o revolvimento da moldura fática delineado no acórdão de origem, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. A alegada violação do art. 144, V, § 5º, da Constituição Federal não foi arguida nas razões do recurso extraordinário, sendo vedado ao agravante inovar no agravo regimental. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE n. 726.663 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26.11.2013, acórdão eletrônico DJe-243 divulg 10.12.2013 public 11.12.2013)

7. Nessa linha, destaca Rui Stoco que:

Tanto a Administração central como a indireta têm o dever de manter os serviços que a lei lhes cometeu.

A conservação de estradas, por exemplo, era, em regra, entregue à administração indireta do Estado, ou seja, às autarquias, sociedades paraestatais ou empresas públicas, como o DER (autarquia) e a DERSA (sociedade de economia mista).

Atualmente essas concessões estão entregues a outras empresas de natureza exclusivamente privada (“Nova Dutra”, “Ecovias”, “Autoban”, “Autovias”, “Intervias”, “CRT”, “Ponte”, “Concer”, “Concepa”, “Ecosul”, “CLN”, “Rodosol”, “Caminhos do Paraná”, “Cataratas”, “Econorte”, “Rodonorte”, “Viapar”, “Brita” e tantas outras), às quais foram concedidos trechos de rodovias estaduais ou federais para exploração e conservação.

A má conservação de vias e logradouros públicos, estradas, pontes, viadutos, passarelas e outros bens públicos e de uso comum do povo empenham a responsabilidade do Estado ou desses órgãos acima mencionados, quando haja relação direta entre esse descaso e os danos que ocorram.

Uma ponte ou passarela mal conservada pode trazer gravíssimas consequências aos usuários, razão pela qual exige vigilância e manutenção constantes.

[...]

Desse modo, nada justifica que as vias de trânsito, de acesso e seus complementos (pontes, túneis, viadutos, alças de ligação, acessos etc.) desmereçam cuidados e se mostrem deterioradas, mal conservadas e com defeitos.

Trata-se de comportamento omissivo grave da Administração, que, em caso de dano pelo fato da coisa, conduz à responsabilização do Poder Público.

[...]

As concessionárias de serviços públicos, ainda que sejam empresas privadas, desde que exercendo atividade privativa do Estado, a ele se equiparam para

efeito de reparação, respondendo tal como o Poder Público responderia, seja por culpa (*faute du service*), seja objetivamente, como decorrência do preceito constante do art. 37, § 6º, da CF/1988.

(STOCO, Rui. *Op.cit*, p. 299)

7.1. Saliente-se, ainda, que a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a responsabilidade do Estado em situações similares, de modo que seria conferir tratamento diferenciado à concessionária o fato de não reconhecer sua responsabilidade, senão vejamos:

Processual Civil e Administrativo. *Responsabilidade civil do Estado. Acidente de trânsito em rodovia federal. Buraco na pista. Morte do motorista. Violação do art. 535 do CPC. Inocorrência. Responsabilidade subjetiva. Omissão. Ocorrência de culpa. Danos morais. Impossibilidade de revisão. Proporcionalidade. Termo inicial dos juros de mora. Súmula n. 54-STJ. Pensão previdenciária. Honorários advocatícios. Súmula n. 284-STF.*

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem analisa adequada e suficientemente a controvérsia objeto do recurso especial.

2. Na hipótese dos autos, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público na conservação das rodovias federais. O acolhimento da tese do recorrente, de existir culpa exclusiva da vítima, demandaria a incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência obstada pela Súmula n. 7-STJ.

3. Manutenção do valor fixado nas instâncias ordinárias por dano moral (R\$ 100.000,00 - cem mil reais), por não se revelar nem irrisório, nem exorbitante.

4. Tratando-se de reparação por danos morais, nas hipóteses em que a responsabilidade é extracontratual, os juros são devidos desde o evento danoso, na forma da Súmula n. 54-STJ.

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a cumulação de pensão previdenciária com outra de natureza indenizatória.

6. Apresentadas alegações genéricas no que respeita à fixação dos honorários advocatícios, aplica-se no ponto a Súmula n. 284-STF.

7. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp n. 1.356.978-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5.9.2013, DJe 17.9.2013)

Processual Civil. Administrativo. *Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Má conservação de rodovias estaduais. Acidente. Falecimento da vítima. Revisão do quantum arbitrado pela instância a quo. Súmula n. 7. Impossibilidade in casu.*

1. Ação de reparação de danos materiais e morais em razão de acidente de veículo em decorrência da má conservação de rodovia estadual.

[...]

8. In casu, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado foi condenado ao pagamento de indenização ao autor, a título de danos morais no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), devido ao falecimento da vítima em razão do acidente ocorrido pela falta de conservação da via estadual.

[...]

11. Recursos especiais não conhecidos.

(REsp n. 1.047.986-RN, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.3.2009, DJe 26.3.2009)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. *Responsabilidade civil do Estado. Dano moral. Morte.* Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ. *Nexo de causalidade reconhecido pelo Tribunal de origem.* Revisão do valor da indenização e da verba honorária. Impossibilidade. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Precedentes do STJ. Divergência jurisprudencial. Não-comprovação. Desprovisionamento do agravo regimental.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ.

2. O Tribunal de origem concluiu pela existência de nexo de causalidade entre a morte do marido e filhos da ora agravada e a omissão do ora agravante acerca da manutenção da rodovia onde ocorreu o fato, o que impede a análise da pretensão recursal que objetiva o afastamento do nexo causal, pois exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, conforme a orientação da Súmula n. 7-STJ.

[...]

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 421.042-SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.4.2006, DJ 11.5.2006, p. 143)

É que, como adverte Cahali:

Desde que exigível a atuação estatal, seja na execução de obras, seja na prestação de serviço, a conduta omissiva da Administração na implantação das obras necessárias para evitar o dano, ou na execução do serviço devido, autoriza a responsabilidade civil do Estado pelo dano sofrido pelo particular, identificada a sua causa naquela omissão das obras ou dos serviços devidos; ainda que, para

tanto, tenham concorrido fatores estranhos, como fatos da natureza, de terceiro ou do próprio ofendido, quando, então, a conduta omissiva da Administração atuará como simples concausa da verificação do evento danoso, induzindo, daí, a proporcionalização da responsabilidade indenizatória.

[...]

A conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos inserem-se no âmbito dos deveres jurídicos da Administração razoavelmente exigíveis, cumprindo-lhe proporcionar as necessárias condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas mesmas. A omissão no cumprimento desse dever jurídico, quando razoavelmente exigível, e identificada como causa do evento danoso sofrido pelo particular, induz, em princípio, a responsabilidade indenizatória do Estado.

E, por outro lado, é certo que o homem, em sociedade, necessita de segurança, como condição de seu desenvolvimento.

Essas noções fundamentais comportam ser estendidas às funções ativas do Estado em sede de conservação e fiscalização das vias públicas de circulação, cumprindo o dever jurídico de proceder de forma a assegurar a segurança e incolumidade pessoal e material de seus usuários.

Daí a reiterada jurisprudência no sentido de reconhecer a responsabilidade civil da Administração pelos acidentes de trânsito que tenha como causa via pública mal conservada ou não fiscalizada na sua manutenção.

[...]

Efetivamente, a falta de sinalização, ou mesmo a sinalização deficiente, da existência de imperfeições nas pistas de rolamento, vias e rodovias públicas (buracos, valetas, depressões, escavações, saliências, pistas derrapantes etc.) pode determinar a responsabilidade civil do Estado pelos acidentes verificados em razão daquela.

A própria sinalização inadequada poderá representar causa provocadora do evento danoso.

(CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 220-231)

Nessa linha de intelecção, como as concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços públicos estão sujeitas a regime similar ao da administração pública no tocante à responsabilidade civil, deve-se aplicar as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

7.2. Outrossim, não vejo como reconhecer a culpa exclusiva da vítima para afastar a responsabilização nos moldes conferidos pelo acórdão recorrido, não havendo sequer culpa concorrente.

Deveras, analisando com bastante vagar o julgado, verifica-se que o fundamento para a constatação da culpa exclusiva da vítima foi o fato de existir um depoimento de líder comunitária prestado no Ministério Público, em que foi enfatizado o constante perigo na travessia naquela rodovia, haja vista que, para não aguardar o trajeto de retorno dos ônibus, que demora uns 20 minutos, os transeuntes desciam e atravessavam a rodovia para ganhar tempo.

Daí concluiu o acórdão que a mera travessia da vítima à noite - em hipótese bastante diferente da relatada no depoimento invocado, pois aqui o ônibus estava quebrado -, sem a devida cautela, além do fato de não ter aguardado dentro do ônibus a chegada de outro para resgatá-la, seriam condições aptas, por si só, a afastar a responsabilização pela culpa exclusiva da vítima.

Segundo a doutrina, o fato exclusivo da vítima será relevante para fins de interrupção donexo causal quando o comportamento dela representar o fato decisivo do evento, for a causa única do sinistro ou, nos dizeres de Aguiar Dias, quando “sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento” (*Da responsabilidade civil*, vol. II, 10ª edição. São Paulo: Forense, 1997, p. 946).

Ocorre que, ao que se depreende dos autos, a menor, juntamente com sua avó, atravessaram a rodovia seguindo as regras insculpidas pelo Código de Trânsito Nacional, isto é, na faixa destinada para tanto.

Além disso, não se pode esquecer que a norma expressamente adverte que os pedestres sempre terão prioridade de passagem, senão vejamos:

Art. 69. Para cruzar a pista de rolamento o pedestre tomará precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidades dos veículos, utilizando sempre as faixas ou passagens a ele destinadas sempre que estas existirem numa distância de até cinquenta metros dele, observadas as seguintes disposições: [...]

Art. 70. Os pedestres que estiverem atravessando a via sobre as faixas delimitadas para esse fim terão prioridade de passagem, exceto nos locais com sinalização semafórica, onde deverão ser respeitadas as disposições deste Código.

Nessa ordem de ideias, entendo que não há cogitar de culpa exclusiva da vítima ou concorrência de causas - diante da moldura fática produzida pelas instâncias ordinárias e reproduzida na sentença e no acórdão -, haja vista que a

conduta da menor, filha da recorrente, foi justamente dentro dos ditames da lei, não sendo causa determinante do evento danoso.

Aliás, em situação similar, já decidiu o STJ:

Processual Civil. Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Omissão de manutenção de estrada. Dever de indenizar. Súmula n. 7 do STJ.

1. Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais e materiais contra Município em razão de acidente de bicicleta causado por saliências existentes na pista em face da omissão estatal na conservação da rodovia.

2. In casu, assentou o Tribunal de origem que não se pode acolher a alegação de que o ciclista tinha conhecimento dos percalços da via, sendo, portanto, vitimado pela sua própria desatenção ao conduzir, de forma imprudente, a sua bicicleta, à noite, por uma descida acentuada e em alta velocidade, vez que, como bem decidiu o eminente Juiz a quo às fls. 119-120, “Como já anotado, a velocidade desenvolvida pelo ciclista, natural em pista excessivamente inclinada - e não pode ser considerada excessiva por falta de prova cabal -, não concorreu para a causação do dano, e, por isto, não pode ser conhecida a culpa concorrente. E não há dúvida da existência do fato danoso e das suas circunstâncias. A inicial veio acompanhada da certidão de atendimento à vítima, expedida pelo Corpo de Bombeiros. É irrelevante o fato de ter sido expedida mais de três meses depois dos acontecimentos. Além do que, o fato foi testemunhado por mais de uma pessoa, e não há motivo para negá-lo. A força probante dos documentos de despesas de tratamento médico-dentário não foi ilidida durante a instrução. Assim, estão satisfatoriamente comprovados os danos sofridos pelo autor em razão das más condições de tráfego de ciclistas no período noturno em via municipal.

[...]

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 862.876-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.11.2007, DJ 29.11.2007, p. 200)

Deveras, a travessia da vítima na faixa de pedestres, em uma via em manutenção, mal sinalizada e precariamente iluminada, não concorreu para o resultado, diferentemente da conduta da recorrida, concessionária, que tinha o dever legal de bem prestar o serviço público concedido, pautando-se pela segurança dos usuários e não usuários da rodovia, não havendo falar, portanto, em concorrência adequada e direta para o evento, mas sim que a conduta da pedestre foi causa inócua ou sem relevância direta para o evento danoso.

Com efeito, como bem assevera a doutrina de Cavalieri, “não basta que o fato tenha sido, *em concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É

preciso, ainda, que o fato constitua, *em abstrato*, uma causa adequada do dano”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49)

Esse também é o escólio de Aguiar Dias:

Consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a melhor oportunidade, e não a utilizou. *Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção.*

[...]

Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade (como sustenta a teoria americana - *the last clear chance*), o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano; **de quem foi o ato que decisivamente influiu para o dano**. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa, na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrência de atos produtores do dano.

(*Op. cit.*, p. 695)

Nesse sentido, são os precedentes desta Corte:

Responsabilidade civil do Estado. Suicídio. Tentativa. Negligência. Possibilidade concreta. Dever de vigilância. Direito à proteção da vida própria e de terceiros. Nexo causal. Súmula n. 7-STJ.

1. O nexo causal ressoa inequívoco quando a tentativa de suicídio respalda-se na negligência do Estado quanto à possibilidade de militar deprimido ter acesso a armas, colocando em risco não apenas a sua própria existência, mas a vida de terceiros.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que se admitisse a embriaguez afirmada pelo recorrente, incumbe ao Estado o tratamento do alcoolismo, reconhecida patologia que acarreta distúrbios psicológicos e mentais, podendo evoluir para quadro grave, como a tentativa de suicídio. Precedente: RMS n. 18.017-SP, DJ 2.5.2006.

[...]

8. *A definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é muito clara, de modos que, na prática, têm-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação de conduta estatal. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado.*” (grifou-se) (Héleno Taveira Tôres, in “O Princípio da Responsabilidade Objetiva do Estado e a Teoria do Risco Administrativo”, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 32 - n. 126 - Senado Federal - abril/junho - 1995, p. 239-240)

9. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 1.014.520-DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 2.6.2009, DJe 1º.7.2009)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Descarga elétrica. Ausência de corte das árvores. Contato com os fios de alta tensão. Nexo de causalidade reconhecido. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência.

1. Em nenhum momento a decisão agravada cogitou da falta de prequestionamento dos artigos apontados como violados, ressentindo-se de plausibilidade a alegação nesse sentido.

2. *O ato ilícito praticado pela concessionária, consubstanciado na ausência de corte das árvores localizadas junto aos fios de alta tensão, possui a capacidade em abstrato de causar danos aos consumidores, restando configurado o nexo de causalidade ainda que adotada a teoria da causalidade adequada.*

3. *O acolhimento da tese de culpa exclusiva da vítima só seria viável em contexto fático diverso do analisado.*

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 682.599-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 25.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 334)

7.3. Não se pode olvidar que, conforme a sentença, “a própria ré admitiu a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho, como mostrado nas fotos de fls. 299-303”.

Não prospera a alegação da recorrida de que não estaria obrigada a realizar a passarela por falta de autorização contratual para tanto.

É que o direito de segurança do usuário está inserido no serviço público concedido, havendo presunção de que a concessionária assumiu todas as atividades e responsabilidades inerentes ao seu mister.

Como bem adverte mais uma vez Rui Stoco:

Esta concessionária, no relacionamento com o poder concedente, obriga-se à exploração, manutenção e conservação da rodovia, nos termos do edital e dos

limites estabelecidos no contrato firmado, razão pela qual, não cumprindo sua parte e inadimplindo a obrigação assumida, poderá perder a concessão e, ainda, responder por perdas e danos.

A questão, portanto, se insere na teoria dos contratos, refugindo ao campo específico da responsabilidade civil.

Mas, tendo em vista o crescimento populacional e do número de veículos em circulação, o adensamento de algumas regiões e o crescimento populacional às margens ou no entorno das rodovias, pode ocorrer de tais circunstâncias exigirem o implemento de sistemas de segurança e melhor trafegabilidade, não previstas no contrato de concessão.

A indagação que se faz é se a concessionária pode, ainda que não haja previsão contratual, realizar tais obras, visando maior segurança, máxime em locais em que recrudescem o número de acidentes. Seria ela responsável perante os acidentados pelo só fato das obras e considerada inadimplente ou ofensora da avença firmada com o ente estatal?

A nós parece que a resposta é negativa.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23.9.1997) dispõe que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentens do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito” (art. 1º, § 2º).

Ademais, ganha força, *de lege lata*, a teoria da função social dos contratos, ainda que se esteja no âmbito do Direito Público.

Portanto, é obrigação primeira do Estado delegante assegurar o direito à segurança e à vida de todos que transitam em suas rodovias, ainda que concessionadas.

Havendo necessidade comprovada e indiscutível de realização de determinada obra de segurança, sob pena de alto risco aos usuários e terceiros, a omissão ou a inércia da concessionária conduzirá à sua responsabilização e não o contrário.

Tal providência não poderá ser considerada infração contratual, cabendo a esta que realizou as obras acrescidas ser ressarcida pelo poder concedente, desde que justificadas.

Nenhuma das partes poderá, portanto, insurgir-se contra a pretensão da outra de aditar o contrato de concessão para nele incluir serviços necessários e fundamentais, concernentes à segurança da rodovia e daqueles que nela trafegam, revendo-se, se for o caso, o equilíbrio da equação econômica que o acréscimo de melhoramentos impuser.

(STOCO, Rui. *Op. cit.* p. 282)

Ademais, analisar os termos do contrato de concessão demandaria o revolvimento das cláusulas contratuais, o que encontra óbice na Súmula n. 5 do STJ.

8. Quanto aos danos morais, o magistrado de piso arbitrou-os em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), em harmonia com os precedentes desta Corte.

Em casos semelhantes, em que os pais pleiteiam indenização em decorrência da morte de filho menor, este Tribunal tem fixado o valor em um patamar de até 500 salários mínimos.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Falecimento de paciente após queda sofrida nas dependências do hospital. Traumatismo craniano. Responsabilidade objetiva do nosocômio. Fortuito interno relativo à hospedagem da vítima. Danos morais. Fixação. Razoabilidade. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- Ultrapassar os fundamentos do Acórdão e acolher a tese sustentada pela Agravante, afastando a culpa do corpo clínico do Agravante reconhecida pelo Tribunal *a quo*, demandaria inevitavelmente, o reexame de provas, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula n. 7 desta Corte.

2.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

3.- *Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de má prestação de serviço hospitalar que ocasionou o falecimento do filho e genitor das Agravadas, foi fixado o valor de indenização de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) devido pela ora Agravante ao autor, a título de danos morais.*

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 292.607-MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.4.2013, DJe 2.5.2013)

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: REsp n. 745.710-RJ, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, Rel. p/ acórdão Ministro *Jorge Scartezzini*, Quarta Turma - 500 salários mínimos; REsp n. 714.869-SP, Rel. Ministro *Cesar Asfor Rocha*, Quarta Turma - R\$ 175.000,00, equivalente a 500 salários mínimos da

época; REsp n. 703.878-SP, Rel. Ministro *Jorge Scartezzini*, *Quarta Turma* - R\$ 150.000,00, equivalente a 500 salários mínimos da época.

Atento às peculiaridades do caso, em que a sentença reconheceu a responsabilidade da concessionária, bem como ao fato de se tratar de vítima de tenra idade, circunstância que exaspera sobremaneira o sofrimento da mãe, além da sólida capacidade financeira da empresa ré e consentâneo ao escopo pedagógico que deve nortear a condenação, considero razoável para a compensação do sofrimento experimentado pela genitora o valor da indenização de R\$ 90.000,00 (*noventa mil*).

Com efeito, o valor relativo à indenização por danos morais deve ser mantido.

9. No tocante aos danos materiais, a sentença arbitrou-os em forma de pensionamento “no montante de um salário mínimo mensal, verba essa que terá como termo *a quo* a idade de 14 anos da vítima, e como termo *ad quem* a idade de 70 anos, devendo a ré incluir a autora em sua folha de pagamento”.

Contudo, é pacífico no STJ o entendimento de que, como regra, a pensão mensal devida aos pais, pela morte de filho, deve ser estimada em 2/3 do salário mínimo até os 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, haja vista a presunção de que aquele constituiria seu próprio núcleo familiar, até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos.

À guisa de exemplo:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Acidente de trabalho. Culpa do empregador. Desvio de função. Danos materiais e morais configurados. Análise dos elementos fático-probatórios dos autos. Óbice da Súmula n. 7-STJ. Limite temporal do pensionamento.

[...]

4. O STJ sedimentou o entendimento de que, como regra, a pensão mensal devida aos pais, pela morte do filho, deve ser estimada em 2/3 do salário mínimo até os 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, haja vista a presunção de que o empregado constituiria seu próprio núcleo familiar, até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos. Precedentes.

5. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no Ag n. 1.132.842-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.6.2012, DJe 20.6.2012)

10. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido indenizatório deduzido na inicial, arbitrando os danos morais em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

Com relação aos danos materiais, a pensão mensal devida deve ser estimada em 2/3 do salário mínimo dos 14 aos 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, até a data em que a falecida completaria 65 anos.

Os valores estabelecidos deverão ser atualizados monetariamente a contar desta data, contados os juros da citação. Mantidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, com todas as vênias, ousou divergir do voto do eminente Relator por considerar que, na hipótese dos autos, a mencionada deficiência da iluminação não prepondera sobre a sinalização efetivamente existente no local - atestada pelo laudo pericial. Por mais humanitários que queiramos ser frente à questão de fato ora em análise, creio, com todas as vênias, que tais razões e valorações não podem preponderar sobre uma aplicação restritiva, técnica, jurídica, interpretação que se deve dar ao regramento.

Começemos em termos de regramento.

No que concerne ao artigo 69 do Código de Trânsito Brasileiro, dispositivo mencionado pelo eminente Relator, creio que não prepondera sobre a circunstância, ocorrência ora em foco, de que se tratava, pelo que li do processo, de uma rodovia federal, a BR-040, em que a presunção é de que o tráfego que lá se veicula predomina a bem dos veículos. Então, havia faixa de pedestres, as próprias pessoas que foram alcançadas pelo veículo notaram a faixa de pedestres lá existente e por ela atravessaram. Isso é mais uma evidência. Saliento, neste caso, que não se trata de uma demanda ajuizada em face do condutor do veículo diretamente causador do dano, porquanto não identificado, mas, sim, contra a pessoa jurídica, a concessionária; deste modo, sobreleva analisarmos a questão sob a ótica do que cumpria à empresa ter assegurado e mantido; na hipótese, no momento em que ocorreu esse infeliz fato, as providências que a ela cabiam, em termos de manutenção, estavam cumpridas. Neste particular, compreendo, outrossim, ser de difícil superação o teor da Súmula n. 7-STJ.

Além disso, revolvendo as circunstâncias que estamos examinando, destaca-se a quebra do ônibus - fato inesperado ocorrido em horário aleatório -, o qual reclamaria que as pessoas aguardassem no interior do veículo, pois ali não era o destino final daquele circular ou daquele transporte urbano ou interurbano. Assim, o risco a se submeteram as pessoas, ao empreender dessa forma, não pode também ser imposto à empresa mantenedora da rodovia.

Por essas razões, com todas as vênias, ousou divergir do e. Relator, *negando provimento* ao recurso especial.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, porque é incontroverso que o atropelamento foi na faixa de pedestre. Consta, na sentença, que o local do atropelamento é desprovido de iluminação pública e com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via, sendo que aquele ponto da rodovia apresentava no dia fluxo regular de trânsito automotivo e de pedestres.

Essa sentença foi reformada pelo acórdão recorrido, mas esse fato não foi desmentido pelo acórdão recorrido que emprestou valor à circunstância de que a avó e o neto dela preferiram não aguardar a chegada do outro ônibus e atravessar. Penso que se não houvesse essa faixa com deficiência de sinalização seria diferente a solução, porque eles teriam feito uma travessia realmente imprópria. Mas como havia uma faixa de pedestre, esta faixa os estimulou a atravessá-la; e como havia deficiência de iluminação, eles não puderam verificar o carro que culminou por atropelá-los.

Então, em razão dessa deficiência de serviço de iluminação do trecho concedido da rodovia, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, cumprimento o Sr. Ministro Relator pela sensibilidade do voto, que acompanho integralmente.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Srs. Ministros, entendo que normalmente a concessionária de rodovias não é responsável por atropelamentos ocorridos na

via, salvo, excepcionalmente, quando se possa apontar alguma falha na prestação do serviço da concessionária.

No caso, entendo irrelevante a não construção da passarela, porque, como o fato se deu em razão de um defeito do ônibus em que viajava a vítima, a existência da passarela não teria evitado o acidente. O ônibus deve ter parado, como o Ministro Relator disse em seu voto, num trecho qualquer da rodovia, e, assim, os passageiros tinham mesmo que se deslocar para uma margem ou para outra da rodovia, não podiam ficar esperando pelo conserto, por quanto tempo não se sabe. Assim, iam mesmo tentar atravessar a pista.

Consta que existia uma faixa de pedestre, portanto, a rodovia estava, quanto ao pedestre, sinalizada. Mas, há uma prova, que S. Exa. salienta no voto, afirmada nas instâncias ordinárias, de que não havia iluminação no local, que é de travessia de pedestre porque há uma comunidade ao lado da rodovia.

Então, nesse caso, houve falha na prestação do serviço pela concessionária e acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Rosana Grinberg**

O presente Recurso Especial nº 1.268.743 – RJ, que teve como Relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, cuida de um caso de atropelamento, com vítima (criança) fatal, ocorrido à noite, na BR-040, uma Rodovia sob concessão, que estava em manutenção, com trânsito intenso e com várias comunidades de pessoas humildes, formadas no seu entorno, e que se utilizam do transporte público para sair e chegar às suas casas.

No dia do evento danoso, o ônibus onde viajava a vítima, acompanhada de sua avó e uma irmã, quebrou, levando as mesmas a descerem do ônibus, para fazer o restante da travessia rumo à respectiva residência, a pé, destacando-se

* Advogada especialista em Direito do Consumidor, Professora de Direito do Consumidor, Presidente do FNECDC – Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor, Coordenadora Executiva da ADECCON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, Diretora do BRASILCON, Membro efetivo e Diretora Cultural da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, Procuradora de Justiça inativa.

que residiam à esquerda da Rodovia, lado oposto onde o ônibus quebrou, o que levou as vítimas a atravessarem a Rodovia.

O local, embora com faixa de pedestre, padecia de total ausência de iluminação e possuía sinalização precária. Atravessavam na faixa de pedestre, quando foram atropeladas por um veículo em alta velocidade, não identificado e cujo condutor fugiu sem prestar socorro.

O Juiz de piso acolheu o pedido na íntegra, reconhecendo a responsabilidade da concessionária, destacando a circunstância de tratar-se de vítima de tenra idade e a sólida capacidade financeira da empresa ré, e condenou a empresa ao pagamento de uma indenização no valor de R\$90.000,00 (noventa mil reais), a título de danos morais, e a uma pensão de um salário mínimo mensal no período dos 14 aos 70 anos de idade da falecida.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença, praticamente fundamentado no depoimento de uma líder comunitária, que afirmou tratar-se de uma travessia arriscada, de alta velocidade, onde já haviam ocorrido vários atropelamentos, pelo que entendeu o Tribunal de origem que cabia às vítimas terem esperado o outro ônibus, do lado em que se encontravam, afastando, por consequência, a responsabilidade da concessionária e entendendo ter havido culpa exclusiva das vítimas.

Interposto o Recurso Especial, ora sob análise, a 4ª (Quarta) Turma do STJ, por maioria, acatou o voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que restabeleceu a sentença em relação aos danos morais e quanto aos danos materiais procedeu modificação, no sentido de uma pensão mensal de 2/3 do salário mínimo dos 14 aos 25 anos de idade da vítima e, após, reduzida para 1/3, até a data em que a falecida completaria 65 anos.

Na fundamentação do voto, entendeu, em resumo, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, que as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço. Estabeleceu que a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art.17 do Código de Defesa do Consumidor. Reconheceu o nexo de causalidade, pontuando que o fato exclusivo da vítima só tem relevância para exclusão do nexo de causalidade, quando representar o fato decisivo do evento danoso. E definiu que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é

objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art.37, §6º da Constituição Federal.

Assim, topicamente, as questões jurídicas abordadas no Acórdão subsumem-se à subordinação da concessionária aos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; à existência de relação de consumo, tratando-se de consumidor equiparado; inoportunidade de culpa concorrente e fato exclusivo do consumidor; responsabilidade objetiva da concessionária; existência de nexo de causalidade; irrelevância no caso das normas do Código de Trânsito Brasileiro; existência de acidente de consumo.

Analisando-se os fundamentos do Acórdão, de logo se percebe a sua total pertinência com toda a teleologia do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o estrito respeito às normas constitucionais aplicáveis ao caso. Assim, é fora de dúvida que se trata de um acidente de consumo, nele presente um consumidor por equiparação, tal como previsto nos arts.2º e 17 do CPDC, realçando-se, ainda, a aplicabilidade do art.22 do mesmo diploma legal, onde está assinalado que as concessionárias de serviço público são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros. Isto que, efetivamente, na hipótese em causa, não ocorreu. Pelo contrário, em face do acidente, a concessionária preocupou-se em colocar no local uma passarela para pedestres, com isso assumindo a responsabilidade pelo fato danoso ocorrido.

Contudo, a mais relevante fundamentação do Acórdão, a meu Juízo, repousa na constatação da inexistência de culpa exclusiva da vítima, situação esta que se encontra expressamente consignada no inc. II, §3º do art. 14 do CDC. Significa dizer que, ainda que a vítima tivesse agido com algum tipo de imprudência ou negligência, isso não seria eficaz para elidir a responsabilidade da concessionária. A única forma de excluir a responsabilidade da concessionária seria a prova cabal da culpa exclusiva da vítima.

Notável se ver o desenrolar da argumentação do Relator, assim como da sentença do Juízo de piso, na busca da verdade processual possível, diante dos fatos, cuja interpretação se fez com obediência ao princípio do contraditório, preservando-se a proteção jurídica do vulnerável nessa relação jurídica, em face do ordenamento jurídico, que é prevalecente no caso posto. Ou seja: tratando-se, como é o caso, de uma relação de consumo, seria incompatível com a realidade exigir-se da vítima maior atenção e cuidado ao atravessar uma BR, senão fazê-lo utilizando-se da faixa de pedestre, como efetivamente o fez, impondo a ela (a vítima) o ônus pela precariedade da iluminação e de sinalização, que estavam a cargo da concessionária.

De observar, que no deslinde da controvérsia jurídica, duas situações, por si só, justificariam a total procedência da demanda judicial em análise: por primeiro o reconhecimento da inexistência da culpa exclusiva da vítima, bem caracterizada pela forma como exaustivamente demonstrada no Acórdão e, por segundo, o reconhecimento da concessionária perante o Juízo de piso da deficiência na prestação do serviço, no local onde ocorreu o evento danoso, e a sua imediata colocação de uma passarela, a fim de que os pedestres possam ter acesso naquele cruzamento, disso resultando em confissão indireta de que as condições da via naquele local, até então mostravam-se inadequadas para utilização pelos transeuntes. Esses dois aspectos, que se afiguram suficientes para comprovação da relação de causalidade, de outra parte também expõem a juridicidade do acolhimento da pretensão deduzida, que resulta do acurado cuidado com que se houve o Acórdão, ora sob análise.

Conclusivamente, é de se ver que o Acórdão, ora sob análise, encontra-se em perfeita harmonia com a finalidade primeira de proteção ao consumidor, que tem em vista a vulnerabilidade deste, e, por conseguinte, a sua sujeição à superioridade econômica e tecnológica do fornecedor, notadamente, quando se trata de atividade que envolve risco, como é caso das rodovias e dos transportes em geral.

RECURSO ESPECIAL N. 1.280.372-SP (2011/0193563-5)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Sylvio Wagih Abdalla Júnior
Advogado: Rubens Carmo Elias Filho e outro(s)
Recorrido: VRG Linhas Aéreas S/A
Advogados: Natália Cecílie Lipiec Ximenez e outro(s)
Gustavo Antônio Feres Paixão e outro(s)
Márcio Vinícius Costa Pereira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação indenizatória. Companhia aérea. Contrato de transporte. Obrigação de resultado. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Atraso de voo. Superior a quatro horas. Passageiro desamparado. Pernoite no aeroporto. Abalo psíquico. Configuração. Caos aéreo. Fortuito interno. Indenização devida.

1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor desamparado pela companhia aérea transportadora que, ao atrasar desarrazoadamente o voo, submeteu o passageiro a toda sorte de humilhações e angústias em aeroporto, no qual ficou sem assistência ou informação quanto às razões do atraso durante toda a noite.

2. O contrato de transporte consiste em obrigação de resultado, configurando o atraso manifesta prestação inadequada.

3. A postergação da viagem superior a quatro horas constitui falha no serviço de transporte aéreo contratado e gera o direito à devida assistência material e informacional ao consumidor lesado, independentemente da causa originária do atraso.

4. O dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa* em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro.

5. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide A Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por Sylvio Wagih Abdalla Júnior, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Responsabilidade civil. Dano moral. Transporte aéreo nacional. Atraso e perda de conexões dos vôos de saída e o de retorno. Aplicabilidade do CDC. Demonstrada a excludente de responsabilidade. Caso fortuito ou força maior. Atrasos decorrentes do período imediatamente posterior à ocorrência do acidente com o voo n. 3054 da TAM no aeroporto de Congonhas, o que configura “força maior”, excludente do nexo causal - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido (fl. 121 - grifou-se).

Alega que “foi obrigado a passar a noite em claro no aeroporto de Brasília, aguardando a empresa aérea Gol se pronunciar a respeito do vôo, cansado, desgastado com o descaso da requerida, além de obrigado a desmarcar os seus compromissos em Palmas na manhã de 21.7.2007, pois não tinha nenhuma garantia ou informação exata sobre o horário da saída de Brasília” (e-STJ fl. 5). Afirma que “o mesmo ocorreu em seu retorno, com os vôos de Marabá-TO para Brasília-DF e de lá para São Paulo, fazendo com que chegasse em Congonhas

somente às 15h35 do dia 25.7.2007, ou seja *mais de 4 Horas após o pactuado*” (e-STJ fl. 6 - grifou-se).

Aduz que os danos sofridos devem ser reconhecidos de plano (*in re ipsa*), em especial porque a responsabilidade da requerida é objetiva à luz do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A sentença julgou o pedido improcedente, sob o fundamento de que,

No caso concreto, cuida-se de pedido indenizatório calcado em atraso provocado pelo denominado “*acidente TAM*”, que, infelizmente, veio a causar distúrbios no regular funcionamento do aeroporto de Congonhas nos dias subseqüentes, em razão de medidas restritivas adotadas pelas autoridades aeronáuticas, e que redundaram em maior tempo para a movimentação individual das aeronaves, inclusive com necessidade de realocação da malha, em virtude da diminuição do número de slots (horários determinados para vôos de cada companhia), com menor número de vôos/hora autorizados naquele aeródromo. De outra banda, condições meteorológicas adversas também causaram atrasos nos vôos provenientes e com destino a esse mesmo aeroporto nos dias 20 e 25.7.2007, como amplamente noticiado pela mídia em geral. Os passageiros, vítimas dessa situação, muitas vezes tratados com a descaso, têm toda razão em indignar-se, buscando, quando o caso, a reparação material e moral devidas.

No caso concreto, todavia, não é possível creditar-se à ré a responsabilidade pelos dissabores experimentados pelo autor, sendo incontroverso que o atraso no cumprimento do contrato estabelecido com o requerente decorreu de fato imprevisível para a ré, estando fora de seu alcance a resolução da questão, constituído verdadeiro fortuito a romper a relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano causado ao consumidor (...). A ré, a quem talvez se possa creditar alguma deficiência no atendimento aos passageiros, não tinha poderes para autorizar a decolagem de sua aeronave, assim como não poderia fazê-lo, sob pena de por em risco seus passageiros, tripulantes, pessoas em terra e o próprio equipamento. *Poderia ter melhor servido seus passageiros, providenciando comes e bebes, minimizando, assim, o tempo de espera, o que, todavia, não foi objeto de reclamação por parte do autor (talvez, inclusive, atendido nessas suas necessidades)*. Isso, porém, não implica em reconhecimento de qualquer deficiência no cumprimento do contrato de transporte a ponto de ensejar reparação pela ré em favor dos passageiros. Meros aborrecimentos, não ressarcíveis (e-STJ fls. 75-76 - grifou-se).

Os embargos declaratórios apontaram omissão no aresto por não ter se manifestado sobre os artigos 230 e 231 do Código Brasileiro Aeronáutico e a Portaria n. 676/CG-5 da Agência Nacional da Aviação Civil e foram rejeitados às fls. 132-135 (e-STJ).

Nas razões do especial, o recorrente alegou, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência dos arts. 20 do Código de Defesa do Consumidor e 230 e 231 do Código Brasileiro Aeronáutico. Sustentou, em síntese, que “a despeito do acidente aéreo ou das más condições meteorológicas que culminaram no atraso do voo, no presente recurso especial, pretende-se perquirir acerca do *descaso vivenciado pelo recorrente, buscando a compensação pelo dano moral sofrido em decorrência do tratamento inadequado da recorrida*” (e-STJ fl. 164 - grifou-se).

Sem as contrarrazões (e-STJ fl. 197), o recurso foi admitido na origem.

Após, o recurso especial teve o seguimento negado por deficiência na fundamentação e ausência de dissídio jurisprudencial.

Por entender que a matéria merecia melhor exame, a decisão de fls. 211-213 (e-STJ) foi reconsiderada a fim de incluir o presente processo em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

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

O ora recorrente Sylvio Wagih Abdalla Júnior propôs ação de indenização por danos morais contra a empresa *Gol Transportes Aéreos S.A.*, da qual comprou passagem aérea para viajar no mesmo dia 20.7.2007 de São Paulo-SP para Palmas-TO, com escala em Brasília-DF. Afirma que foram inúmeras alterações de horários (no embarque inicial de mais de três horas e na conexão de mais de oito horas), sem explicações plausíveis pela companhia aérea, que em momento algum comunicou o motivo da total modificação do bilhete, o que ensejou a mudança de compromissos previamente agendados pelo autor.

No caso vertente, na viagem de ida, a chegada em Palmas-TO estava prevista para as 23h25 do dia 20.7.2007, no entanto, o autor somente chegou ao seu destino às 7h45 do dia seguinte, portanto com um atraso superior a 8 (oito) horas, ressaltando que permaneceu a noite em claro no saguão do aeroporto. Já na viagem de volta, partindo de Marabá para São Paulo, sua chegada em Congonhas-SP estava prevista para as 11h10 de 25.7.2007, porém somente ocorreu às 15h35, com mais de 4 (quatro) horas de atraso.

O direito pleiteado foi negado em virtude da suposta excludente de responsabilidade configurada em fato imprevisível, qual seja, caso fortuito, que

seria apto a romper a relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano causado ao consumidor.

O fato considerado nas instâncias ordinárias foi o acidente aéreo que vitimou todos os passageiros do voo n. 3054 da empresa área TAM em 17.7.2007, que, mesmo tendo ocorrido três dias antes da viagem do recorrente, seria razão suficiente para afastar a responsabilidade da recorrido quanto ao dever de *justificar ao consumidor a falta de assistência material e informação quanto ao serviço contratado, direitos flagrantemente violados no caso concreto, o que independe das condições climáticas ou da sobrecarga da malha aérea.*

Em verdade, a questão em análise diz respeito ao descaso e desrespeito imposto ao consumidor que não foi auxiliado ou sequer minimamente orientado para se precaver de toda sorte e azar a que foi submetido por ocasião de atrasos e alterações de viagens. Tal atuação da empresa, por óbvio, em nada se comunica com os problemas então vivenciados pelos aeroportos em virtude da inesquecível tragédia. Ao contrário, justamente em virtude da forte instabilidade gerada pelo acidente é que o consumidor faria jus a um apoio ainda mais substancial, o que, por óbvio, não se configurou.

Portanto, não há fato fortuito apto a afastar o nexos causal. Os fatos são distintos e o acidente fatídico não teria jamais o condão de afastar a responsabilidade da empresa por abusos ocorridos posteriormente à fatalidade. Se assim fosse, o caos se instalaria por ocasião de qualquer fatalidade, o que é de todo inadmissível.

Não se negam os fatos aduzidos, em sede de contrarrazões da apelação, pela empresa de que efetivamente houve posteriores problemas aeroportuários oriundos do fechamento de pistas no Aeródromo de Congonhas-SP somados à incidência de condições climáticas desfavoráveis ao exercício do serviço de transporte aéreo. Todavia, a conjugação de todos esses fatores não libera a companhia aérea do dever de informação, que, ao contrário do que fez, deveria ter, no mínimo, atenuado o caos causado pelo infortúnio, que jamais poderia ter sido repassado ou imputado ao consumidor.

Eventuais alterações de transcurso em virtude do acidente ocorrido três dias antes da viagem não caracteriza circunstância apta a eximir a empresa recorrida de prestar os serviços de forma adequada com responsabilidade, cortesia e eficiência inerentes ao transporte aéreo contratado.

Não se olvida, todavia, que a requerida já sabia do atraso do voo ou, pelo menos, tinha condições de sabê-lo no momento do primeiro embarque do ora

recorrente. Por óbvio, a empresa possuía todas as condições de prever tal atraso e adotar providências efetivas para a substituição da aeronave, se fosse o caso, ou acomodação do passageiro para futura viagem. No entanto, nada fez para amenizar o desconforto inerente à ocasião, limitando-se a, de forma evasiva, eximir-se de responsabilidade.

A empresa deixou de atender aos inúmeros apelos de ajuda formulados pelo recorrente, furtando-se a cumprir o dever de justificar a omissão na prestação do serviço, em especial, o do horário do embarque ou o motivo do enorme atraso, impondo-lhe desconforto, angústia e humilhações, como se nada de anormal estivesse ocorrendo.

Assim, com se vê dos autos, o recorrente não questionou o serviço em si, mas o modo com que foi tratado pela ora recorrida. O fato de não ter sido providenciada a hospedagem para o passageiro, obrigando-o a pernoitar no próprio aeroporto, nem ter havido informações claras quanto ao prosseguimento da viagem permitem aferir que a companhia aérea não procedeu conforme as disposições do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, não socorre ao transportador remisso a alegação de que o atraso ocorreu devido ao descontrole da malha aérea em virtude de acidente anterior, haja vista não ter comprovado a assistência à parte autora, por meio do fornecimento de hospedagem, alimentação e informações.

A situação dos autos é análoga àquela em que o consumidor é vítima de danos morais em decorrência de cancelamento de voo em virtude de greve deflagrada por companhia aérea, fato que não é apto a afastar a reparação civil.

A propósito:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. *Cancelamento de voo internacional. Greve de funcionários de companhia aérea. Passageiros menores sem assistência. Danos morais. Revisão do valor da indenização. Súmula n. 7-STJ.*

1. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

2. Consoante entendimento pacificado no âmbito desta Corte, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando manifestamente ínfimo ou exagerado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 156.386-RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20.2.2014, DJE 13.3.2014 - grifou-se).

O fortuito interno, assim entendido como fato imprevisível e, por isso, inevitável, "não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua

atividade, ligando-se aos riscos do próprio empreendimento. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito, já que o fornecedor é sempre responsável por suas consequências, ainda que decorrentes de fato imprevisível e inevitável” (Fabrício Bolzan, Direito do Consumidor, Editora Saraiva, p. 309 - grifou-se).

Aliás, na mesma linha, esta Corte já assentou que “na relação de consumo, existindo caso fortuito interno, ocorrido no momento da realização do serviço, como na hipótese em apreço, permanece a responsabilidade do fornecedor, pois, tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexo causal” (REsp n. 762.075, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 29.6.2009).

Reputa-se configurado o dano moral na presente hipótese, porquanto manifesta a lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, cuja reparação civil é garantida por mandamento constitucional, que objetiva recompor a vítima da violação de seus direitos de personalidade (artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e 6º, VI, do CDC). A violação desses direitos é perceptível pelo senso comum, visto que ligados à natureza humana, podendo ser aferida no caso concreto, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese postas a sua análise, respeitando-se o critério básico da repercussão do dano na esfera do autor da lesão e do lesado.

Saliente-se, ainda, que o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores em razão de defeitos na prestação dos serviços, consoante o teor do art. 14 do CDC. Por oportuno, há resolução do Procon, que protege e comprova o direito invocado pelo recorrente, como se vê do trecho a seguir transcrito:

Atraso superior a quatro horas - Existem três modalidades de atrasos superiores a quatro horas, e para cada uma delas o Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece quais são as obrigações da Companhia: *Atraso de partida* - Ocorre quando o passageiro não conseguiu ainda embarcar na aeronave; de acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 230, “Em caso de atraso da partida por mais de quatro horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em vôo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem”. *Nos termos do parágrafo único do art. 231 da mesma lei: “Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil”.* *Atraso de escala* -

Ocorre quando o avião faz uma escala em determinado aeroporto e ocorre atraso. O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu art. 231 e parágrafo único, determina que: “Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a quatro horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço. Parágrafo único: Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.” *Atraso de conexão*: Ocorre quando o primeiro voo atrasa e o consumidor perde o voo seguinte, da conexão. Trata-se de interrupção de viagem. Neste caso a empresa deverá endossar o bilhete para outro voo, ou tomar as providências de que fala o art. 231 (mencionado acima) (<http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=331>FundaçãoProcon-SPSecretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania).

Esta Corte já avançou ao assentar que, “demonstrada a existência de relação de consumo entre o transportador e aqueles que sofreram o resultado do evento danoso (consumidores por equiparação), configurado está o fato do serviço, pelo qual responde o fornecedor, à luz do art. 14 do CDC” (REsp n. 1.202.013-SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 18.6.2013, DJe 27.6.2013).

É cediço que a configuração do dano moral prescinde da demonstração de prejuízo, pois o dano se apresenta *in re ipsa*, cabendo a indenização pelo atraso de voo aéreo nacional em virtude da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores, como se vê dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Responsabilidade civil. *Overbooking*. Indenização. Dano moral presumido. Precedentes. Danos materiais. Ocorrência. Reexame matéria fática. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Incidência. Valor. Revisão. Impossibilidade. Fixação com base no critério da razoabilidade.

1. O dano moral decorrente de atraso de voo, prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro. (REsp n. 299.532-SP, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), DJe 23.11.2009)

2. A reapreciação por esta Corte das provas que lastream o acórdão hostilizado é vedada nesta sede especial, segundo o Enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, sendo cabível a intervenção da Corte

quando exagerado ou ínfimo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

4. O agravo regimental não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5. *Agravo regimental desprovido* (AgRg no Ag n. 1.410.645-BA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 7.11.2011 - grifou-se).

Agravo regimental. Indenização. Dano moral e material. Transporte aéreo internacional. Sobrevida de passagens. Remoção passageiros outro país. Tratamento hostil. Constrangimento. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.

- Em vôo internacional, se não foram tomadas todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, justifica-se a obrigação de indenizar.

- *Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de vôo aéreo internacional. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores.*

- Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, as hipóteses de indenização por atraso de vôo não se restringem àquelas descritas na Convenção de Varsóvia, o que afasta a limitação tarifada (AgRg no REsp n. 227.005-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 30.11.2004, DJ 17.12.2004 - grifou-se)

Já a noção de impropriedade do serviço resta indicada pelo § 2º do art. 20 do CDC: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. Logo, verificada a impropriedade do serviço, poderia o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha, uma das seguintes opções, indicadas no citado dispositivo: “I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço”, o que não foi devidamente observado no caso concreto.

A indenização, embora expressamente referida apenas no inciso II, é *sempre devida*, tendo em vista o direito básico do consumidor de “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais” (art. 6º, VI).

Em relação à escolha do consumidor pela reexecução dos serviços, o § 1º do art. 20 estabelece, inclusive, a possibilidade de ser realizada por terceiro, mas por conta e risco do fornecedor: “A reexecução dos serviços poderá ser confiada

a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor” (Leonardo Roscoe Bessa, Antônio Herman V. Benjamin e Cláudia Lima Marques, *in* Manual de Direito do Consumidor, 2ª edição, Revista dos Tribunais, p. 157-158) (grifou-se).

Assim, sendo devido o pleito indenizatório autoral, cumpre a esta Turma julgadora, em atenção ao artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, quantificar, desde já, o montante devido pela ora recorrida a título de reparação civil.

No ponto, atento ao pedido recursal expressamente formulado (e-STJ fl. 11), que deixou ao crivo do magistrado a ponderação quanto ao montante indenizatório, e às peculiaridades do caso concreto - que revelam certa lesividade do ato ofensivo acrescida da necessidade de se implementar o caráter pedagógico-punitivo da fixação de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita, tem-se por razoável o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser suportado pela ré a título de reparação por *danos morais*, com base nos parâmetros adotados por esta Corte, de acordo com os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Falha na prestação de serviço de transporte aéreo. Atraso de voo doméstico. Danos morais. Quantum indenizatório. Razoabilidade. Revisão. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento. (...) 2.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

3.- *Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de atraso de voo de dez horas em voo doméstico, foi fixado o valor de indenização em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de danos morais.*

4.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5.- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp n. 254.587-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.12.2012, DJe 4.2.2013 - grifou-se).

Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. *Quantum* indenizatório. Súmula n. 7-STJ.

1. As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má

prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7-STJ).

3. Em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.

4. *No caso concreto, a indenização fixada pelo juízo singular em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e mantida pelo Tribunal local não se revela excessiva.*

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 39.543-RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20.11.2012, DJe 27.11.2012 - grifou-se).

O valor deve ser acrescido de correção monetária a partir da presente data e de juros moratórios contados a partir do evento danoso (20.7.2007), calculados a teor do que dispõe o art. 406 do Código Civil. A ré, ora recorrida, suportará integralmente as custas processuais, devendo arcar também como o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais em prol do patrono do autor, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido inicial nos termos da fundamentação acima.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Adriana Fagundes Burger¹

Amélia Soares da Rocha²

1. Apresentação do caso

Trata-se da análise da existência ou não de excludente de responsabilidade do fornecedor-transportador aéreo pelo tratamento dado a consumidor-passageiro submetido a atraso de mais de 4 horas de voo sem a assistência

¹ Defensora Pública no Estado do Rio Grande do Sul.

² Defensora Pública no Estado do Ceará

material e informacional, tanto no traslado de ida como no de volta: o voo sairia de São Paulo (SP) para Palmas (TO) com escala em Brasília e a escala tornou-se pernoite no saguão do aeroporto e um atraso de mais de 8 horas; na volta, o voo chegou, com mais de 4 horas de atraso..

O Tribunal de origem entendeu pela existência de excludente de responsabilidade que estaria consubstanciada na configuração de força maior em vista a viagem ter sido logo após ao “*acidente com o voo 3054 da TAM no aeroporto de Congonhas*”. O acidente ocorrera em São Paulo no dia 17/07/2007, o voo de ida em 20/07/2007 e o de volta, em 25/07/2007.

Ocorre que, como bem esclarecido no voto do relator, a causa de pedir não foi o atraso em si, “(...) *mas o modo com que foi tratado (...)*”, não tendo sido “(...) *providenciada a hospedagem para o passageiro, obrigando-o a pernoitar no próprio aeroporto, nem ter havido informações claras quanto ao prosseguimento da viagem (...)*”.

O precedente em estudo, portanto, analisou as consequências do desrespeito de obrigações acessórias - mas não menos importantes ou vinculantes - do fornecedor de serviços, em posicionamento que servirá não apenas a casos similares do transportador aéreo, mas às mais variadas formas ou espécies de serviços.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

2.1 Obrigações implícitas ao serviço: assistência material e informacional

A contratação de um serviço, qualquer que seja a sua modalidade, em regra, implica uma obrigação de meio, implícita e uma de resultado, explícita. Ou seja, tão importante quanto o resultado é o *meio* de alcançá-lo, tendo efeito jurídico na responsabilização do fornecedor a maneira como enfrenta o conflito e o tratamento que dispensa ao consumidor.

No caso concreto, o resultado contratado fora o transporte aéreo São Paulo – Palmas (TO) com chegada às 23h45 do dia 20/07/2007 e Marabá (PA) – São Paulo com chegada às 11h10 do dia 25/07/2007 e não apenas foi desrespeitado o resultado cronológico ou temporal (obrigação de resultado) como também o foi a forma (apoio informacional e material).

Em que pese a ocorrência do grave acidente na pista do aeroporto de origem 3 (três) dias antes do voo, ainda que somasse à condições climáticas

desfavoráveis, *“não libera a companhia aérea do dever de informação, que, ao contrário do que fez, deveria ter, no mínimo, atenuado o caso causado pelo infortúnio, que jamais poderia ter sido repassado ou imputado ao consumidor.”*

Tal qual a variante climática, a possibilidade de acidentes integra o raio de previsibilidade da atividade exercida, sendo sua obrigação lógica e natural com ela lidar com eficiência, presteza e altivez: se ao invés do acidente aéreo o atraso tivesse sido causado por uma inusitada tempestade, justamente para honrar a segurança do serviço estaria impedido de decolar e obrigado a prestar ao consumidor toda a gama de informações necessárias a que ele se inteirasse da situação, da prudência das providências tomadas e optasse, livre e conscientemente, por aguardar ou cogitar outra possibilidade de transporte.

No caso concreto, como bem destacado no acórdão, justamente quando mais se precisava das informações necessárias à desconstituir medo ou insegurança, existiu omissão formal e material: nem as informações foram prestadas nem providências – hotel, alimentação, etc – foram tomadas. Assim é que o acórdão é claro que ao reconhecer que mesmo com a dificuldade decorrente do acidente, inexistiu razão a justificar a falta de assistência material e de informação. Destaca, com grande acerto, ainda, que o acidente supostamente ensejador de excludente de responsabilidade, deveria ter sido causa, sim, como motivação para ainda mais zelo e cuidado com o consumidor.

O mesmo raciocínio seria possível na hipótese de um serviço bancário prejudicado por greve de funcionários: a greve, embora pudesse ser inevitável, não seria imprevisível, sendo inerente ao risco do negócio exercido e cabe, no mínimo, ao fornecedor, minimizar os prejuízos do consumidor, seja prorrogando prazos, possibilitando mais caixas eletrônicos ou mesmo suspendendo momentaneamente a inscrição em serviços de proteção ao crédito vez que tal cuidado é obrigação decorrente dos princípios que norteiam a Política Nacional de Defesa do Consumidor. Se o fato inevitável, embora essencialmente intrínseco ao risco do negócio, afastasse a responsabilidade do fornecedor, como bem destaca o acórdão *“(...) o caos se instalaria por ocasião de qualquer fatalidade, o que é de todo inadmissível.”*

Se o fornecedor tivesse prestado o serviço de apoio material bem como prestado todas as informações necessitadas pelo consumidor, talvez fosse o caso de admitir-se excludente de responsabilidade do fato de terceiro (caso fortuito externo) já que acidente aéreo daquela gravidade, embora esteja na linha de previsibilidade do negócio exercido, é raro – sendo considerado o maior

acidente aéreo do Brasil – e não teria medido esforços para conferir conforto e segurança ao passageiro, o que ocorreu. Ou seja, teria feito tudo o que estava no seu legítimo alcance para minimizar qualquer desconforto – seja ele físico ou espiritual – do passageiro consumidor.

2.2. Vício de qualidade por inadequação x Vício de qualidade por insegurança

A conduta do fornecedor pode dar causa à reparação por vício (vício de qualidade por inadequação) ou por fato (vício de qualidade por insegurança). Por se tratar de característica peculiar à relação de consumo, a necessária diferenciação, nem sempre é compreendida e exercida, porquanto a completude e coerência do microsistema de defesa do consumidor a exija. Tal “confusão” certamente se deve a comparação com o disposto no Código Civil - a regular as relações entre consumidores e consumidores e entre iguais, fornecedores – fornecedores (comerciais ou empresariais) – já que a autonomia do direito do consumidor - que tem como valor fundante a vulnerabilidade de uma das partes desta relação, e, portanto trata desigualmente os desiguais - ainda não esta devidamente efetivada.

Neste sentido, oportuna e necessária, a análise de manifestação do Min. SANSEVERINO (2010, 168/170):

Os vícios e os defeitos, conforme regulados pelo CDC, em que pese a possibilidade de aproximação no plano teórico sob o manto da teoria da qualidade, apresentam-se na prática, como institutos completamente distintos.

As principais diferenças entre os vícios e os defeitos referem-se ao bem jurídico tutelado, à existência de vínculo contratual e aos efeitos produzidos. No defeito, o bem jurídico tutelado é a segurança física e patrimonial do consumidor, enquanto nos vícios, protege-se a adequação do produto ou serviço à finalidade a que se destinam.

Nos defeitos, não há necessidade de vínculo contratual entre o consumidor prejudicado e o fornecedor responsável. Já nos vícios, apesar da ampliação do sistema de solidariedade (art. 25, §§ 1º e 2º, do CDC) entre os fornecedores, há necessidade de uma cadeia contratual a unir o consumidor e o fornecedor responsável.

(...)

Apesar de esses dois elementos apresentarem regimes jurídicos distintos no próprio CDC, não há dicotomia absoluta. O mesmo fato pode enquadrar-se simultaneamente nos dois regimes.

(...)

A melhor opção, de *lege ferenda*, teria sido separar os dois institutos jurídicos, que têm matizes diversas e produzem efeitos absolutamente distintos. A responsabilidade por vícios deveria ter sido incluída no capítulo referente às práticas comerciais do Código de Defesa do Consumidor.

Importante, portanto, deixar claro que no presente caso o que se analisa é vício de qualidade por insegurança ou fato, diante da falha na qualidade da prestação do serviço a redundar em insegurança física e emocional ao consumidor. Todavia, o artigo 20 § 2º do CDC serviu de base para a identificação da impropriedade do serviço, de modo que parece ser daquelas hipóteses nas quais há a dupla configuração: de vício e de fato, vez, que, como visto, não são excludentes, mas complementares.

2.3. Caso fortuito interno x força maior x inversão legal do ônus da prova

A responsabilidade pelo fato do serviço, regulada pelo artigo 14º do CDC – Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor é objetiva, só podendo ser afastada quando o fornecedor prova que não prestou o serviço, que o prestou, mas o defeito não existe ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Observe-se que o *“o caso fortuito e a força maior, muito embora sejam causas tradicionais de exclusão da responsabilidade civil pelo rompimento do nexo de causalidade, não foram expressamente contemplados pelo CDC.”*³

Para enfrentar e superar a discussão se força maior ou caso fortuito excluiria a responsabilidade do fornecedor é que a jurisprudência do STJ – Superior Tribunal de Justiça denominou de caso fortuito interno, a não servir para excluir a responsabilidade, o fato que se enquadraria na linha de risco do negócio e se configurada não ensejaria a quebra do nexo causal. Ou seja, o caso fortuito interno seria justamente o caso fortuito imperfeito, incapaz de excluir a responsabilidade do fornecedor.

O acórdão, acertadamente, verifica que a proximidade de datas com o grave acidente aéreo é caso fortuito interno, incapaz de excluir o dever de reparar o dano.

Quanto a prova, em que pese ter bastado a configuração do dano *in re ipsa*, oportuno se faz lembrar que, diante da taxatividade das excludentes da

³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, Saraiva, São Paulo, 2010, página 312.

responsabilidade por fato do produto ou do serviço, o STJ tem reconhecido nestas hipóteses, verdadeira inversão legal do ônus da prova, como se vê adiante:

“(…) 1.2. Discussão acerca do ônus da prova. Ausência de impugnação do fundamento central exarado pelo Tribunal de origem, consubstanciado na assertiva de que: **competete ao construtor a prova da existência de causa excludente da responsabilidade objetiva decorrente de defeito de construção, à luz do artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, hipótese de inversão do ônus da prova ope legis, a qual se configura desde a propositura da demanda, não traduzindo regra de instrução.** Incidência da Súmula 283/STF. (...) (AgRg no REsp 1085123/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013) (transcrição parcial e sem destaques no original).

Nota-se, portanto, a perspectiva integradora dos precedentes sobre responsabilidade civil do fornecedor.

2.4. Diálogo das fontes

Cuidou, ainda, o acórdão, de realizar o necessário diálogo entre o CDC e o Código Brasileiro de Aeronáutica (bem como com norma administrativa do Procon) a fim de encontrar as balizas justas à identificação do defeito no serviço, qual seja o limite de 4 horas de atraso.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se, portanto, de importante decisão que deve ser repercutida, divulgada e reconhecida como precedente a demonstrar a responsabilidade clara e evidente do fornecedor pela prestação de informações e apoio material ainda que em períodos de crise, sendo raciocínio que se aplica além das questões com o transportador aéreo, sendo hábil a produzir efeitos em outras modalidades de serviços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.280.372-SP (2011/0193563-5) Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em: 07/10/2014

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, Saraiva, São Paulo, 2010.

RECURSO ESPECIAL N. 1.281.742-SP (2011/0216228-2)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Goodyear Brasil Produtos de Borracha Ltda

Advogado: Celso Caldas Martins Xavier e outro(s)

Recorrente: Alberto Whately Neto

Advogados: Manuel Alceu Affonso Ferreira e outro(s)

David Cury Neto e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo. Vítima acometida de tetraplegia. Corte local que fixa a responsabilidade objetiva da fabricante do produto.

1. Insurgência da fabricante.

1.1 Não conhecimento do recurso especial pela divergência (art. 105, III, c, da CF). Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ausência de cotejo analítico entre os julgados e falta de similitude fática entre os casos em exame.

1.2. Inocorrência de violação ao artigo 535 do CPC. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide.

1.3 Nulidade da prova pericial não configurada. Inocorrendo as causas de suspeição ou impedimento sobre o profissional nomeado pelo juízo para realização de prova pericial, torna-se irrelevante o fato de ter sido ele indicado por uma das partes, mormente quando não evidenciada, tampouco alegada, de modo concreto, eventual mácula nos trabalhos do *expert*.

1.4 Demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgota-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), cabendo à fabricante, para desconstituir sua

responsabilidade objetiva, demonstrar uma das causas excludentes do nexo causal (art. 12, § 3º, do CDC).

Fixada pela Corte de origem a existência de nexo causal entre o defeito de fabricação que causou o estouro de pneu e o acidente automobilístico, inviável se afigura a revisão de tal premissa de ordem fática no estrito âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

1.5 Danos morais arbitrados em 1.000 salários mínimos. Valor insuscetível de revisão na via especial, por óbice da Súmula n. 7-STJ. A tetraplegia causada ao aposentado em razão do acidente automobilístico, que transformou inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples da vida, cuida-se de seríssima lesão aos direitos de personalidade do indivíduo. A indene fixada para tais hipóteses não encontra parâmetro ou paradigma em relação aos casos de morte de entes queridos.

2. *Insurgência do autor.*

2.1 O art. 950 do Código Civil admite ressarcir não apenas a quem, na ocasião da lesão, exerça atividade profissional, mas também aquele que, muito embora não a exercitando, veja restringida sua capacidade de futuro trabalho.

Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não desempenhava atividade remunerada, a base de cálculo da pensão deve se restringir a 1 (um) salário mínimo. Precedentes.

2.2 Não acolhimento do pedido de majoração do valor arbitrado a título de danos morais, em razão da incidência da Súmula n. 7-STJ. Razoabilidade do *quantum* estipulado em 1.000 salários mínimos.

2.3 Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil.

3. Recurso da fabricante conhecido em parte, e na extensão, não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial da *Goodyear Brasil Produtos de Borracha Ltda* e, nesta parte, negar-lhe provimento, e conhecer e dar parcial provimento ao recurso de *Alberto Whately Neto*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Os autos cuidam de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta por Alberto Whately Neto em face de Goodyear Brasil Produtos de Borracha Ltda., em razão de acidente decorrente de estouro do pneu traseiro direito do veículo D-20, ocorrido em data de 27.1.1996 na Rodovia Castelo Branco, sentido interior-capital, Km 40, São Paulo-SP.

Por força do sinistro, o autor sofreu “*contusão medular cervical severa, fratura de tibia e perônio à direita, fratura de costela e contusão pulmonar*”, tendo sido “*acometido de poliradiculoneurite aguda*”, encontrando-se em “*estado de tetraplegia flácida sensitivo-motora com nível T3*”. (informações da sentença - fls. 663-671)

Sentenciado o feito, com posteriores embargos de declaração, o togado julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré: a) ao reembolso as despesas médicas e hospitalares suportados pelo autor com o tratamento das lesões decorrentes do acidente, devidamente comprovadas documentalmente, até a sua morte ou recuperação, a serem apuradas em liquidação, acrescidas de correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, e juros legais, a contar de cada desembolso; b) inclusão do autor na folha de pagamento da demandada para a satisfação das despesas vincendas; c) reparação dos danos morais, no valor de 1.000 (mil) salários mínimos, com pagamento imediato e de uma só vez, tomando-se por base o valor do salário mínimo vigente na ocasião, acrescido de juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, calculados de forma simples desde a data do acidente; d) custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Irresignadas, apelaram as partes.

A ré sustentou, em síntese, a) a inexistência de prova inequívoca quanto ao defeito do produto, bem como do nexo causal entre o dano sofrido pelo autor e o suposto estouro do pneu fabricado pela acionada; b) parcialidade do perito nomeado; c) impossibilidade de liquidação por arbitramento das despesas médicas; d) excessividade do valor atribuído a título de indenização por dano moral. Postulou, ainda, que a correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre a indenização sejam calculados a partir da fixação do *quantum debeat*.

O autor, de sua vez, alegou: a) embora aposentado ao tempo do acidente, possuía capacidade laborativa, motivo pelo qual cabível a fixação de pensão vitalícia a seu favor; b) o valor arbitrado a título de dano moral não cumpre o papel de punir a ré adequadamente, tampouco inibe futuras reincidências; c) seu convênio médico, devidamente quitado, cobriu parte do tratamento, devendo os custos de manutenção do plano serem ressarcidos pela ré; d) os juros de mora sobre o valor da indenização devem ser compostos; e) os honorários advocatícios são insuficientes para remunerar o patrono constituído, haja vista o trabalho e o tempo despendidos na demanda.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso manejado pelo autor; e, deu parcial provimento ao recurso da fabricante, alterando o termo inicial da correção monetária a incidir sobre o valor da indenização por dano moral, nos termos da seguinte ementa:

Prescrição. Responsabilidade civil. Vítima de acidente provocado por defeito em pneu. Requerente que se encontrava na condição de passageiro. Fluência do prazo prescricional a partir de seu conhecimento acerca do autor do ilícito. Prescrição incorrente.

Prova. Perícia. Nomeação de profissional indicado pelo autor. Admissibilidade. Hipótese em que foram sugeridos outros nomes, nenhum deles relevando-se viável. Ré que, por sua vez, manteve-se inerte diante da paralisação do feito por falta de perito. Nulidade incorrente. Agravo retido improvido.

Responsabilidade civil. Acidente com veículo provocado por suposto estouro de pneu produzido pela ré. Fornecedor de produtos ou serviços que responde objetivamente pelos eventos decorrentes do fato do produto ou do serviço. *Expert* do juízo a apontar para um defeito de pneu como causa do evento danoso. Responsabilidade da ré caracterizada. Indenização por danos materiais e morais devida. Montante da verba fixada adequadamente. Honorários advocatícios igualmente bem arbitrados. Sentença mantida nesse ponto.

Responsabilidade civil. Indenização. Lucros cessantes. Descabimento, espécie.

Autor que vivia com rendimentos da aposentadoria muito antes do evento. Ausência de prova de que procurava novamente ingressar no mercado de trabalho. Relevância apenas dos prejuízos decorrentes direta e imediatamente do ilícito. Recurso do autor improvido.

Juros compostos. Responsabilidade civil. Indenização. Inadmissibilidade. Inexistência de prova da condenação dos representantes da ré no juízo criminal. Art. 1.544 do CC de 1916. Recurso do autor improvido.

Correção monetária. Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Incidência somente a partir da prolação da sentença que fixou o montante da condenação. Recurso da ré parcialmente provido.

Embargos de declaração opostos e rejeitados pelos acórdãos de fls. 1.182-1.188 e 1.196-1.199.

Insurgiram-se ambas as partes por meio de recurso especial.

A fabricante (fls. 1.256-1.285) alega, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 125, inciso I, 135, incisos I e V, 138, inciso III, 333, inciso I, 421 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil; 6º, inciso VIII e 12, *caput* e incisos II e III do § 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta: a) nulidade da prova pericial produzida por perito indicado pela parte autora; b) ausência de elementos contundentes capazes de afirmar a responsabilidade da fabricante pelo pagamento de indenização; no ponto, assevera que o instituto de criminalística, ente público e único órgão a ter acesso físico ao produto, firmou não estar a causa do acidente relacionada a eventual defeito do pneu, o que exclui o nexo de causalidade entre o suposto vício de fabricação e o dano sofrido pelo autor; c) excessividade do valor arbitrado a título de ressarcimento por dano moral; d) subsidiariamente, a negativa de prestação jurisdicional.

No apelo extremo do autor (1.329-1.344), alega o insurgente violação aos artigos 950 do Código Civil; 5º da LICC; 602, *caput*, 475-Q do CPC; 1.544 do Código Civil de 1916 e à Súmula n. 313 do STJ.

Pleiteia: a) seja fixado pensionamento vitalício; b) aumento do valor arbitrado a título de danos morais; c) a constituição de capital suficiente a assegurar o pagamento do *quantum* condenatório; d) incidência de juros moratórios compostos.

Contrarrazões às fls. 1.368-1.377 e 1.385-1.400.

Decisão de inadmissibilidade aos recursos especiais (fls. 1.402-1.404).

Interpostos agravo de instrumento por ambas as partes, o Ministro João Otávio de Noronha deu-lhes provimento, determinando a subida dos recursos especiais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator):

1. Recurso especial da ré

Analisa-se, preliminarmente, o recurso especial da fabricante do pneu por possuir teses prejudiciais à irresignação da parte autora.

1.1 Inicialmente, o reclamo não ultrapassa a admissibilidade no tocante ao dissenso jurisprudencial.

Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). Nesse sentido, confira-se o AgRg no Ag n. 1.053.014-RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 7.8.2008, DJe 15.9.2008.

A não-realização do necessário cotejo analítico, bem como a não-apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, como é a situação dos autos.

Ressalta-se, na hipótese sob exame, a ausência de similitude fática entre a deliberação recorrida e os acórdãos alçados a paradigma, uma vez que a temática referente à responsabilidade objetiva do fornecedor do produto defeituoso, particularidade dos autos, não foi abordada nos arestos colacionados às razões do recurso especial.

Portanto, inexistente a demonstração do dissídio jurisprudencial, não se conhece do reclamo, no ponto.

1.2 Não houve violação ao artigo 535 do CPC.

O Tribunal de origem se manifestou acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Basta ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

Ademais, não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente.

1.3 Inocorre nulidade da prova pericial realizada por *expert* indicado por uma das partes, sobretudo quando ausente prova de impedimento, suspeição, tampouco de eventual mácula no trabalho desenvolvido pelo perito.

No caso, restou evidenciada a impossibilidade de nomeação de peritos oficiais, bem como a inércia da insurgente em contribuir com a indicação de eventuais *experts*, conforme se depreende do seguinte trecho do acórdão recorrido:

Insurge-se, a ré-agravante, contra decisão que nomeou perito indicado pelo autor. *Havia, em verdade, também a indicação de outros nomes (Instituto de perícias Técnicas - IPT, UNICAMP, SENAI de São Bernardo do Campo) e nenhum deles revelou-se viável, o que foi constatado em respostas a ofícios expedidos pelo juízo.*

De qualquer forma, já a fls. 399-400 a ré havia manifestado genericamente contrariedade em relação às indicações, fundada apenas no fato de haverem sido feitas pelo autor. Por decisão de fl. 429, o Juízo repeliu a manifestação, anotando que “as indicações e sugestões feitas pelo autor são imparciais e visam apenas dar continuidade ao feito”.

O certo é que, na ocasião, o processo encontrava-se paralisado em razão da falta de perito e, tendo-se em vista, ainda, a absoluta inércia da ré diante dessa situação, afigurava-se perfeitamente admissível a nomeação do profissional indicado pelo requerente. (grifos nossos)

A prova pericial possui especial relevância na cognição do feito, razão pela qual deve se revestir das formalidades previstas em lei.

No caso, verifica-se que foram respeitados os pressupostos legais que regem a matéria, dentre eles a total independência do juízo na escolha do

perito oficial, mesmo que indicado por uma das partes. Nada impede que estas, ademais, como decorrência do direito de participarem da produção da prova, e do princípio do contraditório, promovam a indicação de assistentes técnicos e formulem quesitos, nos termos do art. 421 do CPC. Essa providência sequer foi adotada pela ora insurgente, a qual não contestou em momento algum o nome do *expert* escolhido pelo juízo. Apenas apresentou petição ratificando os quesitos formulados e o assistente técnico anteriormente indicado.

Não bastasse, não há nos autos indicação de que quando da nomeação do perito tenha havido incidente de suspeição protocolado, o que, a toda evidência, determina o não conhecimento da insurgência em razão da preclusão temporal. Com efeito, o regramento processual disciplina que o instituto da suspeição deve ser averiguado em incidente próprio.

Assim, não verificada qualquer circunstância que determine o impedimento ou a suspeição de perito indicado pelas partes, inviável é o acolhimento da apontada nulidade nesta etapa processual extraordinária, uma vez não evidenciada a parcialidade do *expert*.

É importante salientar que, segundo a jurisprudência firmada neste Superior Tribunal de Justiça, “a livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual” (REsp n. 7.870-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992).

Tal orientação decorre da adequada interpretação das normas contidas nos arts. 131 e 436 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Infere-se, portanto, que, da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexistente empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, desde que dê a devida fundamentação, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil.

Em diversas ocasiões, esta Corte Superior de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar sobre o princípio da livre convicção motivada do juiz, a exemplo dos precedentes a seguir transcritos:

Processual Civil e Sindical. Agravo regimental. Nulidade de assembléia geral extraordinária. Nulidade da sentença e do acórdão. Ausência de fundamentação. Inocorrência. 1. O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 761.067-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13.2.2006)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 do STF. Inexistência de quaisquer dos vícios dos artigos 458 e 535 do CPC. Desapropriação indireta. Prescrição extintiva. Transferência da propriedade. Sub-rogação do adquirente. Prescrição. Termo inicial. Ato lesivo. Ausência de oportunidade para apresentação dos memoriais. Inexistência de prejuízo. Acervo documental suficiente. Livre convencimento do juiz. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. (...) 6. Ao juiz cabe apreciar as provas de acordo com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC). 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp n. 681.638-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 9.10.2006)

Processual Civil. Agravo regimental. Inexistência de omissão, obscuridade, contradição ou falta de fundamentação no acórdão recorrido. Princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC). Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Impossibilidade. (...) 3. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão do acórdão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto *a quo*. (...) 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 654.298-RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 27.6.2005)

Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Súmula n. 7-STJ. Prova pericial. Necessidade. Princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada. Intimação. Nulidade que não aproveita a quem lhe der causa. Arrematação. Preço vil.

1. O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõe o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. (...) 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 705.187-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 26.9.2005)

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Constituição de servidão administrativa. Plena observância do princípio da livre convicção do juiz. 1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, conforme o disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 2. “A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual” (REsp n. 7.870-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992). (...) 5. Inexiste dúvida, portanto, de que o acórdão recorrido deu efetiva aplicabilidade às normas contidas nos arts. 131 e 436 do CPC, mediante interpretação adequada da jurisprudência desta Corte. 6. Recurso especial desprovido. (REsp n. 935.774-SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 9.2.2009)

Recurso especial. Processual Civil. Anulação da sentença. Inviabilidade. Princípio da livre apreciação das provas pelo juiz. Art. 131 do CPC. Devolutividade ampla da apelação. Art. 515 do CPC. Possibilidade de reexame da prova pelo Tribunal de Justiça. Recurso provido. Retorno dos autos à origem. 1. O magistrado fundamentou devidamente a r. sentença e analisou as provas, inclusive a pericial, a fim de aferir a existência, ou não, do direito de crédito da empresa, bem como apreciou a demanda em conformidade com os pedidos insertos na exordial. Não há, assim, falar em nulidade da sentença, porquanto, ao contrário do que foi afirmado no acórdão ora recorrido, restaram devidamente cumpridos os requisitos previstos nos incisos II e III do art. 458 do Código de Processo Civil. 2. Segundo a jurisprudência firmada neste Superior Tribunal de Justiça, “a livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual” (REsp n. 7.870-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992). (...) (REsp n. 698.392-PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21.8.2007, DJ 17.9.2007 p. 212)

Estando, pois, o acórdão recorrido em harmonia com a orientação firmada nesta Corte Superior, incide o Enunciado da Súmula n. 83-STJ, aplicável, também, às hipóteses de interposição pela alínea **a** do permissivo constitucional.

1.4 Desponta a responsabilidade civil da fabricante do pneu por não ter logrado fazer prova desconstitutiva do direito do autor (art. 333, II, do CPC).

In casu, o Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos entendeu suficientemente demonstrado o nexo de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso:

No mais, o nexo de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso restou suficientemente demonstrado nos autos.

Conforme narra a inicial, o autor foi vítima de acidente com um veículo da Marca GM, modelo D20, ano 1993, provocado por suposto estouro de pneu produzido pela ré.

Em decorrência do acidente o autor sofreu várias fraturas pelo corpo e encontra-se em **estado de tetraplegia flácida sensitivo-motora com nível T3**, locomovendo-se em cadeira de rodas. Argumenta que a ré, por fornecer produto cujo defeito causou o acidente, é civilmente responsável, nos termos do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, devendo indenizar a vítima por danos materiais e morais.

Elaborado o laudo pericial, com base nas informações obtidas no inquérito policial, em perícias anteriores e em original da foto do pneu danificado, concluiu o perito oficial, após descrever a provável dinâmica do evento danoso, que **“o rompimento da banda de rodagem do pneu dianteiro esquerdo, determinado por possível falha de fabricação, foi a causa do acidente objeto do processo em pauta”** (fl. 473). [...]

A Goodyear, por sua vez, chegou a admitir que, em relação aos pneus do mesmo modelo utilizado no veículo acidentado, produzidos entre 1988 e 1995, havia mais de 14.000 reclamações de soltura de banda de rodagem (fls. 479-480), números altos em se considerando a gravidade do defeito e a importância do produto para a segurança do veículo. Mesmo diante do considerável índice de reclamações, a fabricante não se inclinou a promover a convocação (*recall*) dos consumidores para eventual verificação e troca do produto. [...]

Cumpria à ré afastar, pois, a responsabilidade que lhe foi atribuída. Preferiu, contudo, apenas atacar a credibilidade da perícia realizada nos presentes autos, fazendo-o sem auxílio de assistente técnico. O certo é que os questionamentos levantados pela ré foram, uma a um, satisfatoriamente respondidos pelo perito (fls. 505-511).

Não se ignora que trabalho do IC (na verdade um segundo laudo daquele instituto) concluiu que “o pneu estourou provavelmente no impacto contra a calha lateral, e não antes”, e que a derivação à direita pode ter ocorrido em razão de aquaplanagem.

Para se chegar a essa conclusão, levou-se em conta apenas a “ausência de vestígios de atritamento metálico das rodas contra o leito carroçável e o acostamento” (embora nada, nem mesmo o primeiro laudo, datado de 4.9.1996 - fls. 24-25 o registrasse precisamente esse fato). De qualquer forma, inofensivo que a presença de atritamento metálico das rodas no asfalto não se apresentava

como única condição para caracterizar o rompimento do pneu dianteiro esquerdo como causa eficiente para o desastre.

A imputação à ré da responsabilidade pelo evento danoso era de rigor, pois. (grifos nossos)

Constatado que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de natureza consumerista, aplica-se a responsabilidade objetiva do fornecedor de produto defeituoso, ficando a cargo do consumidor demonstrar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC) e, ao fornecedor, o ônus de demonstrar a ocorrência de quaisquer das causas excludentes da responsabilidade (art. 12, § 3º, do CDC, c.c. 333, II, do CPC).

Logo, demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgotou-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), sendo que, para desconstituir sua responsabilidade objetiva, cabia à fabricante demonstrar uma das causas excludentes donexo causal, conforme disposto no art. 12, § 3º, do CDC.

Com efeito, a obrigatoriedade da prova de alguma das excludentes nos casos do artigo 12 do CDC decorre diretamente da lei, ou seja, a própria regra material impõe a inversão, isto é, determina que se presuma o defeito constatado o dano, passando ao fornecedor o dever de produzir a prova, *verbis*:

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

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (grifo nosso)

No caso, trata-se de responsabilidade pelo fato de produto que não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava, com o que a empresa recorrente deveria comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que, embora o tenha colocado, o defeito inexistiu ou, ainda, que a culpa foi exclusiva da vítima, como consta expressamente do artigo 12, §§ 1º e 3º do CDC. Se não se desincumbiu dessa prova, a responsabilidade está configurada.

Nesse sentido, confira-se trecho do voto condutor do REsp n. 802.832-MG, julgado na Segunda Seção, em 13.4.2011, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

No mesmo passo, os seguintes precedentes:

Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo.

Insurgência da fabricante. 1. Irresignação quanto à aplicação do art. 6º, VIII, do CDC apenas quando do julgamento de apelação cível. Tese de constituir-se a providência regra de procedimento e não de julgamento. Matéria irrelevante para deslinde da quaestio. Condenação da recorrente lastrada na falta de comprovação de causa excludente de nexo de causalidade, ensejando sua responsabilidade objetiva por fato do produto. Inocuidade da “inversão” decretada na Corte de origem, visto que o próprio sistema normativo material atribui ao fornecedor o ônus de demonstrar o rompimento do nexo causal (art. 12, § 3º, do CDC). Impossibilidade, ademais, de reexaminar fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula n. 7-STJ. 2. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de cotejo analítico entre os

julgados. Falta de similitude fática. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp n. 1.026.153-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6.12.2011, DJe 3.2.2012)

Direito do Consumidor. Consumo de Survector, medicamento inicialmente vendido de forma livre em farmácias. Posterior alteração de sua prescrição e imposição de restrição à comercialização. Risco do produto avaliado posteriormente, culminando com a sua proibição em diversos países. Recorrente que iniciou o consumo do medicamento à época em que sua venda era livre. Dependência contraída, com diversas restrições experimentadas pelo paciente. Dano moral reconhecido. [...]

Pelo sistema do CDC, o fornecedor somente se desobriga nas hipóteses de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, § 3º, do CDC), o que não ocorre na hipótese, já que a própria bula do medicamento não indicava os riscos associados à sua administração, caracterizando culpa concorrente do laboratório. [...]

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 971.845-DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 21.8.2008, DJe 1º.12.2008)

Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Cerceamento de defesa. Inspeção judicial. Responsabilidade objetiva por acidente de consumo. Fato do serviço. Conceito de consumidor. Reexame de provas. Julgamento contrário às provas dos autos. Não-configuração. Litigância de má-fé. Inocorrência. Juros moratórios. Termo inicial. Montante indenizatório. Adequação. [...]

- O fornecedor de produtos e serviços responde objetivamente pelos eventos decorrentes do fato do produto ou do serviço que provocam danos a terceiros. [...]

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 480.697-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 7.12.2004, DJ 4.4.2005, p. 300)

Civil e Processo Civil. Regimental no instrumento. Ação de indenização. Anticoncepcional Microvlar. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo. Placebo. Gravidez. Responsabilidade civil objetiva do fabricante. Vazamento no mercado de consumo. Comprovação do dano e nexos causal. Reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula n. 7-STJ. [...]

1. Reputa-se objetiva a responsabilidade causada pela recorrente, haja vista ser responsável pelo vazamento de produto sem princípio ativo no mercado de consumo. Reexaminar as conclusões da Corte *a quo* esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

[...]

(AgRg no Ag n. 1.157.605-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 16.8.2010)

Em decorrência das normas de direito material contidas no CDC, num aspecto substantivo, o ônus da prova, ou seja, a demonstração da presença de excludentes de responsabilidade acerca de fatos do produto ou serviço, publicidade abusiva, inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, dentre outros, será sempre do fornecedor, pois a ele a lei atribui deveres de prevenção, precaução, lealdade, informação etc.

Desta feita, considerando a supremacia técnica e econômica do fornecedor e sobretudo os já mencionados deveres, ínsitos à boa-fé objetiva que ambas as partes devem guardar, não só durante a execução do contrato, mas até mesmo após o exaurimento de seus efeitos, não se pode vislumbrar que a regra processual constante do artigo 333, I, do CPC, altere a gama de obrigações e deveres que se originam do sistema material de proteção ao consumidor, deslocando ao hipossuficiente a obrigação de produzir prova que a ele se revela de difícil acesso.

Por estas razões, firmada na Corte de origem, a existência do nexo de causalidade entre o defeito do pneu fornecido pela recorrente e o acidente sofrido pelo autor, opera-se a responsabilidade civil da fabricante, sendo inviável a rediscussão do tema, visto que a tanto se opõe o óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

Nesse sentido:

Agravo interno. Agravo de instrumento. Ação de indenização. Venda de produto inadequado. Constatação por perícia técnica. Danos materiais. Incidência do CDC. Hipossuficiência do autor. Ausência de prequestionamento. Responsabilidade objetiva. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. [...]

II. A discussão quanto à ocorrência de defeito de fabricação e caracterização da relação de consumo demanda o reexame de matéria fática, circunstância obstada pela Súmula n. 7 desta Corte.

III - Agravo improvido.

(AgRg no Ag n. 803.555-PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.9.2008, DJe 30.9.2008)

1.5 No tocante ao apontado valor excessivo dos danos morais, igualmente, não merece guarida a irresignação. A indenização arbitrada pelo Tribunal Paulista em 1.000 (um mil) salários mínimos não escapa à razoabilidade.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor arbitrado a título de danos morais é possível quando exorbitante ou insignificante o *quantum* estipulado, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.220.686-MA, Rel. Ministro *Raul Araújo*, Quarta Turma, DJe 6.9.2011 e AgRg no AREsp n. 57.363-RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe 2.12.2011.

No caso em análise, diferentemente dos casos de morte de ente querido, é à *própria vítima* do evento que se visa reparar.

O aposentado que passou, num instante, de senhor saudável, forte, à pessoa portadora de necessidades especiais com “*tetraplegia flácida sensitivo-motora com nível T3*”, sem poder mover suas pernas, braços e sem a capacidade para, sozinho, lidar até mesmo com sua higiene pessoal.

O Min. Mauro Campbell, no julgamento do REsp n. 1.044.416-RN, em hipótese assemelhada a dos autos, considerou que nas demandas em que se busca a indenização da própria vítima, são inaplicáveis os paradigmas desta Corte para casos de falecimento de ente querido:

Nesta hipótese, toda a sua vida, da forma como a conheceu, modificou-se, tornando-se limitada pela abrupta perda de grande parte de seus movimentos, capacidade sexual e controle sobre as funções urinárias e intestinais. Sua vida estará, tanto do ponto de vista subjetivo, como do ponto de vista objetivo, irremediavelmente modificada.

Da mesma forma, não é possível medir a dor dos familiares próximos do recorrido, ao vê-lo naquela condição. Seus pais e irmãos, que dele cuidarão todos os dias, também terão de aceitar essa nova condição. Para todos os envolvidos, portanto, a situação é grave.

Não creio que, numa hipótese como esta, seja razoável reduzir a indenização fixada para os patamares usualmente praticados por esta Corte para ilícitos dos quais decorre a morte da vítima. (grifo nosso)

No mesmo sentido é o precedente da Min. Nancy Andrighi:

Direito Civil. Reparação do dano moral. Policial militar ferido dentro de agência bancária durante repressão a assalto, tendo sido atingido por tiro proveniente do revólver portado pelo vigia do banco. Treinamento e disponibilização de vigilantes promovidos por empresa terceirizada, e não pela própria instituição financeira. Irrelevância. Responsabilidade do banco. Danos causados ao policial atingido: tetraplegia. Dano de grande monta. Diferença fundamental entre o

dano causado por esse tipo de seqüela, que atinge a própria vítima, e o dano moral dos familiares em hipótese de morte de ente querido. Indenização que deve ser fixada em patamar compatível com a dor sofrida pela vítima, e com o potencial econômico da instituição financeira que causou a lesão.

- As agências bancárias apresentam risco inerente à sua atividade, de modo que a Lei prevê de maneira minuciosa os procedimentos de segurança a que estão obrigadas, para resguardar os que se encontram em suas dependências contra a violência decorrente de assaltos.

- Os vigilantes que as instituições são obrigadas, por Lei, a manter em suas agências, podem ser treinados e contratados pelo próprio banco, ou por empresas terceirizadas. De um modo ou de outro, a instituição financeira permanece responsável perante terceiros por todos os danos causados no interior das agências.

- Na hipótese em que um vigilante de empresa terceirizada que trabalha em agência bancária promove disparos desnecessários durante procedimento de repressão a assalto e atinge, inadvertidamente, policial militar que trabalhava no combate ao crime em andamento, o banco deve responder pela lesão.

- *A tetraplegia causada ao policial de 24 anos, que transforma inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples como o de ir ao banheiro, de alimentar-se, de beber água, de tomar o filho pequeno no colo etc., é grave e não encontra paradigma em hipóteses de falecimento de entes queridos.*

Quando se indeniza um familiar em decorrência do evento morte, o dano que se visa a reparar é o do sofrimento pela perda de um terceiro, e não a morte, propriamente dita. Já na tetraplegia, é a própria vítima que se busca indenizar.

- A constituição de capital não deve ser cumulada à inclusão da vítima em folha de pagamento. Tendo sido deferida a primeira, é imperioso que se afaste a segunda, sob pena de onerar demasiadamente o causador do dano.

Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos.

(REsp n. 951.514-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.10.2007, DJ 31.10.2007, p. 338) - grifo nosso

No precedente acima citado, os integrantes da Terceira Turma mantiveram o valor indenizatório fixado na origem em 3.000 salários mínimos, apenas procedendo à conversão do montante à quantia de R\$ 1.140.000,00 (um milhão, cento e quarenta mil reais).

Desta forma, ausente flagrante inadequação do valor fixado nas instâncias ordinárias, não se justifica a excepcional intervenção desta Corte, de modo a reduzir a condenação.

2. Recurso especial do autor.

O recurso merece prosperar em parte.

2.1 Assiste razão ao recorrente no tocante ao pleito de pensionamento por diminuição de capacidade laborativa.

No caso, o Tribunal de origem assim consignou:

Também não comporta reparo a sentença no ponto em que afasta a pretensão do autor aos lucros cessantes decorrentes da perda de sua capacidade laborativa.

É verdade que esta Primeira Câmara já decidiu que o fato de ser a vítima beneficiário da Previdência Social não exclui, por si só, a condenação do responsável pela lesão no pagamento de pensão vitalícia [...].

Ocorre que, nos presentes autos, nada indica que o autor exercia ou devesse exercer atividade remunerada. Mantinha sua vida com os benefícios da aposentadoria, obtida cinco (5) anos antes do acidente, e, embora alegue que tencionava trabalhar novamente, inexistente demonstração de que havia apresentado ou recebido propostas nesse sentido.

Albergar a pretensão aos lucros cessantes, na especialidade vertente, equivaleria a considerar, independentemente de todas as vicissitudes da vida, todo o potencial de ganhos da vítima, ainda que pouco prováveis ou desnecessários à sua manutenção antes do evento danoso.

Como cediço, só os prejuízos decorrentes direta e indiretamente do ilícito ensejam indenização, não os hipotéticos, duvidosos ou remotos, dele indireta ou reflexamente derivados.

A legislação civil não delimita o campo de abrangência do que se entende por capacidade laborativa. A lei admitiu ressarcir não apenas a quem, na ocasião da lesão, exerça atividade profissional, mas igualmente aquele que, muito embora não a exercitando, veja restringida a sua “capacidade” de futuro trabalho.

Nesse sentido é o artigo 950 do Código Civil:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Desta forma, a circunstância de estar o autor, ao tempo do acidente, já aposentado, não exclui o seu direito ao recebimento da pensão, que vai fixada,

razoavelmente, em 1 (um) salário mínimo mensal vitalício, nos termos do entendimento assente desta Corte Superior.

Confirmam-se:

Civil e Processual. Ação de indenização. Acidente ferroviário. Lesão que incapacitou a vítima para o trabalho. Culpa concorrente. Embargos declaratórios. Multa. Exclusão. Pensão mensal vitalícia. Possibilidade. Dano estético e moral. Cumulação. Sucumbência recíproca. Honorários. Compensação. Possibilidade. CPC, art. 21. Incidência da Súmula n. 306-STJ. [...]

II. É devida pensão mensal vitalícia, de 01 (um) salário mínimo, à vítima que ficou incapacitada para o trabalho, mesmo que não exercesse, à época do acidente, atividade remunerada. [...]

VII. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 711.720-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 24.11.2009, DJe 18.12.2009)

Responsabilidade civil. Recurso especial. Dano moral e estético. Cumulação. Possibilidade. Valor arbitrado exagerado. Redução. Base de cálculo da pensão. Juros de mora. Incidência. Honorários advocatícios. Inclusão do capital necessário para constituição de capital. Impossibilidade. [...]

2. A base de cálculo da pensão deferida em razão da redução da capacidade laborativa de vítima que não exerce atividade remunerada deve se restringir a 1 (um) salário mínimo. [...]

6. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, providos.”

(4ª Turma, REsp n. 519.258-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJe de 19.5.2008)

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Fixação de verba indenizatória a título de danos morais. Possibilidade de revisão pelo STJ em caráter excepcional. Perda parcial de capacidade laborativa. Vítima que não exercia atividade remunerada à época do fato danoso. Valor da pensão vitalícia. Necessária revisão. Juros. Termo inicial. Súmula n. 54 desta Corte. Correção monetária. Termo inicial. Data da prolação da decisão que estipulou as indenizações. [...]

3. Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não exercia atividade remunerada, o rendimento vitalício costuma ser fixado em um salário-mínimo. Precedentes.

(2ª Turma, REsp n. 703.194-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, unânime, DJe de 16.9.2008)

Consequentemente, tendo em vista a procedência do pedido indenizatório, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado, nos termos do Entendimento Sumulado n. 313-STJ.

2.2 Relativamente ao pedido de majoração dos danos morais, não merece guarida a irresignação, face a incidência do Enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para a quantificação do dano moral, esta Corte Superior tem reiteradamente se pronunciado no sentido de a indenização deve ser suficiente a restaurar o bem estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido.

Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o *quantum* fosse irrisório ou excessivo, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (REsp n. 259.816-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27.11.2000).

Dessa forma, para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e deduzir ser irrisório o *quantum* indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ). Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.220.686-MA, Rel. Ministro *Raul Araújo*, Quarta Turma, DJe 6.9.2011 e AgRg no AREsp n. 57.363-RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, DJe 2.12.2011.

2.3 Igualmente, não prospera a irresignação no tocante ao pleito de juros compostos, porquanto é inviável a sua cobrança quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil, como é o caso dos autos.

Os juros compostos a que aludia o artigo 1.544 do Código Civil de 1916 eram devidos quando a obrigação de indenizar resultasse de ilícito penal e só

eram exigíveis daquele que efetivamente o tivesse praticado, pressupondo-se, sempre, a existência de sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do entendimento consolidado na Súmula n. 186-STJ.

Nesse sentido:

Responsabilidade civil. Linha férrea. Acidente entre composição ferroviária e automóvel. Sinalização. Responsabilidade da concessionária de serviços ferroviários. Culpa concorrente. Luto. Comprovação. Desnecessidade. Fixação em parâmetro compatível. Juros de mora. Termo inicial. Súmula n. 54 do STJ. 13º salário. Exercício de atividade remunerada. Pensionamento. Morte de filho(a) de companheiro(a) e de genitor(a). Cabimento desde a data do óbito. Juros compostos. Vedação. Valor do dano moral. Súmula n. 7 do STJ. Constituição de capital. Possibilidade.

1. Colisão entre trem e automóvel em passagem de nível que, embora ocasionada por imprudência do motorista do automóvel, poderia ter sido evitada se no local houvesse sinalização adequada, impõe também à concessionária de transporte ferroviário a responsabilidade civil perante terceiro prejudicado, uma vez que a sinalização de ferrovias relaciona-se com o negócio de exploração de transporte ferroviário. [...]

8. Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil. [...]

11. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp n. 853.921-RJ, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Quarta Turma, julgado em 16.3.2010, DJe 24.5.2010)

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação de indenização. Contaminação por asbesto. Óbito. Nexo causal identificado. Prova. Suficiência. Reexame. Impossibilidade. Pensão. Cálculo. Motorista autônomo. Inexistência de vínculo empregatício. Exclusão do 13º salário e gratificação de férias. Juros compostos. Ilícito de natureza civil. Exclusão. Súmulas n. 7 e n. 186-STJ. [...]

IV. Indevidos juros compostos, porquanto a espécie dos autos é de ilícito de natureza eminentemente civil.

V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (Quarta Turma, REsp n. 507.521-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 29.6.2009.)

Responsabilidade civil. Indenização. Atropelamento. Morte. Juros compostos. Sentença criminal. Necessidade.

Os juros compostos a que aludia o artigo 1.544 do Código Civil então vigente são devidos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito penal e só são

exigíveis daquele que efetivamente o tiver praticado, pressupondo-se, sempre, a existência de sentença condenatória transitada em julgado.

Recurso especial não conhecido. (Terceira Turma, REsp n. 221.717-SP, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 10.5.2004.)

3. Diante do exposto: a) conheço em parte, e na extensão, nego provimento ao recurso especial da fabricante do pneu; b) conheço e dou parcial provimento ao recurso especial do autor para fixar pensão mensal vitalícia em 1 (um) salário mínimo, determinando que o réu constitua capital para o pagamento do pensionamento.

Mantidos os ônus sucumbenciais fixados no acórdão.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, saudando o Professor Manoel Alceu, acompanho o voto do eminente Relator.

Conheço em parte do recurso especial da fabricante e, nessa extensão, *negou-lhe provimento e conheço* do recurso especial do autor e *dou-lhe parcial provimento*.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, eu não colocaria a questão exatamente nesses termos. Penso que a tetraplegia para a vítima pode até ser pior do que a morte. Mas há casos em que a dor para familiar da vítima é também extrema. Figuro, como exemplo hipotético, a dor da mãe que perde o filho único e que não possa mais ter filhos porque perdeu o útero. Penso que o cerne da questão não está em comparar todas as tetraplegias com todas as mortes. Acho que, realmente, o dano moral precisa ser ponderado caso a caso. O Superior Tribunal de Justiça deve dar alguns parâmetros.

Nesse caso específico, penso que deve ser levado em conta, como bem destacado pelo advogado da tribuna, que o causador do dano é uma empresa de grande patrimônio e a indenização não vai levá-la à falência ou a um distúrbio na sua atividade, como seria se o causador do dano fosse um pai de família de economia modesta que tivesse atropelado uma pessoa, causando tetraplegia, e fixássemos esses mil salários mínimos. Nesse caso, poderia faltar condições

de sobrevivência para a família do causador do dano. Então, penso que temos de pesar também as possibilidades econômicas daquele que vai arcar com a indenização por dano moral.

Nesse caso, penso que deve ser levado em consideração, para se justificar esse valor, o porte do causador do dano, a gravidade das consequências para a vítima, que foi enorme, mas, sobretudo, o caráter punitivo e o caráter pedagógico da indenização. Isso porque consta do acórdão recorrido que a empresa *Goodyear* chegou a admitir, em relação aos pneus do mesmo modelo utilizado no veículo acidentado, produzidos entre 1988 e 1995, que havia mais de quatorze mil reclamações de soltura de bandas de rolagem, números altos em se considerando a gravidade do defeito e a importância do produto para a segurança do veículo. Mesmo diante do considerável índice de reclamações, a fabricante não se inclinou a promover a convocação (*recall*) dos consumidores para a eventual verificação e troca do produto.

Então, penso que a negligência da empresa foi extremamente acentuada, que já havia um índice de reclamações enorme, não se podendo deixar de considerar que pode ter sido mais econômico para a empresa conviver com as reclamações do que fazer o *recall*. Aí o caráter pedagógico. Quando se trata de uma grande empresa que está no mercado, ela tem que pagar uma indenização alta o suficiente para que perceba que é mais conveniente fazer o *recall* do que arcar com indenizações de vítimas.

Acompanho, portanto, a conclusão do voto do Relator, tendo em vista as circunstâncias desse caso.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Gustavo Tepedino*¹

A expansão de eficácia do art. 950, Código Civil, pelo Superior Tribunal de Justiça: Anotações ao Resp n. 1.281.742 – SP

¹ Professor Titular e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. O autor agradece ao acadêmico da Faculdade de Direito da UERJ Francisco de Assis Viégas, bolsista de iniciação científica do CNPq, pela valiosa colaboração na pesquisa e revisão do texto.

SUMÁRIO: 1. A hipótese em conflito; 2. A exegese do art. 950, CC, e a extensão de sua incidência; 3. O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado na legalidade constitucional.

1. A hipótese em conflito.

O caso julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13.11.2012, sob a Relatoria do eminente Ministro Marco Buzzi, refere-se à ação de indenização por danos materiais e morais proposta em virtude de acidente automobilístico causado por estouro de pneu defeituoso fabricado pela empresa ré, levando o autor, aposentado, a estado de tetraplegia.

O juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a ré, em síntese estreita: (i) ao reembolso das despesas médicas e hospitalares suportadas pelo autor com o tratamento das lesões decorrentes do acidente; e (ii) à reparação dos danos morais, no valor de 1.000 (mil) salários mínimos, com pagamento imediato e de uma só vez, tomando-se por base o valor do salário mínimo vigente na ocasião, acrescido de juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, calculados de forma simples desde a data do acidente. Autor e réu apelaram da decisão. O TJ/SP negou provimento ao recurso autoral, que pretendia a majoração do valor da compensação por dano moral e o estabelecimento de pensão vitalícia, na forma do art. 950 do CC, e julgou parcialmente procedente o recurso da ré, apenas para alterar o termo inicial da correção monetária, a incidir a partir da sentença condenatória.

Em sede de recurso especial, o autor reiterou o pleito de fixação de pensão vitalícia. Já a ré buscou desconstituir sua responsabilidade. O acórdão da 4ª Turma acolheu responsabilidade civil da empresa fornecedora de pneus, considerando o delineamento fático traçado nas instâncias de origem, a corroborar o nexo de causalidade entre o dano e o defeito no produto. Por reconhecer a relação de consumo, julgou ser objetivamente responsável a fabricante, que não logrou êxito em apontar excludentes do nexo de causalidade (art. 12, § 3º, do CDC). No que tange ao valor arbitrado a título de dano moral, o STJ perfilhou entendimento, já consolidado, no sentido de que a revisão do valor arbitrado a título de danos morais só é possível quando exorbitante ou insignificante o *quantum* estipulado, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, manteve o valor fixado pelo Tribunal *a quo*. Asseverou que, sendo beneficiária da indenização a própria vítima do dano, o valor deve ser superior àquele usualmente fixado nos casos de morte da vítima, em que os indenizados são os familiares.

Quanto à pensão por diminuição da capacidade laborativa, a Corte Superior, no sentido de ampliar a proteção da vítima, reformou o acórdão do TJ/SP. O Tribunal de origem considerou que o fato de o autor ser beneficiário da Previdência Social e a ausência de comprovação de proposta de emprego vigente à data do acidente abalariam a certeza do dano, a impossibilitar a indenização. O STJ, com fundamento no art. 950 do CC, garantiu o direito do autor ao recebimento de pensão mensal vitalícia, em valor correspondente a 1 (um) salário mínimo, à vista da restrição à sua capacidade de trabalho.

2. A exegese do art. 950, CC, e a extensão de sua incidência.

Dois aspectos do acórdão ora analisado merecem atenção do intérprete. O primeiro diz respeito ao entendimento segundo o qual o valor da indenização à vítima do dano deve ser superior, como regra, àquele que seria devido aos familiares da vítima em caso de acidente fatal. O segundo relaciona-se à interpretação do art. 950 do Código Civil, notadamente da expressão “ou se lhe diminua a capacidade de trabalho” como uma hipótese de dano autônomo.

Quanto à primeira questão, o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado, reiteradamente, que as particularidades da lesão à personalidade da própria vítima tornam o dano mais intenso do que o sofrido por parentes ou entes queridos mesmo se estes, por direito próprio, fazem jus ao ressarcimento por danos morais. Afinal, mostra-se intuitivo que os bens da personalidade são atingidos mais dramaticamente quando a própria pessoa é quem é lesionada, condenada a sobreviver com limitações gravíssimas, ainda que os laços afetivos tornem dolorosos a perda e o sofrimento de entes queridos. Ao propósito, destacou-se, no acórdão, que “no caso em análise, diferentemente dos casos de morte de ente querido, é à própria vítima do evento que se visa reparar. O aposentado que passou, num instante, de senhor saudável, forte, à pessoa portadora de necessidades especiais com *‘tetraplegia flácida sensitivo-motora com nível T3’*, sem poder mover suas pernas, braços e sem a capacidade para sozinho, lidar até mesmo com sua higiene pessoal”.² O acórdão invoca, na mesma direção, o REsp 1.044.416/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, que reafirmou a inaplicabilidade, nos casos de lesão sofrida pela própria vítima, dos “paradigmas desta Corte para casos de falecimento de ente querido”.³

² Trecho transcrito do item 1.5 do voto condutor.

³ Nesta direção, v., ainda, STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.345.471/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11.2.2014, em que restou consignado no voto da eminente Ministra relatora: “A

Quanto à previsão do art. 950, que prevê tipologia específica de danos materiais (cumuláveis, portanto, e independentes dos danos morais a serem liquidados), o acórdão, de forma arguta, separou as hipóteses de danos cogitadas na primeira parte do dispositivo, no caso de defeito resultante da ofensa sofrida.⁴ A primeira delas é caracterizada se “o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão”. Tal não é a hipótese dos autos, já que a vítima se encontrava aposentada. A segunda parte do conteúdo prescritivo, contudo, separada pela conjunção “ou”, é deflagrada quando “se lhe diminua a *capacidade* de trabalho”.⁵ Cuida-se de modelo normativo imposto pelo legislador de forma objetiva, que não requer prova do trabalho efetivo, mas tão somente a verificação da extensão da lesão, a ponto de reduzir a capacidade laborativa.⁶

A solução do acórdão em análise, portanto, mostra-se feliz por assegurar a indenizabilidade, nos termos do dispositivo, sempre que houver redução da capacidade laborativa, não adicionando, no plano interpretativo, qualquer outro elemento, não previsto pelo legislador, para a incidência do dever de indenizar, desde que presentes, evidentemente, a conduta lesiva e o nexo de causalidade entre essa conduta imputável e o efeito danoso.⁷

A orientação confirma tendência jurisprudencial que, em benefício da vítima dos acidentes, distingue as verbas resultantes da reparação civil daquelas

utilização de dissídios relacionados a evento morte se mostra imprópria para fixação de indenizações morais e estéticas decorrentes da incapacitação física por ato ilícito. Nesse caso, indeniza-se a própria vítima por um sofrimento que irá experimentar por toda a vida, ao passo que a indenização por morte é concedida aos seus familiares, em decorrência da dor experimentada pela perda do ente querido”.

⁴ Também em doutrina tem-se estremado as duas hipóteses, independentes uma da outra: “Para o recebimento da pensão não se faz necessária a perda do emprego, como na hipótese de funcionário público, ou a redução dos vencimentos da vítima, pois o dever de indenizar decorre exclusivamente da perda da capacidade laborativa” (Rogério Donnini, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 8, coord. Thereza Alvim; Arruda Alvim, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 472).

⁵ Significativa mostra-se a alteração da redação do dispositivo atual em relação à previsão equivalente do art. 1.539 Código Civil de 1916, no qual se lia: “ou se lhe diminua o *valor* do trabalho” (grifou-se).

⁶ Especificamente quanto à situação do aposentado, anotou-se: “Quem se aposentou, mas ainda pode exercer alguma atividade remunerada, preenche os requisitos para pedir a pensão a que se refere o dispositivo. Seria um contrassenso não admitir que a pensão fosse possível em tal situação” (Carlos Alberto Menezes Direito; Sérgio Cavalieri Filho, *Comentários ao novo Código Civil*, v. 13: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 463).

⁷ Ao propósito, anota Claudio Luiz Bueno de Godoy, *Código Civil Comentado*, coord. Cezar Peluso, Barueri: Manole, 2013, p. 892: “Mesmo aos menores se vem reconhecendo a indenização presente, ainda que não trabalhem, se a lesão prejudica o exercício de qualquer profissão. A perda da capacidade de produzir renda é, de fato, um dano certo”.

decorrentes de fonte previdenciária, como ocorre na hipótese de dependentes econômicos de vítimas fatais de acidentes.⁸ Nestes casos, não obstante receberem pensão vitalícia, os dependentes das vítimas fazem jus à indenização devida, não havendo aqui *bis in idem* em razão justamente da diferenciação das fontes obrigacionais. Na esteira do mesmo entendimento, o ressarcimento obtido contra o empregador por acidentes de trabalho não é reduzido em razão da indenização securitária auferida pelo mesmo empregado, vítima do acidente, tendo em vista a dualidade de fontes.⁹

Interessante lembrar, ao passar-se em revista a evolução jurisprudencial, que, em 1974, quando competia ao Supremo Tribunal Federal a uniformização do direito federal infraconstitucional, firmou-se o entendimento de que “não é de se deduzir do quantum da indenização a importância correspondente a benefício previdenciário, direito inalienável da família do contribuinte”.¹⁰

3. O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado na legalidade constitucional.

A decisão em análise mostra-se eloquente, a revelar, a um só tempo, a consagração de tese ampliativa do ressarcimento de danos e, de outra parte, a preocupação com os requisitos legais da responsabilidade civil, potencializando-se as opções valorativas do legislador, informadas pelo princípio da solidariedade social, sem, contudo, desconsiderar os limites definidos pelo art. 950. Afinal, como já se sublinhou em outra sede, nem mesmo “a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o superdimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um

⁸ Ilustrativamente, v. STJ, REsp 776.338/SC, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 6.5.2014, de onde se extrai do voto condutor que “o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba”. Na mesma direção: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.292.983/AL, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, julg. 1.3.2012.

⁹ O STJ possui entendimento consolidado no sentido de que “a percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito” (AgRg no REsp 1.295.001/SC, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 25.6.2013). No mesmo sentido: STJ, AgRg no Ag 1.239.557/RJ, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 9.10.2012; STJ, AgRg no AREsp 104.823/SP, 4ª T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. 6.9.2012.

¹⁰ RE 79.446/RS, 1ª T., Rel. Min. Djaci Falcão, julg. 29.10.1974.

dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima”.¹¹

Nessa perspectiva, a decisão tem o mérito de evitar que o art. 950 se reduza à simples previsão de ressarcimento pela remuneração não percebida em contratos de trabalho em curso, hipótese que, a rigor, talvez nem justificasse dispositivo específico, já estando contida na cláusula geral de ressarcimento integral de que trata o art. 944, Código Civil, que abrange os lucros cessantes previstos pelo art. 402. Já a liquidação de danos objetivamente identificados pela redução da capacidade de trabalho *tout court* revela o conteúdo prescritivo efetivamente singular do art. 950, que elege verba indenizatória autônoma pela perda de aptidão laborativa independentemente da situação econômica, social, de gênero ou de idade. Sob esse prisma, pode-se afirmar que a decisão em tela promove os princípios da solidariedade e da isonomia, evitando-se discriminação quanto ao potencial laboral do idoso, da mulher ou de pessoas com necessidades especiais, que, de uma forma ou de outra, tivessem reduzidas as suas forças físicas. Eis, em última análise, a sinalização que se extrai do acórdão em referência, na esteira da extraordinária reconstrução do direito privado para a qual a contribuição do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, tem sido notável desde a sua criação.¹²

¹¹ *Editorial*, in *Revista trimestral de direito civil*, v. 24, out/dez 2005, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. v, onde se observa, ainda: “A indenização imposta sem a observância dos seus pressupostos representa, a médio prazo, o colapso do sistema, uma violência contra a atividade econômica e um estímulo ao locupletamento”.

¹² Cf. *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*, coord. Ana Frazão e Gustavo Tepedino, São Paulo: RT, 2011, *Apresentação*, onde se registra: “Desde a sua criação, em 1989, o STJ prestou extraordinária contribuição na reconstrução do direito civil à luz da recém promulgada Constituição cidadã de 1988. A 2ª Seção, especialmente, teve a ocasião de perceber, com argúcia, as profundas transformações do direito privado e, de maneira avançada em relação à grande parte da doutrina e jurisprudência até então dominantes, propiciou diálogo profícuo com o direito civil contemporâneo”.

RECURSO ESPECIAL N. 1.288.008-MG (2011/0248142-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Antonio Rodrigues Cordeiro

Advogado: Heloisa Helena Costa Nascimento

Recorrido: Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S/A

Advogado: Renata Carvalho Lopes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Acidente de consumo. Explosão de garrafa perfurando o olho esquerdo do consumidor. Nexo causal. Defeito do produto. Ônus da prova. Procedência do pedido. Restabelecimento da sentença. Recurso especial provido.

1 - Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões.

2 - Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC (*"bystander"*).

3 - Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja.

4 - Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante.

5 - Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC.

6 - Recurso especial provido, julgando-se procedente a demanda nos termos da sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça,

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha (voto-vista) e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: *Antonio Rodrigues Cordeiro* interpôs recurso especial contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O recorrente ajuizou ação indenizatória em face de *Primo Schincariol Industria de Cervejas e Refrigerantes S.A.* em razão de acidente de consumo, decorrente de explosão de garrafa de cerveja que lhe causou lesão permanente no olho esquerdo. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos.

Em sua inicial, a parte recorrente relatou que, 6 de setembro de 2002, no dia seguinte a entrega dos produtos, ao retirar as garrafas de cerveja de um engradado para adicioná-las em um freezer, uma garrafa estourou, causando-lhe a dilaceração da pálpebra inferior esquerda, bem como do olho esquerdo, ocasionando-lhe a perda do conteúdo ocular com a colocação de prótese. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos decorrentes do acidente de consumo.

Citada, a empresa recorrida apresentou contestação alegando a inexistência de relação de consumo entre as partes, a inexistência de responsabilidade objetiva e a conseqüente inaplicabilidade do Código de Defesa Consumidor, requerendo, ainda, a aplicação da pena de multa de litigância de má-fé.

Durante a instrução, foram realizadas três perícias técnicas.

As duas primeiras foram perícia médicas para exame das lesões sofridas pelo autor.

A primeira delas constatou a debilidade e deformidade permanente do sentido da visão, confirmando a ausência da íris e pupila do globo ocular esquerdo, bem como atestando que o autor foi vítima de acidente com garrafa de cerveja no olho esquerdo, em 2002, tendo sido submetido à cirurgia, tendo

evoluido com atrofia do globo ocular esquerdo e visão zero neste olho, sendo irreversível este quadro (e-STJ Fls. 326-327).

A segunda perícia médica, no mesmo sentido da primeira, confirmou que o autor é portador de prótese ocular no olho esquerdo; portador de evisceração (perda total) do globo ocular esquerdo; que a lesão é passível de ter sido produzida por instrumento perfuro-cortante; que estilhaços de vidro podem provocar a laceração da pele e outros tecidos como globo ocular; que a capacidade visual do autor está em 50%, reduzindo sua capacidade laboral (visão monocular), em caráter irreversível (e-STJ Fls. 352-353).

A terceira perícia técnica foi realizada junto à linha de produção da empresa demandada, concluindo que o processo de produção da Schincariol na linha inspecionada é eficiente e segura para processar a eliminação de garrafas de vidro que apresente defeito potencialmente crítico que possam comprometer a resistência necessária das garrafas que são enviados aos fornecedores. (e-STJ Fls. 358-397).

Encerrada a instrução, sobreveio sentença que, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, por considerar o autor consumidor equiparado, vítima do evento danoso, com base no artigo 17 deste diploma legal, julgou parcialmente procedentes os seus pedidos, condenando a empresa demandada a indenizá-lo em:

- (i) R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) pelos danos morais sofridos;
- (ii) R\$ 25.000,00 (vinte cinco mil reais) pelos danos estéticos;
- (iii) R\$ 394,50 (trezentos e noventa e quatro reais e cinquenta centavos) pelos danos materiais, conforme recibos;
- (iv) um salário mínimo por mês, desde a data do acidente até a data prevista para que o autor complete 70 (setenta) anos de idade, a título de pensão correspondente à importância da redução da capacidade para o trabalho, considerando que, embora a lesão seja definitiva, a parte autora teria outros meios de sobrevivência;
- (v) custas e honorários de sucumbência arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação.

Irresignadas, as partes apelaram ao Tribunal *a quo* postulando a reforma da sentença.

Em suas razões, a empresa demandada aduziu que a prova realizada nos autos evidenciou a ausência de falhas na linha de produção da cerveja fabricada

pela ré, atestando a segurança do produto que, segundo alega, não explode sem a provocação de atrito e choque. Alegou ainda que a prova documental produzida evidencia que a recorrente emprega tecnologia de ponta na fabricação de seus produtos. Sustentou a falta de credibilidade da prova testemunhal carreada aos autos. Afirmou que a incidência da responsabilidade objetiva não isenta a parte autora de provar que os vidros que feriram seu olho de fato teriam advindo do estouro da garrafa de cerveja. Assinalou ademais que o autor não é consumidor, mas sim comerciante, estando como tal, do mesmo modo que o fabricante, sujeito ao risco do negócio. Em outro vertente, assinalou que a perícia médica demonstrou que o acidente que afetou o globo ocular do autor não o torna inapto para o trabalho.

Por outro lado, em razões do apelo adesivo, a parte autora postulou majoração do *quantum* indenizatório.

O Tribunal de origem, dando provimento à apelação da empresa demandada, julgou prejudicado o apelo adesivo do autor, em acórdão ementado nos seguintes termos:

Responsabilidade civil. Acidente por fato do produto. Nexo de causalidade entre o defeito e o dano experimentado. Demonstração. Necessidade. - Para que reste configurada a responsabilidade por fato do produto é imprescindível a demonstração do nexos de causalidade entre o defeito da coisa e o dano experimentado.

Em suas razões, no recurso especial, a parte recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os artigos 4º, I, 6º, VIII, 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor; 927 e 931 do Código Civil, 333, I e 131 do Código de Processo Civil, além de apontar dissídio jurisprudencial. Sustentou que os fatos da causa, interpretados em consonância com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, evidenciam a responsabilidade objetiva da empresa recorrida. Sustentou a necessidade de inversão do ônus da prova, nos termos da legislação consumerista, questionando a interpretação conferida às provas coletadas no processo levado a efeito pela Câmara julgadora, insistindo no seu direito à indenização pleiteada. Alegou a ocorrência de dissídio jurisprudencial acerca do tema. Pediu o provimento do recurso especial, inclusive com a elevação do valor da indenização por danos morais.

Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. Merece provimento o presente recurso especial.

A polêmica central do processo situa-se em torno da responsabilidade civil da empresa fabricante de cerveja em razão de acidente de consumo, decorrente de explosão de uma garrafa de cerveja que causou lesão grave e permanente no olho esquerdo do autor, ora recorrente.

Inicialmente, deve-se reconhecer a plena aplicabilidade do microsistema normativo do consumidor, instituído pela Lei n. 8.078/1990, ao caso.

A circunstância de se tratar de comerciante, que se lesionou com o estouro da garrafa de cerveja no momento em que a manuseava em seu estabelecimento comercial, não afasta a condição de consumidor, em face da regra de extensão do art. 17 do CDC, que ampliou o conceito básico de consumidor do art. 2º da Lei n. 8.078/1990.

Efetivamente, a regra do art. 17 do CDC é um dos momentos em que houve ampliação do conceito básico de consumidor para efeito da responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço, equiparando “aos consumidores todas as vítimas do evento”:

Art. 17 - Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Assim, toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC, abrangendo os chamados *bystanders*, na terminologia da *common law*, que são os terceiros que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço.

No conceito de *bystander* estão abrangidos tanto o usuário direto do bem adquirido por outro consumidor, como a empregada doméstica que está trocando o botijão de gás defeituoso que explode em suas mãos, quanto o espectador ou o transeunte anônimo que se encontra nas imediações do local do evento no momento que se manifesta o defeito, como é o caso clássico de acidente de consumo de um automóvel desgovernado pelo estouro de um pneu defeituoso que vai atingir um pedestre na calçada. Enfim, são as vítimas ocasionais ou anônimas de um acidente de consumo.

A análise rigorosa das cadeias contratuais de consumo, desde a fabricação do produto, passando pela rede de distribuição, até chegar ao consumidor final, mostra que, freqüentemente, as vítimas ocasionais de acidentes de consumo não têm qualquer tipo de vínculo efetivo com o fabricante.

No rigor da regra restritiva do artigo 2º, *caput*, do CDC, o *bystander* ficaria fora da proteção conferida pelo legislador, pois não é destinatário final do bem ou serviço que lhe causou o dano.

Essas vítimas, porém, são abrangidas por força da regra de extensão do art. 17 do CDC, tendo, inclusive, legitimidade para acionar diretamente o fornecedor responsável pelos danos sofridos.

Uma questão relevante que tem sido enfrentada pela doutrina refere-se à extensão da responsabilidade do fornecedor em relação à vítima profissional, que não se enquadra no conceito básico de consumidor. As pessoas jurídicas, assim como os intermediários da cadeia de consumo, incluindo comerciantes, atacadistas, varejistas, transportadores, também podem ser vítimas de acidente de consumo. Normalmente, essas pessoas não seriam consideradas consumidoras para efeito de incidência do CDC, salvo quando destinatárias finais do produto ou do serviço (art. 2º do CDC).

Todavia, em face da regra do artigo 17 do CDC, a pessoa jurídica e o intermediário, ainda que não sejam destinatários finais, ficam equiparados ao consumidor, caso sejam vítimas de um acidente de consumo.

O Ministro Herman Benjamin, em seus *Comentários ao código de proteção do consumidor*, fornece exatamente o exemplo do dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos pela explosão de uma lata com defeito de fabricação, reconhecendo que ele pode pleitear, do mesmo modo que o consumidor que está a seu lado, reparação pelos danos sofridos em decorrência do produto defeituoso (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 81).

Na mesma linha, James Marins fornece outro exemplo elucidativo de *bystander*, mencionando o caso de um comerciante de defensivos agrícolas, que se vê seriamente intoxicado pelo simples ato de estocagem em decorrência de defeito no acondicionamento do produto (defeito de produção). Embora não seja consumidor, pode socorrer-se da proteção conferida pelo art. 17 do CDC (MARINS, James. *Responsabilidade pelo fato do produto: os acidentes de*

consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 71).

Na jurisprudência desta Corte, localizei os seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Procuração. Desnecessidade de autenticação. Afastamento da Súmula n. 115-STJ. Civil e Processo Civil. Indenização. Danos morais e materiais. Relação de consumo. Prescrição quinquenal. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva *ad causam*. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Inépcia da inicial. Inexistência. Manutenção da multa. Art. 538, parágrafo único, do CPC.

1. Em se tratando do agravo de instrumento disciplinado nos artigos 522 e seguintes do CPC, é dispensável a autenticação das peças que o instruem, tendo em vista inexistir previsão legal que ampare tal formalismo.

2. *Nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei n. 8.078/1990, equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica.*

3. Caracterizada a relação de consumo, aplica-se ao caso em apreço o prazo de prescrição de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 27 da Lei n. 8.078/1990.

4. Respondem solidariamente todos aqueles que contribuíram para a causa do dano.

5. Considerando que a petição inicial da ação de indenização por danos materiais e morais forneceu de modo suficiente os elementos necessários ao estabelecimento da relação jurídico-litigiosa, apresentando os fatos que permitem a identificação da causa de pedir, do pedido e do embasamento legal, correto o acórdão recorrido que afastou a inépcia da exordial.

6. Em razão do manifesto caráter protelatório dos embargos de declaração, a multa aplicada pela instância *a quo* deve ser mantida.

7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.000.329-SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 19.8.2010)

Responsabilidade civil e Direito do Consumidor. Recurso especial. Alegação de omissão do julgado. Art. 535 do CPC. Inexistência. Espetáculo circense. Morte de criança em decorrência de ataque de leões. Circo instalado em área utilizada como estacionamento de *shopping center*. Legitimidade passiva das locadoras. Desenvolvimento de atividade de entretenimento com o fim de atrair um maior número de consumidores. Responsabilidade. Defeito do serviço (vício de qualidade por insegurança). Dano moral. Valor exorbitante. Redução. Multa. Art. 538 do CPC. Afastamento.

1- O órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes para a solução do litígio, afigurando-se dispensável o exame de todas as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Precedentes.

2- Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do *shopping*, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente consumidores e elevar os lucros. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

3- No caso em julgamento - trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo VostoK, instalado em estacionamento de shopping center, quando menor de idade foi morto após ataque por leões -, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido.

4- Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço.

5- O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ.

6- Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula n. 98-STJ.

7- Provimento parcial do recurso especial. (REsp n. 1.100.571-PE, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 18.8.2011)

Civil, Processo Civil e Consumidor. Reparação civil. Prescrição. Prazo. Conflito intertemporal. CC/1916 e CC/2002. Acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte de pessoas. Terceiro, alheio à relação de consumo, envolvido no acidente. Consumidor por equiparação. Embargos de declaração. Decisão omissa. Intuito protelatório. Inexistência.

1. Em relação à regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/1916: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/2002; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/2002 entrou em vigor. Precedentes.

2. Os novos prazos fixados pelo CC/2002 e sujeitos à regra de transição do art. 2.028 devem ser contados a partir da sua entrada em vigor, isto é, 11 de janeiro de 2003.

3. O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação.

4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro.

5. Tendo os embargos de declaração sido opostos objetivando sanar omissão presente no julgado, não há como reputá-los protelatórios, sendo incabível a condenação do embargante na multa do art. 538, parágrafo único, do CPC.

6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 1.125.276-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28.2.2012, DJe 7.3.2012)

Enfim, o recorrente, como comerciante, enquadra-se perfeitamente ao conceito ampliado de consumidor do art. 17 do CDC, atraindo a incidência do microsistema normativo da Lei n. 8.078/1990 no que tange à responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e segs. do CDC).

No mérito, o Tribunal de origem, ao dar provimento à apelação da recorrida, reformou a sentença que julgara procedentes os pedidos do recorrente, afirmou não estar evidenciado o nexo causal entre o estouro da garrafa de cerveja e as lesões sofridas pelo autor.

Entretanto, o acórdão recorrido, ao examinar o quadro fático dos presentes autos asseverou o seguinte, *verbis*:

Ambas as testemunhas inquiridas afirmam que, ao passarem pelo bar, logo após o acidente, notaram uma aglomeração de pessoas e adentram ao recinto, onde observaram que o autor estava com o olho ferido, e também que no local do evento existira uma garrafa Schincariol estourada. (...)

Os documentos carregados aos autos junto com a inicial, dentre os quais merecem destaque o relatório médico e laudo de exame de corpo de delito, confirmam que o acidente do qual resultou a debilidade permanente do olho esquerdo do autor foi causado por uma garrafa de cerveja (...)" (grifos meus)

Apesar dessa contundente base fática, o Tribunal *a quo* concluiu não estar comprovado nexo causal.

Merece, portanto, revisão a *qualificação jurídica* dada aos fatos supracitados pelo acórdão recorrido, em face da confusão estabelecida entre nexo causal e

defeito do produto, que constitui elemento distinto na responsabilidade civil pelo fato do produto, regulada pelo art. 12 do CDC.

Efetivamente, a partir da leitura dos fatos relatados no aresto fustigado, para que se pudesse afastar o nexos causal entre o dano sofrido pelo recorrente e o defeito do produto, seria necessário imaginar que o recorrente teria cortado seu olho esquerdo propositalmente com uma garrafa, causando-lhe debilidade permanente, o que, além de fugir da razoabilidade, sequer foi alegado pela parte contrária.

Conforme já me manifestei doutrinariamente, *as lesões causadas no rosto do consumidor pelo estouro, em suas mãos, de uma garrafa de cerveja não exigem maior indagação sobre qual teria sido a causa* (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 257).

A relação de causa e efeito entre o dano e o produto (nexo de causalidade), portanto, no presente caso, mostra-se evidente, constituindo típica hipótese de acidente de consumo.

Nesse mesmo sentido, o Magistrado de primeiro grau, em contato mais estreito com a prova dos autos, assentou em sua sentença, *verbis*:

No caso dos autos, é incontroverso o fato descrito na inicial, de que o autor perdeu a capacidade visual do olho esquerdo, por ter sido atingido por estilhaços decorrentes da explosão de uma garrafa de cerveja produzida pelo requerido conforme faz prova o laudo pericial acostado aos autos. (...)

A hipótese versada nestes autos de ação de indenização é derivada de explosão de garrafa de cerveja, que causou lesão em um olho do autor. Vale dizer, o comerciante, que ao manipular garrafa de cerveja e acondicioná-la ao refrigerador, para gelá-la, experimentou ou presenciou explosão dela. O caco ou estilhaço do vidro feriu-lhe o olho, gravemente."

Esses fatos denotam a inserção, dada a ocorrência de fatos em várias hipóteses, da necessidade de informação e orientação sobre o uso e manuseio das garrafas envasadas com líquidos a base de malte, inserindo o fato na segurança da saúde dos consumidores e, no âmbito da política de proteção das relações de consumo, prevista no artigo 4º, CDC, onde elenca-se, inclusive, a imperiosidade da informação adequada, com condição de implemento de igualdade jurídica nos tratos do consumo. (...)

De fato, determina o *caput* do artigo 8º, do Código de Defesa do Consumidor que "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou Segurança dos consumidores, exceto os considerados

normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar 'as informações necessárias e adequadas a seu respeito'.

Por sua vez, o parágrafo único do mesmo artigo estipula que, "em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devem acompanhar o produto".

Por isto, prevê o já transcrito artigo 12, que a responsabilidade objetiva decorre, também, de "informações ou inadequadas" sobre a "utilização e riscos" do produto.

Desta forma, o dano restou comprovado, qual seja a perda total da visão do olho esquerdo, conforme resposta do perito às fls. 274-298, bem como dos atestados de fls. 20 e 277. (...)

Assim, estando comprovado nos autos o dano sofrido pelo autor, e não tendo requerido comprovado em nenhum momento que o estouro da garrafa, foi ocasionado pela conduta exclusiva da vítima ou inexistência do defeito, cumpre ao requerido o dever de indenizar o requerente pelos danos advindo de sua conduta.

Portanto, estabelecida a relação de causalidade entre o dano e o produto, resta que se analise a excludente da inexistência de defeito do produto, que foi acolhida pela Corte de origem, nos seguintes termos:

Ainda que possível a presunção de que realmente foi uma das garrafas de cerveja produzidas pela ré que causou a lesão no olho do autor, não foi demonstrado defeito do produto, ou seja, que a garrafa de cerveja simplesmente estourou enquanto manuseada pela parte autora sem qualquer motivo aparente.

Na realidade, o acórdão recorrido atribuiu ao consumidor demandante o ônus da prova da ocorrência de defeito do produto, quando esse encargo de demonstrar a inexistência do defeito era do fabricante demandado, em face do disposto no art. 12, § 3º, II, do CDC, *verbis*:

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

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Uma das peculiaridades da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12), assim como ocorre na responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14), como modalidades de acidentes de consumo, é a previsão expressa, no microsistema normativo do CDC, de regra específica acerca da distribuição do ônus da prova da “inexistência de defeito”.

A previsão legal é sutil, mas de extrema importância na prática processual, como se pode observar no presente caso.

O fornecedor, no caso o fabricante, na precisa dicção legal, “só não será responsabilizado quando provar (...) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste.” Ou seja, o ônus da prova da inexistência de defeito do produto ou do serviço é do fornecedor, no caso, do fabricante demandado, ora recorrido.

A inversão do ônus da prova, nessa hipótese específica, não decorre de um ato do juiz, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, mas derivou de decisão política do próprio legislador, estatuinto a regra acima aludida.

É a distinção entre a inversão do ônus da prova “*ope legis*” (ato do legislador) e a inversão “*ope judicis*” (ato do juiz).

Em sede doutrinária, já tive oportunidade de analisar essa delicada questão processual (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357).

Em síntese, são duas modalidades distintas de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Isso ocorreu nas duas hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo (fato do produto - art. 12 - ou fato do serviço - art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses de acidentes de consumo, mostra-se impertinente a indagação acerca dessa questão processual de se estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova.

Na realidade, a inversão já foi feita pelo próprio legislador (*“ope legis”*) e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

A segunda hipótese prevista pelo CDC, relativa à inversão do ônus da prova *“ope judicis”*, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse ponto, no julgamento do REsp n. 802.832-MG, na Segunda Seção, já manifestei minha posição no sentido de que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador mediante decisão fundamentada de molde a assegurar plenamente o contraditório e a ampla defesa.

O presente caso, porém, é um típico acidente de consumo em que o consumidor demandante, no momento em que colocava garrafas de cerveja em um freezer, foi atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de vidro de uma delas, que estourou em suas mãos.

Esse fato amolda-se perfeitamente à regra do art. 12 do CDC, que contempla a responsabilidade pelo fato do produto.

Consequentemente, a regra de inversão do ônus da prova da inexistência de defeito do produto é a do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC, e não a do art. 6º, VIII, do CDC, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante, não havendo necessidade de qualquer ato decisório prévio do juiz.

Normalmente, a prova do defeito, como fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória.

Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei, denominada de inversão *ope legis* do ônus da prova, tem um motivo claro, que ficou bem evidente no julgamento feito pelo tribunal de origem.

Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

A vulnerabilidade do consumidor, no mercado massificado das relações de consumo em geral, sempre constituiu um enorme obstáculo a que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração de seu direito. Isso é particularmente mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Por isso, tendo o fabricante as melhores condições técnicas de demonstrar a inexistência de defeito no produto colocado no mercado, foi procedida a essa inversão pelo próprio legislador, sendo-lhe atribuído esse encargo.

No caso, deve-se, efetivamente, reconhecer a dificuldade probatória da empresa recorrente, pois, em face do estouro da garrafa, não foi possível uma perícia direta no produto no curso da instrução, tendo sido apenas produzida uma perícia indireta acerca da segurança de sua linha de montagem.

De todo modo, competia ao fabricante a comprovação da inexistência de defeito nesse produto específico, não bastando meras ilações acerca da possibilidade de o evento danoso ter decorrido de um choque térmico causado pela retirada do produto de um engradado para colocação em freezer com baixa temperatura, ou do manejo inadequado das garrafas, ou de um atrito entre as garrafas.

Havia necessidade de uma prova concreta da inexistência do defeito do produto, que não foi produzida pelo fabricante demandado, sendo seu esse ônus probatório.

Não era suficiente a prova indireta produzida no sentido da preocupação com a segurança em sua linha de produção.

Portanto, deve-se reconhecer a responsabilidade civil da empresa fabricante pelos danos sofridos pelo recorrente.

Consequentemente, merece provimento o presente recurso especial, restabelecendo-se, em seu inteiro teor, a bem lançada sentença de primeiro grau, inclusive no que concerne a indenização por danos materiais e morais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer, em seu inteiro teor, a doutra sentença de primeiro grau.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Tratam os autos de ação indenizatória ajuizada por *Antônio Rodrigues Cordeiro* contra *Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A.* O ora recorrente reclama indenização por danos morais e materiais sofridos em razão de acidente de consumo decorrente da explosão de garrafa de cerveja que lhe atingiu o olho esquerdo, cegando-o permanentemente.

Na sentença, o Juiz, aplicando o Código de Defesa do Consumidor ao caso por considerar o comerciante consumidor equiparado com base no art. 17 desse diploma legal, julgou parcialmente procedentes os pedidos e condenou a empresa a indenizar.

Pedi vista dos autos para melhor examinar as questões propostas e, inicialmente, inclinei-me em sentido contrário ao do Ministro relator, não por ser avesso à equiparação a consumidor, em acidente de consumo, daqueles que não são destinatários finais do bem ou do serviço, os quais devem ser protegidos, já que é essa a intenção da norma.

Divergi por duas razões: primeiro, por causar-me preocupação, como já tive oportunidade de dizer, que, nesse ímpeto protetivo, ocorra uma extensão irresponsável do conceito de consumidor e de suas garantias a situações em que não haja, de fato, relação de consumo; segundo, por acreditar que alcançaríamos o mesmo resultado se aplicássemos as regras do Direito Civil, pois a lei nova veio justamente para regular as relações entre iguais: dois iguais consumidores ou dois iguais fornecedores entre si. Todavia, quanto à aplicação do CC, em um segundo olhar sobre os autos, percebi que, no caso em comento, não se discutia regular direito entre iguais (dois fornecedores), tendo em vista a vulnerabilidade do pequeno comerciante, dono de bar, diante de grande fábrica de bebidas.

Dessa forma, acompanho o voto do relator, não sem antes registrar os comentários de Cláudia Lima Marques, prestigiada doutrinadora da Lei

Consumerista que, ao tratar da presunção de vulnerabilidade e equidade contratual, leciona:

“O novo direito dos contratos procura evitar este desequilíbrio, procura a equidade contratual. **Mas existiria desequilíbrio em um contrato firmado entre dois profissionais? Como regra geral, presume-se que não há desequilíbrio, ou que ele não é tão grave a ponto de merecer uma tutela especial, não concedida pelo direito civil renovado (pelo direito das obrigações do CC/2002). Aqui presume-se a inexistência de vulnerabilidade.** Esta presunção estava presente, igualmente na lei alemã de 1976 e encontra-se hoje nas novas legislações do direito comparado, que preferem reduzir sua proteção às pessoas físicas agindo fora de sua profissão. (Assim o direito italiano, que regulou as cláusulas abusivas perante os consumidores-pessoas físicas nos arts. 1.469 - bis a sexies do Código Civil unitário de 1942 Reformado. Mencione-se aqui também a recente lei norte-americana sobre assinatura eletrônica, que também preferiu uma definição restritiva de consumidor: ‘2000-SEC. 106 Definitions. The term ‘consumer’ means an individual who obtains, through a transaction, products or services which are used primarily for personal, family, or household purposes, and also means the legal representative of such an individual’ - v. US - Eletronic Signatures in Global and National Commerce Act, de 8. 6.2000). **Mas por vezes o profissional é um pequeno comerciante, dono de bar, mercearia, que não pode impor suas condições contratuais para o fornecedor de bebidas, ou que não compreende perfeitamente bem as remissões feitas a outras leis no texto do contrato ou que, mesmo sendo um advogado, assina o contrato abusivo do único fornecedor legal de computadores, pois confia que nada ocorrerá de errado. Nestes três casos, pode haver uma exceção à regra geral: o profissional pode também ser ‘vulnerável’, ser ‘mais fraco’ para se proteger do desequilíbrio contratual imposto.** (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 3 ed. Coment. por MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Hermann V. e MIRAGEM, Bruno. Revista dos Tribunais, 2010, p. 108.)

Com base em tais lições, curvo-me à doutrina e jurisprudência majoritárias por se adequarem perfeitamente ao embate travado e aos fundamentos do relator, os quais salientam a condição de vulnerabilidade da parte e estão em consonância com o objetivo do CDC: “alcançar a equidade ou uma justiça reequilibradora das desigualdades porventura existentes”.

Assim, com essas considerações, também observando as circunstâncias do caso concreto, *acompanho o relator*, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, *para dar provimento ao recurso especial a fim de restabelecer, em seu inteiro teor, a sentença de primeiro grau.*

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Claudia Lima Marques¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

O caso versa sobre a responsabilidade civil da empresa fabricante de cerveja face à explosão de uma garrafa que causou lesão grave e permanente na vítima, um comerciante. Em 2002, dois dias depois da entrega de vários engradados de cerveja para revenda, quando o comerciante retirava a cerveja do engradado para colocar no freezer, uma delas estourou e atingiu seu olho esquerdo, “causando-lhe a dilaceração da pálpebra inferior esquerda, bem como do olho esquerdo, ocasionando-lhe a perda do conteúdo ocular com a colocação de prótese. Postulou indenização pelos danos materiais e morais sofridos decorrentes do acidente de consumo” (Relatório, Recurso Especial n.1.288.008, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em: 04.04.2013, p. 3). Em sua defesa, a indústria fabricante da cerveja alegou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que inexistente a relação de consumo entre as partes, assim como a inaplicabilidade do regime da responsabilidade objetiva.

Realizadas duas perícias médicas, estas comprovaram “a deformidade permanente do sentido da visão” e perda total da visão no ocular esquerdo e que tal lesão “é passível de ser produzida por instrumento perfuro-cortante, que estilhaços de vidro podem provocar a laceração da pele e outros tecidos como globo ocular”. E uma terceira perícia junto à linha de produção da empresa demandada que concluiu que tal produção é “eficiente e segura para processar a eliminação de garrafas de vidro” que apresentem defeitos ou que tenham comprometido a resistência necessária para a sua utilização.

A sentença condenou a empresa, com base no Art. 17 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a quartenta mil reais de danos morais, vinte e cinco mil de danos estéticos, a danos materiais, a um salário mínimo por mês até que a vítima complete 70 anos, a título de pensão pela redução da capacidade para o trabalho e a custas e honorários. O Tribunal Estadual deu provimento à apelação do fabricante, por considerar inexistente o ‘nexo de causalidade entre o defeito

¹ Professora Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Advogada e Parecerista, Ex-Presidente do Brasilcon, Editora Chefe da Revista de Direito do Consumidor (Brasilcon/RT).

e o dano”, afirmando na ementa: “Para que reste configurada a responsabilidade pelo fato do produto é imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre o defeito da coisa e o dano experimentado.” No recurso especial, a vítima alegou dissídio jurisprudencial e que o acórdão “violou os artigos 4º, I, 6º, VIII, 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor; 927 e 931 do Código Civil, 333, I e 131 do Código de Processo Civil.” A decisão do e. Superior Tribunal de Justiça foi pelo provimento do Recurso Especial, por unanimidade, após voto do Relator e voto de vista do e. Min. João Otávio Noronha.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Esta importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a aplicação do CDC ao caso,² com fundamento na equiparação legal à consumidor prevista no Art. 17 do CDC, dividiu-se em duas partes: uma primeira parte sobre a possibilidade de equiparação à consumidor do comerciante, de forma a aplicar o CDC e, a outra, sobre os requisitos da responsabilidade por fato do produto, o reconhecimento do nexo causal e sobre a divisão *ope legis* do ônus da prova no caso de acidentes de consumo.

Quanto à primeira, no sistema do CDC, os fornecedores de produtos e serviços respondem pelos danos causados aos consumidores por um regime de responsabilidade objetiva não culposa (“independentemente da existência de culpa”),³ mas nem por isso menos conflitual, como veremos. Se, na regra geral do Art. 2º do CDC, o consumidor é definido como o destinatário final, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição), destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços, isto é, o não-profissional, a técnica do CDC foi de alargar o micro-sistema para proteger também (e da mesma maneira, material e procesualmente) aqueles que não são destinatários finais. Três normas (parágrafo único do Art. 2º, Art. 17 e Art. 29 do CDC) equiparam a consumidores aqueles ‘terceiros’ ou vítimas, os que estão junto da relação de consumo, sem serem destinatários finais, conhecidos pela expressão em inglês: bystanders. Como já escrevi, a “proteção do terceiro, bystander, foi complementada pela disposição do art. 17 do CDC,

² Por sua importância, a decisão já foi objeto de comentário meu na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 94, p. 353 a 373.

³ Veja, por todos, SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do fornecedor*. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55 e seg.

que, aplicando-se somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 16), dispõe: ‘Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento’.”⁴

No caso em exame, a garrafa explodiu quando manuseada no bar, pelo comerciante, ferindo a este profissional, o comerciante. A ementa narra: “1- Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões. 2 - Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC (“bystander”).” Em seu erudito voto o eminente relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, concluiu que basta ser “vítima” de um defeito de um produto (ou serviço) para ser privilegiado com a posição de consumidor equiparado e com isto legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC. Em outras palavras, basta ocorrer o “acidente de consumo”⁵, o “fato do produto”⁶ de consumo, previsto no CDC, para que a equiparação do Art. 17 do CDC ocorra. Como já escrevi,⁷ “o art. 17 do CDC tem encontrado excelente aplicação na jurisprudência, muito tendo em vista a solidez da noção de “acidente de consumo”, trazida por Antônio Herman Benjamin ao Brasil, que tem sensibilizado o julgador como fato do serviço e do produto na sociedade de riscos brasileira, na exata medida da finalidade do próprio art. 17 do CDC de superar a destinação final do serviço ou produto ou eventuais relações contratuais existentes ou futuras. Afirma o renomado autor: “É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2.º). Fala-se somente em “vítimas do evento”, noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo.”⁸

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 7. Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 388-389.

⁵ Veja CAVALIERI, Sérgio Filho, *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 367.

⁶ Segundo ensina Sérgio Cavalieri Filho, entende-se no sistema do CDC, por fato do produto ou do serviço, “o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito” do produto ou do serviço.” CAVALIERI, *Programa de direito do consumidor*, p. 370.

⁷ Veja MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 7. Ed., São Paulo: RT, 2013, p. 389 e seg..

⁸ Veja sobre a teoria da qualidade, BENJAMIN, Antônio, in BENJAMIN, Antônio Herman de V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 5. Ed., RT, 2015, p. 138 e seg..

Realmente, aqui a finalidade de proteção é geral, como ensinou o e. Superior Tribunal de Justiça em um caso de explosão de fogos de artifício,⁹ que atingiu várias vítimas. Através do uso ponderado do art. 17 do CDC, a jurisprudência brasileira já equiparou moradores próximos a uma refinaria por dano ambiental resultante de acidente de consumo e produção,¹⁰ proprietários e locadores de prédio desabado,¹¹ consumidores desalojados por oito meses pelo desabamento do prédio ao lado,¹² todas as vítimas de incêndio em *shopping center*,¹³ o locador de *shopping center* que tem seu carro furtado no estacionamento¹⁴ e aquele comerciante que se fere com explosão de garrafa de cerveja.¹⁵

Em seu interessante voto-vista, o e. Min. João Otávio de Noronha examina em detalhes esta “equiparação” com base no Art. 17 do CDC. Sua preocupação inicial foi a de uma extensão exagerada “do conceito de consumidor e de suas garantias a situações em que não haja, de fato, relação de consumo”, superada totalmente ao concluir, neste caso, pela aplicação do CDC ao caso com base apenas do Art. 17. Ainda registra ao final a “vulnerabilidade do pequeno comerciante, dono de bar, diante de grande fábrica de bebidas” e que o objetivo do CDC é, sim este de proteger a parte desigual e vulnerável. Em contratos

⁹ “Em consonância com o art. 17 do CDC, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança” (STJ, 3.ª T., REsp 181.580/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 09.12.2003).

¹⁰ Assim decisão do TJRJ, 10.ª Câm. Cív., AgIn 5.587/02, rel. Des. Sylvio Capanema de Souza, j. 25.06.2002, in MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ª Ed, São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 278.

¹¹ Veja decisão do TJRJ, 7.ª Câm., ApCiv 15.076/98, rel. Des. Áurea Pimentel Pereira, j. 08.04.1999 – Marques/Benjamin/Miragem, p. 278-279.

¹² Assim TJRJ, 9.ª Câm. Cív., ApCiv 18191/99, rel. Des. Paulo César Salomão, j. 15.02.2000.

¹³ Assim REsp 279.273/SP, rel. p/ acórdão Min. Fátima Nancy Andrihgi, j. 04.12.2003, RDC 54/219-266. Defendendo a aplicação “maximalista” do CDC na relação mix do *shopping center* e lojistas-locatários, veja Gonzalez, p. 182, ou, por analogia, p. 183 ss.

¹⁴ Veja decisão do STJ, REsp 437649/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.02.2003 – Marques/Benjamin/Miragem, p. 279.

¹⁵ Assim a decisão: “Consumidor – Explosão de garrafa de cerveja – Responsabilidade civil – Indenização por danos materiais e morais – Ação julgada improcedente – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Equiparação da vítima do evento a consumidor – Art. 17 do CDC – Responsabilidade do fabricante pelo fato do produto, independentemente de culpa – Ausência de comprovação de que o fato ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro – Recurso parcialmente provido, com o acolhimento parcial da demanda” (TJSP, 8.ª Câm., ApCiv 082.030.4/1, rel. Des. César Lacerda, j. 02.08.1999).

(e na imposição de cláusulas, por vezes, abusivas) é esta vulnerabilidade mais fácil de ser identificada, já no acidente que a “coisa” (produto) “realiza” (fato do produto, como no caso a explosão de uma garrafa ao ser manuzeadada dentro do bar), inicialmente, é mais difícil identificar esta posição de vulnerabilidade, que – como afirma o voto vista – tem fonte legal, é a base da própria equiparação, é o objetivo máximo do próprio CDC.

Realmente, em acidentes de consumo, “todas” as vítimas deste fato do produto, mesmo que comerciantes – como no caso concreto – são vulneráveis, entendendo que *vulnus*¹⁶ – origem da palavra vulnerabilidade – é justamente a “ferida”. Aquele que se “fere” (é vítima) por um fato do produto *ex vi* Art. 12 do CDC está, pois, por definição nesta posição de inferioridade (vitimado, vulnerado), de desigualdade, pois não poderia o direito (ainda mais se direito do consumidor) afirmar que a vítima do acidente de consumo deveria arcar com o dano que a sociedade de risco, de massas e de consumo, impôs! Dai a saída de ver neste fato do produto (ou do serviço) a causa em uma extensão pensada e refletida do campo de aplicação do CDC, no que tange à responsabilidade civil dos fornecedores: há uma vítima, há um consumidor-equiparado que necessita proteção. O direito do consumidor tem esta capacidade de ser justiça distributiva, no sentido que os riscos da sociedade de consumo de massas não podem ser atribuídos e suportados pelos consumidores e sim devem ser “distruídos” e diluídos geralmente no preço dos produtos e serviços, em seguros dos profissionais, que conhecem os riscos de seus produtos, nunca entre as vítimas... Assim ensina Antônio Herman Benjamin: “ o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2º). Fala-se somente em ‘ vítimas do evento’, noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo.”¹⁷

Assim, se podemos afirmar que “todas as vítimas” dos acidentes de consumo são *ex vi lege* vulneráveis e por isso o mandamento legal de equiparação do Art. 17 do CDC, como vimos acima, ainda existem dois pontos na exegese do Art.

¹⁶ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 14, nota 5.

¹⁷ BENJAMIN, Antonio H., MARQUES, Claudia L. E BESSA, Leonardo R., *Manual de Direito do Consumidor*, 6. Ed., São Paulo: RT, 2015, p. 138.

17 do CDC que tem chamado a atenção em outras mais recentes. O primeiro é justamente a função do Art. 17 no sistema do CDC. Como já afirmei é o Art. 17 do CDC estruturalmente a maior das equiparações realizadas pelo CDC, seja o parágrafo único do Art. 2 (coletividade que intervem na relação de consumo”, seja o Art. 29 (a coletividade exposta às práticas dos fornecedores), pois na “estrutura” da norma ou da equiparação inclui os quatro níveis de proteção (individual, individual homogêneo, coletivo e difuso) da parte procesual do CDC (Art. 81, parágrafo único) e não condiciona-a a nenhum fator limitador, a não ser o material de se tratar de “fato do produto e do serviço”. O art. 17 do CDC afirma literalmente sua aplicação apenas “*Para efeitos desta Seção*” do fato do produto e do serviço, “*equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.*”

Note-se que a norma do Art. 17 do CDC não menciona qualquer adjetivo ou verbo limitador; não menciona a atividade, a conduta, nem a localização da “vítima-equiparado-a-consumidor” como no parágrafo segundo do Art.2 (intervem), nem a sua vulnerabilidade de posição ou status (expostas às práticas) como no Ar. 29, não menciona a destinação do produto ou serviço , como no Art. 2, não menciona o “mercado de consumo” (a exemplo do Art. 3, parágrafo segundo) nem exige que haja “relação de consumo”, como no Art. 4. Neste sentido, corretíssimos os votos do relator e o voto-vista que a “vulnerabilidade” aqui é *ope legis*, de vítima ferida (*vulnerado, vulnerare, vulnus*) pelo fato do produto e serviço, isto é pelo risco criado pelos fornecedores e seus produtos e serviços. O voto do e. Relator ensina: “Assim, toda e qualquer vítima de acidente de consumo equipara-se ao consumidor para efeito da proteção conferida pelo CDC, abrangendo os chamados *bystanders*, na terminologia da *common law*, que são os terceiros que, embora não estejam diretamente envolvidos na relação de consumo, são atingidos pelo aparecimento de um defeito no produto ou no serviço.”

Quanto ao segundo ponto a destacar, mister frisar que esta decisão ainda é um *leading case* no que diz respeito a um segundo aspecto, a divisão legal do ônus da prova em caso de acidentes de consumo, contribuindo assim em muito para a exegese do Art. 12 do CDC também no que pertine à definição dos requisitos da responsabilidade não culposa do CDC.

O primeiro ponto a destacar é o problema do nexo causal e sua prova. Aqui o sistema do CDC tem uma diferença importante do direito europeu, que desde a Diretiva de 1985, - a qual influenciou o CDC, mas não neste ponto - impõem

o ônus da prova do nexo causal entre o defeito e o dano aos consumidores europeus. Neste ponto, o sistema do CDC fez a opção contrária, em minha opinião, mas não regulou diretamente o tema, ao nada regular diretamente sobre o nexo causal. Apenas as excludentes do §3º, os incisos II e III do Art. 12 do CDC fornecem alguma pista. Explico: se o fornecedor tem que provar que não há defeito, é porque se pressupõe que tendo colocado o produto no mercado e tendo acontecido o dano, este está em “nexo causal” com o dano, necessitando prova negativa do fornecedor (inciso II). E se a culpa exclusiva (de terceiro ou do consumidor) pelo inciso III deve ser provada pelo fornecedor é, esta um caso de quebra do nexo causal, que é de prova do fornecedor (ônus deste!). Em outras palavras, a relação de causa/efeito não é entre o dano e o produto e sim entre o defeito e o dano, daí que se pressupõe que tendo havido o dano (nos olhos da pessoa, que por natureza ninguém machuca por vontade própria...) e o defeito (explosão de garrafa de vidro de cerveja, que fermenta, antes de ser colocada no freezer!), o nexo causal é quase que presumido pelas regras “da vida real”, assim basta que o consumidor realize o que Sérgio Cavalieri denomina “prova de primeira aparência”,¹⁸ e a discussão será nas excludentes (Art. 12, §3º do CDC)!

O certo é que o CDC se omitiu de regular claramente o caso, e a discussão ficou em aberto também no caso comentado. Na omissão, pois, o tema é deixado praticamente ao magistrado, e ainda hoje duas percepções são possíveis: a) que o nexo causal é ônus daquele que alega o dano, sempre, o consumidor, posição defendida no caso que comentamos pelo Tribunal de Justiça de origem que exigiu “prova robusta” do nexo causal¹⁹; ou – posição que defendo – b) que no sistema do CDC a lógica é que também a prova do nexo causal (forte no Art. 12) é um “ônus indireto” do fornecedor, melhor colocado para provar também a impossibilidade do nexo causal neste caso específico. Raros são os casos como este que esta discussão vem a tona, pois geralmente os magistrados reconhecem a existência de nexo causal e o foco das discussões no Brasil fica sendo o defeito ou não do produto (defeito que no caso causou a explosão da garrafa e menos o nexo causal). Em resumo, nos casos em geral, o nexo causal é fruto não só do conjunto da prova no caso concreto,²⁰ mas quase sempre da experiência da vida

¹⁸ CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*, 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 287.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 5. Ed., São Paulo: RT, 2014, p. 542: “Deve ser demonstrado cabalmente no processo para que haja a imputação do dever de indenizar.”

²⁰ Assim STJ, 4.ª T., REsp 660026/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 03.05.2005.

dos próprios magistrados envolvidos e das alegações plenamente verossímeis da vítima do defeito. Neste caso, as provas testemunhais foram consideradas pouco robustas pelo Tribunal de origem para comprovar o nexo causal, mas não pelo magistrado, que estava mais próximo do fato, o que valorizou a discussão.

Este tema poucas vezes é enfrentado claramente nos julgados, portanto saude-se a visão sólida do relator e a profundidade de seu voto, que combate a decisão do Tribunal, e reconhece a existência do nexo causal em trechos do próprio acórdão conclui: “Apesar dessa contundente base fática, o Tribunal *a quo* concluiu não estar comprovado nexo causal. Merece, portanto, revisão a *qualificação jurídica* dada aos fatos supracitados pelo acórdão recorrido, em face da confusão estabelecida entre nexo causal e defeito do produto, que constitui elemento distinto na responsabilidade civil pelo fato do produto, regulada pelo art. 12 do CDC. Efetivamente, a partir da leitura dos fatos relatados no aresto fugigado, para que se pudesse afastar o nexo causal entre o dano sofrido pelo recorrente e o defeito do produto, seria necessário imaginar que o recorrente teria cortado seu olho esquerdo propositalmente com uma garrafa, causando lhe debilidade permanente, o que, além de fugir da razoabilidade, sequer foi alegado pela parte contrária. Conforme já me manifestei doutrinariamente, *as lesões causadas no rosto do consumidor pelo estouro, em suas mãos, de uma garrafa de cerveja não exigem maior indagação sobre qual teria sido a causa* (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p.257). A relação de causa e efeito entre o dano e o produto (nexo de causalidade), portanto, no presente caso, mostra-se evidente, constituindo típica hipótese de acidente de consumo.” A ementa do STJ concluiu claramente pela existência deste pressuposto da responsabilidade não culposa: “3 - *Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja*”.

A decisão comentada é ainda uma verdadeira aula sobre a divisão do ônus da prova no sistema do CDC e a exegese do § 3º do art.12 do CDC. Este inciso inverte *ope legis* a carga da prova. É o fornecedor do produto que deve provar que este não tinha defeito e mesmo assim estourou antes de ser colocado no freezer! Estando o produto no mercado, a prova da inexistência de defeito imposta pelo inciso II do § 3º do art.12 do CDC é, na prática, difícilíssima. Afirma com razão cristalina o e. Relator na emenda: “4 - *Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante*.”

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se poderia ainda comentar, das belas lições e fartas citações da melhor doutrina que a decisão do REsp 1288008/MG, de relatoria do eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, mas nada substitui sua leitura. Por tudo, uma importante e sólido precedente seja sobre o Art. 17 do CDC, seja sobre a função e o alcance do Art. 12 do Código e os temas ainda não claros na exêgese da responsabilidade por fato do produto no CDC. Uma verdadeira aula, que merece destaque em nossa Revista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio H., MARQUES, Claudia L. E BESSA, Leonardo R., *Manual de Direito do Consumidor*, 6. Ed., São Paulo: RT, 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.288.008/MG, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em: 04.04.2013. CAVALIERI, Sérgio Filho, *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. MARQUES, Claudia Lima. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 7. Ed., São Paulo: RT, 2014. _____. Comerciante “vítima” da explosão de garrafa é consumidor equiparado - Comentário ao RESp. 1.288.008, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 04/04/2013, DJe 11/04/2013, in *Revista de Direito do Consumidor*, nr. 94, p. 353-373. _____. BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4° Ed, São Paulo: Ed. RT, 2013. MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 5. Ed., São Paulo: RT, 2014. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do fornecedor*. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

RECURSO ESPECIAL N. 1.306.167-RS (2011/0170262-4)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Carmem Lucia Vicente Niquel
Advogado: Fernando Otávio Xavier Couto
Recorrido: Renault do Brasil S/A
Advogada: Rosana Jardim Riella

EMENTA

Direito do Consumidor. Recurso especial. Fato do produto. Acidente automobilístico. Não acionamento do *air bag*. Regras de inversão do ônus da prova. Fato do produto. Inversão *ope legis*. Prova pericial evasiva. Interpretação em favor do consumidor.

1. A Resolução n. 311, de 3 de abril de 2009, do Conselho Nacional de Trânsito - Contran, dispõe que o *air bag* é “equipamento suplementar de retenção que objetiva amenizar o contato de uma ou mais partes do corpo do ocupante com o interior do veículo, composto por um conjunto de sensores colocados em lugares estratégicos da estrutura do veículo, central de controle eletrônica, dispositivo gerador de gás propulsor para inflar a bolsa de tecido resistente” (art. 2º).

2. A responsabilidade objetiva do fornecedor surge da violação de seu dever de não inserção de produto defeituoso no mercado de consumo, haja vista que, existindo alguma falha quanto à segurança ou à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilização pelos danos que o produto vier a causar.

3. Na hipótese, o Tribunal *a quo*, com relação ao ônus da prova, inferiu que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha no referido sistema de segurança.

4. Ocorre que diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova “a critério do juiz”, quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º do art. 12 do mesmo Código estabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado - a

distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que “só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedentes.

5. No presente caso, o “veículo Fiat Tempra atingiu a parte frontal esquerda (frontal oblíqua), que se deslocou para trás (da esquerda para direita, para o banco do carona)”, ficando muito avariado; ou seja, ao que parece, foram preenchidos os dois estágios do choque exigidos para a detecção do *air bag*, mas que, por um defeito no produto, não acionou o sistema, causando danos à consumidora. Em sendo assim, a conclusão evasiva do *expert* deve ser interpretada em favor do consumidor vulnerável e hipossuficiente.

6. Destarte, enfrentando a celeuma pelo ângulo das regras sobre a distribuição da carga probatória, levando-se em conta o fato de a causa de pedir apontar para hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, não havendo este se desincumbido do ônus que lhe cabia, inversão *ope legis*, é de se concluir pela procedência do pedido autoral com o reconhecimento do defeito no produto.

7. 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 a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti que não conheceu do recurso. Quanto ao valor da indenização, a Quarta Turma, por unanimidade, fixou os valores dos danos materiais e morais nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 3 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Carmen Lúcia Vicente Níquel ajuizou ação de indenização em face de Renault do Brasil S.A., sustentando que, em janeiro de 2004, teve seu veículo de marca Renault atingido pela frente por outro automóvel, ocorrendo falha no dispositivo *air bag* de seu veículo, tendo sofrido diversas lesões, principalmente no rosto, sendo obrigada a submeter-se à cirurgia de rinoseptoplastia.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido ao fundamento de que “*nada indica que o air bag instalado pela fabricante, quando do acidente, não foi acionado pelo sistema de comando, em razão de defeito no produto, mas por ausência das condições especificadas no manual para o seu funcionamento*”. (fls. 423-428).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Ação de indenização. Acionamento de *air bag*. Prequestionamento.

Autora sustenta a responsabilidade da ré pelas lesões que sofreu, alegando que o *air bag* não funcionou quando do acidente de trânsito. Não há falar em responsabilização se não comprovado o defeito. Art. 12, § 3º, II do CDC.

Prequestionamento. O julgamento, em sede de recurso, desde que fundamentado, não precisa reportar especificamente os artigos indicados pela parte. Art. 131 do CPC.

Apelação improvida.

Irresignada, Carmen Lúcia interpõe recurso especial com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, por violação aos arts. 6º, 12 e 14 do CDC; 186 e 927 do Código Civil.

Aduz que sofreu acidente automobilístico, ocasionado por culpa exclusiva do condutor do outro veículo e que, mesmo diante do forte impacto da colisão, “o dispositivo de *air-bag* não foi acionado, motivo pelo qual as lesões sofridas pela condutora foram muito graves (apesar do uso do cinto de segurança), lesões que não teriam sido ocasionadas caso o referido item de segurança do veículo tivesse funcionado adequadamente”.

Salienta que a recorrente foi diagnosticada com “obstrução da fossa nasal esquerda e desvio de nariz, com fratura da cartilagem quadrangular, desvio do septo nasal e escoliose da pirâmide nasal”, tendo que passar por diversas cirurgias corretivas.

Afirma que houve falha no sistema, pois que o aparelho deveria ter sido acionado, inclusive para realizar a proteção informada pela montadora à consumidora, tendo destacado do laudo pericial que: “*trata-se de equipamento que não tem a finalidade estética ou de conforto ao motorista e passageiros, mas a finalidade específica de aumentar a segurança das pessoas na cabina, atuando em circunstâncias especificadas, pelo fabricante*”.

Sustenta que a prestação de serviço foi falha no tocante à informação ao consumidor, especialmente com relação ao efetivo funcionamento do *air bag*.

Aduz que pagou a mais pelo veículo justamente por ser integrado pelo referido sistema de segurança, mas que, em verdade, tal equipamento não representou a efetiva proteção ofertada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 470-476.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 477-478), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 512).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Cinge-se a discussão em saber se há responsabilidade da fabricante ré pelo danos físicos e morais sofridos pela recorrente, em virtude do defeito no sistema de *air bag* de seu veículo, que não foi acionado quando do acidente descrito na inicial.

Com efeito, é incontroverso no autos que a recorrida sofreu acidente automobilístico, com colisão de seu veículo e que, apesar do forte impacto, não houve o acionamento do sistema de segurança *air bag*.

Apesar disso, entendeu o acórdão recorrido pela não responsabilização da fornecedora diante da não comprovação do defeito no produto, asseverando que o ônus de referida prova seria da autora/consumidora, senão vejamos:

Conforme disposto no art. 12, § 3º, inc. III, do CDC, ainda que a responsabilidade seja objetiva, *não haverá responsabilização se comprovada a inexistência de defeito.*

No caso, a autora não comprovou suas alegações, o que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC.

(fl. 450)

Segundo a Resolução n. 311, de 3 de abril de 2009, do Conselho Nacional de Trânsito - Contran, o *air bag* é “equipamento suplementar de retenção que objetiva amenizar o contato de uma ou mais partes do corpo do ocupante com o interior do veículo, composto por um conjunto de sensores colocados em lugares estratégicos da estrutura do veículo, central de controle eletrônica, dispositivo gerador de gás propulsor para inflar a bolsa de tecido resistente” (art. 2º).

Assim, justamente diante do conceito e da função do equipamento, é que sustenta a recorrente haver responsabilização da recorrida pelo defeito no referido produto, seja por não ter oferecido a segurança que dele legitimamente se espera (não acionamento do *air bag* quando presente condição apta para tanto), seja pelas informações inadequadas (não comunicação de que o funcionamento do sistema só alcançaria determinadas situações específicas), havendo violação da garantia de sua incolumidade físico-psíquica.

3. Como sabido, a responsabilidade objetiva do fornecedor surge da violação de seu dever de não inserção de produto defeituoso no mercado de consumo, haja vista que, existindo alguma falha quanto à segurança ou à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilização pelos danos que o produto vier a causar.

Nessa toada, o art. 12 do CDC relaciona-se diretamente à ideia de segurança do produto ou serviço tirado por meio de cláusula aberta, em fórmula suficientemente vaga, para conferir amplitude à variedade de fatos de consumo, concretizando-se pela apreciação do magistrado no julgamento do caso em espécie.

Na hipótese, o Tribunal *a quo*, com relação ao ônus da prova, inferiu que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha no referido sistema de segurança.

Contudo, tal entendimento é diametralmente oposto ao que foi consolidado por esta Corte de Justiça.

Deveras, a presente ação de indenização está ancorada em alegado fato do produto, situação regida essencialmente pelo art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que proclama a responsabilidade objetiva do fabricante pelos defeitos dos quais resultem danos ao consumidor.

Diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII, do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova “a critério do juiz”, quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º, do art. 12 do mesmo Código

estabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado - a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que “só não será responsabilizado *se provar*: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Cuida-se da diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC).

Nesse sentido:

Direito Processual Civil e do Consumidor. Ação fundada em alegação de fato do produto. Acidente automobilístico. Não acionamento de *airbags*. Inexistência de defeito comprovada por prova pericial. Alegação de inaptidão do perito. Preclusão. Regras de inversão do ônus da prova. Irrelevância. Julgado apoiado em prova pericial robusta. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

1. Em se tratando de nulidade relativa, nos termos do art. 245 do CPC, deve ela ser arguida na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos. Assim, diante da inércia do interessado quanto à nomeação do perito, opera-se a preclusão do direito de arguir sua incapacidade técnica.

2. *Diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII, que prevê a inversão do ônus da prova “a critério do juiz”, quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º, do art. 12, preestabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado -, a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que “só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts. 12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedente da Segunda Seção.*

3. No caso concreto, todavia, mostra-se irrelevante a alegação acerca do ônus da prova, uma vez que a solução a que chegou o Tribunal *a quo* não se apoiou na mencionada técnica, mas sim efetivamente nas provas carreadas aos autos. A improcedência do pedido indenizatório decorreu essencialmente da prova pericial produzida em Juízo, sob a vigilância de assistentes nomeados por autor e réu, prova essa que chegou à conclusão de que a colisão do veículo dirigido pelo consumidor não fora frontal e que, para aquela situação, não era mesmo caso de abertura do sistema de *airbags*.

4. De fato, a despeito de a causa de pedir apontar para hipótese em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, este se desincumbiu do ônus que lhe cabia, tendo sido provado que, “embora haja colocado o produto no mercado, o



defeito inexist[iu]”, nos termos do art. 12, § 3º, inciso II, do CDC. Tendo sido essa a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo*, a reversão do julgado demandaria reexame de provas, providência vedada pela Súmula n. 7-STJ.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.095.271-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.2.2013, DJe 5.3.2013)

Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão “*ope judicis*” (art. 6º, VIII, do CDC). Momento da inversão. Preferencialmente na fase de saneamento do processo.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (“ope legis”), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (“ope judicis”), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “*ope judicis*” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão “*ope judicis*” do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

Recurso especial desprovido.

(REsp n. 802.832-MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13.4.2011, DJe 21.9.2011)

Com efeito, o caso em exame se subsume à hipótese normativa de inversão do ônus da prova *ope legis*, prevista no § 3º do art. 12 do CDC; o que, de fato, contraria a afirmação do acórdão recorrido, segundo a qual caberia à autora provar que o defeito no sistema de *air bags* existiu, de modo que não foi acionado quando deveria.

Assim, não poderia o acórdão ter repassado os encargos da prova para a consumidora com o fito de isentar a fornecedora pela responsabilidade de seu produto.

4. Ainda que assim não fosse, entendo que assiste razão à recorrente.

Como sabido, as regras de distribuição do ônus probatório são previsões legislativas de fixação de critérios objetivos servís à solução de controvérsias, cuja prova das circunstâncias fáticas do caso não se afiguram extreme de dúvidas ao magistrado, ou na hipótese de nenhuma prova ter sido produzida.

Vale dizer, somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem insuficientes a que o julgador externe - com segurança - a solução que se lhe afigure a mais acertada.

Nesse sentido, asseverou com a perspicácia conhecida o renomado Barbosa Moreira, no sentido de que as regras sobre ônus da prova implicam verdadeira “distribuição de riscos” entre os litigantes quanto ao “mau êxito da prova”, constituindo sua aplicação, “em certo sentido, como elemento de motivação, *um sucedâneo da prova faltante*” (*Julgamento e ônus da prova*, p. 75 e 81. *Apud*. MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.057-1.059).

O mencionado entendimento foi acolhido por este Colegiado em recente precedente de minha relatoria:

Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Alcance. Origem da dívida. Incidência das Súmulas n. 5 e n. 7. Alegação de impenhorabilidade de bem de família. Possibilidade de dedução a qualquer tempo. Diferença em relação às hipóteses em que a questão foi decidida e opera-se a preclusão. Enquadramento do imóvel penhorado na proteção conferida pela Lei n. 8.009/1990. Ônus da prova. Irrelevância da discussão no caso concreto.

[...]

5. As regras de distribuição do ônus da prova delineadas no art. 333 do Código de Processo Civil, como observa Barbosa Moreira, revelam-se como “sucedâneo da prova faltante”. Assim, somente há necessidade de a solução do litígio se apoiar no ônus da prova quando não houver provas dos fatos ou quando essas se mostrarem insuficientes a que o julgador externe - com segurança - a solução que se lhe afigure a mais acertada. Com efeito, tendo o acórdão recorrido se apoiado nas provas antes produzidas nos autos, no que concerne à impenhorabilidade

do imóvel do devedor, o recurso encontra óbice na Súmula n. 7-STJ, a par de se mostrar irrelevante a indagação acerca do ônus probatório.

6. Recurso parcialmente conhecido e não provido.

(REsp n. 981.532-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.8.2012, DJe 29.8.2012)

No caso concreto, o Tribunal de origem, como visto, entendeu pela ausência de provas e que suas consequências processuais negativas deveriam ser suportadas pela consumidora, uma vez que teria falhado em sua oportunidade de provar os fatos constitutivos de seu direito.

O magistrado de piso havia isentado a fornecedora de sua responsabilidade tomando para tanto, as conclusões do *expert*, conforme o seguinte trecho do laudo pericial:

‘Módulo do *air-bag* com detecção de choque em dois estágios:

a) O primeiro estágio: ocorre quando o módulo do *air-bag* identifica a presença de um choque necessário para a ativação dos pré-tensionadores do cinto de segurança, para os veículos que possuem esse equipamento. Os veículos Renault no Brasil não possuem pré-tensionadores (salvo o Novo Megane)), todavia, os módulos do *air-bag* brasileiros são fabricados na mesma configuração dos europeus, e dessa maneira, identificam o choque de primeiro estágio, mesmo que não possuem pré-tensionadores (o que não quer dizer que a detecção da necessidade de ativar os pré-tensionadores, eventualmente registrada no módulo, implique em uma eventual falha do sistema.

Apesar de identificar o choque no primeiro estágio, isto não quer dizer que houve condições suficientes de desaceleração necessária para ativar as as bolsas de *air-bag*. Daí entra a detecção de choque de segundo estágio. A situação de choque do primeiro estágio pode ocorrer por várias origens, ex. Ao veículo passar em velocidade acentuada sobre um buraco ou outro.

Quando ocorre uma situação de choque de primeiro estágio, se faz necessário a substituição do módulo, pois o sistema fica bloqueado e inoperante. Esta situação é indicada pela luz que permanece acesa no painel.

b) No segundo estágio: o módulo de *air-bag* identifica uma desaceleração bem superior àquela de primeiro estágio, compreendida como prejudicial aos ocupantes o veículo, e só então ativa o sistema pirotécnico para inflar as bolsas.

No caso em questão, conforma a conclusão apesar de identificar o choque, o sistema interpretou que as condições de desaceleração não foram suficientes para atuação do sistema de segundo estágio, e assim, não acionou as bolsas do *air-bag*.’

Como a perícia foi realizada com o veículo já consertado, o perito baseou-se nos elementos informativos do processo e vistoria que realizou no automóvel. Até pela narrativa que fez a autora, é possível concluir, como fez o perito, que os carros trafegavam em sentidos perpendiculares, sendo que o veículo Fiat Tempra atingiu a parte frontal esquerda (frontal oblíqua), que se deslocou para trás (da esquerda para direita, para o banco do carona), e, que, segundo relatou a autora ao perito, determinou o giro do automóvel Renault.

O fato de o automóvel Renault ter ficado bem avariado não permite concluir que se achavam presentes as condições necessárias ao acionamento do dispositivo auxiliar de segurança. Aliás, está no manual de instruções do carro que o *air bag* é acionado em virtude da desaceleração longitudinal brusca do veículo, e não por força do impacto. Nada indica que o *air bag* instalado pela fabricante, quando do acidente, não foi acionado pelo sistema de comando, em razão de defeito no produto, mas por ausência das condições especificadas no manual para o seu funcionamento, pois a energia cinética, no momento da colisão, foi absorvida, em parte, pela sua zona de absorção frontal, e de outra parte, pelo deslocamento do carro decorrente da força do impacto, não havendo a desaceleração pontual, necessária e suficiente para seu o acionamento. Não procede, assim, os pedidos indenizatórios formulados pela autora.

Ocorre que, da leitura do excerto transcrito, entendo que não houve a melhor interpretação e valoração das considerações lançadas pelo *expert*.

De fato, o auxiliar da justiça, após dissertar sobre os dois estágios de detecção do choque, concluiu que “*no caso em questão, conforma a conclusão apesar de identificar o choque, o sistema interpretou que as condições de desaceleração não foram suficientes para atuação do sistema de segundo estágio, e assim, não acionou as bolsas do air-bag.*”

Essa conclusão, por si só, não significa muito, uma vez que extrai justamente a causa de pedir da autora, ora recorrente, isto é, de que realmente houve um choque de veículos, mas que mesmo assim o sistema de *air bag* interpretou não ser uma condição suficiente para acionamento do dispositivo.

Em verdade, entendo que, nos termos enunciados, a perícia acabou por ser inconclusiva no ponto.

Deveria, isto sim, aferir, por meio de métodos técnicos e científicos e demais elementos que se fizessem necessários (CC, art. 429), se o sistema de *air bag* estava devidamente calibrado, se a energia cinética - no momento da colisão e diante da velocidade e da força do impacto, bem como do local da batida - seria suficiente ou não para o acionamento do dispositivo, além de outros pontos relevantes para se aferir a dinâmica do defeito apontado na inicial.

Limitou-se o perito a afirmar que o sistema não abriu porque não tinha condições para tanto, isso já se sabia desde a época do acidente, desde a propositura da inicial.

Aliás, a própria sentença afirma que “*o fato de o automóvel Renault ter ficado bem avariado não permite concluir que se achavam presentes as condições necessárias ao acionamento do dispositivo auxiliar de segurança*”.

Ao revés, pelo descrito no julgado, o que se vê é que o “*veículo Fiat Tempra atingiu a parte frontal esquerda (frontal oblíqua), que se deslocou para trás (da esquerda para direita, para o banco do carona)*”, ficando muito avariado; ou seja, ao que parece, foram preenchidos os dois estágios do choque exigidos para a detecção do *air bag*, mas que, por um defeito no produto, não acionou o sistema, causando danos à consumidora. Assim, a conclusão evasiva da perícia deve ser interpretada em favor do consumidor vulnerável e hipossuficiente.

5. Destarte, enfrentando a celeuma pelo ângulo das regras sobre a distribuição da carga probatória, levando-se em conta o fato de a causa de pedir apontar para hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, não havendo este se desincumbido do ônus que lhe cabia, inversão *ope legis*, é de se concluir pela procedência do pedido autoral com o reconhecimento do defeito do produto.

Quanto aos danos, alega a recorrente em sua inicial a ocorrência de diversos danos materiais (emergentes e lucros cessantes), pelos gastos com medicação, exames, locação de outro veículo (haja vista que ficou sem a posse de seu automóvel pelo período de 54 dias), com o sinistro do seguro do automóvel e, ainda, pela cirurgia de rinoseptoplastia que terá que se submeter.

Além disso, aduz ter sofrido danos extrapatrimoniais, na sua ordem moral, física e estética, principalmente pelos diversos dissabores sofridos, tanto em relação à quebra da confiança pelo produto ofertado (que não funcionou como legitimamente se esperava), como pelas lesões corporais sofridas.

Dessa forma, no caso ora em análise, uma vez reconhecida a responsabilidade da fornecedora pelo fato do produto, os dispêndios e o tempo de duração da privação sofrida pela recorrente, penso que os valores devidos a título de danos materiais deverão ser apurados em liquidação por arbitramento, observados os limites máximos dos pedidos contidos na inicial.

Nesse sentido:

Processo Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Cerceamento de defesa. Inspeção judicial. Responsabilidade objetiva por acidente de consumo. Fato do serviço. Conceito de consumidor. Reexame de provas. Julgamento contrário às provas dos autos. Não-configuração. Litigância de má-fé. Inocorrência. Juros moratórios. Termo inicial. Montante indenizatório. Adequação.

- A decisão que, motivadamente, nega as teses jurídicas da parte não configura negativa de prestação jurisdicional.

- Não há cerceamento de defesa na decisão que ao entender despicienda a prova requerida, nega a sua produção, mormente quando outros meios de provas bastantes instruem o processo.

- O fornecedor de produtos e serviços responde objetivamente pelos eventos decorrentes do fato do produto ou do serviço que provocam danos a terceiros.

- É defeso o reexame de provas e fatos dos autos em sede de recurso especial.

- *As despesas reembolsáveis deverão ser fixadas na fase de liquidação, de forma a impedir o enriquecimento sem causa.*

- A jurisprudência do STJ já decidiu que, no campo da responsabilidade extracontratual, mesmo sendo objetiva a responsabilidade, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso.

- O montante a título de danos morais deve ser fixado de acordo com os critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp n. 480.697-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7.12.2004, DJ 4.4.2005, p. 300)

Por último, no tocante ao dano moral, também colhe êxito a pretensão.

Como se sabe, cuidando-se de dano moral, algo imaterial que se hospeda na seara das conformações ideais, a prova de sua ocorrência evidentemente não se assemelha à prova do dano material, por exemplo.

É impossível “exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos mesmos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90).

Com efeito, entende-se que o dano moral se extrai não exatamente da prova de sua ocorrência, mas da análise da gravidade do ato ilícito em abstrato.

Vale dizer, a comprovação da gravidade do ato ilícito gera, *ipso facto*, o dever de indenizar, em razão de uma presunção natural, que decorre da experiência comum, de que, nessa hipótese, ordinariamente há abalo significativo da dignidade da pessoa. O dano moral, portanto, é *in re ipsa* (*Idem, ibidem*).

No caso, tenho que os fatos descritos nos autos foram suficientes para, em si, causar abalo moral à recorrente, haja vista os danos físicos e estéticos sofridos.

É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva e a objetiva da proprietária do veículo acidentado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de dano moral indenizável.

Esta Corte, aliás, já teve oportunidade de apreciar caso similares e estipulado valores semelhantes, senão vejamos:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Matéria constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal. Ausência de omissões no acórdão. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Danos morais. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

1.- A competência desta Corte restringe-se à interpretação e uniformização do direito infraconstitucional federal, restando impossibilitado o exame de eventual violação a dispositivos e princípios constitucionais sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

2.- Não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão Recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do Agravante.

3.- Quanto à alegação de instrasmissibilidade dos direitos de personalidade, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que “embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius*” (AgRg nos EREsp n. 978.651-SP, Rel. Min. *Felix Fischer*, DJe 10.2.2011).

4.- Sendo o magistrado o destinatário da prova, e a ele cabe decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento. Desse modo, a apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o indeferimento do pedido de produção de prova demanda reexame do contexto fático-probatório, providência vedada pela Súmula n. 7-STJ.

Precedentes.

5.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o país e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

6.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), devido pela ora Agravante ao autor, a título de danos morais.

7.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 326.485-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 1º.8.2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Decisão mantida. Omissão. Não ocorrência. Acidente. Responsabilidade. Transporte. Reexame fático-probatório. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Dano moral.

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional.

2. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

3. Acidente de trânsito ocorrido com veículo de firma individual, contratada para transportar, coletar e entregar as mercadorias de empresa de fabricação e comercialização de bebidas, ostentando publicamente a marca notória da empresa contratante.

Responsabilidade civil pelos danos causados pela contratada na execução dos serviços terceirizados. Precedente.

4. Hipótese em que o valor da indenização foi estabelecido na instância ordinária em patamar condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.413.358-BA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11.12.2012, DJe 1º.2.2013)

Nesse passo, tenho que se mostra consentâneo com a extensão do dano e com a qualidade das partes envolvidas, além de observadas as circunstâncias do caso concreto, o arbitramento de indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

6. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido indenizatório deduzido na inicial, remetendo os danos materiais para apuração em sede de liquidação por arbitramento, observados os limites máximos dos pedidos contidos na inicial.

Os danos morais são desde logo arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Os valores estabelecidos deverão ser atualizados monetariamente a contar da data em que houver a sua fixação definitiva, contados os juros da citação. Invertidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

É como voto.

VOTO VENCIDO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, com a devida vênia do Sr. Ministro Relator, não conheço do recurso especial.

Penso que seria necessário reexaminar prova dos autos para que se concluísse que houve, realmente, um fato do produto que tivesse relevância no resultado danoso provocado. A perícia a que se reporta a sentença de primeiro grau, que rejeitou o pedido, confirmada pelo acórdão recorrido, entendeu que “no caso em questão, conforme a conclusão, apesar de identificar o choque, o sistema interpretou que as condições de desaceleração não foram suficientes para atuação do sistema de segundo grau e, assim, não acionou as bolsas do *airbag*”.

O acionamento do *air bag* não ocorre necessariamente em todos os casos de acidente. Ele depende das condições de desaceleração do carro. Assim, a meu ver, na mesma linha do decidido pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise do contexto probatório, não está evidenciado que tenha havido um fato do produto, necessário a configurar o nexo de causalidade, apto a ensejar inversão *ope legis* do ônus probatório e a responsabilidade objetiva da recorrida. Incide, ao meu sentir, a Súmula n. 7 como obstáculo ao conhecimento do recurso.

Mas, vencida quanto ao conhecimento do recurso, acompanho o voto do Relator quanto ao valor da indenização por dano moral.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, a título de debate, acho estranho remetermos tudo para a fase de liquidação.

O dano moral, por exemplo, temos que fixar desde já, avaliando a ocorrência.

Os pedidos que constam da inicial são certos, de valores determinados. Houve, depois, um aditamento à inicial que talvez nos permita, se prevalecer o entendimento de reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor (...)

O autor pede o montante de nove mil e oitenta e quatro reais e os valores requeridos a título de danos extrapatrimoniais que, por não terem sido delimitados, pleiteia sejam arbitrados por V. Exas., quer dizer, pelos Julgadores.

O Sr. Ministro Raul Araújo (Presidente): Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Relator, reconhecendo a responsabilidade objetiva do fornecedor, no caso.

A perícia foi inconclusiva, não logrou a ré afastar sua responsabilidade na hipótese. Embora pessoalmente tenha minhas dúvidas porque se pode até desligar o sensor do *airbag* e aí não vai funcionar mesmo, uma vez que foi desligado (...)

Não há mais como saber o que aconteceu. De qualquer modo, o fornecedor não conseguiu afastar sua responsabilidade, parece-me.

Agora, apenas com relação a essa questão da valoração da condenação é que penso que teremos logo que estabelecê-la, porque está muito expressa. O pedido é bem claro tanto na inicial, quanto na petição às fls. 56, que é um complemento à petição inicial, e temos que definir um valor para os danos morais.

Dou provimento ao recurso especial.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, com a devida vênia da divergência, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Dou provimento ao recurso especial.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Sergio Cavalieri Filho¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

O julgamento teve por objeto acidente automobilístico ocorrido em janeiro de 2004, no qual a condutora de um dos veículos que colidiram sofreu graves lesões físicas, principalmente no rosto. Na ação indenizatória, apontou-se como causa dos danos defeito do **air bag** que, mesmo diante do forte impacto da colisão, não foi acionado, motivo pelo qual as lesões sofridas pela autora foram muito graves, apesar do uso do cinto de segurança.

Em primeiro grau, após a realização de perícia com conclusão evasiva, o pedido foi julgado improcedente ao fundamento de que “*nada indica que o air bag, quando do acidente, não foi acionado pelo sistema de comando em razão de defeito no produto, mas por ausência das condições especificadas no manual para o seu funcionamento*”. Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso por entender não haver prova do defeito do produto. “*Não há falar em responsabilização se não comprovado o defeito*”.

Interposto o recurso especial com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, por violação aos arts. 6º, 12 e 14 do CDC; 186 e 927 do Código Civil, recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem, ascendendo, pelo provimento do agravo, à Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça onde a pretensão autoral foi acolhida pela maioria dos Ministros que a integram, que entendeu não terem as instâncias ordinárias dado correta aplicação às regras de inversão do ônus da prova consagradas no Código de Defesa do Consumidor, mormente as pertinentes à *inversão ope legis*, nos termos do voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do acórdão.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO



¹ Desembargador aposentado e ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor emérito da EMERJ. Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Responsabilidade civil e Direito do Consumidor.

O acórdão em comento bem evidencia que, passados 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, parte da doutrina e da jurisprudência ainda não assimilou devidamente o sistema de responsabilidade civil nele estabelecido para o fornecedor de produtos e serviços, particularmente no que respeita ao ônus da prova. As instâncias ordinárias, conforme ressaltado no acórdão, partiram de premissa totalmente equivocada ao inferir “*que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha do referido sistema de segurança*”. Ao assim entender, negaram aplicação aos mais importantes princípios estruturantes do sistema de responsabilidade civil estabelecido no CDC para enfrentar a problemática dos acidentes de consumo decorrente de uma sociedade massificada.

Com efeito, entre as grandes modificações introduzidas pelo Código do Consumidor na responsabilidade civil nas relações de consumo, a mais importante foi o estabelecimento de responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto (art. 12), quer do fato do produto (art. 14). Dessa forma, o CDC deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica fundada na culpa até então existente, na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor. Depreende-se desses dois dispositivos (verdadeiras cláusulas gerais) que o **fato gerador** da responsabilidade do fornecedor é o **defeito do produto ou do serviço**:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos **danos causados aos consumidores por defeitos**...” (art. 12).

No mesmo sentido o art. 14:

“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos (...)”.

Mas o que é defeito? Quando se pode dizer que um produto ou serviço é defeituoso? O § 1º do art. 12 (CDC) responde essa importante indagação:

“O produto é defeituoso quando não oferece a **segurança** que dele legitimamente se espera”.

Nessa esteira, o § 1º do art. 14:

“O serviço é defeituoso quando não oferece a **segurança** que o consumidor dele pode esperar”.

É aqui que se faz presente o **princípio da segurança**.

Importa isso dizer que o principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não é o risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o **princípio da segurança**. O risco, como sempre repetimos, por si só **não** gera a **obrigação de indenizar**. A responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente. E quando se fala em risco, o dever que se tem em contrapartida é o da **segurança**. Risco e segurança andam juntos, são fatores que atuam reciprocamente na vida moderna cuja atividade primordial é **driblar riscos**. Onde há risco tem que haver segurança. Foi justamente esse dever que o CDC estabeleceu para o fornecedor de produtos e serviços.

Em suma, para quem se propõe fornecer produtos e serviços no mercado de consumo o CDC impõe o dever de **segurança**; dever de só fornecer produtos e serviços seguros, sob pena de responder independentemente de culpa pelos danos que causar ao consumidor.

Entretanto, pouco aproveitaria ao consumidor esse novo sistema de responsabilidade se o CDC não estabelecesse também uma nova sistemática para o ônus da prova. Realmente, tendo sido estabelecido como **fato gerador** da responsabilidade do fornecedor o **defeito** do produto ou do serviço, se a prova desse defeito coubesse ao consumidor, encontraria ele um obstáculo ainda maior que a prova da culpa no sistema de responsabilidade subjetiva. Seria praticamente impossível ao consumidor, por falta de recursos técnicos, científicos e econômicos, produzir a prova do defeito.

É, pois, no campo da prova que o consumidor encontra as maiores dificuldades para fazer valer o seu direito em juízo. Por isso o Código do Consumidor, rompendo dogmas e estabelecendo novos paradigmas também na área processual, estabeleceu como direito básico do consumidor **a inversão do ônus da prova**, que pode se dar, como bem destacado no acórdão, de duas maneiras: *ope judicis e ope legis*. A primeira tem lugar quando a inversão decorre de ato do juiz por estarem presentes os requisitos previstos no inciso VIII do art. 6º do CDC - verossimilhança e hipossuficiência. A segunda, que mais interessa no caso, tem lugar, como o nome já indica, nos casos em que a própria lei altera as regras do ônus da prova, independentemente de qualquer decisão do juiz ou ato das partes. Trata-se, portanto, de inversão obrigatória, por força da lei, que não está na esfera da discricionariedade do juiz.

A inversão *ope legis* e a *ope judicis* são, pois, figuras processuais distintas, que não devem ser confundidas.

O Código do Consumidor prevê duas hipóteses de **inversão *ope legis***: na responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (art. 12, § 3º, e art. 14, § 3º) e na informação ou comunicação publicitária (art. 38).

No caso de responsabilidade civil por acidente de consumo, o CDC atribui expressamente ao fornecedor o ônus da prova quanto às causas de exclusão de responsabilidade elencadas no § 3º dos artigos 12 e 14:

“O fabricante, o construtor, o produtor ou importador **só não serão responsabilizados quando provar** que, embora haja colocado o produto no mercado, **o defeito inexistente**” (§ 3º, inciso II, do art. 12).

“O fornecedor de serviço **só não será responsabilizado quando provar** que, tendo prestado o serviço, **o defeito inexistente**” (§ 3º do art. 14).

Temos aí, indubitavelmente, a inversão do ônus da prova *ope legis*, isto é, por força da lei, que não se confunde com aquela prevista no art. 6º, inciso VIII (*ope iudicis*), o que importa dizer que, ocorrido o acidente de consumo, e havendo prova de primeira aparência de que o acidente foi causado por um defeito do produto ou do serviço, o Código do Consumidor presume a existência do defeito até prova em contrário, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar **se provar** (ônus seu) **que o defeito não existe**. Se cabe ao fornecedor provar **que o defeito não existe**, a toda evidência o defeito é presumido (presunção *juris tantum*) até prova em contrário.

Correta a posição do Código porque, se para o consumidor/vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos mais fácil. Ele que fabricou o produto ou que prestou o serviço, ele que tem o completo domínio do processo produtivo deverá ter também condições de demonstrar que o seu produto ou serviço não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

Em acréscimo do que já se registrou, deve ser lembrada a oportuna e pertinente advertência do Ministro Sanseverino: “*Apesar disso, o consumidor não fica dispensado de produzir provas em juízo*”.² Com efeito, uma vez que a

² “Deve ficar claro, porém, que o ônus de provar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com determinado produto ou serviço é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexos causal), não houve alteração da norma de distribuição do encargo probatório do art. 333 do CPC”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 344.

inversão do ônus da prova é restrita à inexistência do defeito, mesmo no caso de inversão *ope legis* (pelo fato do produto ou do serviço) deverá o consumidor, como autor da ação indenizatória, provar a ocorrência do acidente de consumo e o respectivo dano. O que a lei inverte, repetimos, é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que se expôs até aqui, é possível concluir que o caso submetido a julgamento no REsp nº 1.306.167 – RS preenchia todos os requisitos legais para ser enquadrado no art. 12 do Código do Consumidor, com a conseqüente acolhida da pretensão indenizatória. O **air bag** do veículo conduzido por consumidora não foi acionado mesmo diante do forte impacto da colisão, o que permite presumir o defeito do produto por não ter oferecido a segurança que dele legitimamente era esperada. O fabricante, por sua vez, não conseguiu provar a inexistência do defeito, já que a perícia foi inconclusiva (prova pericial evasiva, no dizer do acórdão), limitando-se a afirmar “*que o sistema não abriu porque não tinha condições para tanto*”. Logo, a presunção de defeito do produto não foi elidida, pelo que a responsabilidade do fabricante não poderia ser afastada à luz do disposto no § 3º, do art. 12, do CDC:

“O fabricante (...) só não será responsabilizado quando provar que o defeito inexistente”.

Surpreendentemente, entretanto, as instâncias ordinárias decidiram de forma diametralmente oposta à lei ao entender que era ônus da autora/consumidora a prova do defeito do produto. Registrou, no seu voto, o douto Ministro Luis Felipe Salomão:

“Assim, não poderia o acórdão ter repassado os encargos da prova para a consumidora com o fito de isentar a fornecedora pela responsabilidade de seu produto”.

Em boa hora, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tiveram tempo de fazer justiça, aplicando corretamente a lei ao caso concreto e, seguindo a tradição daquela Corte, deram às normas e princípios que disciplinam a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços interpretação harmoniosa com todo o sistema do CDC.

RECURSO ESPECIAL N. 1.331.628-DF (2012/0135921-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Fundacao Zerbini
Advogado: Carlos Frederico Paiva Gomes e outro(s)
Recorrido: D L T (menor)
Representado por: M D L
Advogado: José Martins Ponte e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização movida contra hospital. Defeito na prestação de serviços médico-hospitalares. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC.

1. Demanda indenizatória proposta por paciente portador da Síndrome de Down, que, com um ano e cinco meses, após ser submetido a cirurgia cardíaca, recebeu indevidamente alta hospitalar, tendo de retornar duas vezes ao nosocômio, com risco de morte, sendo submetido a duas outras cirurgias, redundando na amputação de parte da perna esquerda.

2. A regra geral insculpida no art. 14, “*caput*”, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção.

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão “*ope legis*”). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC.

6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal

esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior.

7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

8. *Recurso especial a que se nega provimento.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, A Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 5 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto pela Fundação Zerbini contra acórdão da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ementado nos seguintes termos:

Ação de indenização. Cirurgia cardíaca. Complicações pós-operatórias. Amputação de membro inferior esquerdo. Responsabilidade objetiva do hospital. Danos moral, material e estético. Cumulatividade. Valor indenizatório. Termo inicial dos juros moratórios. Recurso desprovido.

1. E inquestionável a existência de relação de consumo na hipótese, considerando que o apelado, como paciente do hospital apelante, é o destinatário final dos serviços de saúde fornecidos por este nosocômio, conforme definição do Código de Defesa do Consumidor.

2. Os hospitais respondem objetivamente pelos danos causados aos seus, pacientes, ficando ressalvado o direi-to de regresso destes em desfavor dos profissionais responsáveis, cuja responsabilidade é subjetiva.

3. Na fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve avaliar e sopesar a dor do ofendido, proporcionado-lhe adequado conforto material como forma de atenuar o seu sofrimento, sem, contudo, deixar de atentar para as

condições econômicas das partes. Correto, ainda, que a compensação pelo prejuízo não resulte em obtenção de vantagem indevida. Não pode, ademais, ser irrisória, posto que visa coibir a repetição de comportamento descompromissado. Ademais, predomina a Teoria do Desestímulo, que tem como princípio a medida preventiva e de desestímulo a repetição de comportamento semelhante ao que gerou o constrangimento de ordem, moral.

4. Acerca dos danos estético e materiais não. merece reparos a r. sentença apelada, considerando que a quantia foi arbitrada de forma razoável e de, acordo com a orientação legislativa/pertinente, para reparação dos danos experimentados a este título pelo apelado.

5. “É -lícita a cumulação das indenizações de dano estético, e dano moral” (Sumula n. 387-STJ), e, de igual forma, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Súmula n. 37-STJ).

6. “Os juros- moratórios ‘fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual” (Súmula n. 54-STJ).

Na origem, Daniel Leite Tiburcio, menor impúbere, representado por sua mãe, Maria Denize Leite, moveu ação indenizatória em face de Instituto do Coração - INCOR-DF (Fundação Zerbini), ora recorrente, em razão de defeito na prestação de serviços médico-hospitalares.

A narrativa da petição inicial é de que, no dia 28.11.2007, quando contava com um ano e cinco meses, foi submetido a uma cirurgia cardíaca no hospital requerido. O paciente teve complicações pós-operatórias, que não foram objeto da devida atenção pelo corpo clínico do hospital demandado, tendo recebido, por duas vezes, alta hospitalar de maneira indevida, vindo a ser novamente internado em outro hospital no mesmo dia da primeira alta, numa sucessão de fatos que resultaram na amputação de sua perna esquerda.

Alegou que houve, por parte dos profissionais do requerido, omissão, negligência e imperícia. Omissão, pois não conferiram credibilidade aos reclamos da mãe do menor quanto às feridas na perna e não deram atenção à diferença de temperatura no local da lesão; negligência, ante o descuido quanto aos ferimentos, que evoluíram a ponto de atingir o membro com trombose, além de autorização de alta hospitalar, sem revisão do quadro do paciente, mormente diante da reclamação de dores abdominais e ferimentos na perna; imperícia, em virtude da realização de procedimento realizado na perna que estava sã, levando, assim, à amputação do membro. Postulou indenização pelos prejuízos morais, estéticos e materiais sofridos pelo defeito na prestação de serviços médico-hospitalares do réu.

Citado, o demandando, ora recorrente, quanto ao mérito, em síntese, alegou ausência de omissão, negligência ou imperícia por parte dos profissionais pertencentes ao seu quadro. Sustentou que o caso não versa sobre responsabilidade objetiva, pois o serviço foi prestado por médico do hospital, e não pelo hospital, de forma que se faz necessária a comprovação da culpa. Nesse particular, alegou que somente em se tratando de serviços como enfermagem, acomodações, nutrição e controle de infecção hospitalar, recepção ou transporte de doentes haveria que se falar em responsabilidade objetiva do hospital. Postulou a improcedência dos pedidos da parte autora.

A sentença julgou procedentes os pedidos da parte autora, condenando o réu:

- a) no pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de compensação por dano moral, quantia corrigida monetariamente a partir da data da prolação da sentença e acrescida de juros moratórios desde o evento danoso (31.1.2008);
- b) no pagamento de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de compensação por dano estético, importância corrigida monetariamente a partir da data da prolação da sentença e acrescida de juros moratórios desde a data do evento danoso;
- c) no pagamento de pensão vitalícia de 01 (um) salário mínimo, a contar da data em que o requerente completar 14 (quatorzes) anos de idade, ou seja, 22.6.2020.
- d) na constituição de capital para garantia da execução do julgado;
- e) no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Irresignada, a parte ré apelou ao Tribunal de origem sustentando que o caso versa sobre responsabilidade subjetiva, e não objetiva, como assentado na sentença recorrida. Discorreu sobre os fatos ocorridos, alegando que não houve a omissão quando foi dada a primeira alta hospitalar, uma vez que não houve relatos da mãe que a impedisse. Afirmou que não há que se falar em negligência, na medida em que foram realizados todos os exames necessários, os quais não indicaram óbices às altas hospitalares. Por fim, defendeu que não pode ser responsabilizado o hospital por culpa do médico, porque não estão presentes os requisitos para tanto e insurgiu-se contra o *quantum* indenizatório arbitrado.

O Tribunal de origem, reconhecendo a relação de consumo, aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Manteve a sentença, negando provimento ao recurso de apelação. Asseverou que os hospitais respondem objetivamente

pelos danos causados aos seus pacientes, ficando ressalvado o direito de regresso destes em desfavor dos profissionais responsáveis, no caso, os médicos. Entendeu proporcional o *quantum* indenizatório arbitrado na sentença, considerando a gravidade do dano. Teve por possível a cumulação do dano estético com os danos morais, nos termos da Súmula n. 387-STJ. E reiterou que os juros de mora, neste caso, devem fluir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54-STJ.

Mantendo-se contrariada, a parte ré, interpõem o presente recurso especial alegando que o acórdão recorrido violou o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Defendeu que, “na presente hipótese, se está diante de uma verdadeira cadeia de fornecimento de serviços médicos, havendo clara colaboração entre hospital e médico, os quais fornecem serviços conjuntamente e de forma coordenada, portanto, há que se atribuir responsabilidade subjetiva ao Hospital”. Asseverou, ainda, que se deve averiguar se houve culpa do médico, sem a qual não há que ser responsabilizado o hospital. Afirmou que, “se for imposta a responsabilidade objetiva ao hospital, pelos erros cometidos por seus médicos, estar-se-ia aceitando que o contrato firmado foi de resultado”. Por fim, frisou que, “o serviço foi prestado por médico do hospital e não pelo hospital demandado”, de forma que entendeu necessária a comprovação da culpa. Assim, sustentou a inaplicabilidade da responsabilidade objetiva ao hospital pelos danos sofridos, devendo incidir, na hipótese, o parágrafo 4º do artigo 14 do CDC, responsabilidade subjetiva. Aduziu dissídio jurisprudencial com julgamentos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul. Postulou conhecimento e provimento do recurso.

Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas! O presente recurso especial desafia acórdão que, aplicando a regra geral do artigo 14 do CDC a um hospital, reconheceu como objetiva a sua responsabilidade civil por atos de seus médicos/prepostos.

Aduz, em síntese, o recorrente que a hipótese era a de incidência do parágrafo 4º do artigo prequestionado, por ser caso de responsabilidade civil subjetiva.

Extrai-se do acórdão recorrido a moldura fática, que redundou nas lesões sofridas pelo menor, portador da Síndrome de Down.

Com um ano e cinco meses, o paciente fora submetido junto ao hospital recorrente a uma cirurgia cardíaca por sopro no coração. Na fase pós-cirúrgica, ainda internado, apareceu uma lesão na sua perna. Apesar disso, recebeu alta hospitalar indevida.

No mesmo dia da referida alta, após ter passado muito mal, a mãe do autor, constatando que o hospital recorrente não dispunha de serviço de emergência, internou-o na UTI do Hospital Regional de Taguatinga, onde se constatou infecção generalizada com risco de morte da criança, sendo, imediatamente, encaminhado ao hospital recorrente.

Lá internado, pela segunda vez permaneceu por mais vinte e cinco dias, quando, sem outra opção, teve de ser submetido a duas cirurgias, uma no abdômen e outra na perna esquerda que apresentava sinais de gangrena e trombose.

Como da primeira vez, ainda não sadio o suficiente, recebeu uma segunda alta hospitalar indevida.

Tanto que, com acompanhamento ambulatorial realizado pelo recorrente ao menor, seus médicos/prepostos indicaram amputação de parte da perna direita da criança, até então tida por sadia.

Ou seja, todas as altas recebidas pelo menor resultaram em uma piora significativa de seu quadro clínico, tanto que, sempre que retornou ao hospital recorrente, teve de ser submetido a outra importante cirurgia, só finalizando essa triste história com a amputação de parte de sua perna.

O Tribunal de origem reconheceu o nexo de causalidade entre a amputação da perna do menino e o desleixo nos diversos atendimentos prestados pelo hospital, que por diversas vezes deu alta indevida ao paciente.

Desse quadro fático, o recorrente alega violação ao artigo 14 do CDC, pois não lhe pode ser imputada a responsabilidade objetiva, defendendo a incidência do parágrafo 4º, por entender ser caso de responsabilidade subjetiva.

Adianto não merecer provimento o presente recurso especial, pois o enunciado normativo previsto no parágrafo 4º do artigo 14 do CDC é norma de exceção, abrangendo tão somente os médicos contratados pelo próprio paciente, não extensiva aos hospitais que devem responder sob a luz da regra geral constante do *caput* do artigo indigitado.

Relembre-se que a questão relativa à natureza da responsabilidade civil de hospital prestador de serviços médico-hospitalares por atos de seus médicos/prepostos é delicada e controvertida.

A solução deve ser buscada na interpretação das regras positivadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, *verbis*:

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, a regra geral do CDC, para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo *caput* do seu art. 14, é de que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, “independente de culpa” do fornecedor, como textualmente consignado no próprio enunciado normativo.

Abriu-se uma exceção apenas em favor dos profissionais liberais no § 4º desse mesmo art. 14 do CDC, estatuinto-se que a sua responsabilidade é subjetiva, aferindo-se “mediante a verificação de culpa”.

Ocorre que, como regra de exceção, sua incidência é restrita à responsabilidade civil dos profissionais liberais, não se estendendo aos demais fornecedores, inclusive os hospitais e clínicas médicas, a quem se aplica a regra geral da responsabilidade objetiva.

Assim, a responsabilidade dos fornecedores de serviços em geral, inclusive as clínicas e hospitais, é objetiva, dispensando a comprovação de culpa.

Não se desconhece precedente da Quarta Turma desta Corte que, em 2005, julgando o Recurso Especial n. 258.389-SP, relatoria do eminente Min. Fernando Gonçalves, reconheceu como subjetiva a responsabilidade civil de hospital “no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que nele atuam..”, sendo a seguinte a sua ementa, *verbis*:

Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da omprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1.521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a Súmula n. 341-STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (REsp n. 258.389-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 16.6.2005, DJ 22.8.2005, p. 275).

Posteriormente, a Quarta Turma desta Corte, em 2007, julgando o Recurso Especial n. 629.212-RJ, relatoria do eminente Min. Cesar Asfor Rocha, reconheceu como objetiva a responsabilidade civil de hospital por “infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação, e não da atividade médica em si”, tendo sido a seguinte a sua ementa, *verbis*:

Responsabilidade civil. Consumidor. Infecção hospitalar. Responsabilidade objetiva do hospital. Art. 14 do CDC. Dano moral. *Quantum* indenizatório.

O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si.

O valor arbitrado a título de danos morais pelo Tribunal *a quo* não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 629.212-RJ, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15.5.2007, DJ 17.9.2007, p. 285).

Esta Terceira Turma, em 2009, no julgamento do Recurso Especial n. 696.284-RJ, relatoria do eminente Min. Sidnei Beneti, teve oportunidade de enfrentar diretamente a questão da responsabilidade civil de hospital pelos atos de seus médicos plantonistas, reconhecendo-a como objetiva, sendo plenamente elucidativa a sua ementa, *verbis*:

Recurso especial: 1) Responsabilidade civil. Hospital. Danos materiais e morais. Erro de diagnóstico de seu plantonista. Omissão de diligência do atendente. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital. Responsabilidade. Culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico. Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico. Erro de diagnóstico em plantão. Culpa subjetiva. Inversão do ônus da prova aplicável. 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova. Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal. Súmula n. 7-STJ.

1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula n. 7-STJ).

5.- Recurso Especial do hospital improvido.

(REsp n. 696.284-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 3.12.2009, DJe 18.12.2009).

Nessa linha de julgamento, mais recentemente, esta Colenda Terceira Turma, em acórdão da minha relatoria, também reconheceu a responsabilidade civil objetiva de uma clínica prestadora de serviços médico-hospitalares para

responder por atos de seus médicos/prepostos, destacando que a exceção do parágrafo 4º do artigo 14 do CDC é restrita aos profissionais liberais, não se estendendo aos prestadores de serviços, *verbis*:

Recurso especial. Agravo de instrumento. Ação de indenização movida contra clínica médica. Alegação de defeito na prestação de serviços. Responsabilidade objetiva. Inteligência do art. 14 do CDC.

1. Demanda indenizatória proposta pelo marido de paciente morta em clínica médica, alegando defeito na prestação dos serviços médicos.

2. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.

3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais.

4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção.

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida por imposição legal (inversão "ope legis"). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC.

6. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

7. *Recurso especial provido.*

(REsp n. 986.648-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 2.3.2012)

Enfim, a orientação traçada nestes últimos precedentes desta Terceira Turma, amoldam-se perfeitamente ao caso em questão, devendo servir de parâmetro para o julgamento do presente caso.

Naturalmente, essa responsabilidade civil do hospital recorrente, embora objetiva, *não é absoluta*, podendo ser afastada com fundamento em uma das *excludentes do acima aludido § 3º* do art. 14 do CDC, como a inexistência de defeito, a culpa exclusiva da vítima ou o fato exclusivo de terceiro.

Interessa, no momento, a excludente da inexistência de defeito, cujo ônus probatório foi atribuído pelo legislador do CDC ao fornecedor, nos seguintes termos:

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Desse modo, o ônus da prova da inexistência de defeito na prestação do serviço, por imposição do próprio legislador, era do hospital recorrente.

Competia ao hospital recorrente, para excluir a sua responsabilidade civil, a comprovação de que inexistiu defeito na prestação de serviço, demonstrando ter adimplido corretamente as suas obrigações em relação ao paciente.

Ressalte-se que não havia necessidade sequer de ser determinada, como fez o Magistrado de primeiro grau, a inversão dos ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC, pois essa inversão já fora feita pelo próprio legislador na estatuição do § 3º do art. 14 do CDC.

Trata-se aqui da distinção entre a inversão *ope judicis*, prevista pelo art. 6, VIII, do CDC, e a operada diretamente pela própria lei (*ope legis*), estatuída neste art. 14, § 3º, do CDC.

Seguindo esse raciocínio, fica claro que se mostrou correta a linha seguida pelo Tribunal de origem, mantendo a decisão do juízo de primeiro grau por entender não terem sido demonstradas as excludentes da responsabilidade objetiva do hospital.

Já tive oportunidade de analisar essa questão em sede doutrinária (*Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 342), *verbis*:

O simples fato, por exemplo, de o paciente ter falecido durante um ato cirúrgico não significa que o hospital seja responsável pelo evento morte, sob pena de se inviabilizar essa atividade.

Apenas será responsabilizado quanto tiver ocorrido defeito na prestação de serviço, cujo ônus de provar a inexistência é da entidade hospitalar, caracterizado pelo descumprimento de suas obrigações.

Isso não significa, porém, apesar de a diferença ser sutil, que a responsabilidade do hospital se torne subjetiva.

A interpretação extensiva pretendida pelo recorrente da regra de exceção contida no § 4º do artigo 14 do CDC ao hospital - fornecedor de serviços médicos-hospitalares, fere a regra geral prevista no § 3º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, que lhe atribui o ônus da prova da inexistência de defeito na prestação de serviço, que não atendeu, conforme assentado no acórdão recorrido.

Portanto, para afastar a responsabilidade civil objetiva do hospital, necessariamente teria de ser reconhecida alguma das excludentes previstas no

parágrafo 3º do artigo 14 do CDC, o que não foi reconhecido pelo Tribunal de origem.

Com isso, esbarra a pretensão recursal no óbice da Súmula n. 7-STJ, pois exigiria a revisão do conjunto probatório dos autos para a sua verificação, o que é vedado a esta Corte Superior.

Finalmente, os valores fixados a título de indenização mostram-se adequados para as circunstâncias e a gravidade do ato ilícito, esbarrando, no seu aspecto fático, também nos óbices da Súmula n. 7-STJ.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Paulo Lôbo¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

A decisão enfrenta o tortuoso problema da responsabilidade por fato do serviço em unidade hospitalar, decorrente de má prática médica. Os tribunais e o próprio STJ flutuaram muito quanto à imputação da responsabilidade objetiva ao hospital, havendo decisões – algumas citadas no voto do relator – que a excluíram, exceto quanto aos serviços exclusivamente relacionados à atividade empresarial, notadamente ao uso de suas instalações, dos equipamentos, dos medicamentos e aos serviços auxiliares (enfermagem, exames, etc).

A dispensa da responsabilidade objetiva da unidade hospitalar, pelo fato do serviço médico, que parecia dominante na jurisprudência dos tribunais, contribuiu para que muitas entidades hospitalares praticamente extinguissem seus corpos médicos, valendo-se de terceirizações, tais como cooperativas de serviços. Essas iniciativas evidenciam intuito de fraude à lei (trabalhista e de proteção do consumidor).

Neste caso específico, o paciente com síndrome de Down tinha apenas um ano e cinco meses, quando foi submetido a três cirurgias sucessivas, que

¹ Doutor em Direito (USP), Professor Emérito da UFAL, Ex-Conselheiro do CNJ.

redundaram em amputação de parte da perna, fazendo ressaltar imperícias e negligências dos serviços médico-hospitalares prestados. O pequeno paciente teve complicações pós-operatórias, que não receberam a devida atenção do pessoal clínico do hospital. Ressalte-se que, nesse caso, os médicos que cuidaram do paciente integravam o corpo de pessoal do próprio hospital.

O hospital sustentou que sua responsabilidade não era objetiva, salvo quanto aos serviços auxiliares que prestou. Sustentou, ainda, que a responsabilidade subjetiva apenas se aplicaria aos médicos, como profissionais liberais. Em suma, a linha de defesa, mantida nos recursos, é a de que o hospital não pode ser responsabilizado por culpa do médico e esta deve ser provada pela vítima. A sentença de primeiro grau lhe foi desfavorável, fundada na responsabilidade objetiva. O tribunal de origem confirmou a sentença, reconhecendo a relação de consumo e a natureza objetiva da responsabilidade.

A decisão do STJ aplicou o *caput* do art. 14 do CDC, que enuncia a responsabilidade por fato do serviço, independe de culpa, não tocando ao fornecedor pessoa jurídica a regra do § 4º do mesmo artigo. Fê-lo sob o fundamento de que § 4º, que estabelece a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais é de exceção para estes e não pode ser estendida à pessoa jurídica que integrem ou à qual se vinculem pela prestação do serviço.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Tenho como acertada a decisão do STJ, neste caso, esperando que a orientação nela adotada torne-se dominante, pois já se firmou na Terceira Turma. Considerando as orientações divergentes da Quarta Turma, aguardemos como se manifestará a Seção de Direito Privado do Tribunal.

Diferentemente, a Quarta Turma admitiu a extensão da responsabilidade subjetiva ao hospital, por atos dos médicos que neles atuam ou sejam ligados por convênio, devendo ser comprovada a culpa destes para que a culpa daquele seja presumida. Em outro julgado, admitiu a responsabilidade objetiva do hospital em virtude de infecção hospitalar, “pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si”.

O entendimento da Terceira Turma, bem retratado no julgado ora comentado, parece-nos mais consentâneo aos propósitos da lei (CDC), aos “fins sociais a que ela se dirige” (LINDB, art. 5º) e, sobretudo, ao princípio constitucional de defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII, e 170, V). Os

serviços prestados pelo e no hospital configuram atividade econômica, sujeito aos princípios normativos estabelecidos pelo art. 170 da CF, incluindo o de “defesa do consumidor”.

A orientação mundial da legislação de proteção do consumidor é da responsabilidade extranegocial e objetiva do fornecedor, fazendo-se abstração do negócio jurídico que está subjacente a qualquer relação de consumo. A mudança de rumo é aguda, com relação ao direito comum das obrigações, pois neste seria enquadrada na responsabilidade negocial, originando-se a indenização por perdas e danos do inadimplemento culposo ou do adimplemento incompleto ou defeituoso.

A culpa esteve sempre no centro da construção doutrinária liberal da responsabilidade civil, tendendo à socialização dos riscos, como preço a pagar por todos para o desenvolvimento da livre iniciativa. O advento do direito do consumidor revelou uma face do problema que se desconsiderava: o consumidor não dispõe das mesmas condições de defesa do fornecedor, no mercado de consumo.

Quando houver dúvidas na aplicação da legislação de defesa do consumidor, deve-se privilegiar a interpretação que mais realize o princípio da defesa do consumidor, porque ele é tutelado pela presunção legal de vulnerabilidade.

Como tive oportunidade de afirmar, doutrinariamente², a relação contratual de consumo caracterizase pela ostensiva e necessária tutela do consumidor, qualificado como juridicamente vulnerável, para delimitação e contenção do poder negocial dominante do fornecedor. Essa tutela é indisponível e se dá apesar da inércia ou manifestação de vontade em contrário do próprio consumidor, porque ela decorre de uma presunção legal absoluta de vulnerabilidade, por força do que dispõem o art. 170, V, da Constituição e o art. 4º, I, do CDC. Também é absoluta a presunção legal do poder negocial dominante do fornecedor, ainda quando se depare com consumidor economicamente mais forte. Não se protege ou se tutela o consumidor determinado, mas sim o conjunto dos consumidores (tipo médio) que sejam destinatários de determinados produtos ou serviços lançados no mercado de consumo.

Um dos pilares essenciais do sistema de defesa do consumidor, que o direito brasileiro adota, é o da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços. A única exceção que se abriu, em homenagem a uma

² LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 31.

longa tradição jurídica, foi relativa aos serviços prestados direta e pessoalmente pelos profissionais liberais, nesta qualidade, ou seja, quando não vinculados a pessoas jurídicas fornecedoras.

Um dos pontos mais destacados no julgamento deste caso foi o das excludentes da responsabilidade objetiva, cuja alegação o hospital não fez. Na hipótese do fornecedor de serviços, em geral, cabe-lhe o ônus da contraprova, em hipóteses que a lei delimita em *numerus clausus*:

- a) não houve defeito no serviço, e, portanto, dano ao consumidor;
- b) a culpa pelo defeito foi exclusivamente do consumidor;
- c) o dano foi pré-excluído, uma vez que o suposto defeito decorreu da adoção de novas técnicas.

As hipóteses (a) e (c) são de natureza objetiva, não envolvendo culpa em sentido estrito. Poderiam ser enquadradas no âmbito da responsabilidade sem culpa. Na hipótese (a), cuida-se de comprovar a inexistência do defeito alegado pelo consumidor; não se questiona se houve culpa ou não do fornecedor pelo possível defeito ou evento danoso. Na hipótese (c), o defeito é desconsiderado (pré-excluído pela lei) porque se comprova que corresponde, em exata dimensão, à utilização de novas técnicas, segundo o estágio dos avanços tecnológicos nas áreas específicas de serviços, que não podem ser obstados por argumentos desse jaez; a culpa não desempenha qualquer papel.

A culpa comparece apenas na hipótese (b), mas não em relação ao fornecedor. O defeito e o dano existem, não são objeto de controvérsia, mas o fornecedor inverte a imputação ao consumidor, comprovando que foi ele que os provocou, ou terceiro, por negligência, imprudência ou imperícia.

Ainda que os serviços médicos sejam prestados em instalações de unidade hospitalar, ou que os profissionais tenham relação de emprego com esta, a regra de exceção à responsabilidade objetiva não pode ser estendida. Tampouco pode ser reduzida ou atenuada a responsabilidade objetiva do hospital às atividades consideradas auxiliares ou de apoio ao serviço médico, pois esta é uma restrição que a lei não faz, além de contradizer o sistema jurídico de defesa do consumidor.

Ressalte-se que o CDC não excluiu o profissional liberal das regras sobre responsabilidade do fornecedor. Se assim fosse, tê-lo-ia retirado de seu campo de aplicação, no artigo 3º. Também não o remeteu à responsabilidade negocial do direito comum das obrigações; sua responsabilidade é extranegocial, nas relações de consumo. Não impôs ao consumidor o ônus de provar a alegação

do dano pelo fato do serviço do profissional liberal. Em suma, a ele aplicam-se todas as regras e princípios incidentes à relação de consumo, exceto quanto a não ser responsabilizado sem ficar caracterizada sua culpa, se atuar pessoalmente nessa condição.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tem razão a Terceira Turma, neste julgado e nos precedentes citados, quanto a afirmar a responsabilidade objetiva do hospital pelo fato do serviço prestado por seus médicos, por não permitir a atração da responsabilidade subjetiva do profissional à atividade hospitalar e por explicitar que a responsabilidade objetiva apenas pode ser afastada nas hipóteses legais de exclusão, previstas no § 3º do art. 14 do CDC.

Essa decisão fortalece o entendimento de que a responsabilidade subjetiva pelo fato do serviço apenas é aplicável, quando o serviço é feito pessoal e diretamente pelo profissional liberal, fora do ambiente da atividade econômica de fornecedor pessoa jurídica. Este é o sentido e o alcance da exceção prevista no § 4º do art. 14 do CDC. Se o profissional liberal exerce sua atividade como integrante da atividade de fornecedor pessoa jurídica (no caso, o hospital), aquela é atraída por esta e não pode ser destacada, para fins de verificação de culpa. É indiferente que o médico seja empregado ou não do hospital, ou que seja prestador de serviços neste. Em qualquer hipótese, a responsabilidade é inteiramente objetiva do hospital, sem qualquer verificação de culpa do médico que prestou os serviços. Quando integrado à atividade econômica do hospital, o médico não se qualifica como profissional liberal para os fins da exceção do CDC (verificação da culpa).

RECURSO ESPECIAL N. 1.349.385-PR (2012/0216926-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Unimed Curitiba - Sociedade Cooperativa de Médicos

Advogados: Pedro Henrique Xavier

Diogo Salomão Hecke e outro(s)

Recorrido: Orlanda Vidal Pereira

Advogados: Jonas Borges

Fagner Schneider e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil. Plano de saúde. Responsabilidade civil. Descredenciamento de clínica médica. Comunicação prévia ao consumidor. Ausência. Violação do dever de informação. Prejuízo ao usuário. Suspensão repentina de tratamento quimioterápico. Situação traumática e aflitiva. Dano moral. Configuração.

1. Ação ordinária que busca a condenação da operadora de plano de saúde por danos morais, visto que deixou de comunicar previamente a consumidora acerca do descredenciamento da clínica médica de oncologia onde recebia tratamento, o que ocasionou a suspensão repentina da quimioterapia.

2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei n. 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. São essenciais, portanto, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC).

3. O legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de

Saúde, norma específica sobre o dever da operadora de informar o consumidor quanto ao credenciamento de entidades hospitalares (art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998).

4. É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com trinta dias de antecedência, os consumidores e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

5. O termo “entidade hospitalar” inscrito no art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. De fato, o usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas.

6. O descumprimento do dever de informação (descredenciamento da clínica médica de oncologia sem prévia comunicação) somado à situação traumática e aflitiva suportada pelo consumidor (interrupção repentina do tratamento quimioterápico com reflexos no estado de saúde), capaz de comprometer a sua integridade psíquica, ultrapassa o mero dissabor, sendo evidente o dano moral, que deverá ser compensado pela operadora de plano de saúde.

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Unimed Curitiba - Sociedade Cooperativa de Médicos*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Noticiam os autos que *Orlanda Vidal Pereira* ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com preceito cominatório contra a recorrente para que fosse autorizada a continuidade de quimioterapia para tratamento de câncer na clínica NEO (Núcleo de Estudos Oncológicos S/C Ltda.), descredenciada sem prévia notificação ao consumidor, pelo menos até que obtivesse tempo para avaliar a existência do fornecimento do serviço de mesma qualidade por outra clínica credenciada. Foi requerida também a condenação da operadora de plano de saúde a arcar com indenização por danos morais em virtude do sofrimento pela suspensão abrupta do tratamento, agravando o desenvolvimento da doença.

A demandada, por sua vez, aduziu, em contestação, que informou a usuária sobre o descredenciamento da clínica no dia em que se realizaria a sessão de quimioterapia, tendo sido entregue lista com outras clínicas credenciadas para a continuidade do tratamento. Alegou também que somente está obrigada a cobrir gastos realizados em estabelecimento credenciados e que não há dever de indenizar danos morais por ter agido conforme a lei.

O magistrado de primeiro grau, entendendo que “*a ré, de forma imprudente, e sem o devido respeito à saúde de seus clientes, não tomou a precaução de informar os mesmos quanto ao descredenciamento da clínica Neo, com a antecedência necessária a possibilitar procurassem outra clínica de confiança, sem interrupção do tratamento*” (fl. 286), julgou procedentes os pedidos. Assim, entre outras providências, condenou a operadora de plano de saúde a pagar o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de compensação por danos morais.

Irresignada, a Unimed interpôs recurso de apelação, ao passo que a autora interpôs apelação adesiva. A Corte de Justiça estadual proveu parcialmente o apelo principal para reduzir para R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a indenização relativa aos danos morais e negou provimento ao apelo adesivo.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Plano de saúde. Descredenciamento de clínica de oncologia. Necessidade de pré-aviso. Falta. Dano moral. Juros de mora. Termo inicial. Apelação provida em parte e recurso adesivo, por maioria, desprovido (fl. 409).

Os embargos de declaração opostos por ambos os litigantes foram acolhidos em parte para corrigir contradição. A ementa ficou assim redigida:

Embargos de declaração em apelação cível. Contradição. Ocorrência. Vício sanado para esclarecer que o recurso adesivo foi desprovido, por maioria. Omissão em relação ao valor dos danos morais. Inexistência. Prequestionamento. Desnecessidade. Embargos da ré acolhidos e embargos da autora acolhido em parte (fl. 436).

No especial, a recorrente aponta violação do art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998.

Aduz, em síntese, que as operadoras de plano de saúde estão obrigadas a comunicar seus beneficiários apenas quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares e não de clínicas médicas. Acrescenta que o conceito de entidade hospitalar não comporta interpretação extensiva.

Sustenta também que

(...) a responsabilização por danos morais no presente caso decorre diretamente da suposta violação ao dever de informação, previsto no Código de Defesa do Consumidor, a caracterizar culpa civil da Unimed Curitiba.

Ocorre que a aplicação subsidiária do dever de informação do Código de Defesa do Consumidor ao regime jurídico dos planos de saúde já foi efetuada em sede legislativa, por meio do § 1º do art. 17 da Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Isso significa que a incidência desse dever deve se fazer nos estritos termos desse dispositivo legal (fl. 449).

Busca, assim, o provimento do recurso para que a demanda seja julgada improcedente ou, ao menos, para que seja afastada a condenação por danos morais.

Após o decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões (fl. 504), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 506-513), mas subiu a esta Corte por ter sido provido agravo de instrumento (fl. 544).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): As questões postas em exame consistem em saber se a obrigação das operadoras de plano de saúde

de comunicar seus beneficiários quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares também envolve as clínicas médicas, e se a falta da informação a provocar a suspensão temporária de tratamento poderá ensejar dano moral.

1. Do dever de informação e do descredenciamento de clínicas médicas nos planos de saúde

De início, impende asseverar que apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei n. 9.656/1998, as operadoras da área que prestarem serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com efeito, ambos os instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida, ou seja, visam ajudar o usuário a suportar riscos futuros envolvendo a sua higidez física e mental, assegurando o devido tratamento médico.

Logo, são essenciais, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC).

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques assim leciona:

(...)

(...) os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários. Aqui deve haver diálogo, e aplicação conjunta e iluminada pela Constituição, entre o CDC e a Lei n. 9.656/1998. A jurisprudência brasileira é pacífica ao considerar tais contratos, tanto os de assistência hospitalar direta como os de seguro e planos de saúde, ou de assistência médica pré-paga, como submetidos diretamente (e não subsidiariamente) às normas do CDC. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 485)

Desse modo, o legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de Saúde, norma específica sobre o dever da operadora de informar o consumidor quanto

ao descredenciamento de entidades hospitalares, como se extrai do art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998, assim redigido:

Art. 17. *A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, **de qualquer entidade hospitalar**, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.*

§ 1º *É facultada a substituição de **entidade hospitalar**, a que se refere o caput deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. (grifou-se)*

Depreende-se, assim, que é facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados desde que o faça por outro equivalente e comunique, com trinta dias de antecedência, os consumidores e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Todavia, cumpre ressaltar que *a despeito de no dispositivo legal supratranscrito constar apenas “entidade hospitalar”, esse termo, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. De fato, o usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada, ou seja, do rol de credenciados, pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas.*

Nesse sentido, o seguinte ensinamento de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

(...)

Um dos problemas recorrentes dos consumidores tem sido o descredenciamento de estabelecimentos de saúde, médicos e demais prestadores de serviços ligados às operadoras.

A questão é bastante grave e relevante, porque o consumidor, ao escolher e ingressar num plano de saúde, avalia os serviços conveniados e credenciados e deles se utiliza, utilização essa que o acaba vinculando. Primeiro, nos casos em que, por motivo de doença que exija acompanhamento, o atendimento passe a ser constante. Depois, porque, ainda que de forma eventual, o consumidor pode querer retornar ao mesmo médico, hospital etc. que já o recebeu antes, tem seu histórico e pode fazer seu acompanhamento pessoal. Em termos de saúde isso é importante.

Some-se a isso o fato de que a escolha pelo atendimento de médicos e hospitais em locais próximos à residência e/ou local de trabalho é fundamental em casos de emergência ou urgência.

Por isso cuidou bem o legislador em proibir a mudança da rede conveniada/credenciada de hospitais, clínicas, médicos, laboratórios e demais serviços oferecidos. Aliás, diga-se que esse é o sentido de “entidade hospitalar” do texto da norma. Trata-se de gênero cujas espécies são hospitais propriamente ditos, clínicas, laboratórios, médicos e demais serviços correlatos.

Lembre-se que a redação do original do *caput* do art. 17 era mais precisa nesse sentido. Dizia “qualquer hospital, casa de saúde, clínica, laboratórios ou entidades correlatas ou assemelhadas de assistência à saúde”.

Com a nova redação, o tópicos da norma não muda. Houve apenas um “enxugamento” na redação. A lei passou a utilizar o termo genérico “entidade hospitalar”, mas apresentou-o precedido da palavra qualquer, o que implica a manutenção do sentido expresso da redação original.

É verdade que no § 1º a lei acabou deixando uma brecha para que as operadoras possam fazer substituições. Todavia, como esse parágrafo deve sua especificidade ao *caput*, é preciso entendê-lo de maneira a não impedir o resultado querido pela norma.

O § 1º faculta a substituição do prestador de serviço contratado ou credenciado desde que:

- a) a substituição se faça por outro equivalente;
- b) seja comunicada a ANS com trinta dias de antecedência;
- c) sejam comunicados os consumidores, também, com trinta dias de antecedência. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67-68 - grifou-se)

Sobre o dever de prestar informação adequada ao consumidor nos contratos de plano de saúde, mormente no que tange à modificação da rede conveniada, vale conferir o seguinte precedente desta Terceira Turma:

Consumidor. Plano de saúde. Rede conveniada. Alteração. Dever de informação adequada. Comunicação individual de cada associado. Necessidade.

1. Os arts. 6º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.

2. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço

sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

3. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual.

4. *Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o descredenciamento de médicos e hospitais.*

5. Recurso especial provido (REsp n. 1.144.840-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 11.4.2012 - grifou-se).

Cumprе assinalar ainda que a alegação ventilada nas razões do recurso especial de que a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que “*o conceito de entidade hospitalar não comporta interpretação extensiva*” (fl. 450), refere-se somente a casos de isenção tributária parcial, sendo vedada, como cediço, no ramo do Direito Tributário, a interpretação extensiva e analógica para a ampliação de benefício fiscal. É o que se infere dos precedentes oriundos da Primeira Seção citados pela própria recorrente na petição recursal: REsp n. 853.739-PR, REsp n. 873.944-RS, REsp n. 786.569-RS e REsp n. 786.337-RS, inaplicáveis, portanto, à situação dos autos.

Feitas essas considerações, resta examinar se ocorreu dano moral, devendo a autora ser compensada por ter sido descredenciada a clínica médica em que recebia tratamento de quimioterapia.

Como visto, a operadora de plano de saúde poderá incorrer em abusividade se promover a alteração da lista de conveniados, ou seja, o descredenciamento de estabelecimentos hospitalares, clínicas médicas, laboratórios, médicos e outros serviços, sem a observância dos requisitos legais, que são: i) substituição da entidade conveniada por outra equivalente, de forma a manter a qualidade dos serviços contratados inicialmente e ii) comunicação aos consumidores e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) com trinta dias de antecedência.

Dessa maneira, se não cumpridas as exigências legais e se com a prática abusiva o usuário veio a sofrer prejuízos, materiais ou morais, haverá, como consectário, o dever de indenizar da operadora.

Por oportuna, cumpre transcrever a seguinte doutrina de Maury Ângelo Bottesini e de Mauro Conti Machado:

(...)

17.2 A prévia comunicação aos usuários das modificações dos credenciados

A operadora está obrigada a dar conhecimento prévio aos usuários e com 30 dias de antecedência segundo disposição do § 1º deste art. 17, das modificações do rol de credenciados, referenciados e estabelecimentos aptos a atender os seus clientes. E deve documentar-se para comprovar que desempenhou a contento a obrigação, quando necessária tal prova, pena de responder pelos prejuízos suportados por qualquer usuário que procure um desses credenciados e não encontre o atendimento buscado.

É no Dever de Informar que tem origem essa obrigação, cujo fundamento está na boa-fé objetiva que deve estar presente na conduta das partes desde a contratação, durante a execução, no momento das alterações legalmente permitidas das estipulações e por ocasião do distrato, o que está consagrado no Código de Defesa do Consumidor, e de forma mais enfática, nos contratos por adesão, segundo se pode ler no art. 47 do CDC, arts. 113 e 423 do CC de 2003. (BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde**: comentada e anotada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128 - grifou-se)

A propósito, o seguinte precedente deste Tribunal Superior:

Direito do Consumidor. Plano de saúde. Descredenciamento de clínica médica no curso de tratamento quimioterápico, sem substituição por estabelecimento de saúde equivalente. Impossibilidade. Prática abusiva. Art. 17 da Lei n. 9.656/1998.

1. O *caput* do art. 17 da Lei n. 9.656/1998 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos.

2. Nas hipóteses de descredenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos conveniados compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi descredenciado. Art. 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998.

3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o

princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do contrato de assistência médica.

4. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.119.044-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 4.3.2011 - grifou-se).

Na espécie, a recorrente, além de não ter observado o requisito da comunicação prévia ao consumidor ao descredenciar a clínica médica de oncologia, essa conduta, eivada de abusividade, acabou por prejudicar a usuária, visto que o tratamento de quimioterapia foi interrompido abruptamente, agravando o já precário estado de saúde. Efetivamente, como a operadora avisou a demandante somente no dia da sessão de quimioterapia, não houve tempo hábil para que se continuasse o tratamento em outra clínica credenciada. O descumprimento do dever de informação somado à situação traumática e aflitiva suportada pela autora, capaz de comprometer a integridade psíquica, ultrapassa o mero dissabor, sendo evidente o dano moral, que deverá ser compensado.

Eis o fragmento do acórdão local que solucionou adequadamente a controvérsia:

(...)

Portanto, como primeira conclusão: só por ser um contrato de consumo, o de assistência médico-hospitalar já exigiria a mais completa informação ao usuário sobre todas as circunstâncias relevantes para a execução da prestação da fornecedora - e entre as circunstâncias relevantes que exigiriam informação por certo está a mudança de hospitais, clínicas médicas e médicos, dado essencial ao consumidor.

O artigo 17, § 1º, da Lei n. 9.656/1998 deve ser, então, lido em harmonia com os princípios da boa-fé objetiva e da informação, (...)

(...)

Quer parecer - e bastam máximas da experiência para isso - que o paciente, especialmente o portador de uma enfermidade grave, fragilizado física e emocionalmente pela doença, busca também em enfermeiras e médicos um amparo. Confiar neles, ou com o tempo passa a confiar. Adapta-se às pessoas que o cercam durante o tratamento. O corte brusco de uma situação assim é traumático. Deixa o enfermo o ambiente e as pessoas que lhe inspiram confiança. Por certo terá de se acostumar à nova enfermeira, ao novo ambiente da nova clínica. Esse é um aspecto que deve ser compreendido sob pena de se coisificar o homem, de torná-lo um instrumento, de retirar-lhe a condição de pessoa. Sob esse ponto de vista,

especialmente quando o tratamento estiver em curso e já existir uma situação de estabilidade entre o paciente e o médico ou entre o paciente e o hospital ou mesmo a clínica, a prévia notificação será indispensável. Distinções semânticas, próprias à dogmática positivista, desatendem à função do Direito, especialmente em um Estado Democrático. A necessidade da informação reside exatamente aí, como necessária para a proteção de um interesse relevante, e daí ser razoável dizer que em toda e qualquer hipótese em que estiver em jogo esse interesse, a notificação será necessária, conferindo-se ao termo entidade hospitalar o sentido amplo de qualquer entidade que preste tratamento médico ao usuário.

(...)

Por tanto, agora concluindo, era de rigor a prévia comunicação à autora do descredenciamento da clínica NEO (Núcleo de Estudos Oncológicos S/C Ltda.), a fim de que ela, que já iniciara o tratamento quimioterápico ali, se preparasse adequadamente para prosseguir com as sessões de quimioterapia em outra clínica, sem ser surpreendida, ao procurar a NEO, com a notícia do descredenciamento, perdendo um ou mais dias de tratamento. Ao assim não proceder, violou a ré o direito à informação de que era titular a autora.

(...)

Afinal, a não realização da sessão de quimioterapia no dia 17 de setembro de 2004 e a suspensão das sessões por mais quatro ou cinco dias até o cumprimento da liminar pela ré, podem ser caracterizados como uma situação de mero incômodo, sem relevância?

A gravidade da doença e a necessidade do tratamento dizem que sim, que houve dano moral. Infere-se isso de máximas da experiência e de uma presunção hominis, tal como se diz na jurisprudência ao tratar do dano moral, que em muitos casos seria in re ipsa: (...) Segundo o conhecimento vulgar, o câncer necessita de tratamento urgente. O enfermo vive esperançoso. A falha na sequência do tratamento traz-lhe aflição, insegurança, mais ainda quando, inesperadamente, se vê tolhido, ainda que temporariamente, da quimioterapia. Há uma situação aflitiva, de angústia, ainda que passageira, até que ele saiba que o tratamento prosseguirá. Pensa que a perda de dias poderá acarretar-lhe danos irreversíveis. E essa intranquilidade que não se permite, que não se quer que o usuário do plano de saúde sofra, e que, quando aliada à consciência da gravidade da doença, abala, mesmo que temporariamente, a integridade psíquica da pessoa. Pouco importa se por pouco tempo ou não. Importa que o fato não poderia ocorrer e que houve o abalo (fls. 417-421 - grifou-se).

2. Do dispositivo:

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Lucas Lixinski¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

Esse caso trata de interpretação de provisão legislativa da Lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/1998), mais especificamente, o Artigo 17, que indica a obrigação do fornecedor do plano de saúde de informar o consumidor quando da descreditação de um fornecedor de serviços de saúde.

No caso em questão, uma consumidora utilizava uma determinada clínica para provisão de tratamento de quimioterapia. Essa clínica foi no entanto desacreditada pelo plano de saúde, mas a consumidora só foi informada no dia de sua consulta regular para tratamento. O plano de saúde ofereceu uma lista de alternativas. A consumidora prosseguiu com o tratamento na sua clínica habitual naquele dia, e o plano de saúde recusou-se a pagar pela sessão.

Em primeira instância, o julgamento foi a favor da consumidora, com a determinação de danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), entre outras providências. O juiz indicou que o plano de saúde deveria ter dado mais tempo à consumidora para que encontrasse outra clínica de confiança para seguir o tratamento. O juiz considerou como fator importante o fato de trater-se de serviço relativo à saúde da consumidora.

Em segunda instância, ambas as partes apelaram, o plano de saúde com apelação, e a consumidora através de recurso adesivo. O tribunal de segunda instância reduziu o valor da indenização por danos morais para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), e negou provimento ao recurso adesivo.

Perante o STJ, a questão a ser decidida tem a ver com a interpretação do § 1º do Artigo 17 da Lei de Planos de Saúde. O texto do dispositivo é o seguinte:

Art. 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de qualquer

¹ Professor (Senior Lecturer), Faculdade de Direito, UNSW Austrália (Sydney, Austrália). Doutor em Direito, Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália); LLM em Direito Internacional dos Direitos Humanos, Central European University (Budapeste, Hungria); Bacharel em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – Porto Alegre, Brasil).

entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos.²

§ 1º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o **caput** deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor.

[...]

O plano de saúde, como recorrente, apresentou dois argumentos:

- 1) Que o § 1º do Artigo 17 apenas indica a obrigação de comunicar a substituição de entidades hospitalares, e não de quaisquer fornecedores de serviços de saúde como clínicas médicas. O argumento é que a definição de “entidade hospitalar” deve ser interpretada restritivamente.
- 2) Que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) somente é aplicável subsidiariamente a planos de saúde, e que a aplicação neste caso já está compreendida no texto do § 1º do Artigo 17, e portanto o CDC não deve ser consultado.

O recorrente buscou a improcedência total da ação, ou, pelo menos, o afastamento da indenização por danos morais.

O Ministro Relator define duas questões para o julgamento: “[1] se a obrigação das operadoras de plano de saúde de comunicar seus beneficiários quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares também envolve as clínicas médicas, e [2] se a falta da informação a provocar a suspensão temporária de tratamento poderá ensejar dano moral.” O Ministro Relator respondeu ambas as questões afirmativamente, e o resto da turma concordou unanimemente.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

² A redação do caput foi modificada em 2014 pela Lei 13.003/2014. Embora a nova redação não incida sobre o caso em análise no Recurso Especial discutido aqui, esclarece questões importantes para casos futuros. A nova redação é: “A inclusão de qualquer prestador de serviço de saúde como contratado, referenciado ou credenciado dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei implica compromisso com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos, permitindo-se sua substituição, desde que seja por outro prestador equivalente e mediante comunicação aos consumidores com 30 (trinta) dias de antecedência.”

As técnicas hermenêuticas aplicadas pelo Ministro Relator são de interpretação da legislação invocada em relação a (1) os objetivos da legislação; (2) outros textos legislativos que informam tais objetivos; e (3) interpretação da forma mais favorável à proteção dos direitos fundamentais. As duas primeiras técnicas têm a ver primeiramente com a obrigação das operadoras de plano de saúde de comunicar mudanças na lista de entidades credenciadas, enquanto a terceira técnica tem a ver com o ensejamento de dano moral.

Com relação aos objetivos da legislação, incide o Artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá **aos fins sociais a que ela se dirige** e às exigências do bem comum (ênfase minha).

O objetivo principal da Lei de Planos de Saúde é visto como a proteção dos consumidores de planos de saúde, e não dos fornecedores. É por isso que o Ministro Relator rejeita o argumento do recorrente de interpretação restritiva do § 1º do Artigo 17. O Ministro Relator também identifica que o argumento do recorrente é apenas apoiado no contexto tributário, em que o termo “entidades hospitalares” foi interpretado de forma restritiva. Mas, conforme o Ministro indica, tal legislação serve objetivos diferentes, e, portanto, não merece ser aplicada nesse caso. O objetivo da Lei de Planos de Saúde inclui adaptar-se às mudanças na realidade deste setor sócio-econômico, e considerar a realidade de que o usuário de planos de saúde (consumidor) depende de relações estáveis e contínuas com os fornecedores de tratamento médico.³

Com relação a outros textos legislativos que informam os objetivos da legislação, o Ministro Relator começa citando doutrina confirmando que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se diretamente (e não subsidiariamente) aos contratos de plano de saúde.⁴ Apesar da existência de legislação específica sobre Planos de Saúde, a legislação geral aplica-se também. Quando à questão de conflitos de leis e aplicação de *lex specialis*, o Ministro Relator não é claro no seu argumento, mas presume-se que a hierarquia superior do CDC como norma de ordem pública faz com que a norma deva ser utilizada,

³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, págs. 67-68.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pág. 485.

independentemente da existência de dispositivo específico na Lei de Planos de Saúde (embora o dispositivo não seja claro).

Finalmente, no que diz respeito à interpretação de forma mais favorável à proteção dos direitos fundamentais, o Ministro Relator toma em consideração a proteção do direito à saúde da consumidora. O direito à saúde da consumidora, bem como a natureza específica da sua doença (câncer), que requer urgência, justifica a aplicação de danos morais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este é um caso exemplar de interpretação legislativa orientada ao cumprimento dos objetivos da legislação, bem como cumprimentados preceitos fundamentais da ordem jurídica. A articulação dos argumentos é clara e bem-fundamentada, e toma em consideração as realidades do setor de serviços privados de saúde, fortalecendo os direitos do consumidor e esclarecendo os deveres dos fornecedores de oferecer informação clara e em tempo hábil para que seja utilizada pelo consumidor. Sendo assim, o caso fortalece o sistema de Direito do Consumidor, bem como a hierarquia normativa do CDC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.348.385 – PR. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 16 de dezembro de 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários à Lei de Plano Privado de Assistência à Saúde**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

4.2. Responsabilidade pelo Vício do Produto ou Serviço

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.006.765-ES (2007/0273156-9)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Agravante: Impracos - Imobiliaria Praia da Costa Ltda
Advogados: André Luiz Souza da Silveira e outro(s)
Rodrigo Meneguelli Muniz e outro(s)
Agravado: Nicea Lourdes Cremasco e outros
Advogado: Wagner Domingos Sancio e outro(s)
Interessado: Larca Construcao e Consultoria Ltda
Advogado: Luiz Fernando Goulart
Interessado: Construtora SA Cavalcante Ltda
Advogado: Rodrigo Loureiro Martins

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Recurso incapaz de alterar o julgado. Direito do Consumidor. Contratos de incorporação imobiliária. Responsabilidade pelo vício do serviço. Solidariedade. Cadeia de fornecedores. Inovação recursal. Descabimento. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Súmula n. 83-STJ. Incidência. Julgado de acordo com a jurisprudência desta Corte.

1. As razões do presente agravo são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito.

2. Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei n. 4.591/1964, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito

que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva, vedando-se o locupletamento ilícito.

3. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, por Súmula n. 7-STJ.

5. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula n. 83-STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2014 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de agravo regimental interposto por *Impracos - Imobiliária Praia da Costa Ltda.* contra decisão (fls. 98-

103) que negou seguimento ao recurso especial ante a incidência das Súmulas n. 83 e n. 7/STJ.

Nas razões do presente regimental, a recorrente sustenta, em resumo, que “a solução do caso desafiaria a definição da natureza e o alcance da responsabilidade do proprietário do terreno perante os adquirentes das unidades autônomas do condomínio do edifício a ser construído no imóvel”, citando para tanto o Recurso Especial n. 686.198-RJ, reiterando a matéria fático-probatória constante dos autos (e-STJ fl. 110).

Reitera, com o intuito de afastar as normas consumeristas, que “as obrigações da proprietária do imóvel, de um lado, e da construtora, de outro, estavam assim definidas: enquanto a primeira cederia o terreno para a construção do edifício, a segunda obrigou-se a incorporar (art. 31, **b**, da Lei n. 4.591/1964) e entregar à agravante 7 (sete) unidades autônomas do prédio a ser construído, dentre todas as que seriam comercializadas, pela própria *Larca Construção e Consultoria Ltda.*, a terceiros”.

Pugna, ao final, pela reconsideração da decisão agravada ou, alternativamente, que seja submetida ao crivo do órgão julgador colegiado competente.

É o relatório.

VOTO

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

A agravante, ao alegar que “os adquirentes das unidades autônomas devem buscar a reparação de eventuais prejuízos da incorporadora e também construtora, não da proprietária do terreno que, juntamente com eles, receberia unidades do prédio” (e-STJ fl. 111), inova no feito, o que é inviável nesta fase processual.

O tema não foi sequer prequestionado, tendo o acórdão qualificado os fatos conforme apresentados nas instâncias originárias, nas quais a recorrente limitou-se a alegar não ter prestado nenhum serviço no caso concreto e que o contrato não teria sido registrado (e-STJ fl. 63), circunstâncias insindicáveis por esta Corte ante o óbice da Súmula n. 7-STJ, nos termos já postos na decisão agravada e no acórdão:

(...) no caso dos autos, resta patente que o fato causador do inadimplemento - que fulminou o crédito dos Apelantes - foi a venda dos lotes 19/21 do loteamento Costa Azul a *Sá Cavalcante Ltda.*, fato imputável à **Imobiliária Praia da Costa S/A**, razão pela qual esta há de ser responsabilizada pelos prejuízos causados aos Apelantes (e-STJ fl. 42 - grifou-se).

Os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para autorizar a reforma da decisão agravada, de modo que esta merece ser mantida por seus próprios fundamentos:

Trata-se de recurso especial interposto pela **Impracos - Imobiliária Praia da Costa Ltda.**, com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo assim ementado:

Consumerista e Processual Civil. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de incorporação imobiliária. Responsabilidade pelo vício do serviço. Art. 20 do CDC. *Reconhecimento da solidariedade da cadeia de fornecedores.*

1. *Os contratos de incorporação imobiliária são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

2. Nos termos do art. 20 do CDC, o fornecedor de serviços responde pelos vícios do serviço, podendo o consumidor exigir a restituição da quantia paga quando o serviço contratado não é executado em conformidade com as indicações constantes na oferta.

3. Na linha do parágrafo único do art. 70 do CDC, as empresas de promoção e de venda e compra de unidades imobiliárias resultam solidariamente culpadas pela impossibilidade de obstrução do empreendimento. Precedentes do STJ.

3. Recurso desprovido (e-STJ fl. 33).

Os autores, ora recorridos, ingressaram em juízo pleiteando a condenação da ora recorrente à obrigação de não fazer, consubstanciada na interrupção da construção sobre os lotes 19 e 20 no loteamento Costa Azul, em Vila Velha-ES, e demolição da construção já erguida, atualmente *Shopping Praia da Costa*, requerendo, ainda, a retomada das obras do edifício "Solar Íris Botelho". Em pedido subsidiário, pleitearam a resolução das obrigações em perdas e danos, requerendo a condenação das requeridas em danos materiais e morais.

A sentença (e-STJ fls. 122-126) julgou improcedente o pedido relativamente à ora recorrente, *Imobiliária Praia da Costa S.A.*, quanto à terceira ré, *Construtora Sá Cavalcante Ltda.*, e procedente o pedido inserto na inicial no tocante à requerida *Arca Construções e Consultoria Ltda.*, para condená-la a restituir as importâncias

que os autores pagaram para participar do empreendimento, compreendendo a taxa de adesão e as contribuições para a construção.

O Tribunal de origem reformou a sentença, aplicando o Código de Defesa do Consumidor, pelo vício do serviço, devendo a incorporadora responder solidariamente pelos prejuízos sofridos pelos recorridos.

Em suas razões (e-STJ fls. 57-65), a recorrente aponta violação dos artigos 186, 188, inciso I, e 944, parágrafo único, do Código Civil; 12, § 2º, III, do Código de Defesa do Consumidor e 58 da Lei n. 4.591/1964.

Aduz que a sentença não deveria ter sido reformada, afirmando 'o juízo singular inicia sua magistral explicação sobre a ausência de direito real das autoras que pudesse autorizar a pretensão fundada no sobredito direito real, valendo salientar a seguinte passagem de fls. 547: "Os contratos firmados entre a primeira e a segunda rés, e entre a segunda ré e os autores, não foram levados a registro imobiliário, não transmitindo, portanto, direitos reais". No tocante ao direito pessoal, o magistrado decidiu que "toda a responsabilidade pela frustração do empreendimento é da Larca, que em sua defesa se alia aos autores, no propósito de transferir para a primeira e terceiras rés, o dever de restituir aos requerentes as quantias que não foram entregues a essas duas empresas, mas à Larca ou à Comissão de Representantes do Condomínio" (e-STJ fl. 59),

Sustenta, em síntese, que "a recorrente estava em seu exercício regular de direito, e a responsabilidade era da Construtora Larca e dos adquirentes, a teor do disposto no art. 58 da Lei n. 4.591/1964, mormente pelo fato dos adquirentes terem concorrido para o suposto prejuízo" (e-STJ fl. 61 - grifou-se).

Segundo argumenta, "pela farta documentação anexada aos autos em 1994, a recorrente, então proprietária de dois lotes, comprometeu-se a permutá-los por 7 (sete) apartamentos do prédio já citado no presente recurso, sendo que tal compromisso foi firmado com a Construtora Larca, que por sua vez organizou condomínio com os recorridos, para incorporar e construir o referido edifício. Porém, essa incorporação não foi registrada, o edifício não saiu dos alicerces e as obras foram abandonadas, com o terreno sendo invadidos por 'sem tetos', e tão somente 5 (cinco) anos após o abandono é que a recorrente o alienou", circunstância que a teria liberado para dispor dos dois terrenos ante a manifesta frustração da pretendida permuta.

Assim, a incapacidade financeira da Construtora Larca, que a impediu no ano de 1995 de dar continuidade ao empreendimento, com a paralisação da obra e invasão do imóvel, deveria ter sido objeto de fiscalização pelos adquirentes. Por essas razões, a recorrente alega ter alienado os lotes litigiosos, onde foi construído o *Shopping Praia da Costa*. Ademais, salienta que "o contrato de incorporação não seria cumprido, incidindo a cláusula resolutiva, principalmente porque o referido contrato sequer foi levado a registro" (e-STJ fl. 63), e que "não prestou serviço de qualquer natureza, era apenas credora da obrigação de construção e entrega de suas unidades" (e-STJ fl. 63).

Por fim, em virtude do princípio da eventualidade, requer a redução do valor de sua responsabilidade por não ter recebido nenhum numerário da Construtora Larca e tampouco dos adquirentes, os quais têm culpa concorrente.

Decorrido sem manifestação o prazo para as contrarrazões (e-STJ fl. 70), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 71-72), subiram os autos a esta colenda Corte.

É o relatório.

Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Compulsando os autos, verifica-se que o *Tribunal de origem*, à luz da prova dos autos, concluiu pela responsabilidade da empresa recorrente pelos prejuízos sofridos pelos recorridos, conforme se extrai da leitura do voto condutor, merecendo destaque os seguintes trechos:

*'(...) Portanto, mesmo que o Apelante conseguisse, por meio da prova cuja produção lhe foi denegada, demonstrar que a culpa pelo inadimplemento é exclusiva da Demandada **Imobiliária Praia da Costa Ltda.**, tenho que isso não afastaria sua responsabilidade perante os consumidores, na medida em que o CDC institui o regime de solidariedade entre os integrantes da cadeia de prestação de serviços e mormente porque a responsabilidade perante o consumidor é objetiva (...)* Assim, as teses sustentadas na apelação interposta por *Construtora Larca Ltda.* não prosperam. Por um lado, não houve cerceamento de defesa, pois a prova pretendida era incapaz de afastar sua responsabilidade, e, por outro, não há que se falar em responsabilidade exclusiva da *Imobiliária Praia da Costa S/A*, quando o diploma consumerista é claro quanto à solidariedade e quanto à responsabilidade objetiva que existe entre os fornecedores, perante o consumidor, pela má prestação do serviço. Nesse contexto, o apelo da *Construtora Larca Ltda.* não deve ser provido (...)

Quanto ao pedido subsidiário, visando a expandir os lindes da responsabilidade pelas perdas e danos eventualmente sofridos, tenho que o mesmo deve ser parcialmente provido.

Conforme expus acima, o contrato entre os Apelantes e a *Construtora Larca Ltda.* consiste em uma relação de consumo. Assim, a responsabilidade pelo defeito do serviço é objetiva e extensiva a todos os que participam da cadeia de fornecedores.

No caso dos autos, resta patente que o fato causador do inadimplemento - que fulminou o crédito dos Apelantes - foi a venda dos lotes 19/21 do loteamento Costa Azul a **Sá Cavalcante Ltda.**, fato imputável à **Imobiliária Praia da Costa S/A**, razão pela qual esta há de ser responsabilizada pelos prejuízos causados aos Apelantes (...)

Em primeiro lugar, aduzem a inexistência de responsabilidade contratual, porque não firmaram avença alguma com *Nilceia Lourdes Cremasco* e com os demais Apelantes.

Olvidam, entretanto, da natureza consumeirista da lide, a projetar os liames de responsabilização para além da esfera jurídica do chamado fornecedor direto, indo alcançar, em verdade, todos os integrantes da cadeia de prestação do serviço, que, nessa medida, figuram como co-causadores do dano para fins de responsabilidade civil perante o consumidor.

*O regime de contratação da incorporação - se de administração (condomínio fechado) ou de outra estirpe - não elimina o carácter consumeirista da relação contratual entabulada entre os segundos Apelantes e a primeira Apelante (**Construtora Larca Ltda.**).*

Destarte, reforço que a imputação do dever de indenizar à Apelada *Imobiliária Praia da Costa S/A*. é estabelecido por nexo extracontratual, decorrente do dano injusto praticado aos consumidores Apelantes.

Sequer a alegada impontualidade dos Apelantes no pagamento das quotas de custeio das obras do edifício 'Solar Íris Botelho' - alegação não comprovada - poderia ser invocada em defesa da Apelada *Imobiliária Praia da Costa S/A*. Ainda que houvesse esse inadimplemento relativo, nada justificaria que a Apelada **Imobiliária Praia da Costa S/A** alienasse, sem antes operar o distrato com a **Construtora Larca Ltda.**, os lotes sobre que ora se controverte (...)

Primeiramente porque a responsabilidade, como já foi dito, é objetiva - o que exclui a utilidade de qualquer discussão em torno de culpa ou dolo. Mas, em segundo lugar, porque ainda que não houvesse culpa lato sensu da **Imobiliária Praia da Costa S/A** pela não outorga de mandato à **Construtora Larca Ltda.**, isso não afastaria a culpa daquela pela venda dos lotes ao grupo **Sá Cavalcante Ltda.** - o que gerou de per si o inadimplemento absoluto da obrigação contraída junto à **Construtora Larca Ltda.** e, a reboque, o inadimplemento absoluto da obrigação desta para com os consumidores do serviço de edificação do prédio de apartamentos 'Solar Íris Botelho'. Assim, está patenteada a responsabilidade da **Imobiliária Praia da Costa S/A**. pelos prejuízos causados aos condôminos em razão da inexecução das obras do edifício 'Solar Íris Botelho' (e-STJ fls. 34-48 - grifou-se).

Ao assim decidir, o acórdão recorrido alinhou-se à jurisprudência desta Corte no sentido de que incide o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de incorporação, consoante se observa dos seguintes precedentes:

Direito Civil. Contrato de incorporação. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Restituição de parcelas pagas. Súmula n. 7-STJ.

1. *Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei n. 4.591/1964, admite-se, outrossim, a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva e vedam o locupletamento ilícito.*

2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos fáticos produzidos ao longo da demanda.

3. Recurso especial não-conhecido (REsp n. 747.768-PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 6.10.2009, DJe 19.10.2009 - grifou-se).

Incorporação. Resolução do contrato. Restituição. Lei n. 4.591/1964. Código de Defesa do Consumidor.

1. *O contrato de incorporação, no que tem de específico, e regido pela lei que lhe é própria (Lei n. 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.*

2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do Codecon) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente a resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado.

3. Porem, não viola a lei o acórdão que examina fatos e contratos a luz do Codecon e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há cuidar da devolução das prestações pagas.

Recurso não conhecido (Sumulas n. 5 e n. 7) (REsp n. 80.036-SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12.2.1996, DJ 25.3.1996 - grifou-se).

Incide, na espécie, a Súmula n. 83-STJ, segundo a qual "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida", aplicável a ambas as alíneas autorizadas.

A respeito:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. (...). Decisão do acórdão regional em consonância com o entendimento desta Corte. Incidência da Súmula/STJ n. 83. Decisão agravada mantida. Improvimento.

(...) 2.- Aplica-se o Enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça quando o recurso especial tiver fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional. (...) (AgRg no AREsp n. 10.808-SE, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28.6.2011, DJe 1º.7.2011).

(...) Súmula n. 83 do STJ. Recurso especial pela alínea **a**. Prescrição quinquenal. Súmula n. 291-STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que a Súmula n. 83 não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea **a**.

(...) (AgRg no Ag n. 1.151.950-DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 29.4.2011)

Ademais, como posta a matéria, a verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso obstado exigiria por parte desta Corte o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula n. 7 deste Tribunal, consoante iterativa jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Saliente-se, por oportuno, que melhor sorte não assistiria à agravante, como se vê do seguinte precedente:

Recurso especial. Incorporação imobiliária. Construção de edifício. Vícios e defeitos surgidos após a entrega das unidades autônomas aos adquirentes. Responsabilidade solidária do incorporador e do construtor. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa.

2. A Lei n. 4.591/1964 estabelece, em seu art. 31, que a "iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador". Acerca do envolvimento da responsabilidade do incorporador pela construção, dispõe que "nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção", acrescentando, ainda, que "toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis" (art. 31, §§ 2º e 3º).

3. Portanto, é o incorporador o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação. Essa solidariedade decorre tanto da natureza da relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente de unidades autônomas quanto de previsão legal, já que a solidariedade não pode ser presumida (CC/2002, caput do art. 942; CDC, art. 25, § 1º; Lei n. 4.591/1964, arts. 31 e 43).

4. Mesmo quando o incorporador não é o executor direto da construção do empreendimento imobiliário, mas contrata construtor, fica, juntamente com este, responsável pela solidez e segurança da edificação (CC/2002, art. 618). Trata-se de obrigação de garantia assumida solidariamente com o construtor.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (REsp n. 884.367-DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 6.3.2012, DJe 15.3.2012 - grifou-se).

Dessa forma, não prosperam as alegações postas no regimental, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Impracos – Imobiliária Praia da Costa Ltda.*, com fundamento no art. 105, III, a, da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TJ-ES.

Ação: de indenização cumulada com obrigação de fazer ajuizada por *Nicea Lourdes Cremasco* e outros em desfavor da recorrente, de *Larca Construção e Consultoria Ltda.* e *Construtora Sá Cavalcante Ltda.*

Depreende-se dos autos que *Impracos* e *Larca* firmaram contrato de construção e incorporação de edifício denominado Solar Iris Botelho. O empreendimento foi lançado no mercado, obtendo a adesão de diversas pessoas, entre elas os recorridos. Ocorre que, após significativo atraso das obras, o terreno onde seria construído o empreendimento, de propriedade da *Impracos*, foi objeto de permuta com a *Sá Cavalcante*, que deu início a novo empreendimento no local. Diante disso, os recorridos pleitearam a demolição do novo empreendimento e o ressarcimento dos prejuízos por eles suportados.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos em relação à *Impracos* e à *Sá Cavalcante* e julgou parcialmente procedentes os pedidos frente à *Larca*, para condená-la a restituir as importâncias pagas pelos autores (fls. 59-85, e-STJ).

Acórdão: o TJ-ES negou provimento ao agravo interno da *Impracos* (fls. 33-49, e-STJ), mantendo a decisão unipessoal do Relator que, por sua vez, negou provimento à apelação da *Larca* e deu parcial provimento à apelação dos recorridos, estendendo à *Impracos* o dever de indenizar (fls. 232-247, e-STJ).

Recurso especial: alega violação dos arts. 186, 188, I, e 944, parágrafo único, do CC/2002; 12, § 2º, III, do CDC; e 58 da Lei n. 4.591/1964 (fls. 57-65, e-STJ).

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ-ES admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos ao STJ (fls. 71-72, e-STJ).

Decisão unipessoal do Relator: o i. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva negou seguimento ao recurso especial, afirmando incidirem à espécie os Enunciados n. 7 e n. 83 da Súmula-STJ (fls. 98-103, e-STJ).

Agravo interno: interposto pela *Impracos*, sustenta a não incidência dos Enunciados n. 7 e n. 83 da Súmula-STJ, alçando a paradigma o REsp n. 686.198-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, minha relatoria para acórdão, DJ de 1º.2.1998 (fls. 107-118, e-STJ).

Voto do relator: nega provimento ao agravo interno ante a insuficiência dos fundamentos do recurso para promover a reforma da decisão agravada.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a determinar se o dever de indenizar decorrente da não conclusão do empreendimento denominado Solar Iris Botelho estende-se à recorrente.

01. De acordo com a *Impracos*, ela não poderia ser solidariamente responsabilizada pelos prejuízos causados aos recorridos, na medida em que não teve nenhuma participação no empreendimento, tendo se limitado a ceder o terreno onde deveria ter sido erguido o condomínio em troca de algumas unidades do prédio.

02. Em outras palavras, a *Impracos* sustenta não compor a relação de consumo estabelecida entre a *Larca* e os recorridos. Aduz ter apenas e tão somente vendido os lotes para construção do prédio, tendo a *Larca* assumido a obrigação de efetuar o respectivo pagamento em unidades do próprio empreendimento, modalidade de negócio denominada *permuta no local*, prevista no art. 39 da Lei n. 4.591/1964.

03. Nessa circunstância, o proprietário do terreno assume o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente

de unidades da incorporação, equiparando-se à figura de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC.

04. Entretanto, compulsando o acórdão recorrido, verifica-se que, lastreado no substrato fático-probatório dos autos, o TJ-ES concluiu ter a *Impracos* integrado a cadeia de fornecimento do produto, impondo-lhe, por conseguinte, a responsabilidade solidária pelos danos suportados aos recorridos.

05. É bem verdade que o TJ-ES não deixa claro qual foi exatamente o papel da *Impracos* no empreendimento – limitando-se a afirmar que “disputas teóricas como a de se saber a qual das demandadas pertenceria no caso vertente o título de incorporadora (se à *Impracos* ou à *Larca*) não afetam absolutamente o sentido da responsabilidade solidária que entre ambas é estabelecida pelo regime jurídico de proteção e defesa do consumidor” (fl. 43, e-STJ) – mas, a despeito disso, o Tribunal Estadual foi categórico quanto ao fato de a imobiliária ter efetivamente participado do negócio na condição de *fornecedora*.

06. Diante disso, o acolhimento da tese de ilegitimidade passiva da *Impracos* exigiria o reexame das provas dos autos, providência que encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula-STJ.

07. Acrescente-se, por oportuno, que não houve a interposição de embargos de declaração tendentes à integração do julgado para esclarecer os exatos limites do envolvimento da *Impracos* no empreendimento, tampouco o recurso especial veicula qualquer alegação de negativa de prestação jurisdicional.

08. Seja como for, partindo do panorama fático delineado pelo TJ-ES, soberano na análise das provas, os julgados mencionados na decisão unipessoal agravada – afirmando a aplicabilidade do CDC aos contratos de incorporação imobiliária – se mostram perfeitamente aplicáveis à espécie, atraindo a incidência também do Enunciado n. 83 da Súmula-STJ.

09. Por fim, mostra-se conveniente tecer algumas considerações acerca do acórdão alçado a paradigma pela *Impracos* – REsp n. 686.198-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º.2.1998 – sobretudo pelo fato de que fui relatora para o respectivo acórdão.

10. Em primeiro lugar, vale destacar que o presente recurso especial foi interposto exclusivamente com base na alínea **a** do permissivo constitucional, tendo o dissídio jurisprudencial sido suscitado apenas por ocasião da interposição do agravo interno, caracterizando clara e inadmissível tentativa de inovação das teses recursais, conforme bem observado pelo i. Min. Relator.

11. Não bastasse isso, constata-se que o mencionado precedente não guarda a indispensável similitude com a hipótese dos autos, o que, de qualquer sorte, torna inviável o conhecimento do recurso especial à luz do art. 105, III, c, da CF/1988.

12. Com efeito, no REsp n. 686.198-RJ, o acórdão consigna expressamente que “a recorrida limitou-se a celebrar um compromisso de venda e compra de terreno no qual foi iniciada a construção de prédio pela ENCOL, sendo que o preço seria pago em unidades do próprio empreendimento. Impossível, portanto, caracterizar a recorrida como incorporadora ou responsável, mesmo que solidária, pela incorporação, pois *ela não praticou nenhum ato tendente à comercialização ou construção do empreendimento*” (grifei).

13. Na espécie, porém, o TJ-ES deixa claro que a *Impracos integrou a cadeia de fornecimento*, circunstância que justifica a sua responsabilização solidária pelos prejuízos causados aos recorridos, tal como estabelecido no acórdão recorrido.

Forte nessas razões acompanho integralmente o voto do i. Min. Relator, negando provimento ao agravo regimental.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Cristiano Heineck Schmitt¹

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL nº 1.006.765/ES **- Solidariedade da empresa proprietária do imóvel face aos danos dos** **consumidores diante de incorporação frustrada**

Sumário: 1. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no acórdão. 2. Análise teórica e dogmática dos fundamentos do acórdão. 3. Considerações finais. Referências bibliográficas.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-Ajuris, Advogado, Membro da Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB/RS, Membro do Conselho Municipal de Defesa do Consumidor de Porto Alegre/RS, Diretor Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasilcon, Professor da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor de Cursos de Especialização em Direito, autor de livros e de artigos jurídicos.

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O presente caso trata-se de acórdão proferido em 18 de março de 2014 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do Agravo Regimental no Recurso Especial nº1.006.765/ES, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, tendo por recorrente IMPRACOS - IMOBILIARIA PRAIA DA COSTA LTDA. e, como recorrido, NICEA LOURDES CREMASCO E OUTROS, constando como interessados LARCA CONSTRUCAO E CONSULTORIA LTDA e CONSTRUTORA SÁ CAVALCANTE LTDA.

Reposta a ementa o que segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO SERVIÇO. SOLIDARIEDADE. CADEIA DE FORNECEDORES. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. SÚMULA Nº 83/STJ. INCIDÊNCIA. JULGADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. As razões do presente agravo são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito. 2. Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei nº 4.591/64, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva, vedando-se o locupletamento ilícito. 3. O incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrai para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, incluindo-se aí os danos advindos de construção defeituosa. 4. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, por Súmula nº 7/STJ. 5. Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, tem incidência a Súmula nº 83/STJ, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras. 6. Agravo regimental não provido.

O caso, na origem, trata de ação de indenização cumulada com obrigação de fazer proposta por Nicea Lourdes Cremasco e outros contra Larca Construção e Consultoria LTDA, Construtora Sá Cavalcante Ltda (interessados) e a ora recorrente Impracos - Imobiliária Praia da Costa Ltda.

De acordo com os autos, IMPRACOS e Larca ajustaram contrato de incorporação do edifício chamado “Solar Iris Botelho”, sito em Vila Velha/ES. O empreendimento foi lançado no mercado obtendo a adesão de diversos consumidores, e, entre eles, estão os recorridos do presente Agravo Regimental.

Ocorre que, após significativo atraso das obras, o terreno onde seria construído o empreendimento, de propriedade da Impracos, foi objeto de permuta desta com a empresa Sá Cavalcante Ltda., que deu início a um novo empreendimento no local, um shopping center. Diante disso, os ora recorridos pleitearam a demolição do novo empreendimento e o ressarcimento dos prejuízos por eles suportados.

Consoante narrativa da agravante, exposta na decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial da mesma, esta, proprietária de dois lotes, comprometeu-se a permutá-los por sete apartamentos do prédio referido, pacto este firmado com a empresa Larca. Esta, por sua vez, organizou condomínio com os recorridos, adquirentes de unidades imobiliárias, para incorporar e construir o referido edifício. Contudo, a incorporação não foi registrada, o edifício não saiu dos alicerces, tendo as obras sido abandonadas, e o terreno sendo invadido por “sem tetos”. Somente cinco anos após o abandono é que a agravante, proprietária do terreno, alienou o mesmo para a Cosntrutora Sá Cavalcante Ltda. Neste sentido, a recorrente diz assim ter agido pelo fato de que, diante da frustração do empreendimento, esta estaria liberada para dispor dos dois terrenos que eram de sua propriedade.

A recorrente frisou que a incapacidade financeira da empresa Larca impediu esta de, no ano de 1995, de dar continuidade à construção do edifício Solar Iris Botelho, sendo que a paralisação da obra e a invasão do imóvel deveriam ter sido objeto de fiscalização pelos adquirentes, que, neste sentido, seriam também responsáveis pelo ocorrido.

Assim, a recorrente afirma ter vendido seus lotes a outra construtora, sendo que, neste local, foi construído o Shopping Praia da Costa, em Vila Velha/ES. Considerando-se que o contrato de incorporação sequer havia ido a registro, refere a recorrente que incidiu na hipótese cláusula resolutiva contratual, sendo que a agravante, conforme ela própria assinala, não prestou serviço algum aos recorridos, sendo apenas uma credora da obrigação de construção e de entrega de suas unidades. Este cenário, tal como posto pela recorrente, afasta-lhe de qualquer dever de indenizar.

Assim, a recorrente, além de postular sua isenção no dever de reparação, requereu, alternativamente, e com fulcro no princípio da eventualidade, a

redução do valor ao qual restou condenada frente aos recorrentes, já que não recebeu nenhum numerário da empresa Larca e dos adquirentes, imputando a estes culpa concorrente por todo o ocorrido.

Acerca da ação judicial aforada pelos recorridos, estes pleiteavam a condenação da Impracos à obrigação de não fazer, devendo interromper a construção realizada sobre os lotes 19 e 20, no loteamento Costa Azul, em Vila Velha/ES, e a demolição da construção já erguida, atualmente Shopping Praia da Costa, devendo ainda serem retomadas as obras do edifício “Solar Íris Botelho”. Alternativamente, foi postulado pelos recorrentes a resolução das obrigações em perdas e danos, requerendo a condenação da Impracos, Construtora Sá Cavalcante e Larca em danos materiais e morais.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido relativamente à Impracos e à Construtora Sá Cavalcante, condenando apenas a Larca a restituir as importâncias que os agravados pagaram para participar do empreendimento, no que se insere a taxa de adesão e as contribuições para a construção relativamente ao contrato de incorporação imobiliária.

Em grau de apelação, no âmbito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o recurso interposto pela empresa Larca foi improvido e o dos adquirentes foi parcialmente provido, no sentido de tornar aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso, condenando a Impracos, solidariamente, ao dever de indenizar os prejuízos sofridos pelos agravados, danos morais e materiais.

Irresignada, a Impracos interpôs recurso especial que foi admitido pelo órgão *a quo*, TJES, sendo encaminhado ao STJ, com arrimo no artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, apontando violação dos artigos 186, 188, inciso I, e 944, parágrafo único, do Código Civil; 12, § 2º, III, do Código de Defesa do Consumidor e 58 da Lei nº 4.591/64.

Contudo, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas negou seguimento recurso especial da Impracos, por entender que, no presente caso, que incidem as súmulas nº07 e nº83 do Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, a decisão recorrida, exarada pelo tribunal *a quo*, encontrava eco na jurisprudência do STJ, ao considerar que, na incorporação imobiliária, também é aplicável o diploma consumerista pátrio. Além disso, o recurso especial registrava pedido de reexame de matéria fática, o que é indevido.

Através de agravo regimental, a Impracos sustentou a não incidência das referidas súmulas, assinalando que a solução do caso depende da definição da natureza e do alcance da responsabilidade do proprietário do terreno, posição

esta ocupada pela Impracos perante os adquirentes das unidades autônomas do condomínio do edifício Solar Iris Botelho.

Para tanto, a recorrente citou, como paradigma acerca da solução pro ela pretendida, o Recurso Especial nº 686.198/RJ, afirmando que sua obrigação, no empreendimento, consistia apenas em ceder seu terreno para a construção do edifício, atividade esta que foi assumida exclusivamente por Larca Construção e Consultoria Ltda. Foi esta, segundo a Impracos, que se obrigou a incorporar e entregar à agravante sete unidades autônomas do prédio, sendo que a própria incorporadora comercializaria as demais unidades a terceiros.

No entanto, em sede de agravo regimental, por unanimidade, foi negado provimento ao mesmo.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Acerca dos fundamentos do acórdão, que negou provimento ao recurso de agravo regimental em comento, tem-se as seguintes orientações.

Inicialmente, no voto do relator, Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, este julgador assinala que as razões do agravo regimental são totalmente dissociadas daquelas trazidas no recurso especial, de modo que a inovação recursal impede o conhecimento do pleito, sendo este um entendimento consolidado no âmbito do STJ.²

Conforme destacado pelo Relator, a agravante, ao alegar que “os adquirentes das unidades autônomas devem buscar a reparação de eventuais prejuízos da incorporadora e também da construtora, e não da proprietária do terreno que, juntamente com eles, receberia unidades do prédio, estava aportando matéria nova ao feito, o que não é cabível nesta fase processual. Outrossim, o tema sequer fora prequestionado, tendo o acórdão recorrido qualificado os fatos conforme apresentados na primeira instância, quando a agravante se limitou a alegar não ter prestado nenhum serviço aos agravados, sendo que o contrato havido entre estes e a empresa Larca não havia sido registrado. Sobre estes fatores, assinalou o

² Neste sentido: “PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. A apresentação de fundamento apenas em agravo regimental caracteriza-se inovação recursal, cuja análise é incabível no presente recurso em razão da preclusão consumativa. Agravo regimental improvido”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo regimental no recurso especial nº1422014/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 11 de março de 2014. Data de Publicação: DJe 18/03/2014.

Relator, por si só afastam a análise do STJ, visto se tratar de pretensão de reanálise de prova, inviável diante da súmula 07 da referida corte.

Considerando-se a insubsistência dos argumentos constantes do agravo regimental, incapazes de alterar o entendimento lançado na decisão agravada, que negou seguimento ao recurso especial da Impracos, aquela deveria ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Quanto à argumentação relativa ao direito material aplicável à hipótese, referido na decisão monocrática agravada, e no acórdão que improveu o agravo regimental, passa-se à análise.

Em que pese o contrato de incorporação ser regido pela Lei nº4.591/64, admite-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre as relações negociais constituídas com esta roupagem, devendo ser observados os princípios gerais do direito que buscam a justiça contratual, a equivalência das prestações e a boa-fé objetiva, vedando-se o locupletamento ilícito. A partir desse fundamento, se pode depreender que, apesar de um instituto jurídico ser regido por uma lei específica, ao se tratar de uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor pode e deve ser aplicado. Em alguns casos, pode até mesmo ser o caso de disposto no CDC sobressair-se ao contido na lei específica do negócio entabulado. É o que ocorre na incorporação.

Como ensina Marques,³ o Código de Defesa do Consumidor é aplicável a todas as relações em que o sujeito consumidor venha a participar no mercado de consumo. A autora nos dá um exemplo prático que ajudar a firmar este fundamento do acórdão. Assim, vejamos:

Um bom exemplo é o transporte aéreo, em que havia lei especial (Código Brasileiro de Aeronáutica) e tratados especiais limitando as indenizações (em especial, o sistema da Convenção de Varsóvia, que é de 1928). Assim, o Superior Tribunal de Justiça aplica o CDC em caso de transporte nacional prevalentemente em relação ao Código Brasileiro de Aeronáutica (diálogo de subsidiariedade) e aplica, em caso de transporte internacional aéreo, o sistema especial do transporte aéreo previsto no Tratado para determinar a responsabilidade (limitada) de danos materiais, mas aplica simultaneamente o CDC para uma reparação integral de danos morais, em caso de perda de bagagem.⁴

³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010, p. 117.

⁴ Idem, p. 119.

Ao aplicar-se o CDC, Lei nº 8.078/90, no presente contrato de incorporação, em nada se prejudicou a incorporadora, pois se existente na relação uma parte vulnerável, ou seja, o consumidor, a aplicação da referida norma é vantagem para ambas as partes, pois a partir dela se tentará estabelecer uma equidade entre as partes. E a equidade é o melhor caminho para a concretização de um contrato com justeza.

O caput do artigo 7º do CDC, em sua extensão, dispõe que:

Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Neste sentido, o legislador que confeccionou o CDC entendeu por transformá-lo em uma lei aberta, que aceita a convivência com outras regras, sejam leis ordinárias, ou, até mesmo, a regulamentações expedidas por esferas administrativas (como por exemplo, agências reguladoras), de forma que se possa atingir um efeito de “soma”, e não de exclusão, apresentando uma visão distinta das tradicionais regras previstas para a solução de conflitos normativos.

Assim, esta agregação de normas serviria para incrementar a defesa do consumidor, que é um sujeito naturalmente vulnerável, assim reconhecido pelo CDC, em seu artigo 4º, inciso I.

A normatividade protetiva do consumidor, que tem sido construída, de forma significativa, em nível mundial, a partir de 1960, encontra justificativa de sua existência na vulnerabilidade do agente frágil do mercado, o que revela a preocupação de protegê-lo contra abusos e riscos derivados do comércio de produtos e serviços. Como acentua Lorenzetti, para o Direito do Consumidor, “vulnerável é um sujeito que é fraco frente a outro em uma relação de consumo”.⁵ De acordo com Moraes, vulnerabilidade representa um lado fraco de alguém por onde esse indivíduo possa ser atacado ou ferido. Nesse estado da arte, ilustra o autor:

Vulnerabilidade é um conceito que expressa relação somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.255.

Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por causa da alguma atuação de quem possui potência para tanto.⁶

A vulnerabilidade, vocábulo que deriva da terminologia latina “vulnus”, da qual se extrai o adjetivo “vulnerável”, traduz um indivíduo que pode ser facilmente ferido, atingido por algum mal. Sobretudo, vulnerabilidade é uma característica intrínseca do ser humano, que é mortal, e se encontra exposto ao sofrimento.⁷

Atesta Miragem que o princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que justifica a existência e aplicação do Direito do Consumidor. Sob esse aspecto, o artigo 4º, inciso I do CDC, o elenca como vetor informador da Política Nacional das Relações de Consumo, sendo que a vulnerabilidade do consumidor pessoa física consiste em presunção legal e absoluta, cabendo à pessoa jurídica, que desenvolve tal status, fazer prova dele. E, assim são os consumidores considerados vulneráveis, tendo-se em vista que eles não detêm o poder de direção na relação de consumo, estando expostos a variadas práticas comerciais do mercado.⁸

A compreensão de que o consumidor é um agente vulnerável passa a ser desenvolvida no início do século XX, considerando-se os abusos do mercado que demonstravam a fragilidade desse sujeito, o que resta bastante evidenciado, por exemplo, diante da instrumentalização característica dos negócios massificados, configurados em contratos de adesão, ou em condições gerais, figuras pré-redigidas pelos fornecedores, que, não raro, colocam os consumidores em posição de desequilíbrio negocial, motivo pelo qual vieram a ser reguladas por leis, como é o caso, por exemplo, do artigo 54 do CDC, que exige pautas mínimas de conformação desses instrumentos contratuais com a perspectiva de proteção do consumidor.⁹

⁶ MORAES, Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

⁷ LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-en-provence: Presse Iniversitaires D’Aix-Marseille, 2007. p. 29.

⁸ MIRAGEM, Burno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

⁹ São marcantes as limitações do consumidor acerca da contratação por meio de contratos padrão, estandarizados, do tipo contrato de adesão, ou condições gerais dos negócios. Essas técnicas de contratação são a tônica dos negócios envolvendo a aquisição de planos e de seguros de saúde, que pertencem ao rol de contratos de massa, envolvendo milhares de usuários. Nesse sentido, embora haja situações delimitadas, em

O mercado de consumo é um ambiente de intenso risco ao consumidor. Não é por outro motivo que este é considerado vulnerável, fragilizável. O risco da vida em sociedade é cada mais intenso, por vezes, consequência do progresso, que é traduzido por novas tecnologias, mas também por novas formas de agressão ao meio ambiente e, invariavelmente, de afetação negativa do ser humano. Dessa maneira, a vulnerabilidade é cada vez mais uma realidade que se pretende combater, de forma que sejam limitados os seus efeitos prejudiciais à população. Se esses efeitos puderem ser contidos, ao menos haverá, então, melhores condições de enfrentamento destas condições mais hostis.¹⁰

que é flagrante o abuso do consumidor idoso, pode-se dizer que qualquer outro contratante, ainda que não hipervulnerável, também enfrenta dificuldades diante da complexidade desses instrumentos. Tal situação que deflui desses instrumentos uniformes, pré-redigidos por uma das partes, configura uma restrição à liberdade contratual do aderente, que não participa do processo de construção das regras negociais. Como ensina ROPPO, “ao aderente, está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento contratual, mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque, quando a adesão ao contrato *standard* constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada, e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isso acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.p.317. Nesse sentido, a intervenção estatal insere-se na tentativa de preservação, no que for possível, da posição contratual do contratante-aderente, como se observa, por exemplo, em dispositivos legais, como o artigo 54 do CDC, que pugna pela necessária informação do consumidor celebrante de contrato de adesão, em especial, acerca das cláusulas restritivas de seus direitos, ou das suas expectativas, de forma a garantir-lhe um mínimo de igualdade na relação negocial havida com o fornecedor. Todavia, embora o contrato de adesão tenha a potencialidade de refletir a superioridade do fornecedor face ao consumidor, ele é indispensável ao tráfico comercial, pois, além da rapidez, esse modelo negocial, na sociedade de consumo, supre os requisitos da eficiência, rentabilidade e segurança nas relações contratuais. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 35. Se uma seguradora, por exemplo, não contratar com vários consumidores, de uma forma rápida, ela não terá como suportar riscos de poucos, pois não haverá uma suficiente distribuição de riscos, inviabilizando a atividade empresarial respectiva. No entanto, embora imprescindível socialmente, isso não torna o contrato de adesão imune a correções, que extirpem a prática abusiva contida em sua redação.

¹⁰ Como aduz Beck, acerca dos riscos em sociedade, as distribuições desses riscos obedecem a uma planificação similar à distribuição verificada no sistema de classes, de forma que as riquezas acumulam-se em cima, e os riscos embaixo, confirmando que os riscos reforçam a ideia de sociedade de classes. Dessa forma, os ricos podem comprar segurança e liberdade em relação aos riscos, diferentemente dos pobres e debilitados. Como no exemplo citado pelo autor, é muito maior o risco de se tornarem desempregados os indivíduos que não têm qualificações, em relação àqueles altamente qualificados. Nesse sentido, estão muito mais expostos à poluição do ar, à contaminação das águas e do solo as populações de menor renda que habitam a vizinhança de grandes centros industriais. Por outro lado, acentua o autor, há riscos derivados da globalização que acabam equalizando as pessoas por eles afetadas. Sob esse aspecto, a poluição do ar também carcome tesouros artísticos, repretando perdas idênticas para determinada comunidade, independentemente do nível sócio-econômico de seus membros. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: 34, 2011. p.42-43.

Ademais, o consumidor é um observador menos atento, que compra por impulso, que facilmente seduzido pela mensagem publicitária, e que tende a confiar no fornecedor, nem tanto porque o deseja, mas porque precisa, já que tem que suprir uma necessidade imperiosa na detenção de determinado produto, ou contratação de dado serviço.

Ao caso, resta plenamente aplicável a doutrina do “diálogo das fontes”,¹¹ no sentido da promoção da convivência harmônica entre o CDC e a Lei nº4.591/64. Aliás, tal como o CDC, a lei da incorporação imobiliária tem um cunho social e protetivo, com salvaguarda do contratante mais fraco, pois esta forma negocial é uma das maneiras de os brasileiros conquistarem a casa própria. Neste sentido, o resultado desta conjugação normativa pode redundar em um nível de proteção mais acentuado ao consumidor, o que talvez não fosse obtido se somente um destes dois diplomas legais regulasse a relação havida entre o recorrente e os recorridos.

Uma outra situação que merece destaque é o fato de o incorporador, como impulsionador do empreendimento imobiliário em condomínio, atrair para si a responsabilidade pelos danos que possam resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Este cenário decorre da solidariedade entre havida entre o incorporador e o construtor. Cavalieri Filho há muito ensina a importância de tal solidariedade:

Incorporador, consonante definição legal, é não somente aquele que compromissa ou efetiva a venda de frações ideais de terrenos objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, como também, e principalmente, o construtor e o proprietário do terreno destinado ao empreendimento. Essa vinculação legal entre todos os que participam da incorporação decorre do fato de ser a edificação o seu objeto final, de sorte que quando o incorporador celebra, posteriormente, contrato de empreitada com o construtor está, na realidade, se fazendo substituir por este. E quem se faz substituir é responsável, solidariamente com o substituído, pelos danos que este vier a causar.¹²

¹¹ Atribui-se a criação da aludida teoria ao Professor alemão Erik Jayme, tendo a mesma recebido importante contribuição de Marques. Nesse sentido, SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: **Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde**. SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.149.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p.228. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo regimental no recurso especial nº1422014/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 11 de março de 2014. Data de Publicação: DJE 18/03/2014.

E, solidariedade é uma marca presente na relação de consumo. No CDC, a previsão da solidariedade entre fornecedores pode ser observada em dispositivos como o parágrafo único do artigo 7º, e nos artigos 18, 19 e 20.

Em geral, a cadeia de consumo, com a oferta, confecção, distribuição e venda de um dado bem ou serviço envolve uma série de fornecedores. Para que o consumidor possa restar protegido face a esta complexidade de players, restou compreendido que os fornecedores deveriam assumir uma postura de solidariedade para fins de ressarcimento do cliente afetado, permitindo a este acionar apenas um destes agentes. Em momento posterior, o efetivo culpado poderia ser demandado para fins de ressarcimento por aquele que restar condenado em eventual pleito consumerista.

No caso, a presença da Impracos como empresa proprietária do terreno onde seria erguido o edifício era uma plataforma de confiabilidade do empreendimento, especialmente pelo fato de ser ela uma empresa voltada ao mercado imobiliário. Com a entrega do prédio, seria ela também contemplada com sete unidades. Assumiu a Impracos um status de também promotora de vendas de unidades imobiliárias. A imagem gerada por este cenário despertou expectativa legítima dos adquirentes. E, como se pode observar, a Impracos não foi nem um pouco diligente no acompanhamento das obras. Quando constatou que o empreendimento não seria erguido, também não agiu com lealdade, exigível por força da boa-fé objetiva, passando a retormar a posse dos terrenos e inserir ele em outra negociação, simplesmente deixando os clientes da incorporadora suportarem intenso prejuízo.

Não pesam dúvidas que, embora o contrato de incorporação não tivesse a Impracos como parte, mas sim a construtora Larca, aquela auferiu vantagem econômica com a operação, dando uma nova aplicação a seus terrenos, que, ao final de tudo, restaram ainda mais valorizados, já que, de um edifício, logrou obter, no local, a construção de um shopping center. A relação contratual em que se fez presente o consumidor atriui o status de fornecedor a Impracos, principalmente diante do seu comportamento, das operações econômicas que realizou com seus terrenos. Destaca-se que o dano maior dos consumidores, no caso, não adveio da não construção do prédio pela Larca, mas sim da negociação posterior, havida entre a Impracos e a Construtora Sá Cavalcante, acerca dos terrenos da agravante. Com esta venda, dando margem a um shopping center, perderam os consumidores o dinheiro investido na incorporação, e o próprio bem, sofrendo também abalo moral pela frustração da expectativa

do imóvel. O dano imposto foi injusto, e o nexos causal é evidente entre o prejuízo dos agravados e a conduta da Impracos, que, em verdade, gerou um inadimplemento absoluto, já que alienados os terrenos da Impracos, com construção de um shopping center sobre estes, impedindo o aproveitamento destes para a edificação do prédio Solar Iris Botelho.

O serviço contratado pelos consumidores não foi executado, sendo todos os fornecedores envolvidos solidários face ao dever de reparar, à luz do artigo 20 do CDC, referido no acórdão do TJES.

Na verdade, para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que entendeu configurada a responsabilidade da imobiliária pelos prejuízos causados aos condôminos em virtude da inexecução das obras do edifício decorrente da alienação dos lotes em disputa, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos. Tal circunstância é inviabilizada nesta instância superior, por força da orientação da súmula nº 7 do STJ.

De qualquer forma, a conduta da agravante acabou sendo revista, reiterando-se a constatação de que era responsável solidária face aos danos suprotados pelos recorridos. Na verdade, isto ocorre não somente por que atuou na conformidade de um fornecedor, mas também porque deu margem direta ao dano experimentado pelos consumidores agravados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a questão cingi-se à irrisignação da agravante em ser solidária com a incorporadora na lesão gerada aos consumidores, também não se conformando com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por entender que ao caso é somente aplicável a Lei nº4.591/64.

Como se pôde observar, o STJ entendeu que, na situação aventada, aplica-se a solidariedade derivada do CDC, o que é correto, pois, como explanado, a aplicação da lei consumerista ao caso em tela nada prejudica a partes, pois apenas garante o direito constitucional da proteção da defesa do consumidor, gerando harmonia ao mercado.

O mercado imobiliário, aliás, restaria afetado com a pecha da insegurança jurídica se restasse reconhecido que a agravante, diante das reais vantagens que obteve, sendo ela própria empresa atuante no setor, tendo a expertise necessária pala selecionar incorporadores, conseguisse se isentar de quaisquer responsabilidades frente aos consumidores frustrados. Registra-se, ainda, que o

prejuízo efetivo ocorreu aos agravados com a venda dos terrenos da agravada a outra construtora para a edificação de um shopping center. Um cenário desta natureza certamente afastaria futuros investimentos, tornando a incorporação, na região afetada, um negócio duvidoso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: 34, 2011. 386p.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010, 461p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p.346p.

LACOUR, Clémence. **Vieillesse et vulnérabilité**. Aix-en-provence: Presse Universitaires D'Aix-Marseille, 2007. 572p.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 374p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 402p.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 496p.

MORAES, Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999, 350p.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.p.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: **Saúde e Responsabilidade 2 – a nova assistência privada à saúde**. SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71-158.

RECURSO ESPECIAL N. 1.016.519-PR (2007/0298206-1)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: Jose Roberto Cavasin Raschelli
Advogado: Oséas Santos
Recorrido: General Motors do Brasil Ltda
Advogados: Jose Augusto Araujo de Noronha e outro(s)
Marcelo Pelegrini Barbosa
Recorrido: Dipave Veiculos S/A
Advogados: Miguel Antônio Slowick e outro(s)
Régis Tocach e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Veículo zero. Vício de qualidade. Julgamento *ultra petita*. Inexistência. Inteligência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Opções asseguradas ao consumidor. Substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso. Escolha que cabe ao consumidor. Inexistência de produto semelhante em estoque dada a passagem do tempo. Incidência do disposto no art. 18, § 4º, do CDC. Dano moral. Deficiência do recurso. Súmula n. 284-STF. Matéria constitucional (CF, art. 5º, II, V, XXXV e XXXVII). Competência do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

1. A sentença, confirmada pelo eg. Tribunal de Justiça, tomou em conta somente os fatos essenciais trazidos pelos litigantes e a prova pericial produzida nos autos, aplicando à situação a norma de direito que entendeu apropriada para solução do litígio, o que afasta a alegação de ter havido julgamento *ultra petita*.

2. Nos termos do § 1º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, caso o vício de qualidade do produto não seja sanado no prazo de 30 dias, o consumidor poderá, sem apresentar nenhuma justificativa, optar entre as alternativas ali contidas, ou seja: (I) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em

perfeitas condições de uso; (II) a restituição imediata da quantia paga; ou (III) o abatimento proporcional do preço.

3. Assim, a faculdade assegurada no § 1º do art. 18 do Estatuto Consumerista permite que o consumidor opte pela substituição do produto no caso de um dos vícios de qualidade previstos no *caput* do mesmo dispositivo, entre eles o que diminui o valor do bem, não exigindo que o vício apresentado impeça o uso do produto.

4. No presente caso, a substituição do veículo por outro em perfeitas condições de uso foi a alternativa escolhida pelo consumidor. Então, não poderia o Juízo de piso alterar essa escolha, ainda que a pretexto de desonerar o consumidor, sob pena de maltrato ao art. 18, § 1º, do CDC. Precedente.

5. Não havendo outro veículo nas mesmas condições do adquirido pelo autor nos estoques das recorridas, é de se aplicar o disposto no § 4º do art. 18 do CDC, que permite a substituição por outro produto de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição da diferença de preço, permanecendo abertas as alternativas dos incisos II e III daquele § 1º.

6. Então, na hipótese, o consumidor dispõe das seguintes alternativas: a) receber todo o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra, desde que restitua o bem viciado ao fornecedor; b) caso não faça a restituição, receber a diferença entre o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra e o valor equivalente ao preço médio de mercado do bem usado; ou, ainda, c) adquirir novo produto do fornecedor, pagando ou recebendo a diferença entre o valor do novo bem e o saldo credor que detém.

7. Cumpre assinalar que o consumidor não tem direito a juros de mora na espécie, pois já foi indenizado pelas perdas e danos decorrentes da mora do fornecedor com o uso e gozo do bem durante o trâmite do processo.

8. Não apontado qual dispositivo legal teria sido violado pelo aresto recorrido ao negar o pedido de reparação por danos morais, não há possibilidade de conhecimento do recurso especial no ponto.

9. Quanto às alegadas violações ao art. 5º, II, V, XXXV e XXXVII, da Constituição da República, tem-se como incabível a apreciação de matéria constitucional em sede de recurso especial, sob pena de

usurpação da competência do eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 102, III, da Magna Carta.

10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe provimento, acompanhando o voto do Relator, Ministro Raul Araújo, e os votos dos Ministros Maria Isabel Gallotti, Antônio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão, no mesmo sentido, a Quarta Turma decide, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Por *José Roberto Cavasin Raschelli* foi proposta ação cominatória cumulada com reparação por danos morais contra DIPAVE - Veículos S/A e *General Motors do Brasil Ltda* alegando, em apertada síntese, que, em 18 de janeiro de 2001, adquiriu da primeira ré veículo produzido pela segunda, o qual apresentou defeitos na pintura da tampa do porta-malas, além de pontos de ferrugem. Apesar das inúmeras tentativas para solucionar o problema, não houve sucesso, razão pela qual pretende o autor seja efetuada a troca do veículo comprado por outro similar, zero quilômetro, em perfeitas condições de uso, em prazo não superior a 30 dias, bem como reparação moral.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido do autor, estando assim redigido o dispositivo, *verbis*:

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido do autor para condenar solidariamente as rés ao pagamento do preço cobrado pela ré DIPAVE em 18.1.2001 para venda ao público das seguintes peças para reposição: uma

tampa de porta-malas, uma porta traseira esquerda e uma porta traseira direita, todas genuínas da GM e na cor "branco Mahler". Tal valor deverá ser atualizado monetariamente pela média do INPC/IGP a contar de 18.1.2001 e acrescido de juros moratórios (meio por cento) ao mês a contar da data da última citação efetuada nestes autos.

Tal valor deverá ser apurado na forma do art. 604 do CPC. (fl. 278)

Interposta apelação pelo autor, foi desprovida pela egrégia 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, consoante acórdão que guarda a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação cominatória cumulada com reparação de danos morais. Apelo objetivando a nulidade da sentença ao argumento de que se configura ultra petita. Inocorrência do apontado vício. Aquisição de produto com defeito. Abatimento do preço. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 18, § 1º, III). Dano moral não configurado. Sentença escorreita. Recurso conhecido e desprovido. (fls. 339-340)

Opostos embargos de declaração pelo autor, foram rejeitados (fls. 365-374).

Vem, então, recurso especial de *José Roberto Cavasin Raschelli*, com fundamento na letra **a** do permissivo constitucional, no qual se alega maltrato aos arts. 2º, 460, 461, 515, § 1º, do Código de Processo Civil; ao art. 1.101 do Código Civil de 1916; ao art. 18, § 1º, I, do Código de Defesa do Consumidor e ao art. 5º, II, V, XXXV e XXXVII, da Constituição Federal.

Diz o recorrente que, desde que verificada a existência de defeito no veículo que adquiriu, bem como a impossibilidade de sua correção, buscou perante a fabricante e a revendedora a substituição do veículo, consoante lhe autoriza o art. 18, § 1º, I, do Código de Defesa do Consumidor, sem, porém, obter o resultado esperado. Em vista disso, ingressou com a presente demanda pleiteando a substituição do bem por um equivalente. O Juiz de piso, porém, de modo equivocado, no seu entender, divorciou-se do pedido feito na inicial.

Aduz, nesse sentido, que, conquanto o Juiz tenha entendido como pertinente a aplicação do art. 18 do Código de Consumidor à hipótese, afastou a incidência das disposições contidas no § 1º, I, do referido dispositivo, sob a alegação de que seria mais oneroso para o recorrente, alterando o pedido feito na inicial e proferindo, assim, julgamento *ultra petita*, o que dificultou a interposição da apelação. Cita para confirmar suas alegações o seguinte trecho da sentença, *verbis*:

Embora o autor tenha requerido expressamente a aplicação do § 1º, inciso I, do art. 18 do CDC, afigura-se que sua aplicação virá a ser mais onerosa ao autor do que a alternativa prevista no § 1º, inciso III, do art. 18 que se afigura como a mais adequada à espécie. (fl. 275)

Esclarece, ademais, que a desvalorização sofrida pelo veículo deve ser suportada pelas recorridas, que tudo fizeram para retardar sua troca, e não pelo consumidor, daí não se falar em maior onerosidade com a aplicação do § 4º do art. 18 do CDC.

Assevera, ademais, que ficou comprovado nos autos: (I) os defeitos existem e depreciam o veículo; (II) exerceu seu direito de reclamar dentro do prazo previsto em lei; (III) a responsabilidade solidária das recorridas é indiscutível; (IV) a origem dos defeitos não teve nenhuma participação sua; e (V) o veículo foi mexido pela assistência técnica, o que resultou em um “remendo perceptível a olho nu”.

Diz, ainda, que “se está de posse de um veículo sendo corroído pela ferrugem vem a juízo postular a substituição do veículo, por outro similar (de acordo com faculdade que a lei lhe dá), porém sem as manchas na pintura, é defeso ao Juízo cogitar que a manifestação de vontade do autor lhe poderia ser onerosa, e à sua revelia, aplicar direito que não pediu” (fl. 382).

Assenta, ainda, que o acórdão deixou de dar o melhor desfecho ao caso, que seria a devolução do valor pago à vista pelo veículo, de forma corrigida.

Afirma, de outro lado, que faz jus à reparação por danos morais, pois ficou evidenciado o “sofrimento imposto ao consumidor que, ao comprar um veículo, adquiriu problemas” (fl. 383). Diz, nesse sentido, que o veículo adquirido como bem de consumo se transformou, na realidade, em pesadelo.

Dipave Veículos S/A apresenta contrarrazões às fls. 394-399. Sustenta, em síntese, que a análise do recurso depende do reexame das provas produzidas nos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7-STJ. Afirma que a sentença, ao determinar a substituição das peças com defeito, se pautou na prova pericial. Assevera, ademais, que transtorno e incômodo não são sinônimos de dano moral.

General Motors do Brasil Ltda não apresentou contrarrazões (certidão de fl. 400).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Diz o recorrente, de início, que a sentença de primeiro grau alterou o pedido feito na inicial, no sentido de ser trocado o veículo por outro novo, incorrendo, com isso, em julgamento “*ultra petita*”.

Para melhor compreensão do tema, transcrevo trecho da inicial no qual estão inseridos os pedidos feitos pelo autor, *verbis*:

Pelo exposto, requer digne-se Vossa Excelência:

a) Determinar a citação das empresas Rés, na pessoa de seus representantes legais, nos endereços declinados acima, para oferecerem a contestação no prazo legal, oportunizando-lhes para que, querendo, imediatamente efetuem a troca do veículo comprado por outro similar, zero quilômetro e em perfeitas condições de uso, sem defeitos ou vícios, como almejado na época da aquisição.

b) No mérito, julgar procedente a presente Ação, determinando a substituição do bem, nos termos do pedido, em prazo não superior a 30 dias, condenando as empresas Rés nas custas processuais, honorários advocatícios na base usual de 20% (vinte por cento) do valor da causa e demais consectários legais.

c) A condenação das empresas Rés a pagarem uma indenização justa, a título de dano moral, no valor a ser apurado a critério do R. Juízo. (...) (fl. 19).

A sentença, por seu turno, vem assim redigida no que interessa, *verbis*:

Dado o tempo decorrido afigura-se difícil que as requeridas ainda tenham em seu estoque veículo com características semelhantes ao do autor, ainda mais que o veículo foi fabricado em 2000, mas o modelo era 2001. Nenhuma das requeridas afirmou ter veículo semelhante ao do autor em seus estoques.

Embora o autor tenha requerido expressamente a aplicação do § 1º, inciso I, do art. 18 do CDC, afigura-se que sua aplicação virá a ser mais onerosa ao autor do que a alternativa prevista no § 1º, inciso III, do art. 18, que se afigura como mais adequada à espécie.

Para se valer do § 1º, inciso I, do art. 18 do CDC, nos termos do § 4º do referido art. 18 o autor seria obrigado a efetuar a complementação de diferença de preço. Os veículos 0 km desvalorizam-se em torno de 10% ao ano nos primeiros anos da aquisição, bastando para constatar tal fato observar as tabelas de preços de veículos usados que são divulgadas em Jornais de Grande Circulação Estadual e Nacional.

Assim, decorridos mais de 02 anos da aquisição do veículo em discussão, o veículo do autor, somente pelo desgaste decorrente da normal utilização do

veículo, não levando em conta o defeito no porta-malas e nas portas laterais traseiras, já sofreu desvalorização de no mínimo 20% do valor original. Com a agravante de que os veículos novos lamentavelmente vem sofrendo reajustes a maior em seus preços.

Deve ser levada em conta a desvalorização do veículo do autor, em razão de o mesmo ter feito uso do veículo.

Caso um veículo GM Corsa GLS 1.6 estivesse hipoteticamente custando hoje R\$ 25.500,00, o autor teria que entregar seu veículo às requeridas bem como efetuar a complementação de no mínimo R\$ 5.100,00 (equivalente a desvalorização normal sofrida pelo veículo em discussão).

Afigura-se portanto como mais justa a aplicação do disposto no inciso III do § 1º do art. 18 do CDC, eis que os defeitos apresentados pelo veículo do autor foram de pequena extensão e não impedem o autor de fazer o uso do veículo, apresentando tão somente problema estético.

Pela fotografia de fls. 190 denota-se que o defeito apresentado pelas portas traseiras não foi de grande extensão em comparação à área da porta. Tratando-se de veículo de cor clara que reflete luminosidade fica mais difícil para um observador que não esteja atento reparar no defeito. Constatei tal defeito em razão do Perito ter feito sinal de identificação, pois caso contrário seria difícil visualizar tal defeito.

O Sr. Perito não soube estimar o valor da depreciação sofrida pelo veículo do autor em razão dos defeitos na pintura. Também não constou no Laudo Pericial que tivesse havido desvalorização de grande monta do veículo do autor em razão de tais defeitos.

Assim, para fins de abatimento proporcional do preço deve ser adotado o valor equivalente ao preço cobrado pela DIPAVE na época da aquisição do veículo (18.1.2001) para a venda ao público das seguintes peças para reposição: uma tampa de porta-malas, uma porta traseira esquerda e uma porta traseira direita, todas genuínas da GM e na cor "branco Mahler".

Foi adotado o valor das peças de reposição e da pintura, pois correspondem ao preço de substituição das peças que apresentaram defeitos.

Como o veículo já foi pago pelo autor, as requeridas deverão restituir a quantia equivalente às peças mencionadas no parágrafo anterior atualizadas monetariamente pela média do INPC/IGP, índices oficiais de inflação, a contar da data de 18.1.2001.

Juros moratórios são devidos no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês a contar da data da última citação efetuada nos autos.

As requeridas deverão responder solidariamente pelo valor da condenação para o fins do art. 18, § 1º, inciso III, do CDC, ressaltando que se trata de responsabilidade objetiva. (fls. 275-276)

Consoante se verifica na comparação entre os trechos acima transcritos, o Juízo de piso, analisando os fatos da causa e ponderando sobre a norma a ser aplicada na espécie, ao invés de determinar a troca do veículo do autor por outro zero, como requerido na inicial, entendeu por bem condenar as requeridas a restituir ao autor determinada quantia, equivalente às peças defeituosas de seu veículo. A questão que se põe, então, é se, nesse caso, se pode falar em julgamento *ultra petita*.

Conforme ensinam **Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira**:

Diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede ao demandante mais do que ele pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes. (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 284)

No caso em análise, não foi concedido ao demandante mais do que ele pediu, sendo sua alegação, aliás, em sentido contrário; nem foi a demanda resolvida envolvendo outros sujeitos, não participantes, como se vê no trecho da sentença acima transcrito. Assim, eventual julgamento *ultra petita* teria ocorrido se o Juiz de piso examinasse outros fatos essenciais para decidir a lide, não postos pelas partes.

Entretanto, o que se vê é que o Juiz proferiu sentença tomando em conta somente os fatos essenciais trazidos pelos litigantes e a prova pericial produzida nos autos, aplicando à situação a norma de direito que entendeu apropriada para solução do litígio, o que afasta, em princípio, a alegação de ter havido julgamento *ultra petita*.

Nesse sentido:

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Julgamento *extra* ou *ultra petita*. Inocorrência. Ação de manutenção de posse. Muro divisório. Alteração da situação fática. Parede. Reconhecimento de servidão e condomínio legal. Prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta as questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

II. *Inocorrente a contrariedade aos arts. 128 e 460 do CPC, quando dados os fatos da causa, há aplicação do direito à espécie compatível com as questões jurídicas*

suscitadas direta ou reflexamente, inclusive no tocante à existência de condomínio legal e servidão.

III. Calcada a interpretação jurídica dada pelo Tribunal estadual no exame da prova, notadamente sobre a transmutação da situação fática existente quanto à utilização do antigo muro, a alteração das conclusões a respeito exige a reapreciação daquela, recaindo no óbice da Súmula n. 7 do STJ.

IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 363.514-MG, Rel. *Ministro Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, julgado em 12.6.2007, DJ de 13.8.2007, p. 373)

Com efeito, trata a hipótese de vício de qualidade do produto, que teve seu valor diminuído em vista dos problemas descritos na inicial, questão disciplinada pelo art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. No caso de o vício não ser sanado no prazo de 30 dias, diz o § 1º do referido dispositivo legal que o consumidor poderá, sem apresentar nenhuma justificativa, optar entre as alternativas ali contidas, dentre as quais a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (inciso I), a restituição imediata da quantia paga (inciso II) ou o abatimento proporcional do preço (inciso III).

Para melhor compreensão, transcrevo a regra do art. 18 do CDC:

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

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Sobre o tema, a lição do ilustre Desembargador **Rizzato Nunes**, *verbis*:

Não pode o fornecedor se opor à escolha pelo consumidor das alternativas postas. É fato que ele, o fornecedor, tem 30 dias. E, sendo longo ou não, dentro desse tempo, a única coisa que o consumidor pode fazer é sofrer e esperar. *Porém, superado o prazo sem que o vício tenha sido sanado, o consumidor adquire, no dia seguinte, integralmente, as prerrogativas do § 1º ora em comento.*

E, como diz a norma, cabe a escolha das alternativas ao consumidor. Este pode optar por qualquer delas, sem ter que apresentar qualquer justificativa ou fundamento. Basta a manifestação de vontade, apenas sua exteriorização objetiva. É um querer pelo simples querer manifestado. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

A substituição do veículo por outro em perfeitas condições de uso foi a alternativa escolhida pelo consumidor no presente caso. Assim, não poderia o d. Juízo de piso alterar essa escolha, ainda que a pretexto de desonerar o consumidor, sob pena de maltrato ao art. 18, § 1º, do CDC.

Em hipótese semelhante, vale transcrever trecho do voto do eminente *Min. Ruy Rosado de Aguiar* no julgamento do REsp n. 185.836-SP, *verbis*:

(...)

Daí o apelo especial pela alínea **a**, manifestado pela autora, onde alega que, ao negar a substituição do bem defeituoso, o acórdão violou o art. 18 do CDC, que confere ao consumidor o direito de optar entre as alternativas constantes dos incisos I a III: substituição do produto, restituição do que foi pago ou abatimento proporcional do preço.

(...)

1. Dei provimento ao agravo para melhor examinar a situação dos autos. Constatado no produto algum dos defeitos enumerados no art. 18 do CDC, não consertado no prazo de 30 dias, cabia ao comprador a escolha de uma das alternativas enumeradas no § 1º:

(...)

2. O r. acórdão, em vez disso, deferiu apenas uma indenização correspondente à depreciação do veículo pelo seu valor de mercado, assim como avaliado pelo perito. Essa decisão significou transferir para a compradora os ônus, desgastes e inconvenientes pela aquisição de um automóvel defeituoso, compensando-o com a desvalorização calculada sobre o preço atual do veículo, quando o objetivo da lei é o de colocar o consumidor na situação em que ele estaria se o produto vendido não sofresse dos vícios de qualidade que o obrigaram a percorrer o "calvário" a que se refere o r. acórdão. *Uma vez constatados os defeitos, cumpria ao fornecedor providenciar imediata substituição do veículo por outro que estivesse nas condições esperadas por quem realiza negócio dessa espécie.*

Posto isso, conheço do recurso, por ofensa ao disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença.

Na espécie, a r. sentença e o v. acórdão recorrido violaram o disposto no art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo à norma interpretação incompatível, que subtrai do consumidor o direito de opção que a regra legal lhe assegura, no caso de comprovada a existência de vício de qualidade no produto, não sanado no prazo de 30 dias, ou seja, a escolha entre uma das alternativas ali previstas.

Cumprе assinalar que a existência de vício de qualidade no veículo adquirido pelo autor é questão superada diante da inexistência de recurso dos recorridos contra essa parte da sentença, que assim dispõe sobre o tema, *verbis*:

Tem-se assim que o veículo apresentou defeitos, não tendo sido suficientes os reparos efetuados pela requerida DIPAVE e nem a substituição do porta-malas original por peça genuína da GM. E, ainda apresenta defeitos de pintura nas portas laterais traseiras, sem que se saiba exatamente a origem de tal defeito

(ferrugem ou deposição de resíduos externos (sujeira) durante a operação de pintura).

Tanto o Perito como o Assistente Técnico concordaram que tais defeitos não prejudicam a normal utilização do veículo pelo autor. Ou seja, os defeitos apresentados não impedem o autor de utilizar o veículo Corsa para sua função principal: locomoção. Tanto é que o veículo por ocasião da realização da perícia apresentou a quilometragem de 13.945 Km.

(...)

Houve vício de qualidade para os fins do art. 18 do CDC, eis que veículo com defeito na pintura sofre diminuição de seu valor de mercado em comparação com outro veículo similar mas sem defeito na pintura. Carro sem defeito na pintura é mais valorizado do que carro que apresente qualquer irregularidade na pintura, como é cediço.

Em que pese o defeito tanto no porta-malas como nas portas laterais traseiras ter atingido pequena área em comparação com a dimensão total do veículo, conforme se constata nas fotografias juntadas pelo Sr. Perito, não deixa de configurar defeito para os fins do art. 18 do CDC. Embora a repintura pudesse solucionar o defeito, segundo o Perito pode também acontecer de a repintura acarretar diferença de tonalidade. (fls. 274-275)

Como se verifica no trecho acima transcrito, ficou constatada a existência de vício de qualidade no produto, não de monta a impedir seu uso, mas suficiente para lhe diminuir o valor. Acerca de tal vício constatado, cabe considerar que, na chamada sociedade de consumo, o veículo particular do cidadão não é tido apenas como um simples meio de locomoção mais rápida e confortável. Configura também representação social para o proprietário e seus familiares, sendo tal aspecto, aliás, bastante explorado e incentivado pelos fabricantes de automóveis em suas propagandas, que investem em novas cores e pinturas, novos modelos a cada ano e outras formas de atrair consumidores, justamente pela beleza do produto. Assim, um carro com pintura defeituosa causa certo constrangimento e evidente desagrado ao adquirente, além de rejeição no mercado de revenda.

Cumprе assinalar, nesse passo, que o § 1º do art. 18 do Estatuto Consumerista autoriza que o consumidor opte pela substituição do produto no caso de qualquer dos vícios de qualidade descritos no *caput* do dispositivo não ser sanado no prazo de trinta dias, entre eles o que diminui o valor do bem, não exigindo que o vício apresentado impeça o uso do produto.

Assim, deve ser realizada a troca do veículo, conforme opte o consumidor, ora promovente.

É de se ver, porém, que já por ocasião da sentença, não mais dispunham as recorridas de veículo semelhante ao do autor em seus estoques (fl. 275). Assim, a hipótese é de aplicação do § 4º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, supratranscrito, que estabelece que, “não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo”.

No caso, deve-se tomar o valor pago pelo consumidor na ocasião da compra, R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), dispondo o recorrente das seguintes opções: a) receber todo o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra, desde que restitua o bem viciado ao fornecedor; b) caso não faça a restituição, receber a diferença entre o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra e o valor equivalente ao preço médio de mercado do bem usado (o valor atual de um Corsa 2001, semelhante àquele adquirido pelo autor); ou, ainda, c) adquirir novo produto do fornecedor, pagando ou recebendo a diferença entre o valor do novo bem e o saldo credor que detém. Cumpre assinalar que o consumidor não tem direito a juros de mora na espécie, pois já foi indenizado pelas perdas e danos decorrentes da mora do fornecedor com o uso e gozo do bem durante o trâmite do processo.

Transcrevo, a propósito, lição do Desembargador **Rizzato Nunes**, comentando o § 4º do art. 18 do Estatuto Consumerista, *verbis*:

Não sendo possível efetuar a substituição surgem, na seqüência, mais duas opções à escolha do consumidor.

Essa escolha, como as demais, não precisa ser justificada por este. É mero expressar objetivo de sua vontade. Ele poderá, então, aceitar em troca:

a) outro produto de espécie, marca ou modelos diferentes, que tenha preço mais barato do que foi pago pelo produto viciado;

b) outro produto de espécie, marca ou modelo diferentes, que tenha preço superior aquele que foi pago pelo produto viciado.

No primeiro caso, o consumidor terá direito a receber a diferença no preço a seu favor, no ato da troca. No segundo, terá de pagar o complemento da diferença de preço pago a menor.

Em qualquer das hipóteses, se já tiver passado certo período de tempo (o suficiente para que se compute a correção monetária), o consumidor tem direito a que a quantia por ele paga pelo produto viciado seja atualizada monetariamente. Trazido, assim, o preço originalmente pago a valor presente é que se pode efetuar a operação de subtração para saber se a diferença é a menor ou a maior. (Ob. cit., 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 332)

Pretende o recorrente, ainda, obter reparação por dano moral, afirmando que, ao adquirir um veículo, na verdade adquiriu problemas. Não aponta o recorrente, porém, qual dispositivo legal que entende violado na espécie, o que obsta o conhecimento do recurso nessa parte, incidindo a censura da Súmula n. 284-STF. Cumpre assinalar, nesse passo, que o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor não abriga o pedido de reparação moral, apenas garantindo a substituição de produto viciado.

Por fim, quanto à alegada ofensa ao art. 5º, II, V, XXXV e XXXVII, da Constituição Federal, observa-se que é incabível a apreciação de matéria constitucional em sede de recurso especial, sob pena de usurpação da competência do eg. Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 102, III, da Magna Carta. Por oportuno, cito o seguinte precedente:

Tributário. Empréstimo compulsório sobre energia. Violação do artigo 150 da CF. Matéria constitucional. Competência da Suprema Corte. Responsabilidade solidária da União. Principal mais juros e correção monetária.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça apreciar matéria de cunho constitucional, - violação do art. 150, IV, da CF - cuja competência é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do artigo 102 da Constituição Federal.

(...)

3. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp n. 1.122.808-SC, Relator o eminente Ministro *Castro Meira*, DJe de 17.5.2010)

Ante o exposto, conheço do recurso em parte e, nessa parte, lhe dou provimento por ofensa ao art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, para condenar as recorridas solidariamente a atenderem às opções asseguradas em lei ao consumidor, o qual poderá escolher entre: a) receber todo o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra (R\$ 25.500,00 - vinte e cinco mil e quinhentos reais), sem incidência de juros, desde que restitua o bem viciado ao fornecedor; b) caso não faça a restituição, receber a diferença entre o valor atualizado do preço pago na ocasião da compra, sem incidência de juros, e o valor equivalente ao preço médio de mercado do bem usado (o valor atual de um Corsa 2001, semelhante àquele adquirido pelo autor); ou, ainda, c) adquirir novo produto do fornecedor, pagando ou recebendo a diferença entre o valor do novo bem e o saldo credor que detém.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por José Roberto Cavasin Raschelli contra acórdão do TJPR, que confirmou, em sede de apelação, sentença prolatada em ação cominatória movida em face de DIPAVE - Veículos S.A. e General Motors do Brasil S.A.

No caso, o autor postula, com base no art. 18, 1º, I, do CDC, a substituição, por similar, de um veículo novo adquirido perante a primeira e fabricado pela segunda ré, sob a alegação de que apresentou defeitos na pintura da tampa do porta-mala, além de pontos de ferrugem.

A sentença acolheu parcialmente o pedido, condenando as rés ao pagamento de valor correspondente as seguintes peças de reposição: *“tampa de porta-malas, uma porta traseira esquerda e uma porta traseira direita, todas genuínas da GM e na cor branco Mahler”*.

O autor apelou, recurso ao qual o TJPR negou provimento.

Irresignado, o demandante, então, interpôs recurso especial, nele trazendo como argumento principal ter ocorrido julgamento *ultra petita*, na medida em que o pedido inicial fora de substituição do bem por um novo, com base no art. 18, 1º, I, do CDC, ao passo que lhe foi concedida providência jurisdicional diversa, lastrada no art. 18, 1º, III, do CDC.

Alegou também que, não sendo possível a entrega de novo bem, deveriam as rés ser condenadas à restituição da quantia paga, devidamente corrigida monetariamente.

Postulou, ainda, indenização pelos danos morais sofridos em razão dos transtornos decorrentes dos problemas verificados no veículo e da demora e resistência das demandadas em repará-los.

O eminente relator, Ministro Raul Araújo, votou no seguinte sentido: *a)* não conhecer do recurso especial quanto ao pedido de indenização por danos morais, ante a deficiência na fundamentação da insurgência, que não especificou quais artigos legais teriam sido violados pelo aresto recorrido no ponto; *b)* afastar a tese de julgamento *ultra petita*, pois a providência outorgada nas instâncias ordinárias encontra-se inserta na causa de pedir e no pedido formulado na demanda; *c)* demais, proveu em parte o recurso especial, assentando ser de rigor a observância à opção exercida pelo consumidor, em função do vício verificado no produto, determinando, assim, A TROCA do bem por outro de mesma espécie;

contudo, uma vez já assinalada desde a sentença a inexistência no mercado de veículo idêntico fixou desde logo os parâmetros para que o consumidor possa exercer a opção que lhe resguarda o art. 18, parágrafo 4º, do CDC.

Diante dos debates instaurados em torno do critério a ser observado no caso de impossibilidade da entrega do bem específico, formulei o pedido de vista para melhor examinar o tema em discussão.

Voto:

Acompanho o eminente relator, para não conhecer do pedido de indenização por danos morais, afastar a tese de julgamento *ultra petita*, e acolher o pedido do consumidor para devolução de bem idêntico ao contratado (art. 18, par. 1º, I, do CDC).

Neste último ponto, todavia, ante as peculiaridades da matéria e do caso concreto, reputo necessária breve explanação, de molde a bem assentar os institutos jurídicos em questão e determinar os critérios adequados ao reconhecimento e implementação do direito do consumidor.

No caso, conforme está assentado, é manifesta e remota a possibilidade de virem as rés a encontrar veículo idêntico àquele adquirido pelo consumidor (corsa 2001, zero quilômetro), advindo desse tema os debates surgidos na Turma, mormente diante das peculiaridades do caso concreto, no qual deve se ponderar: tempo decorrido entre a compra do bem, no ano de 2001, e a definitiva entrega da prestação jurisdicional, a efetiva utilização pelo consumidor, durante este tempo, do bem que adquiriu e a depreciação que este sofreu nesse período etc.

1. *Natureza jurídica da tutela jurisdicional prevista no art. 18, par. 1º, I, do CDC*

Imprescindível, em um primeiro plano, fixar a natureza jurídica da tutela jurisdicional concedida ao consumidor, quando procedente o pedido lastrado na causa de pedir derivada do art. 18, parágrafo primeiro, I, do CDC.

Nessa hipótese, o acolhimento dessa pretensão impõe *ao fornecedor uma obrigação de entregar coisa certa*, a qual deverá ser fungível ao bem objeto da contratação, detendo as mesmas características, ou seja, *mesma marca, modelo e espécie, além de idênticas qualidades (bem novo, sem desgaste etc)*.

Em se cuidando de obrigação de dar coisa certa, regular-se-á o caso pelas normas específicas do estatuto protetivo e, nas omissões deste, incidirão as normas gerais do Código Civil, ou seja, aquelas insertas nos arts. 233 a 242.

Se ao fornecedor incumbe obrigação de entregar coisa certa (bem idêntico), ao consumidor também incidirá *uma obrigação de restituir coisa certa*, haja vista que não poderá permanecer na posse do bem viciado, sob pena de enriquecimento sem causa. Essa obrigação será regida pelas normas dos arts. 238 e ss. do CC/2002.

2. *Conversão em perdas e danos*

Caso impossível a concessão da tutela específica, o CDC estabelece a solução do problema, delimitando os parâmetros em seu art. 18, par. 4º.

Assim, *primeiramente*, apura-se a quantia investida pelo consumidor, fazendo sobre ela incidir a correção monetária e, então, surgem opções à parte hipossuficiente: a) caso haja interesse em manutenção do vínculo contratual, poderá ser usado o montante devido na aquisição de novo bem de consumo, observadas as seguintes regras: a.1) se o valor do novo produto for inferior ao crédito de titularidade do consumidor, este ficará credor do saldo; a.2) caso o montante do bem suplante o crédito do consumidor, este ficará devedor da diferença; b) não assentindo o consumidor em permanecer vinculado ao ajuste, poderá reclamar a restituição integral do preço que despendeu, *adicionado de perdas e danos*.

3. *Efeitos da mora do fornecedor*

A mora do fornecedor, em cumprir a entrega da coisa certa, não enseja a cobrança de juros moratórios ao consumidor, que somente têm espaço em sede de obrigações pecuniárias líquidas (art. 407 do CC), ou quando convertidas em pecúnia as obrigações de caráter diverso.

A mora do fornecedor, portanto, há de ser regradada pelo regime das perdas e danos, o que tem repercussões no caso concreto.

Ao que consta dos autos, o consumidor até o presente momento não efetuou a devolução do veículo viciado ao fornecedor, mantendo-se na posse e fruição dele.

Caso se cuidasse, aqui, de uma resolução contratual, a exata reposição das partes ao *status quo ante* estaria condicionada à implementação de duas providências inexoráveis: a) devolução do preço a um dos contratantes, adicionado de correção monetária e eventuais juros moratórios; b) restituição do bem de consumo à contraparte, indenizado o uso e depreciação da coisa.

Entretanto, o direito previsto no art. 18, par. 1º, I, do CDC, não se cuida de resolução do contrato, mas sim de tutela jurisdicional específica, voltada justamente a fazer cumprir o contrato firmado entre as partes.

Nesse contexto, a posse exercida pelo consumidor sobre o bem viciado, enquanto não lhe é entregue um isento dessa mácula, não pode gerar obrigação o pagamento de eventual locativo, tampouco de indenizar a depreciação sofrida pelo bem durante tal interregno.

Em realidade, a mora do fornecedor lhe atribui a obrigação de arcar com as perdas e danos sofridas pelo consumidor, que, na hipótese, consistem precisamente na impossibilidade do último usufruir de bem isento de vícios.

Incide aqui o art. 240 do CC/2002, somente advindo ao consumidor obrigação de indenizar hipotético uso anormal do bem, para a qual concorra com dolo ou culpa, o que, entretanto, não foi até agora discutido no caso dos autos.

Em resumo, constatado o vício no produto e escolhida pelo consumidor a entrega de bem idêntico:

a) surge ao fornecedor obrigação de entrega de coisa certa, e ao consumidor de restituir coisa certa (o bem viciado);

b) impossibilitada a prestação da tutela específica, converte-se a obrigação em perdas e danos e, assim, deverá o fornecedor efetuar a restituição do preço, facultado ao consumidor eleger alguma dentre as opções que lhe dá o art. 18, par. 4º;

c) a mora do credor não gera juros moratórios, mas obrigação de ressarcir perdas e danos; logo, não se poderá impor ao consumidor obrigação por eventual uso e depreciação normal do bem viciado durante o período em que permaneceu em sua posse, uso este que consistirá em mero ressarcimento, em espécie, das perdas e danos sofridas ante a mora do fornecedor em cumprir o direito específico do art. 18, par. 1º, I, do CDC.

Com base nessas razões, meu voto é no sentido de prover parcialmente o recurso especial, para:

1 - reconhecer o direito do consumidor em obter um veículo de mesma marca, modelo, espécie e qualidade daquele adquirido junto às rés, nos termos do art. 18, par. 1º, I, do CDC;

2 - ante a impossibilidade material de cumprimento da tutela específica, converte-se a obrigação em perdas e danos e, para tanto: a) o consumidor efetuará a devolução do bem viciado, caso ainda esteja em seu poder, ou pagará

o equivalente em dinheiro (com base na avaliação média atual de mercado de um Corsa 2001 idêntico ao objeto do ajuste); b) a fornecedora restituirá o valor inicialmente investido, devidamente corrigido monetariamente (R\$ 25.500,00 - atualizado); c) com esse crédito, poderá o consumidor optar entre reaver o total da quantia, ou, então, utiliza-la na aquisição de um novo veículo perante as demandadas, arcando com a diferença ou obtendo o saldo daí resultante; d) na operação não incidem juros de mora, justo que o consumidor restou indenizado pelas perdas e danos decorrentes da mora do fornecedor com o uso e gozo da coisa durante o trâmite do processo.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*José Carlos Maldonado de Carvalho**

I. BREVE DESCRIÇÃO DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Cuida-se de ação cominatória, cumulada com reparatória por danos morais, objetivando o autor, em breve síntese, que seja efetuada a troca de veículo automotor, por ele adquirido em 18 de janeiro de 2001, por outro similar, zero quilometro, em perfeitas condições de uso, em prazo não superior a 30 (trinta) dias, além de reparação por danos morais.

Julgado procedente, em parte, os pedidos, a sentença de primeiro grau condenou o fabricante – GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA – e a empresa vendedora – DIPAVE – Veículos S/A –, solidariamente, ao pagamento do preço cobrado para a venda ao público das peças danificadas, atualizado monetariamente pela média do INPC/IGP, e acrescido de juros moratórios, valor a ser apurado na forma do art. 604, do CPC.

No recurso de apelação, declarou o Tribunal de Justiça do Paraná a nulidade da sentença, ao argumento de que restava configurado o julgamento *ultra petita*, aplicando, porém, o disposto no art. 18, § 1º, CDC, para fins de abatimento do preço, sem o reconhecimento do dano moral também reclamado.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

II. DA SOLUÇÃO APRESENTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do eminente Ministro RAUL ARAÚJO, entendendo que não fora concedido ao demandante mais do que fora por ele reclamado, como também não foi a demanda resolvida envolvendo outros sujeitos não participantes da relação de consumo, afastou a alegação de ter havido julgamento *ultra petita*, diante da inocorrência de contrariedade aos artigos 128 e 460 do CPC.

No mérito, aquela Corte Superior decidiu que a substituição do veículo por outro em perfeitas condições de uso foi a alternativa escolhida pelo consumidor, razão pela qual não poderia o juiz de primeiro grau alterar a escolha, ainda que a pretexto de desonerar o consumidor, sob pena de maltrato ao art. 18, § 1º, do CDC.

Reconhecendo que a r. sentença de primeiro grau e o v. acórdão violaram o disposto no art. 18, § 1º, do CDC, subtraindo do consumidor o direito da opção que a regra legal lhe assegura, uma vez comprovada a existência de vício de qualidade do produto, não sanado no prazo de 30 dias, o ilustre Ministro Relator conduziu o voto no sentido de dar provimento ao recurso, por ofensa ao art. 18 do CDC, condenando as empresas, solidariamente, a atenderem às opções asseguradas em lei ao consumidor, nos termos dos incisos I, II e III.

III. DA ANÁLISE TEÓRICA DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO COM BASE NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO

Faz ver o artigo 18, § 1º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, que “Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha”: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (inc. I); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inc. II); e o abatimento proporcional do preço (inc. III).

E, como revela SERGIO CAVALIERI, cuida o artigo em comento “de defeitos inerentes aos produtos ou serviços, vícios *in re ipsa*, e não de danos por eles causados – acidentes de consumo (*omissis*)”.¹

¹ Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 442.

Nessa toada, comenta SÉRGIO MARÇAL que, “nessa hipótese, tratou o legislador dos vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo e das disparidades com as indicações do fornecedor”.²

Na verdade, os vícios no CDC, como pondera CLÁUDIA LIMA MARQUES, “segundo a melhor doutrina, são os vícios por inadequação (arts. 18 e ss.) e os vícios por insegurança (arts. 12 e ss.). O novo regime dos ‘vícios’ possui assim aspectos contratuais e extracontratuais, regulado com prioridade pelo CDC e não afetado pelo CCBBr./2002”.³

Aliás, e de acordo com a doutrina de PAULO LÔBO, “o Código de Defesa do Consumidor trata como sinônimas as expressões impropriedade e inadequação. No vocabulário comum, impróprio inclui o sentido de inadequação, e este o daquele (cf. verbetes do Dicionário Aurélio). O § 6º do art. 18 inclui entre os produtos impróprios, ao uso ou consumo, os que se ‘revelem inadequados ao fim a que se destinam”.⁴

Logo, e de acordo com o teor do art. 18 do CDC, são vícios de qualidade aqueles que tornam os produtos impróprios, inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminua o valor, assim reconhecido os vícios, ocultos ou aparentes, de validade dos produtos, os deteriorados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (§ 6º e seus incisos).

Percebe-se, de pronto, que o dever de qualidade que se impõe aos fornecedores de produtos e serviços se encontra, como adverte CLÁUDIA LIMA MARQUES, ligado ao princípio da proteção da confiança, fundada na expectativa do consumidor de que o produto ou serviço ofertados se encontram adequados aos “fins que razoavelmente deles se esperam” (art. 20, § 2º, CDC).⁵

² MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Revista de Direito do Consumidor n° 6. São Paulo: Editora dos Tribunais, abril/junho 1993, p. 107.

³ Contratos no código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 982.

⁴ NETO LOBO, Paulo Luiz. Responsabilidade por vícios nas relações de consumo. Revista Direito do Consumidor, n.º 6, abril/junho de 1993. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 38

⁵ Ob. cit. p. 987.

Por certo, e à luz da “Teoria da Qualidade”⁶, apresenta vício de qualidade, por inadequação, todo produto ou serviço cuja funcionalidade ou desempenho não atenda à respectiva finalidade, em acordo com a expectativa legítima do consumidor.

O art. 26 do Código de Defesa do Consumidor faz referência tanto aos vícios de qualidade ou quantidade aparentes, de fácil constatação, quanto aos ocultos.

Consoante tal regra, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis, caduca em 30 dias; tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis, o prazo, ao contrário, se estende por 90 dias.

Para as hipóteses de vício oculto, o prazo decadencial só começa a fluir no momento em que o mesmo ficar evidenciado (art. 26, inciso I e II, e § 3º).

Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias, tem o consumidor, de acordo com o art. 18, § 1º, o direito de exigir, alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (inciso I); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II); e o abatimento proporcional do preço (inciso III).

Trata-se do exercício do direito potestativo de escolher entre as alternativas de substituição do produto, abatimento proporcional do preço, a reexecução do serviço, ou a resolução do contrato, com a restituição do preço. Frise-se que, por se tratar de um direito potestativo do consumidor, tal exercício se sujeita a prazos decadenciais.

A opção primeira (art. 18, §1º, I, CDC) confere ao consumidor o direito de exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, mantendo-se, como também se infere, identidade de marca e modelo.

No mesmo sentido, optando o consumidor pela restituição imediata da quantia paga, além da atualização monetária, incidirão juros legais e as despesas com a devolução do produto defeituoso.

⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Teoria da Qualidade, *in* BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 134 -135.

O abatimento do preço, também por questão lógica, deverá observar a proporcionalidade entre o valor e o vício existente, fixado de comum acordo pelas partes contratantes.

IV. CONCLUSÕES

Cuidando-se de vício oculto, o prazo decadencial só começa a fluir no momento em que o mesmo ficar evidenciado (art. 26, inciso I e II, e § 3º).

Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 dias (art. 18, *caput*, CDC), tem o consumidor, de acordo com § 1º, o direito de exigir, alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso (inciso I); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II); e o abatimento proporcional do preço (inciso III).

A substituição prevista na primeira opção confere ao consumidor o direito de exigir a troca do produto com vício por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, mantendo-se, como também se infere, identidade de marca e modelo.

Por se tratar de direito potestativo do consumidor, a escolha, uma vez efetivada, não se submete a qualquer alteração, ainda que a pretexto de desonerar o consumidor, sob pena de maltrato ao art. 18, § 1º, do CDC.

RECURSO ESPECIAL N. 1.172.331-RJ (2009/0247419-2)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Pinto de Almeida Investimentos S/A
Advogados: Alexandre Sigmaringa Seixas
Ricardo Brajterman e outro(s)
Advogada: Ana Paula de Paula
Recorrido: Soter Sociedade Técnica de Engenharia S/A
Advogado: Raphael Portinho de Sá
Recorrido: Miriam Mara Kuster e cônjuge
Advogados: Carlos Alberto Gonçalves Marques e outro(s)
Newton Doreste Baptista e outro(s)

EMENTA

Direito Civil e do Consumidor. Aquisição de imóvel. Apartamento. Defeitos na construção. Reparação. Prazo para reclamar. Vícios aparentes. Não comprometimento da estrutura da edificação. Decadência. Aplicação do CDC.

1. É de 90 (noventa) dias o prazo para a parte reclamar a remoção de vícios aparentes ou de fácil constatação decorrentes da construção civil (art. 26, II, do CDC).

2. Na vigência do estatuto civil revogado, era restrita a reparação de vícios (removíveis) na coisa recebida em virtude de contrato comutativo. Prevalcia, então, para casos como o dos autos (aquisição de bem imóvel), a regra geral de que cessa, com a aceitação da obra, a responsabilidade do empreiteiro. A regulamentação legal do direito, nos moldes como hoje se concebe, somente veio a lume com a edição do CDC, em 1990.

3. O prazo de garantia de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 1.245 do CC de 1916 (art. 618 do CC em vigor) somente se aplica aos casos de efetiva ameaça à “solidez e segurança do imóvel”, conceito que abrange as condições de habitabilidade da edificação.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Dr(a). *Ana Paula de Paula*, pela parte *recorrente: Pinto de Almeida Investimentos S/A*

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: *Pinto de Almeida Investimentos S/A* interpõe recurso especial a fim de que seja reformado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, nos autos de ação ordinária de obrigação de fazer decorrente de inadimplemento de contrato de compra e venda de imóvel, afastou a prescrição e julgou procedente o pedido para condená-la a reparar os defeitos de construção no apartamento negociado com os ora recorridos.

Eis a ementa do acórdão.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Adquirente que pretende a condenação da construtora e incorporadora à reparação dos defeitos da construção, além de adequar o imóvel àquele apresentado como modelo no momento da compra. Dano moral. Decadência não observada em razão da existência de prazo mais benéfico ao consumidor no Código Civil. Legitimidade do condômino para requerer o reparo em área comum do prédio. Obra que deve ser realizada pelos autores às custas dos réus, de modo a melhor viabilizar a execução da obrigação.

É dever dos construtores e incorporadores entregar o imóvel livre de vícios e tal qual o apresentado como chamariz para compradores.

Afastamento do prazo do artigo 26 do CDC, em razão da existência de prazo mais benéfico ao consumidor na legislação ordinária (artigo 7º, CDC). Decadência não configurada.

O condômino é parte legítima para requerer reparos na parte comum do edifício. Precedentes.

Em virtude da complexidade da obrigação, é aconselhável que os autores executem a obra às expensas dos réus, que adiantarão o montante apurado, antecipadamente, em processo de liquidação (e-STJ, fl. 371).

Alega a recorrente violação dos arts. 6º, VI, 7º e 26, II, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990); e dos arts. 1.245 e 1.056 do Código Civil de 1916 (arts. 389, 475 e 628 do atual Código Civil), além de divergência do entendimento jurisprudencial do STJ.

Aduz, em síntese, que o direito de os proprietários, ora recorridos, reclamarem em juízo as qualidades do imóvel adquirido é de noventa dias, não se podendo aplicar o prazo quinquenal previsto no art. 1.254 do CC/1916 (então em vigor), o qual só teria cabimento em relação “*ao consumidor que teve sua segurança colocada em risco, por culpa do serviço ou do produto, que não é, em hipótese alguma, o caso desta demanda*” (e-STJ, fl. 477). Assevera que a lei civil só tem aplicação nas relações de consumo caso haja, no CDC, lacunas, o que não se verifica na espécie. Pugna, ao final, pela exclusão do dever de indenizar ao fundamento de que a mera inexecução contratual não conduz à caracterização de danos morais.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 528-533.

Com juízo de admissibilidade negativo na origem (e-STJ, fls. 541-544), subiram os autos ao STJ por força de decisão superior que proveu o agravo de instrumento então deduzido pela ora recorrente.

Às fls. 595-598, reconsiderarei decisão singular do Ministro Massami Uyeda, então relator do feito, que, com base no art. 557 do CPC, negara seguimento ao recurso por entender que a questão de direito em debate nos autos reclamava exame mais acurado pelo colegiado da Terceira Turma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Colhe-se do art. 1.245 do Código Civil de 1916 – preceito legal que fundamentou o acórdão recorrido e que tem seu equivalente no art. 618 do CC em vigor – que o prazo de garantia ali estatuído em favor do dono da obra (5 anos) somente se aplica aos casos de efetiva ameaça à solidez e segurança do imóvel.

Por certo o dispositivo há de ser interpretado de forma mais ampla do que sugere a construção gramatical, de modo a abranger não apenas os defeitos que possam ocasionar a ruína da edificação, mas também aqueles outros que, nada obstante de menor gravidade, possam, ainda assim, comprometer a habitabilidade do imóvel.

Esse é o entendimento há muito predominante no STJ, conforme deixa claro o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro no REsp n. 32.239-3-SP (DJ de 16.5.1994):

A citada norma legal efetivamente faz referência a solidez e segurança do trabalho e a doutrina mais conservadora empresta-lhe interpretação estrita, por tê-la como de caráter excepcional. Observa-se hoje, entretanto, tendência a ampliar-lhe a abrangência, para compreender os defeitos graves em geral e não apenas aqueles que pudessem traduzir risco de ruína. Embora fazendo restrições, *Caio Mário da Silva Pereira* dá notícia dessa corrente, salientando que encontra amparo no Direito Comparado, especificamente nos Códigos, mais modernos que o nosso, de Portugal e Itália (Responsabilidade Civil - Forense - 2ª ed - p. 221).

Considero que cumpre realmente ter-se em conta o atual estágio da construção civil que se expandiu notavelmente e aprimorou técnicas. Há que se entender, de acordo com os tempos que correm, não ser possível ter-se como seguro, para quem dele vai utilizar-se, o prédio que apresente defeitos como infiltrações e outros, capazes de causar dano à saúde dos moradores, dizendo com a salubridade.

Na mesma linha, destaca-se a seguinte lição de Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi:

Edifício é toda construção que dá guarida ao homem em sua atividade profissional ou para fins de habitação. São edifícios as casas de um pavimento ou mais, os prédios residenciais, os templos religiosos, as lojas comerciais e os galpões. O edifício, em sua acepção jurídica, pode ser construído em madeira, alvenaria ou em qualquer outra técnica de construção civil. [...]

Embora o conceito empregado pelo art. 618 seja amplo, razão pela qual cumpre à jurisprudência esclarecer, caso a caso, o conceito da expressão *edifício e outras construções consideráveis*, é certo que a garantia legal ali estabelecida não se estende a pequenas obras, como o levantamento de um muro.

Da mesma forma e, em que pese o louvável esforço judicial para ampliar o conceito de solidez e segurança, incluindo neles a falta de habitabilidade ou de salubridade, ficam fora da proteção legal os vícios ocultos de pequena monta, que não ponham a obra em risco de ruína, mas que representam mero incômodo para o comitente. (Comentários ao novo Código Civil, 1ª ed. Forense, 2008, p. 323.)

Tal disciplinamento, contudo, ainda que compreendido de forma mais abrangente do que sugere a letra da lei, conforme aqui explicitado, não guarda correlação jurídica com a hipótese dos autos, em que os defeitos reclamados no imóvel objeto da lide são de ordem meramente estética e de acabamento (desajustes na colocação de pisos, alizares, banheiras e rodapés, além do emprego de materiais de qualidade supostamente inferior à dos utilizados no apartamento modelo, exposto no estande da incorporadora), não tendo, por consequência, o condão de comprometer a solidez da edificação ou de colocar em risco sua habitabilidade.

É, pois, manifesta a inespecificidade do citado normativo para regular o caso concreto, razão pela qual não há falar em “prazo mais benéfico ao consumidor no Código Civil”, conforme propõe equivocadamente a ementa do aresto recorrido.

A propósito, não é demais salientar que, na vigência do estatuto civil revogado, prevalecia, para casos como o noticiado nos autos, a regra geral de que cessa, com a aceitação da obra, a responsabilidade do empreiteiro. A reparação de vícios removíveis no imóvel transacionado consistia, então, em matéria de natureza contratual, conforme assinala Pontes de Miranda:

É de repelir-se a afirmação de Korintenberg de ter o outorgado de exigir a eliminação do vício removível e considerar cumprido o negócio jurídico após a remoção. A remoção depende de entendimento dos figurantes. Ou se redibe ou se reduz. A remoção não está na alternativa legal: depende de vontade do outorgante e do outorgado. Nem o outorgante pode tomar a si, unilateralmente, o ato; nem o pode exigir o outorgado, menos ainda tem o dever de exigir.

O vício do objeto pode estar no que se considera intrínseco ao cumprimento, à dívida do objeto, e pode estar fora. Somente quanto às qualidades asseguradas é que há a coincidência necessária: a cláusula de segurança ou de garantia de qualidade é cláusula do negócio jurídico. (*Tratado de Direito Privado*, 3ª ed. Revista dos Tribunais, 984, p. 305-306.)

A regulamentação legal do direito, nos moldes como hoje se concebe, somente veio a lume com a edição da Lei n. 8.078/1990 (CDC), consoante já antecipara a própria decisão recorrida à fl. 375 (e-STJ):

A toda evidência, é o Código de Defesa do Consumidor que regula relação entre as partes, sendo certo que o prazo previsto neste diploma legal para o exercício do direito de reclamar é de 90 dias, já que o bem é durável e os vícios apontados são de fácil percepção [...].

A corroborar tal asserção, o escólio de Zelmo Denari:

3. Decadência na construção civil.

Ninguém ignora que há abusos monstruosos no mercado da construção civil, causados por construtores que não cumprem o trabalho de manutenção e garantia do imóvel. Muito importa, portanto, nesta sede, fazer algumas considerações sobre o prazo decadencial para reparação dos vícios ou danos decorrentes da construção civil, até porque, em nosso ordenamento jurídico, a matéria pode-se oferecer sob a égide exclusiva do Código Civil (nas aquisições de imóveis celebradas entre particulares) bem como sob a tutela das normas do Código de Defesa do Consumidor. Complementadas pelas disposições civilísticas - como veremos infra -, o que se dá quando o particular adquire um imóvel construído diretamente da construtora ou incorporadora do imóvel.

[...]

Nos melhores do Direito, o prazo de cinco anos previsto no artigo 618 do Código Civil é cláusula de garantia, vale dizer, de adequação do produto, com vista à solidez e segurança, e isto significa que, escoado o referido prazo - contado da concessão do "habite-se" - a construtora não mais responde pela solidez e segurança da obra. Implica dizer que, surgindo defeito estrutural na constância da cláusula de garantia, o dono da obra dispõe do prazo de 180 dias para propor ação indenizatória, sob pena de decadência.

Além dos defeitos estruturais, derivados dos insumos, ou seja, dos materiais empregados, que afetam a solidez e a segurança da obra, um prédio agrega e incorpora diversos itens e componentes. Antes ou após sua ocupação, um prédio pode ostentar vícios de qualidade aparentes ou ocultos, relacionados com as peças hidráulicas e sanitárias, instalações elétricas, piso, azulejos, revestimento interno e externos, vidros, esquadrias, forros de gesso, telhados etc. Nesses casos, o prazo decadencial previsto no art. 445 do novo Código Civil, é de um ano, contado da entrega efetiva do produto (*caput*) ou do momento em que o adquirente tiver conhecimento do vício, se somente puder ser conhecido mais tarde (§ 1º).

Feitas essas considerações, vejamos como podem ser aplicados e conjugados, em perfeita harmonia, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil.

Em primeira aproximação, muito importa investigar se aproveita ao consumidor a cláusula de garantia de cinco anos, prevista no art. 618 do CC, para os defeitos estruturais da obra, relacionados com sua solidez e segurança. Estamos convencidos de que a referida cláusula é sistêmica, isto é, acompanha a obra desde o "habite-se" até o escoamento do respectivo prazo, quaisquer que sejam as situações jurídicas subseqüentes. O consumidor, portanto, não se furtará de invocá-la e aplicá-la, para rescindir o contrato, com devolução das quantias pagas, acrescidas de perdas e danos.

A recepção desse dispositivo, haurido do Código Civil, a nosso aviso, não afasta a aplicação do disposto no art. 27 do CDC, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contados do conhecimento do dano, para propor ação indenizatória por danos causados por fato do produto ou do serviço. [...].

Por outro lado, com relação aos vícios não estruturais, sem referibilidade com a solidez da obra, devem ser aplicados os dispositivos de responsabilidade por vícios previstos no art. 18 e segs. do Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de vícios ocultos - teoricamente os mais prováveis, pois a hipótese é sempre de aquisição de imóvel construído, ou seja, produto acabado - o consumidor poderá valer-se das sanções reparatórias ali previstas (substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento do preço) no prazo de 90 dias contados da constatação do vício. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. Forense Universitária, p. 233-235.)

Nenhuma dúvida há, portanto, quanto à subsunção do feito à regra do art. 26, II, da Lei n. 8.078/1990, que fixa em 90 dias o prazo para reclamar a remoção de vícios aparentes ou de fácil constatação, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

Impõe-se, pois, o reconhecimento da decadência do direito manifestado nos presentes autos, visto que, tendo recebido as chaves do imóvel em 18.2.1999, somente 4 anos depois (em 20.2.2003) é que os autores, ora agravados, acionaram o Poder Judiciário.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É o voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Leonardo Roscoe Bessa¹

1. BREVES APONTAMENTOS DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS.

Cuida-se de recurso especial, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, no qual se discutiu a respeito de prazos para ajuizamento de demanda

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor do UniCEUB (graduação e mestrado). Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios).

do consumidor para reclamar de vícios decorrentes de construção em unidade imobiliária.

Da ementa do julgado, extrai-se: “1. É de 90 (noventa) dias o prazo para a parte reclamar a remoção de vícios aparentes ou de fácil constatação decorrentes da construção civil (art. 26, II, do CDC). (...) 3. O prazo de garantia de 5 (cinco) anos estabelecido no art. 1.245 do CC de 1916 (art. 618 do CC em vigor) somente se aplica aos casos de efetiva ameaça à “solidez e segurança do imóvel”, conceito que abrange as condições de habitabilidade da edificação.”

O acórdão recorrido (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) julgou procedente demanda ajuizada pelo consumidor e condomínio contra empresa incorporadora sob o argumento de que, em face do disposto no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, deve-se, na análise de prescrição ou decadência, utilizar prazos mais favoráveis ao consumidor, ainda que previstos em outros diplomas legais.

Na hipótese, discutiu-se entre a incidência do prazo de 90 (noventa) dias, previsto no art. 26, II, p 1º do CDC, e o de 5 (cinco) anos, previsto no art. 1.245 do Código Civil de 1916 (art. 618 do Código Civil em vigor). A decisão recorrida adotou o prazo quinquenal previsto no Código Civil, por ser mais favorável ao consumidor.

No recurso especial apresentado pela incorporadora, argumentou-se que o prazo referido no dispositivo só teria cabimento em relação ao consumidor “que teve sua segurança colocada em risco”. Acrescentou que, havendo relação de consumo, a lei civil só deve ser invocada em caso de lacuna no Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu na hipótese, em face do disposto no art. 26 que possui regra expressa sobre o tema.

Extrai-se da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que o imóvel foi recebido em 18 de fevereiro de 1999 e que a ação foi proposta em 20 de fevereiro de 2003, ou seja, quatro anos após o recebimento. Também, releva destacar o registro dos defeitos no imóvel: “desajustes na colocação de pisos, alizares, banheiras e rodapés, além do emprego de materiais de qualidade supostamente inferior.”

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acompanhou, por unanimidade, o voto do Ministro João Otávio de Noronha para, ao final, reconhecer a decadência do direito. Entre os argumentos utilizados pelo Relator, destaquem-se: 1) Ainda que se interpretem os termos “solidez e segurança” de modo mais flexível, seguindo doutrina e precedentes do Superior Tribunal de

Justiça, os defeitos indicados na inicial são de ordem estética; 2) Não há que se falar em prazo mais benéfico ao consumidor no Código Civil; 3) Por se tratar de vício aparente, incide o disposto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor, o qual fixa em 90 (noventa) dias o prazo para reclamar.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Para análise do acórdão, necessário se faz, inicialmente, realizar abordagem sobre o conceito e significado do *diálogo das fontes*, expressão que significa a necessidade de aplicação simultânea e coordenada de diferentes diplomas legais na análise de conflito aparente de normas.

Em qualquer debate concernente às situações fáticas que ensejam a aplicação do CDC, é fundamental perceber que a incidência do diploma de proteção ao consumidor a determinado suporte fático não afasta, além de perspectiva constitucional, análise simultânea e harmoniosa com outras fontes legais.

A velocidade dos fatos tem conduzido a uma inflação de leis específicas nas mais diversas áreas. A Constituição Federal, em face de sua superioridade hierárquica e da complexidade cada vez maior do ordenamento jurídico, ganha missão – principalmente pelas mãos dos intérpretes – de conferir coerência a esta multiplicidade de fontes normativas.

Nessa linha, Pietro Perlingieri destaca a importância da Constituição Federal como unificadora de valores do ordenamento jurídico, o qual tem sido representado por um número crescente de fontes legislativas fragmentadas. Ressalta o jurista italiano que “numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes” e que a perda de centralidade do Código Civil no séc. XX transfere o papel unificador do sistema para a Constituição a qual passa a estabelecer um desenho global para unir as mais variadas fontes legais.²

A partir desta perspectiva constitucional, há que se buscar uma convivência harmônica entre diversas fontes legais. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em razão do *corte horizontal* nas mais diversas relações jurídicas, é significativo exemplo da necessidade atual de convivência com diversos outros diplomas. A par da necessária utilização de base conceitual do Código Civil, o

² *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 04-06.

art. 7º, *caput*,³ do CDC é expresso no sentido de que não é exclusividade da lei de proteção ao consumo estabelecer os direitos do consumidor. Outras normas podem, especialmente quando mais vantajosas ao consumidor, ser invocadas e aplicadas e, inevitavelmente, analisadas em conjunto, buscando-se sempre coerência e harmonia nas conclusões.⁴

O CDC é, em relação ao Código Civil, norma especial que considera, preponderantemente, a vulnerabilidade do consumidor no mercado. É, de regra, norma especial quanto ao sujeito. Sua incidência, entretanto, não afasta, *a priori*, a aplicação de outras normas especiais. Os exemplos são inúmeros, pois há uma crescente edição de leis especiais quanto à matéria (plano de saúde, mensalidades escolares, incorporação imobiliária, advocacia, atividades bancárias, transporte aéreo, locação de imóveis, consórcios, serviços públicos etc.) que convivem com o CDC.

A tarefa do intérprete e aplicador do direito de hoje, portanto, é bem mais complexa e dinâmica, demanda exame simultâneo de diversos diplomas legais em que pouca utilidade terá os critérios tradicionais de solução de conflitos (antinomia) de leis, estabelecidos na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.⁵

Cuida-se do *diálogo das fontes* que, em síntese de Cláudia Lima Marques, é “expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia, significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis

³ Art. 7º, *caput*, do CDC: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo, 2009, p. 102. Nessa linha, realizando paralelo entre o CDC e o Código Civil, sintetiza Gustavo Tepedino: “O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.” Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento jurídico (editorial). *Revista Trimestral de Direito Civil* 22, Rio de Janeiro, 2005, p. 02. O autor sustenta, inclusive, que até em situações que se pretendeu uma aplicação prioritária do Código Civil, como no contrato de transporte (art. 732), o Código de Defesa do Consumidor deve ser, igualmente considerado. *Ibid.*, p. 03.

⁵ O Dec-lei 5.657/42 estabelece que as leis gerais não revogam as especiais e não são revogadas por elas (art. 2º). A dificuldade, entretanto, reside em definir o que é *geral e especial* e, invariavelmente, harmonizar a existência de *duas leis especiais*, uma em relação aos sujeitos da relação (consumidor e fornecedor) e outra em relação ao objeto (plano de saúde, por exemplo).

especiais (como o CDC, a lei de seguro saúde) e gerais (como o CC/2002, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.”⁶

Não há dúvida de que o *diálogo das fontes* enseja a aplicação de norma mais favorável ao consumidor decorrente do Código Civil.⁷ Esta interpretação atende ao comando constitucional de defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII) e, ao mesmo tempo, confere coerência ao ordenamento jurídico, pois não se

6 *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 122. V., também, MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan./mar., 2003. p. 71-72.

7 Sob a vigência do Código Civil de 1916, o STJ, em mais de uma oportunidade, aplicou a disciplina mais vantajosa do Código Civil em relação ao Código de Defesa do Consumidor, notadamente em relação aos prazos decadenciais e prescricionais. Nessa linha, registre-se: “I – À ação de indenização decorrente do inadimplemento do contrato de transporte, por atraso de voo, não se aplica o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor, dispondo essa norma a propósito da decadência em trinta (30) dias no caso de vício aparente, de fácil constatação. II – De qualquer forma, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o prazo prescricional do art. 177 do Código Civil [atual art. 205 do CC/2002] subsiste mesmo com o advento do Código de Defesa do Consumidor, considerando que suas disposições não se confundem” (STJ, REsp 304.705, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001, DJ 13.08.2001). No julgamento do REsp 280.473, afastou-se a caracterização do fato como acidente de consumo para aplicar a prescrição vintenária, prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 (atual art. 205 do CC/2002): “Civil e processual – Ação de indenização – Acidente de trânsito – Morte de passageira – Prescrição – Incidência do CDC afastada. Código Civil, arts. 177, 159 e 1.521, III [atuais arts. 205, 186, 927 e 932, III, do CC/2002] – CDC, arts. 14 e 27. Por defeito de serviço, na previsão do art. 14, § 1.º, incisos I a III, do CDC, há que se entender, no caso do transporte de passageiros, aquele inerente ao curso comum da atividade comercial, em tal situação não se compreendendo acidente que vitima fatalmente passageira do coletivo, uma vez que constitui circunstância extraordinária, alheia à expectativa do contratante, inserindo-se no campo da responsabilidade civil e, assim, sujeita à prescrição vintenária do art. 177 do Código Substantivo, e não ao art. 27 da Lei 8.078/90. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a prescrição quinquenal e determinar o julgamento do mérito da ação no grau monocrático” (STJ, REsp 280473, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., j. 06.03.2001, DJ 04.02.2002). Assinale-se, ainda, o julgamento do REsp 234.725, em que, mais uma vez, descaracterizou-se hipótese típica de fato do serviço para afastar o prazo de cinco anos (art. 27 do CDC) e aplicar a prescrição vintenária (art. 177 do Código Civil, atual art. 205 do CC/2002). Embora o STJ tenha equivocadamente afirmado que acidente com passageira de transporte coletivo não configura fato do serviço (acidente de consumo), o que se deseja destacar é a correta preocupação da Corte em aplicar o regime mais vantajoso ao consumidor, ainda que decorrente do Código Civil (STJ, REsp 234.725, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.02.2001, DJ 20.08.2001). Cabe registrar que o Min. Ruy Rosado de Aguiar, ao votar no REsp 280.473, em decisão na qual ficou vencido, posicionou-se contrariamente à aplicação do Código Civil justamente porque entendeu não ser possível a mistura de regimes, *verbis*: “Optando por invocar os princípios da responsabilidade objetiva e a obrigação contratual que resulta do contrato de transporte, os autores limitaram a fundamentação do seu pleito e a incluíram apenas no âmbito da relação de consumo, pelo que deve ser aplicado o sistema do CDC em sua inteireza, tanto na parte em que favorece o lesado, como no ponto em que limita o prazo para o encobrimento da sua pretensão. Aplicada a regra que beneficia o consumidor, há de ser aplicada a outra, em favor do fornecedor”.

pode conceber a existência de tutela mais vantajosa ao comprador nas relações jurídicas entre *iguais* (entre dois empresários, por exemplo) do que aquela constante no CDC (relação entre *desiguais*: consumidor e fornecedor).

Na hipótese, todavia, a aplicação da norma mais favorável ao consumidor do Código Civil não afastaria o reconhecimento da decadência do direito por se tratar de vício aparente. Em outras palavras, mesmo utilizando o Código Civil que, em tese, possui prazos maiores, houve decadência do direito do consumidor.

O Código Civil cuida dos vícios redibitórios nos artigos 441 a 446 e, de modo mais específico, sobre vício decorrente de construção de imóveis no art 618, o qual, acatando raciocínio que gerou a Sumula 194 do STJ,⁸ diferencia prazo para aparecimento do vício (cinco anos) do prazo decadencial para reclamar dos vícios em juízo (180 dias).⁹

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em relação a vício, fixa prazos decadenciais de 30 (trinta) dias, para produtos não duráveis, e de 90 (noventa) dias para produtos duráveis. Ademais, ao estabelecer, no art. 26. p. 3º., que “tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”, segue a ideia de existência de prazo específico para manifestação do vício oculto, o qual não se confunde como o prazo para ajuizamento da ação.

A diferença do CDC em relação ao Código Civil é que o diploma de proteção ao consumidor não estabeleceu previamente o “prazo de garantia”, ou seja, o período no qual o vício poderia se manifestar, ensejando a responsabilidade do fornecedor. Este prazo deve ser delimitado no caso concreto pelo magistrado, considerando a vida útil do produto.¹⁰

⁸ “Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.” A referida súmula, ao analisar o art. 1245 do Código Civil de 1916, explicitou que o prazo de cinco anos referido pelo dispositivo seria de garantia, ou seja, período no qual o vício poderia se manifestar, contando-se, a partir da percepção do problema, o prazo geral de prescrição do Código revogado (20 anos).

⁹ “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”

¹⁰ Em síntese, verificado o defeito, deve-se perquirir se se trata de desgaste natural do bem ou falha de fabricação. No primeiro caso, não incide o regime da garantia legal (art. 18 do CDC). Sobre o critério da vida útil e sua aplicação pelos STJ, v. BESSA, Leonardo Roscoe. Vícios dos produtos e as três garantias do consumidor: um cenário de desinformação. *Revista de Direito do Consumidor* 100, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 91-114, jul.- ago. 2015.

Portanto, pelo CDC, o prazo para reclamar de vícios decorrentes de construção em unidades imobiliárias (bens duráveis) é de 90 (noventa) dias. O prazo para surgimento do vício não foi expressamente indicado. De outro lado, o Código Civil estabelece, no art. 618, prazo de cinco anos para aparecimento do vício oculto (art. 618, *caput*) e o prazo decadencial de 180 (cento e oitenta) dias (parágrafo único do art. 618), cujo termo inicial se dá com o aparecimento do vício.

Tratando-se de vício aparente, o CDC estabelece prazo de 90 (noventa) dias a “partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços”. O mesmo raciocínio pode ser inferido da análise do Código Civil, ou seja, se o vício é aparente o prazo decadencial inicia-se com a data da entrega do imóvel.

Na hipótese, o *diálogo das fontes* permite, como já ressaltado, a aplicação dos prazos indicados no Código Civil que, em tese, são mais vantajosos. Todavia, por se tratar de vício aparente – desajustes na colocação de pisos, alizares, banheiras e rodapés, além do emprego de materiais de qualidade suspostamente inferior – a conclusão de decadência do direito é inevitável, vez que ação foi ajuizada quatro anos após recebimento do imóvel.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS:

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo, 2009,

_____. Vícios dos produtos e as três garantias do consumidor: um cenário de desinformação. *Revista de Direito do Consumidor* 100, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 91-114, jul.- ago. 2015

MARQUES, Claudia Lima *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, jan./mar., 2003. p. 71-72.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento jurídico (editorial). *Revista Trimestral de Direito Civil* 22, Rio de Janeiro, 2005.

4.3. Solidariedade

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.116.569-ES (2009/0006733-4)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Agravante: Visa do Brasil Empreendimentos Ltda

Advogados: Carla Rodrigues da Cunha Lobo e outro(s)

Jurandir Fernandes de Sousa e outro(s)

Marcelo Soares Vianna

Thiago de Almeida Alvares Vono

Agravante: Marluza David de Souza

Advogado: Rozalinda Nazareth Sampaio Scherrer e outro(s)

Agravado: Os mesmos

Interessado: Banco do Estado do Espírito Santo S/A - Banestes e outro

Advogado: Renato Boninsenha Carvalho e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Responsabilidade civil. Agravo regimental no recurso especial. Relação de consumo. Empresa administradora do cartão de crédito e instituição bancária. Responsabilidade solidária. Legitimidade. Valor da indenização. Danos morais. Súmula n. 7-STJ. Juros moratórios. Relação contratual. Termo inicial. Citação. Ausência de prequestionamento. Não ocorrência.

1. A empresa administradora de cartão de crédito responde solidariamente com o banco pelos danos causados ao consumidor.

2. “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial” (Súmula n. 7-STJ).

3. Os juros moratórios, em sede de responsabilidade contratual, fluem a partir da citação. Precedentes.

4. Afasta-se a alegação de ausência de prequestionamento, pois a matéria debatida (termo inicial dos juros moratórios) foi enfrentada pelo Tribunal de origem no julgamento dos embargos de declaração.

5. Agravos regimentais desprovidos.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de agravos regimentais (e-STJ fls. 647-655 e 656-662) interpostos contra decisão desta relatoria que deu parcial provimento ao recurso especial para fixar o termo inicial dos juros moratórios e determinar a aplicação da Taxa *Selic*.

A primeira agravante alega a ilegitimidade passiva *ad causam* e, em consequência, a impossibilidade de responder pelo pagamento de indenização por danos morais.

A segunda agravante sustenta a inadmissibilidade do recurso especial da primeira recorrente, ante a ausência de prequestionamento da questão relativa aos juros moratórios.

Ao final, requerem a reconsideração da decisão monocrática ou sua apreciação pelo Colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A insurgência não merece ser acolhida.

As agravantes não trouxeram argumentos capazes de afastar os termos da decisão agravada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 640-643):

Trata-se de recurso especial, fundamentado no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da CF, contra acórdão do TJES assim ementado (e-STJ fls. 463-464):

Apelação cível. Ação de indenização. Princípio da identidade física do juiz. Solidariedade à legitimação passiva ad causam. - 1. Preliminar Rejeitada: A jurisprudência já pacificou a orientação de que o princípio da identidade física do juiz, nos termos do art. 132 do CPC, não é absoluto, sendo legítima a designação de regime de exceção, haja vista o princípio da celeridade processual e da efetividade da prestação jurisdicional, especialmente em casos em que não há demonstração de prejuízo e as provas trazidas à baila são documentais. - 2. Agravo retido: a legitimidade da terceira apelante decorre da captação de clientela no mercado de consumo pelo uso da marca VISA comercialmente explorada pela empresa. A solidariedade, por sua vez, resta caracterizada em razão do disposto no art. 25 § 1º do CDC. Negado provimento ao agravo retido. - 3. Primeira apelação: ao fazer o pedido alternativo em sua peça exordial, a recorrente aceitou que qualquer outro valor fosse arbitrado pelo magistrado, assim teve o seu pedido julgado totalmente procedente e não parcialmente. Negado provimento ao apelo. - 4. Segunda apelação: a autora, como qualquer outra consumidora, possui o direito de ser avisada que seu cartão iria ser cancelado, independente do motivo do cancelamento. - 5. Não há que se falar em redução da quantia a ser indenizada. - 6. O fato da autora não ter recebido a quantia que solicitou em sua peça inicial, não faz com que a mesma seja vencida em parte, posto que, na essência, o seu pedido foi julgado procedente. - 7. As provas constantes nos autos estão aptas a comprovar o dano moral sofrido pela autora, logo estando cristalino o constrangimento vivenciado pela requerente, imperioso o dever de indenizar. - 8. O *quantum* arbitrado a título de dano moral está em total consonância com os critérios que devem ser levados em consideração para tal fim. Negado provimento ao apelo.

A recorrente, *Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.*, nas razões do recurso especial, alega divergência jurisprudencial e violação dos arts. 186, 394 a 398, 406 e 927 do CC/2002, 6º da LICC, 161, § 1º, do CTN, 159, 953 a 963, 1.062 e 1.063 do CC/1916, 14 e 25, § 1º, do CDC, 3º e 267, VI, do CPC, asseverando a sua ilegitimidade passiva e a impossibilidade de condenação ao pagamento de dano moral. Superada essa questão, requer a correta fixação do termo inicial e do índice a ser aplicado para os juros moratórios.

Contrarrazões (e-STJ fls. 2.124-2.146).

Decisão de admissibilidade (e-STJ fls. 2.152-2.156).

É o relatório.

Decido.

Legitimidade passiva ad causam.

A empresa administradora de cartão de crédito responde solidariamente com o banco pelos danos causados ao consumidor. Nesse sentido:

Consumidor. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Recusa indevida de pagamento com cartão de crédito. Responsabilidade solidária. “Bandeira”/marca do cartão de crédito. Legitimidade passiva. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

- O art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as “bandeiras”/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços.

- É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial.

- A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.029.454-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º.10.2009, DJe 19.10.2009).

Indenização por danos morais.

A análise das razões apresentadas pela parte recorrente, quanto à suficiência das provas da existência do dano moral, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, ante o disposto na Súmula n. 7-STJ: “A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”. Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Indenização por morte de irmão em acidente de trânsito. Cabimento. Violação aos arts. 333, I, do CPC e 927 do CC. Inocorrência. Dano moral. Valor da condenação. Razoabilidade. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental não provido.

1. No caso, não se trata de errônea valoração da prova. Na realidade, o que se pretende é que se colha das provas produzidas nova conclusão, incabível na via especial por incidência da Súmula n. 7-STJ.

(...)

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.255.755-RJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.5.2011, DJe 13.5.2011).

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Comercial e Processo Civil. Embargos de declaração. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Deficiência de fundamentação. Inexistência. Regra do ônus da prova. Reexame do acervo fático-probatório. Inadmissibilidade. Súmula n. 7-STJ. Ação revocatória. Falência. Período suspeito. Dação em pagamento de imóvel. Dívida vencida e exigível. Inobservância de disposição contratual. Ineficácia do negócio jurídico.

(...)

2. A aferição do êxito do autor ou do réu em comprovar suas alegações (art. 333 do CPC); ou seja, se cumpriu seu ônus probatório, demanda o reexame de fatos e provas, o que é inadmissível na via especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 489.545-RJ, Relator Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJRS, Terceira Turma, julgado em 27.10.2009, DJe 6.11.2009).

No caso concreto, a indenização fixada em razão do cancelamento do cartão de crédito R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) não destoia dos parâmetros adotados por esta Corte.

Termo inicial dos juros moratórios nas relações contratuais.

Os juros moratórios, em sede de responsabilidade contratual, fluem a partir da citação e não do evento danoso (relação extracontratual), conforme preceitua a Súmula n. 54-STJ. Nesse sentido, dentre os numerosos precedentes desta Corte, colaciono o seguinte julgado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Transporte coletivo de passageiros. Responsabilidade contratual. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Precedentes. Manutenção da decisão ora agravada. Recurso manifestamente infundado. Aplicação de multa. Art. 557, § 2º, CPC.

1. A jurisprudência desta Corte revela-se consolidada no sentido de que nos casos de indenização por responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação e não da data do arbitramento do valor indenizatório. Precedentes.

2. O agravo regimental não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3. O recurso revela-se manifestamente infundado, devendo ser aplicada a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp n. 184.614-DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4.9.2012, DJe 10.9.2012, grifei).

Índice aplicável para condenações posteriores ao CC/2002.

A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que as condenações posteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002 devem observar a aplicação da Taxa *Selic*, que é composta de juros moratórios e correção monetária. Sob esse enfoque, destaco o seguinte precedente:

Civil e Processual. Ação de indenização com vítima fatal. Danos morais. Valor. Razoabilidade. Correção monetária. Atualização a partir da data do acórdão que fixa, em definitivo, o valor do ressarcimento. Juros moratórios.

I. Indenização ora fixada dentro dos parâmetros adotados por esta Corte.

II. Correção monetária que flui a partir da data em que estabelecido, em definitivo, o montante da indenização.

III. Juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, a qual, de acordo com precedente da Corte Especial, corresponde à Taxa *Selic*, ressalvando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa. Precedentes.

IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp n. 938.564-RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 3.2.2011, DJe 16.2.2011).

Nesse mesmo sentido: REsp n. 951.521-MA, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 22.3.2011, DJe 11.5.2011, REsp n. 1.139.997-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 23.2.2011, REsp n. 933.067-MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino,

Terceira Turma, julgado em 7.12.2010, DJe 17.12.2010, e EDcl no REsp n. 1.077.077-SP, Relator Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 26.5.2009, DJe 5.6.2009.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, *dou parcial provimento* ao recurso especial para fixar o termo inicial dos juros moratórios a partir da citação e que o índice aplicado seja a Taxa *Selic*.

Ao contrário do alegado pela segunda recorrente, houve, sim, o questionamento da questão relativa aos juros moratórios.

No julgamento dos embargos de declaração, o Tribunal de origem analisou a matéria e fixou como termo inicial dos juros moratórios a data do evento danoso (e-STJ fls. 530-537). Contudo, em se tratando de relação contratual, está sedimentado nesta Corte que referidos juros devem incidir a partir da data da citação.

No mais, a decisão agravada julgou em conformidade com entendimento pacificado neste Superior Tribunal.

Assim, não prosperam as alegações constantes nos regimentais, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada.

Em face do exposto, *nego provimento* aos agravos regimentais.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Antônio Carlos Efigê*¹

*Guilherme Misugi*²

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado em Curitiba/PR, Brasil, líder do Grupo de Pesquisa Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica. E-mail: ace@eradv.com.br.

² Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Pós graduado em *Master of Law*, LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado. Curitiba/PR, Brasil, integrante do Grupo de Pesquisa Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica. E-mail: gmi@eradv.com.br.

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

A presente discussão jurídica trata-se, em síntese, de ação de indenização ajuizada pela consumidora em face da instituição financeira BANESTES S/A – Banco do Estado do Espírito Santo e da empresa administradora de cartões Visa do Brasil Empreendimentos LTDA, em razão de cancelamento de cartão de crédito sem a devida informação por parte dos fornecedores, visando à adequação de suas práticas às diretrizes do direito das relações de consumo.

A sentença proferida em primeira instância julgou totalmente procedente os pedidos formulados pela Requerente, condenando solidariamente tanto a instituição financeira quanto à empresa administradora de cartões para que indenizassem os danos que causaram à consumidora. Entendimento este que foi confirmado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Em razão da inconformidade dos litigantes quanto à referida responsabilidade solidária e quanto ao valor da indenização a título de danos morais, bem como em razão dos termos e índices da correção monetária, houve a interposição de Recurso Especial, cujo julgamento procedeu-se em decisão monocrática apenas para fixar o termo inicial dos juros moratórios a partir da citação e aplicação da Taxa Selic. Esgotando as vias recursais, as partes novamente recorreram desta decisão, por meio do Agravo Regimental no Recurso Especial, cujos termos passam a ser analisados e comentados no presente estudo.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

Conforme se depreende do voto do Exmo. Ministro Relator “a empresa administradora de cartão de crédito responde solidariamente com o banco pelos danos causados ao consumidor.”

Tal entendimento merece destaque, pois para que se dê efetividade à tutela pretendida pelo diploma consumerista - e prevista constitucionalmente como direito fundamental e princípio da ordem econômica - deve-se analisar as relações de consumo em toda sua amplitude. O que significa dizer que, cada vez mais, o consumo não se limita à aquisição de um produto/serviço singular

proveniente de apenas um fornecedor, passando a existir uma rede contratual de atividades especializadas que culminam no fornecimento de produto ou serviço final ao consumidor vulnerável.

Por se tratar de um Direito moderno e principiológico, o Sistema Brasileiro de Defesa das Relações de Consumo permanece eficaz diante destas complexidades contratuais utilizando-se de instrumentos como a responsabilidade solidária dos fornecedores e a amplitude no conceito de consumidor (seja aquele exposto no art. 2º, 17 ou 29 do CDC).³ Em que pese a divergência doutrinária quanto à precisão terminológica envolvendo os contratos conexos, contratos coligados, redes contratuais, contratos relacionais ou mesmo cadeia contratual⁴, fato é que representam uma ligação, “um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada.”⁵

Especificamente nas relações de consumo, em razão da vulnerabilidade do consumidor e de seu contato apenas com o produto/serviço final incide-se um complexo normativo diferenciado para tratar destes contratos, sendo conceituados precisamente como redes contratuais.⁶

Contextualizando estas premissas à situação em comento, deduz-se que a conclusão apontada pelo Ministro Relator, ainda que não faça qualquer referência expressa a este raciocínio jurídico, materializa precisamente a tutela conferida aos consumidores diante das redes contratuais.

³ Ressalvando-se que não se faz qualquer diferenciação entre os consumidores destinatários finais e aqueles por equiparação legal, de modo que “referida distinção entre os conceitos estrito e lato tem somente utilidade acadêmica e não prática.” Estendendo referida tutela também aos consumidores vulneráveis pessoas físicas ou jurídicas, sem maiores distinções. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

⁴ Para referidos esclarecimentos classificatórios e conceituais, recomenda-se: LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013.

⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. p. 02.

⁶ “Mostra-se importante diferenciar as redes contratuais das demais espécies de coligação (e conexão) contratual, seja pela proteção especial que se reserva ao destinatário final deste conjunto contratual, seja pela existência, em direito brasileiro, de um complexo normativo diferenciado para tratar destes contratos.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013. p. 09.

Em julgamento de caso análogo pelo STJ, utilizado inclusive como referência jurisprudencial na decisão monocrática, a Ministra Nancy Andri ghi pautou seu entendimento na configuração destas redes contratuais, ou cadeia de fornecimento, como definiu:

Assim como ocorre com o fornecimento de produtos, os fornecedores de serviços podem se organizar em uma verdadeira cadeia de fornecimento. São notórias as cadeias de distribuição de produtos, onde há fabricantes, distribuidores e varejistas, que, atuando de forma organizada, concebem, produzem e comercializam um determinado bem da vida. Nada exclui a possibilidade de o fornecimento de serviços dar-se de maneira semelhante, ou seja, com a adoção de modernos meios de gestão empresarial, que permitam repartição de tarefas e a adoção de diversos outros modos de associação, onde, através de esforços conjugados, fornecedores coloquem serviços à disposição de consumidores.⁷

No acórdão paradigma, a Ministra aponta que mesmo que a fornecedora não administre efetivamente os cartões de crédito, não sendo parte formal do contrato firmado entre as partes e não tenha qualquer ingerência sobre o bloqueio do cartão, por concederem o uso de sua marca para a efetivação de serviços e darem a credibilidade a ela inerente, configura-se a responsabilidade solidária de todos os partícipes desta cadeia de fornecimento.

Logo, com observância aos princípios do sistema consumerista, especialmente ao princípio da reparação integral, princípio da garantia de qualidade, prestabilidade e adequação, e ao princípio da boa-fé, confiança, bem como o disposto no sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor, concorda-se com a responsabilização solidária dos fornecedores na maneira proposta pela decisão ora em comento.

Aproveitando, ainda, a referência à solidariedade na cadeia de fornecimento de produtos exposto pela Ministra Andri ghi, a responsabilidade sobre fato de produto e serviços receberam tratamento redacional diferente no diploma consumerista, mas que não prejudica a a extensão da responsabilidade solidária, pois, nos ensinamentos de Benjamin, Marques e Bessa: “ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista) e do outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1029454/RJ** Relator: Min. Nancy Andri ghi Julgado em: 1º/10/2009.

‘fornecedor’, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição.”⁸

Confirmada a precisão com que o tema foi tratado pelo Acórdão analisado acerca desta solidariedade na responsabilidade, outros pontos brevemente tratados são igualmente relevantes, como as questões do solidarismo, da confiança, da informação e da boa-fé objetiva nas relações de consumo, mormente nos contratos em que se envolve a concessão de crédito.

Podendo ser tratado até mesmo como “princípio máximo orientador do CDC”⁹, a boa-fé objetiva e seus deveres anexos – lealdade, colaboração, confiança e informação – possuem especial importância nas relações contratuais em rede, pois tem o papel de encorajar a continuidade das relações contratuais.¹⁰ Obrigação esta que não foi observada no caso que deu ensejo ao julgamento em tela, uma vez que o fato de serviço deu-se justamente em razão da violação ao princípio da informação e da confiança.

Ao se cancelar cartão de crédito sem a devida informação ao consumidor, caracteriza-se fato de serviço e a correlata responsabilização do fornecedor, por evidente violação por parte do fornecedor do direito fundamental à informação e que se agrava em razão da relevância do crédito na sociedade de consumo contemporânea, haja vista que “consumo e crédito são duas fases de uma mesma moeda, vinculados que estão no sistema econômico e jurídico”.¹¹

Inseridos em um contexto socioeconômico no qual mais de 60% das famílias brasileiras encontram-se – em maior ou menor grau – endividadas,

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 135-136.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 826.

¹⁰ “Do ponto de vista de uma teoria relacional aqui exposta, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais. Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança (‘reliance’), mas também a reciprocidade, a implementação do planejamento, a efetivação do consenso, a restituição e a confiança (‘trust’), a função de integridade, solidariedade e equilíbrio de poder e harmonização com a matriz social, conforme visto até agora.” MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 230.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Orgs.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

conforme Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic)¹², a boa-fé e seus deveres anexos tornam-se questões fundamentais à dignidade da pessoa humana e à higidez da própria ordem econômica.¹³ De modo que a observância à informação clara e precisa, por exemplo, deve ser observada em todas as fases da relação do consumo, seja ela nas fases pré e pós contratual, assim como em sua execução, conforme o caso analisado.

Corroborando com a importância desta discussão, tem-se que a reforma do diploma consumerista, em tramitação legislativa, mas já aprovado pelo plenário do Senado Federal, tem como uma de suas principais preocupações este tratamento do superendividamento do consumidor (PLS 283/2012), com redação específica acerca dos contratos conexos na concessão do crédito.¹⁴

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalvando-se que não se pretendeu reanalisar o processo judicial em comento, limitando-se somente à abordagem precipuamente jurídica do acórdão e demais decisões disponíveis, considera-se como adequado o entendimento exposto pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.116.569 – ES.

A complexidade e dinamicidade que caracterizam as relações de consumo hodiernas exigem um instrumento jurídico igualmente eficiente para a tutela dos direitos fundamentais dos consumidores, de modo que a responsabilidade solidária deve estender-se a todos os fornecedores integrantes das redes contratuais que se beneficiem do serviço/produto disponibilizado no mercado de consumo.

Assim, este entendimento deve ser louvado não apenas pela precisão técnica na harmonização dos princípios e direitos básicos consumeristas na compreensão ampla da relação jurídica, mas também pela repercussão que lhe é inerente nas discussões que serão despertadas acerca desta responsabilidade solidária e sua conexão aos princípios da boa-fé objetiva e seus deveres anexos,

¹² Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/05/percentual-de-familias-endividadas-aumenta-pela-quarta-vez-seguida.html>>. Acesso em: 19 out. 2015.

¹³ Cabendo inclusive à instituição financeira, a atuação preventiva contra o superendividamento, na promoção do consumo consciente de crédito. Acerca do tema: EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 283**, de 2012.

assim como a relevância do crédito na vida dos consumidores e o dever de adequação dos fornecedores que o concedem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 283, de 2012**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial n.1116569/ES** Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira Julgado em: 21/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1029454/RJ Relator: Min. Nancy Andrichi Julgado em: 1º/10/2009.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo: consumo e sustentabilidade**. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. **Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera**. Porto Alegre: Lejus, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad. 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Orgs.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RECURSO ESPECIAL N. 547.794-PR (2003/0083271-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Spartaco Puccia Filho

Advogado: Breno Rocha Pires Albuquerque e outro

Recorrido: General Motors do Brasil Ltda

Advogados: Marcos Joao Rodrigues Salamunes e outro(s)

Gilberto Baumann de Lima e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Código de Defesa do Consumidor. Veículo novo. Aquisição. Defeitos não solucionados durante o período de garantia. Prestação jurisdicional deficiente. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Incidência do art. 18 do CDC. Decadência. Afastamento. Fluência do prazo a partir do término da garantia contratual.

1. Diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor.

2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos. Precedentes.

3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido.

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto por *Spartaco Puccia Filho* contra o acórdão de fls. 656-665, integrado por aquele às fls. 692-696, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Apelação cível. Ação de indenização. Fornecedora. Responsabilidade solidária apenas em caso de desconhecimento do fabricante. Inteligência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Veículo. Compra. Vício oculto. Pedido de indenização que compreende a rescisão contratual. Utilização do veículo em desacordo com as orientações do manual. Decadência do direito. Inteligência do artigo 26, inc. II, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo apelo provido.

Primeiro apelo e recurso adesivo prejudicados, unânime.

O recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos legais:

a) arts. 165, 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que o acórdão recorrido “não analisou as questões suscitadas pelo Recorrente, limitando-se a afirmar que tais questões não passaram de mero inconformismo” (fl. 716);

b) art. 18, *caput* e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor, alegando a legitimidade passiva da empresa revendedora do veículo para figurar na presente demanda, tendo em vista a responsabilidade solidária pelos vícios observados no produto colocado no mercado e requerendo a restituição dos valores pagos pelo veículo a título de indenização pelos danos sofridos;

c) art. 26, § 2º, I e § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, defendendo o afastamento da decadência na hipótese.

Sustenta, ainda, divergência jurisprudencial em relação aos sobreditos temas.

Contrarrazões apresentadas às fls. 740-749.

Admitido, o recurso foi singularmente julgado pelo Min. Honildo Amaral de Mello Castro, então relator do processo, que lhe negou provimento, por meio da decisão de fls. 774-777.

Interposto agravo regimental, o aludido ministro reconsiderou a decisão, mas, novamente em decisão singular, por fundamento diverso - incidência da Súmula n. 283-STF -, negou seguimento ao recurso especial.

Interposto novo regimental, entendi que o sobredito óbice processual não seria aplicável à hipótese, “pois as razões apresentadas no recurso especial se revelam bastantes à impugnação dos fundamentos adotados pelo Tribunal de origem”, razão pela qual novamente reconsiderarei a decisão proferida, determinando uma nova conclusão dos autos para o melhor exame das razões do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): No que toca à legitimidade passiva da revendedora do veículo, assinalo que diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor. A propósito: REsp n. 185.386-SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 22.3.1999; REsp n. 195.659-SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 12.6.2000; AgRgAg n. 350.590-RJ, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 25.6.2001; REsp n. 445.804-RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 19.5.2003; REsp n. 554.876-RJ, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 3.5.2004, este último assim ementado (grifei):

Código de Defesa do Consumidor. Compra de veículo novo com defeito. Incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte.

1. *Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor.*

2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento do mérito, estando a causa madura.

3. A indenização por danos materiais nos casos do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor esgota-se nas modalidades do respectivo § 1º.

4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente.

5. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

Quanto à decadência, reconhecida na origem, o entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* também se divorcia da orientação jurisprudencial remansosa no âmbito desta Corte, no sentido de que “o início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) se dá após o encerramento da garantia contratual” (REsp n. 1.021.261-RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 20.4.2010, DJe 6.5.2010). Porque elucidativo, destaco, também, o seguinte precedente:

Consumidor. Rescisão de contrato de compra e venda. Vícios aparentes. Termo *a quo* do prazo decadencial.

- Trata-se, na hipótese, da fixação do termo inicial para a contagem do prazo decadencial de garantia, determinado no CDC, quando, durante o período de garantia ofertado pela concessionária, veículo novo que apresenta defeito é encaminhado, recorrentemente, à rede autorizada, voltando sempre com o mesmo defeito.

- Se ao término do prazo de garantia contratado, o veículo se achava retido pela oficina mecânica para conserto, impõe-se reconhecer o comprovado período que o automóvel passou nas dependências da oficina mecânica autorizada, sem solução para o defeito, como de suspensão do curso do prazo de garantia.

- Prorroga-se, nessa circunstância, o prazo de garantia inicialmente ofertado, até a efetiva devolução do veículo ao consumidor, sendo este momento fixado como *dies a quo* do prazo decadencial para se reclamar vícios aparentes em produtos duráveis.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 579.941-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 28.6.2007, DJe 10.12.2008)

Com efeito, também de acordo com a jurisprudência desta Corte, a postergação do início da contagem do prazo decadencial em casos tais justifica-se pela possibilidade, contratualmente estabelecida, de que seja sanado o defeito apresentado durante a garantia.

No caso em exame, verifico ser fato incontroverso que o veículo foi comprado novo e, no mesmo mês da compra, passou a apresentar defeitos,

tendo sido enviado para consertos na concessionária por 16 vezes, sempre sendo devolvido em condições de uso e voltando, em seguida, a apresentar defeitos de trepidação e sistema de freios.

Embora tenha concluído o acórdão que houve “uso impróprio do veículo” na medida em que não realizou as revisões de praxe, o mesmo acórdão reconheceu também que “o veículo em questão foi adquirido em 5.2.1997 (nota fiscal de fls. 21) e conforme a inicial os defeitos surgiram pouco tempo depois, a partir de 21.2.1997, alongando-se até 23.9.1998” (fls. 661).

Deflui ainda dos autos, especialmente do que foi consignado pela sentença de mérito, que

(...) o defeito surgiu tão logo o autor recebeu o bem com o vício apontado, não tendo nenhuma concessionária, ou a própria fábrica, cuidado de adotar prontamente as providências que efetivamente solucionariam o problema.

Quanto ao mérito, a perícia relatou as queixas que o autor fez e constatou na inspeção em movimento que de fato o veículo apresenta trepidação decorrente do conjunto de transmissão - câmbio, diferencial, eixos cardan e suas partes, cujos defeitos não foram sanados por estar se atuando em seu efeito e não na causa, ou seja, com um conjunto de transmissão vibrando e transmitindo esta vibração para as demais partes; os freios, suspensão, pneus e partes agregadas passam a desgastar precocemente e de forma mais acentuada pelo esforço e vibração, sendo os reparos executados, e constantes do histórico, anexo ao processo, sempre nas partes do freio e rodas.

(...)

Concluiu o perito que o veículo, face aos problemas apresentados, não se encontra em perfeitas condições de segurança, desempenho e confiabilidade (quesito 14 - fls. 450). Vale dizer que o veículo apresenta vícios de qualidade, sendo impróprio ao uso, consumo.

Outrossim, esclareceu o perito às fls. 488, que o veículo não sofreu nenhum acidente de monta considerável, que necessitasse paralisação para reparos, e também que não se pode verificar uso abusivo em nenhuma das partes do veículo, ou seja, que o autor não possuía culpa alguma. Também consta da resposta ao quesito n. 03 de fls. 448, que o veículo foi submetido as duas primeiras revisões gratuitas obrigatórias, porém permaneceu sendo assistido pelas concessionárias após esta quilometragem.

(...)

Assim, embora a autora tenha dado à ré oportunidades para sanar os defeitos do produto, tais defeitos não foram corrigidos. Irrecusável, em consequência, a devolução do dinheiro, direito este nascido da incapacidade do réu e de suas

concessionárias de sanar os defeitos apontados no veículo vendido ao autor e exercido de acordo com o artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. (fls. 555-557).

Portanto, assiste razão ao recorrente quando alega ausência de fundamentação adequada do acórdão recorrido, omissão na apreciação dos elementos constantes dos autos, aceitos pela sentença e sustentados em suas razões de embargos de declaração e recurso especial, e a adoção de premissas de fato incompatíveis, a saber, que o uso inadequado do veículo, consistente em ausência de revisões periódicas e na alta quilometragem alcançada nos primeiros meses de uso poderiam ensejar o defeito constatado logo nos primeiros dias de uso do veículo (fls. 663-664).

Considero, portanto, que assiste razão ao recorrente quando alega violados os arts. 165, 458, II, e 535, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 18 e 26 do CDC.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido, reconhecer a legitimidade passiva da revendedora do veículo e afastar a decadência, determinando o rejuízo da apelação.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Manoel de Queiroz Pereira Calças**

Os fatos

O consumidor adquiriu veículo novo em concessionária da General Motors do Brasil Ltda. O automotor foi adquirido em 05/02/1997 e apresentou defeitos a partir de 21/02/1997. Por 16 vezes o automóvel foi submetido a consertos na oficina da revendedora, prolongando-se tal situação até 23/09/1998. A prova pericial concluiu que em virtude dos defeitos de qualidade apresentados, o veículo não se encontra em perfeitas condições de segurança, desempenho

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

e confiabilidade, mercê do que impróprio para ser usado pelo adquirente, que durante o período que o utilizou não cometeu abusos e o levou às duas revisões gratuitas e obrigatórias. Em suma: os defeitos ocultos que o automóvel apresentou não foram sanados pela fabricante nem pela concessionária.

Julgados das instâncias ordinárias.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação proposta pelo adquirente e condenou a ré General Motors do Brasil Ltda. a restituir o valor atualizado pago pelo automóvel, uma vez que a fabricante e suas concessionárias não lograram corrigir os defeitos do produto. Reconheceu, com fundamento nos artigos 12 e 13, I, do CDC, a ilegitimidade passiva da concessionária, argumentando que esta só responde pelos vícios ocultos quando não for possível a identificação do fabricante.

O acórdão do Tribunal de Justiça manteve o reconhecimento da ilegitimidade passiva “ad causam” da concessionária, proclamando que *“em se tratando de demanda por defeitos ocultos da coisa, sabendo-se quem é o fabricante, não há como se admitir a inclusão, na demanda, da empresa revendedora”*. Outrossim, deu provimento ao apelo da montadora e reconheceu a decadência do direito do consumidor, uma vez que a ação foi ajuizada mais de um ano após a primeira manifestação do defeito, isto é, após o decurso do prazo de noventa (90) dias previsto no art. 26, inciso II, § 1º, do CDC. Sustenta o aresto estadual que: *“se o vício oculto exteriorizar na fase de degradação do consumo (após o término do termo contratual de garantia), o fornecedor não poderá por meridiana questão de bom senso e elementar critério de justiça ser compelido a substituir o produto defeituoso, restituir imediatamente a quantia paga ou reduzir proporcionalmente o preço”*. Consta do acórdão o argumento de que tratando-se de prazo decadencial, este não se interrompe ou suspende. Por fim, dá provimento ao recurso para julgar inteiramente improcedente a ação, com a imposição dos encargos sucumbenciais (Apelação Cível nº 109.221-7, TJPR).

Solução apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, por votação unânime, deu provimento ao recurso especial interposto pelo consumidor para reconhecer a legitimidade passiva da concessionária, em virtude da responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor conforme a previsão do art. 18 do CDC. Ademais, afastou a decadência proclamada pelo julgado estadual, fazendo-o com amparo na

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que posterga o início da contagem do prazo decadencial em face da possibilidade contratualmente estabelecida de saneamento do defeito oculto durante o prazo da garantia. Por tais fundamentos, foi anulado o acórdão com determinação de novo julgamento da apelação.

Análise teórica dogmática dos fundamentos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira questão examinada pelo aresto refere-se à legitimidade passiva da concessionária do veículo que foi analisada sob o espeque da responsabilidade solidária que o CDC atribui a todas as espécies de fornecedores.

A ação de indenização proposta pelo consumidor foi direcionada contra a montadora e a concessionária que vendeu o automóvel zero-quilômetro com supedâneo na solidariedade preconizada no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor: *“Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam (...)”*.

Com efeito, observado o respeito devido ao julgamento da via ordinária, incorreta a solução dada pela Corte estadual, a qual aplicou o art. 13, I, do CDC, que preconiza ser o comerciante subsidiariamente responsável pelo fato do produto, quando o fabricante não puder ser identificado. O art. 13 complementa a regra do art. 12, que disciplina a responsabilidade do fabricante pelo fato do produto. No entanto, a hipótese concreta delineada nos autos não se enquadra na tipologia dos vícios que configuram fato do produto, mas sim, amolda-se como vício de qualidade do produto (defeito oculto) que implica solidariedade de todos que participam da cadeia de fornecimento, consoante preconiza o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

ZELMO DANARI, em comentários ao art. 18 do CDC, trata da ação de responsabilidade por vício de qualidade e sustenta que *“no polo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou serviços. Assim, o consumidor poderá, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra todos os fornecedores ou contra alguns, se não quiser dirigi-la apenas contra um”*. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ed. Gen/Forense, Rio de Janeiro, vol. I, p. 222, 2011).

CLAUDIA LIMA MARQUES leciona: *“A doutrina brasileira mais moderna, seguindo os ensinamentos de ANTÔNIO HERMAN BENJAMIM, está denominando teoria da qualidade o fundamento único que o sistema do CDC instituiria para a responsabilidade (contratual e extracontratual) dos fornecedores. Isso significa que ao fornecedor no mercado de consumo, a lei impõe um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta. Descumprido este dever surgirão efeitos contratuais (inadimplemento contratual ou ônus de suportar os efeitos da garantia por vício) e extracontratuais (obrigação de substituir o bem viciado, mesmo que não haja vínculo contratual, de reparar os danos causados pelo produto ou serviço defeituoso). A teoria da qualidade se bifurcaria, no sistema do CDC, na exigência de qualidade-adequação e de qualidade-segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e dos serviços. Nesse sentido haveria vícios de qualidade por inadequação (arts. 18 ss) e vícios de qualidade por insegurança (arts. 12 a 17)”*. (Contratos no CDC, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 7a. edição, São Paulo, p. 1291, 2014).

Em síntese, o acórdão examinado perfilha doutrina que se pacificou sobre a adoção da responsabilidade solidária que enlaça todos os fornecedores que atuam na cadeia de produção e comercialização de produto que venha a apresentar vício de qualidade ou vício oculto (redibitório) que o torne impróprio ou inseguro para sua utilização pelo consumidor. Trata-se de responsabilidade que nos foi legada pelo direito romano, conforme ensinamentos de Domat e Pothier, ao cuidarem no direito gaulês da denominada “garantie contre les vices cachés”, que já era prevista no Código Napoleão. Trata-se de garantia legal imposta a todos os participantes da cadeia de fornecimento (arts. 1.641 a 1.648, Código Civil francês), consoante o art. L.211-1 do “Code de La Consommation”, regra de ordem pública instituída para proteger os consumidores que foi mantida e ampliada pela Diretiva da Comunidade Europeia de 1999 e que deve ser aplicada a todos os contratos de venda de bens de consumo, móveis ou imóveis. A solidariedade prevista em face de todos os que participam da cadeia de fornecimento outorga aos consumidores que adquirem produtos com vício de qualidade quatro tipos de pretensão: a) reparação do bem; b) substituição do bem; c) redução do preço; d) resolução do contrato. Confira-se: Droit de la consommation, de Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, Dalloz, p. 260-272, 2003). A legitimidade passiva para a ação de responsabilidade, por força da solidariedade legal, é reconhecida em face de todos os participantes da cadeia de fornecimento, cabendo ao consumidor escolher se acionará todos, alguns ou apenas um dos fornecedores. Tratando-se de defeito oculto constatado

em veículo zero-quilômetro, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade solidária do fabricante e da concessionária autorizada, mercê do que, proclamou a legitimidade passiva de ambas.

A segunda questão apreciada pelo acórdão do STJ diz respeito ao prazo decadencial para o consumidor reclamar, na via judicial, a responsabilização por vício de qualidade de produto cuja venda é feita com garantia contratual fornecida pelo fabricante.

No mercado de veículos novos adota-se a prática de concessão de garantia espontânea e complementar à garantia legal. Aliás, diante da grande competição que ocorre no mercado de automotores, as empresas fabricantes procuram atrair sua clientela com a oferta de garantias contratuais por prazos mais dilatados do que os concedidos por suas concorrentes. O artigo 50 do CDC diz que a garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. A garantia legal é compulsoriamente concedida pela lei e não pode ser suprimida ou restringida, em nenhuma circunstância, pela vontade das partes. Já a garantia contratual é suplementar à legal e configura um *plus* ou uma liberalidade concedida nos termos e de acordo com a livre vontade do fornecedor, que pode concedê-la em maior extensão de conteúdo e de prazo, com o escopo de competir com uma garantia maior e melhor do que a garantia prometida pelos que concorrem com ele no mercado. Por outro lado, considerando-se que a garantia contratual é complementar à garantia legal não pode haver sobreposição dos prazos e conteúdo das duas modalidades de garantias. BRUNO MIRAGEM afirma que, *na medida em que a garantia contratual é complementar à legal, prevalece a interpretação jurisprudencial e doutrinária, no sentido de que os prazos de garantia não iniciam, necessariamente, sua contagem no mesmo momento, de modo a sobrepor-se, mas sim que a garantia legal (30 ou 90 dias) só passa a ser contada após o esgotamento do prazo da garantia contratual*". (Curso de Direito do Consumidor, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 5a. edição, 2014, p. 627).

No Direito do Consumidor francês, a garantia contratual que usualmente se pratica, sobretudo nas vendas de automóveis e aparelhos eletrodomésticos, normalmente é concedida pelo prazo de um ou dois anos. Há regra, no entanto, que prevê o aumento de tal prazo quando há imobilização do bem por mais de sete dias por causa da reparação dos defeitos de qualidade. (art. L.211.2, Code de La Consommation).

Constata-se, assim, que o acórdão que se comenta, ao afirmar que o prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não

corre durante o período de garantia contratual, perfilha a melhor exegese doutrinária e pretoriana construída sob a ótica da natureza complementar da garantia contratual, razão pela qual, o prazo legal de decadência de 30 ou 90 dias do art. 26, do CDC, só começa a fluir após o encerramento do prazo da garantia contratual. Admitir-se a sobreposição dos prazos da garantia contratual e da garantia legal implicaria perda do prazo judicial antes do esgotamento do prazo de garantia, em cujo curso o veículo foi, logo após a compra, reiteradamente apresentado à concessionária para conserto dos defeitos.

Conclusão

O aresto do Superior Tribunal de Justiça adota as seguintes teses: 1. A ocorrência de vício de qualidade ou vício oculto em automóvel zero-quilômetro acarreta a responsabilidade solidária da montadora e da concessionária, mercê do que, a ação de responsabilidade proposta pelo consumidor com fundamento no art. 18, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, pode ser ajuizada em litisconsórcio passivo contra a fabricante e a concessionária.

Por seu turno, o prazo de decadência para o ajuizamento da ação de indenização previsto no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor, só começa a fluir após o decurso do prazo da garantia contratual, durante o qual o veículo foi, logo após a aquisição, apresentado à concessionária diversas vezes para reparo dos defeitos ocultos constatados.

RECURSO ESPECIAL N. 827.833-MG (2006/0054744-3)

Relator: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Maria Inês Gomide Alcântara

Advogado: Maria Inês Gomide Alcântara (em causa própria) e outro

Recorrido: Marítima Seguros S/A

Advogado: Martha Angelica Visentin Moraes e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil e Consumidor. Contrato de seguro de responsabilidade civil. Sinistro em automóvel. Cobertura. Conserto realizado por oficina credenciada ou indicada pela seguradora. Defeito no serviço prestado pela oficina. Responsabilidade solidária da seguradora e da oficina credenciada. Reconhecimento. Danos materiais acolhidos. Danos morais rejeitados. Recurso parcialmente provido.

1. A seguradora de seguro de responsabilidade civil, na condição de fornecedora, responde solidariamente perante o consumidor pelos danos materiais decorrentes de defeitos na prestação dos serviços por parte da oficina que credenciou ou indicou, pois, ao fazer tal indicação ao segurado, estende sua responsabilidade também aos consertos realizados pela credenciada, nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, 14, 25, § 1º, e 34 do Código de Defesa do Consumidor.

2. São plenamente aplicáveis as normas de proteção e defesa do consumidor, na medida em que se trata de relação de consumo, em decorrência tanto de disposição legal (CDC, art. 3º, § 2º) como da natureza da relação estabelecida, de nítida assimetria contratual, entre o segurado, na condição de destinatário final do serviço securitário, e a seguradora, na qualidade de fornecedora desse serviço.

3. O ato de credenciamento ou de indicação de oficinas como aptas a proporcionar ao segurado um serviço adequado no conserto do objeto segurado sinistrado não é uma simples gentileza ou comodidade proporcionada pela seguradora ao segurado. Esse credenciamento ou indicação se faz após um prévio acerto entre a seguradora e a

oficina, em que certamente ajustam essas sociedades empresárias vantagens recíprocas, tais como captação de mais clientela pela oficina e concessão por esta de descontos nos preços dos serviços de reparos cobrados das seguradoras. Passa, então, a existir entre a seguradora e a oficina credenciada ou indicada uma relação institucional, de trato duradouro, baseada em ajuste vantajoso para ambas.

4. O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação.

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de abril de 2012 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Trata-se de recurso especial interposto por *Maria Inês Gomide Alcântara*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão, proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

Ação de indenização. Seguro. Imperfeição dos serviços prestados por oficina credenciada pela seguradora. Solidariedade. Inexistência.

I - Cabe à seguradora o pagamento em dinheiro dos prejuízos dos riscos assumidos (art. 1.458 do C.C.).

II - O credenciamento ou a indicação pela seguradora de prestadoras de serviços para reparação ou recuperação do objeto segurado, não induz em solidariedade nem importa em exclusividade, desde que assegurada liberdade ao segurado de procurar outra prestadora de serviços de sua confiança. (fl. 318, e-STJ)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nas razões de recurso especial, a ora recorrente aponta ofensa ao art. 1.461 do Código Civil de 1916 e aos arts. 3º, § 2º, 6º, VI, e 14 do CDC, bem como alega que o v. acórdão recorrido equivocou-se na aplicação dos arts. 896 e 1.458 do Código Civil de 1916. Afirma, nesse contexto, que: (I) incumbiria à seguradora reparar o veículo “de modo que ficasse da mesma forma que estava antes do sinistro e não com inúmeros defeitos graves, devidamente demonstrado no laudo pericial”; (II) a seguradora é responsável solidariamente pelos “serviços prestados pela oficina por ela credenciada, os quais ela supervisionou, autorizou e diz que pagou”. Requer, ao final, o provimento do recurso especial, “no que se refere aos danos materiais, determinando à seguradora Marítima Seguros S/A, que efetue a reparação do veículo da Recorrente com peças originais e em oficina especializada Mazda ou equivalente, ou pague indenização substitutiva”, além do ressarcimento dos danos morais, no montante de duzentos salários mínimos ou a critério desta Corte de Justiça (fls. 344-357, e-STJ).

Às fls. 361-370 (e-STJ), *Marítima Seguros S/A* apresentou contrarrazões, sustentando que: (I) “na condição de garante dos danos, e prejuízos, sofridos pelos segurados, nos estritos termos, e limites, das apólices pactuadas, a seguradora não poderá ser responsabilizada por, eventual, culpa exclusiva de terceiro, respaldado nos ditames do parágrafo 3º, inciso II, do artigo 14 da Lei n. 8.078/1990”; (II) não houve inadimplemento contratual, na medida em que a seguradora arcou com as despesas de reparação do veículo; (III) os riscos segurados no contrato são apenas aqueles expressamente previstos nas cláusulas de cobertura, com respaldo nos arts. 1.432, 1.433, 1.434 e 1.435 do Código Civil; (IV) foram respeitados os preceitos dos arts. 36, 37, 49, 51 e 54 do Código de Defesa do Consumidor; (V) não é devida a indenização por danos morais. Pleiteia, por derradeiro, o não provimento do recurso especial.

Não tendo sido admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça por força do provimento de agravo de instrumento (fls. 372-379, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Cinge-se a controvérsia à análise da responsabilidade solidária da seguradora perante o segurado pela má prestação de serviço por oficina automotiva credenciada ou indicada pela seguradora ao segurado, para o conserto de veículo sinistrado.

Consta dos autos que o veículo da ora recorrente, da marca Mazda, foi sinistrado no momento em que era guardado na garagem de sua casa por seu esposo. Por essa razão, levou o carro para reparos à oficina credenciada pela seguradora. No entanto, “ao recebê-lo, constatou a falta de adesivo ornamental que existia no pára-lama danificado e falta de duas borrachas, além de defeito no alinhamento, que provocava um desvio para a direita, obrigando a manter o volante em posição inadequada para que o veículo transitasse em linha reta. Via de conseqüência, por várias vezes, retornou à oficina sem conseguir solucionar o impasse, tendo, inclusive, procurado o Procon Municipal, sem entretanto, lograr êxito, razão pela qual ajuizou a presente ação para compelir a ré-seguradora a providenciar o reparo de seu veículo e, caso não o faça, seja condenada a mesma a uma indenização por danos materiais, além dos danos morais” (fl. 321, e-STJ).

De início, é importante salientar que são plenamente aplicáveis as normas de proteção e defesa do consumidor, na medida em que se trata de relação de consumo, em decorrência tanto de disposição legal (CDC, art. 3º, § 2º) como da natureza da relação estabelecida, de nítida assimetria contratual, entre o segurado, na condição de destinatário final do serviço securitário, e a seguradora, na qualidade de fornecedora desse serviço.

Assim, a seguradora de seguro de responsabilidade civil, na condição de fornecedora, responde solidariamente perante o consumidor pelos defeitos na prestação dos serviços por parte da oficina que credenciou ou indicou, pois, ao fazer tal indicação ao segurado, estende sua responsabilidade também aos consertos realizados pela credenciada. É entendimento que se extrai da aplicação dos seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, os quais vão transcritos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem

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

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

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

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

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

Com efeito, o ato de credenciamento ou de indicação de oficinas como aptas a proporcionar ao segurado um serviço adequado no conserto do objeto segurado sinistrado não é uma simples gentileza ou comodidade proporcionada pela seguradora ao segurado. Esse credenciamento ou indicação se faz após um prévio acordo entre a seguradora e a oficina, em que certamente ajustam essas sociedades empresárias vantagens recíprocas, tais como captação de mais clientela pela oficina e concessão por esta de descontos nos preços dos serviços de reparos cobrados das seguradoras. Passa, então, a existir entre a seguradora e a oficina credenciada ou indicada uma relação institucional, de trato duradouro, baseada em ajuste vantajoso para ambas.

Tanto é assim, que, não raramente, as seguradoras oferecem aos segurados descontos e outras vantagens, para que encaminhem o veículo sinistrado para conserto em oficina da rede credenciada ou indicada.

Nasce, com isso, uma responsabilidade objetiva e solidária entre a seguradora e a oficina credenciada pela qualidade do serviço prestado ao consumidor segurado, embora, na relação interna, exista direito de regresso da seguradora contra a oficina, por ser esta a responsável imediata pelo serviço defeituoso.

Convém, portanto, à seguradora diligenciar na escolha de oficinas competentes para o alcance satisfatório da cobertura da apólice de seguro, sob pena de assumir os ônus pelas falhas nos reparos dos sinistros, encargo que não pode ser suportado pelo segurado, porquanto é a seguradora que auferir vantagens com o credenciamento, devendo suportar eventuais prejuízos decorrentes de tais falhas.

Nessa linha de entendimento, tem-se a aplicação da teoria do “risco-proveito”, segundo a qual, nas palavras de **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**, o responsável pelo dano “é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus*” (in *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, p. 143).

Então, mesmo que não obrigue o segurado a fazer o reparo do carro dentro da rede credenciada, o simples fato da indicação já induz o consumidor a um determinado comportamento vantajoso para o fornecedor do serviço de seguro,

vinculando a seguradora à qualidade do serviço da oficina. Com isso, basta que o segurado escolha uma daquelas credenciadas ou indicadas pela seguradora para que esta assuma, solidariamente, o risco pela inexecução ou execução defeituosa do serviço por parte da oficina.

Somente quando o segurado escolhe livremente a oficina, seja porque opta por uma não credenciada, seja porque a seguradora não faz nenhuma indicação ou credenciamento, fica afastada a responsabilidade da seguradora por defeito na prestação dos serviços de reparo do veículo, ficando a responsabilidade restrita ao serviço securitário, observados os limites das coberturas avençadas.

Não é permitido à seguradora condicionar os custos da reparação a parâmetro desconforme ao avençado, nem se recusar a suportá-los quando patente que as avarias derivam de sinistro em que se envolveu o veículo, salvo se ocorrente alguma causa de exclusão de cobertura.

Eleitas pela seguradora determinadas oficinas como aptas, em tese, a realizarem os serviços de modo correto e adequado, o risco por inexecução ou execução defeituosa, como no caso concreto, é também assumido pela seguradora.

Destarte, entende-se que a seguradora deve ser responsabilizada, solidariamente, pela má prestação do serviço pela oficina credenciada, devendo custear o novo reparo a ser realizado no veículo ou, em caso de impossibilidade de cumprimento da obrigação, indenizar os danos materiais equivalentes.

Por fim, quanto ao pedido de ressarcimento de dano moral, o recurso não merece prosperar.

O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável a reparação.

Com efeito, “o inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível” (REsp n. 876.527-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJe de 28.4.2008).

No mesmo sentido:

Direito Civil e Processo Civil. Recurso especial. Ação de cobrança de complementação de valor da indenização de seguro obrigatório. DPVAT. Danos morais. Inadimplemento contratual. Inviabilidade do pleito.

- *O mero dissabor ocasionado por inadimplemento contratual, ao não pagar a seguradora o valor total previsto em lei, não configura, em regra, ato lesivo a ensejar a reparação de danos morais. Precedentes.*

- Deve, contudo, ser condenada a seguradora a complementar o valor da indenização concernente ao seguro obrigatório, nos termos em que dispõe o art. 3º, alínea **a**, da Lei n. 6.194/1974, como estabeleceu o Juízo de origem.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 723.729-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 30.10.2006, grifo nosso)

Recurso especial. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel. Mora da construtora promitente vendedora. Restituição integral das parcelas pagas. Cabimento. Impontualidade na entrega do imóvel. Dano moral. Inexistência, em regra. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido.

I - O consumidor está autorizado, por nosso ordenamento jurídico, a pleitear a rescisão contratual, bem como a devolução imediata dos valores pagos.

II - Decorrente da rescisão contratual, em virtude da mora injustificada da Construtora, promitente vendedora, a devolução integral das parcelas pagas é medida de rigor e está em consonância com a orientação preconizada por esta Corte Superior.

III - *Todavia, salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em situação de extraordinária angústia ou humilhação, não há dano moral. Isso porque, o dissabor inerente à expectativa frustrada decorrente de inadimplemento contratual se insere no cotidiano das relações comerciais e não implica lesão à honra ou violação da dignidade humana. Precedentes.*

IV - Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.129.881-RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 19.12.2011)

Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso especial, julgando-se parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para condenar a seguradora a: *a)* pagar o conserto do veículo segurado, seja em oficina escolhida pelo consumidor, seja em oficina de sua rede credenciada, de modo que, nesta última hipótese, permanece solidariamente responsável por defeitos na prestação

dos serviços; *b*) caso inviável a realização do conserto, indenizar a autora pelos danos materiais correspondentes ao valor dos reparos, a serem apurados em liquidação de sentença, com a devida incidência de juros moratórios, estes de 0,5% ao mês, desde a citação, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, a qual, de acordo com precedente da Corte Especial, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidirá a partir da fixação do valor, já está abrangida na Selic, pois é fator que já compõe a referida taxa; *c*) suportar os ônus sucumbenciais, fixando-se os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Fernando Rodrigues Martins¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de Recurso Especial em que sagrou parcialmente vencedora a consumidora M.I.G.A. em face da seguradora M.S. S/A ao fundamento da impropriedade na prestação de serviços executada por oficina credenciada à rede da recorrida.

Segundo exposição dos fatos jungida ao acórdão, considerando contrato de seguro de responsabilidade civil previamente celebrado entre as partes, após o abaloamento de veículo de propriedade da consumidora foi o mesmo encaminhado à oficina credenciada aos quadros securitários para reparação. Ocorre que, ao retomar a posse do automóvel, a consumidora constatou a falta de adesivo ornamental antes existente no para-lama danificado, a ausência de duas borrachas, além de desnível no alinhamento da viatura, de modo a exigir maior acuidade do motorista.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Vice-presidente do Instituto de Direito Privado – IDP. Diretor do Brasilcon. Promotor de Justiça em Minas Gerais.

Igualmente do acórdão há a notícia de que a recorrente, *sponte propria*, utilizou dos meios normais de reclamação a fim de ver-se ressarcida dos prejuízos experimentados após os serviços de reparação prestados pela oficina, contudo nem mesmo perante o Procon Municipal obteve êxito.

Sobreleva-se ainda no plano dos fatos – com arrimo no julgamento colegiado anterior, proferido pelo TJMG – que a ação movida pela consumidora em face da seguradora foi de natureza cominatória, pleiteando-se que a recorrida indicasse outra oficina para reparos dos vícios verificados, com imposição de preceito correspondente em caso de descumprimento cumulado com danos morais e, alternativamente, a condenação ao pagamento de danos materiais. No entanto, a decisão havida na instância colegiada estadual foi contrária aos pedidos desencadeados pela consumidora.

Tendo em vista que a contratação do seguro se dera ainda na vigência do Código Civil de 1916, o Tribunal de origem não considerou a relação de consumo manifesta, proferindo o seguinte julgado:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - SEGURO - IMPERFEIÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR OFICINA CREDENCIADA PELA SEGURADORA - SOLIDARIEDADE - INEXISTÊNCIA. I - Cabe à seguradora o pagamento em dinheiro dos prejuízos resultantes dos riscos assumidos (art. 1.458 do C.C.). II - O credenciamento ou a indicação pela seguradora de prestadoras de serviços para reparação ou recuperação do objeto segurado, não induz em solidariedade nem importa em exclusividade, desde que assegurada liberdade ao segurado de procurar outra prestadora de serviços de sua confiança”.

A linha de argumentação despendida pelo relator, Des. Osmando Almeida, parte dos seguintes eixos: *i*) não se há cogitar de responsabilidade de seguradora por vícios verificados na prestação de serviços por oficina habilitada, porquanto a solidariedade decorre de lei ou vontade das partes o que não era verificado nem no contrato e muito menos no Código Civil revogado; *ii*) a obrigação da seguradora cinge-se apenas ao pagamento dos serviços prestados, enquanto ao fornecedor de serviços, aquele que tenha por escopo a reparação de qualquer produto, cumpre o dever de utilizar componentes adequados e novos, conforme especificações técnicas do fabricante; *iii*) a solidariedade, apenas em tese estaria presente, caso houvesse a condição contratualmente imposta de atendimento por oficina determinada especificamente pela seguradora, com exclusão de concorrentes e sem opção de escolha ao consumidor; *iv*) por fim, o montante da indenização securitária limita-se ao valor da coisa segurada.

O fundamento da exposição do relator Des. Osmando Almeida tem por *ratio decidendi* o seguinte excerto:

“Teria ela responsabilidade solidária se, ao invés de simplesmente credenciar uma prestadora de serviços, preservando a liberdade ao segurado de escolher qualquer outra de sua preferência e confiança, condicionasse o pagamento dos mesmos somente se fossem eles prestados ou executados em oficina ou fornecedora por ela indicada, com a exclusão de qualquer outra. Ademais, sabe-se que o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco e, conforme as circunstâncias, até o valor total da coisa segurada (art. 1.458 do C.C.), daí porque impossível responsabilizar a seguradora pelas imperfeições dos serviços prestados por terceiro, mesmo que por ela credenciado, porque o credenciamento não importa solidariedade ou mesmo exclusividade na prestação dos serviços”.

Inconformada com a decisão, a consumidora aviou recurso especial logrando êxito parcial na irresignação, onde consoante acórdão sob a relatoria do Ministro Raul Araújo se destacam: *i*) há solidariedade entre a seguradora e oficina por ela credenciada no que respeita a reparação de danos decorrente de prestação de serviços de recuperação de veículo; *ii*) no contrato de prestação de serviço de seguro há aplicabilidade do CDC, tanto por designação de regra (CDC, art. 3º, §2º) quanto pela vulnerabilidade derivada da assimetria contratual; *iii*) existe relacionamento contratual ‘institucional’ entre a seguradora e a oficina credenciada, o que garante para primeira desconto no pagamento dos reparos e à segunda o aumento na captação da clientela; *iv*) típico mero aborrecimento não é ensejador da danos morais indenizáveis.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O aporte histórico quanto aos fatos permite considerações críticas quanto a ambos julgamentos colegiados, quer seja do Tribunal mineiro, quer do STJ, no aviso, entretanto, que esse último assimilou com melhor adequação e maior profundidade o caso *sub examine* às disposições legislativas, finalizando, mediante interpretação e hermenêutica, na consecução de norma jurídica mais adequada à realidade contemporânea. Diga-se, decisão legitimada pela orientação dos efeitos e socialmente justificada.

O acórdão do TJMG desconsiderou por completo a aplicação do CDC, quando o referido *códex* é, significativamente, o conjunto metodológico

legislativo mais apropriado à espécie. *Em primeiro lugar*, dentre as atividades indicadas como prestação de fato pelo CDC no § 2º do art. 3º (repisa-se, modelo jurídico não exaustivo) se encontra a designação clara e textual do serviço securitário. *Em segundo lugar*, vê-se para todos os efeitos que enquanto a seguradora e, respectivamente, a oficina são pessoas jurídicas que desenvolvem atividade lucrativa e organizada de prestação de serviço no âmbito do mercado, a consumidora é pessoa física, vulnerável e não profissional e, por conseguinte, destinatária final da reparação. A conclusão, *ipso facto e em terceiro lugar*, é exclusiva no sentido de que há relação jurídica de consumo, o que leva à aplicação sem tergiversação da lei consumerista, porquanto de ordem pública e interesse social e, inexoravelmente, cogente ao caso analisado.

Neste ponto, o TJMG negou vigência à Lei federal nº 8.078/90 como diploma legislativo especialmente vocacionado a dar abrigo aos direitos fundamentais dos consumidores, o que possibilitou o conhecimento do recurso especial (CF, art. 105, inc. III) e, via de consequência, a reforma do julgado.

O reconhecimento da responsabilidade solidária por parte do STJ em detrimento à mitigação cognoscitiva compreendida pelo Tribunal mineiro é passível de encômios jurídicos elevados, porquanto pertinente ao reconhecimento da sociedade de massa, campo fértil da proliferação de contratos interempresariais e de consumo. Alguns argumentos podem solidificar e contribuir na melhor verificação do instituto da solidariedade na hipótese vertente.

Gize-se inicialmente que sendo o CDC aplicável, a solidariedade decorre obviamente do texto de lei. A simples referência ao parágrafo único do art. 7º da Lei federal nº 8.078/90 já é o bastante para designar a responsabilidade solidária. É que referido cânon se faz positivado justamente na parte principiológica e geral de mencionado estatuto legislativo. E nesse ponto, cuida lembrar que a parte geral tem por escopo colmatar lacunas e servir de orientação jurídica ao julgador quando da aplicação do corpo dispositivo.

Vale dizer, enquanto o Código Civil no título das obrigações exige mais requisitos para o reconhecimento da solidariedade (dentre eles a previsão legal ou contratual específica), o CDC a reconhece como princípio apto a *enformar* (dar forma), informar, interpretar, integrar, conformar, programar e normatizar o sistema, fixando ampla coerência com a Constituição Federal (art. 3º, inciso III). Portanto, a responsabilidade solidária no Código de Defesa do Consumidor é princípio positivado que garante o dever de indenizar por parte de todos os agentes mercadológicos ligados à ofensa.

E justamente nesse ponto o acerto do STJ na prudente interpretação do CDC, dado que o responsável pela ofensa na sociedade massificada geralmente não se apresenta como indivíduo isolado e autor voluntário de ilicitude. Ao contrário, para eficaz promoção do consumidor, enquanto agente constitucionalmente designado, a responsabilidade tende a ser imputada à cadeia de fornecedores, às empresas, às estruturas juridicamente organizadas, às quais pela simples atividade geradora de danos (independentemente de ato volitivo ilícito) cumpre o dever de indenizar, mesmo porque pulverizam os custos da reparação nos preços dos produtos e da prestação de serviços que lançam no mercado.

Sobre esse aviso, tenha-se em conta que enquanto o tribunal mineiro tratou em individualizar as condutas de cada pessoa jurídica envolvida na relação, entendendo a seguradora como responsável nos limites do adimplemento contratual e a oficina como fornecedora de serviços, com amplo rescaldo na superada dicotomia outra reinante quanto à natureza da responsabilidade civil (contratual *versus* extracontratual), corretamente o Superior Tribunal de Justiça abordou com tranquilidade o fenômeno da *'colaboração empresária'* entre os dois agentes econômicos que operam no mercado mediante necessidades recíprocas, realizando prestações complementárias. Em outras palavras: permitiu alargar o espectro da responsabilidade considerando o modo de violação do direito (contratos conexos entre prestadores de serviço) e valoração da pessoa do consumidor.

Mas não é só. Ainda em oposição ao estabelecido no acórdão proferido pelo TJMG, a confiança, como princípio básico da hermenêutica contratual, desencadeia ao longo de todo *iter* do relacionamento entre as partes (fases pré-contratual, contratual e pós-contratual) a exigência do cumprimento das expectativas normativas geradas e amplo comportamento de boa-fé. E justamente na pessoa do consumidor, receptor universal de publicidades, ofertas e contratos, que a confiança produzirá consequências, especialmente quanto à decisão relativa à celebração do contrato (*O que contratar? Com quem contratar? Qual o melhor preço para contratar?*). Com efeito, não se trata de compreender que a consumidora recorrente procurou oficina de 'sua' confiança credenciada pela seguradora para os reparos, senão que apenas contratou com a seguradora a considerar a rede de oficinas habilitadas e aptas à solução dos danos oriundos do abaloamento. Indene de dúvidas, pois, que o art. 30 do CDC poderia também ser utilizado como tábua axiológica na solução do conflito.

Cabe ainda verificar que o princípio da função social do contrato está tranquilamente presente na hipótese e confirma a solidariedade existente entre as pessoas jurídicas envolvidas para o desate da lide. É que na realidade a relação jurídica entre a consumidora e a seguradora se fazia consubstanciada por rede contratual para adimplemento das condições acertadas. Observe-se que o contrato tem por objeto seguro de responsabilidade civil cuja prestação da seguradora prende-se justamente na devolução da coisa segurada ao *status quo ante*, até porque recebeu o prêmio, aprovou o orçamento e liberou a quantia necessária ao reparo. Em consequência, a inadequação dos serviços de reparos prestados pela oficina integrante da cadeia de fornecimento, causa efeitos negativos diretos à consumidora, pois frustra os fins que ela razoavelmente espera à luz do contrato outrora celebrado com a seguradora.

Enfim, as modernas formas de contratação de serviços são caracterizadas pela separação e distanciamento entre consumidores e fornecedores, especialmente entre esses últimos aqueles inseridos no mercado financeiro e securitário. É este distanciamento, em conjunto com a necessidade de satisfação plena dos prejuízos ao consumidor e o reconhecimento da existência da rede de fornecimento, que fundamentam a responsabilidade solidária entre os todos os componentes que integram a cadeia de fornecedores pelos vícios existentes, quer em produtos, quer em serviços, com presunção absoluta de culpa. Aliás, não apenas a solidariedade é ponto derivado destas fontes materiais (fatos *in se*), senão ainda a objetivação (risco) da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e a inversão do ônus da prova.

Entende-se, pois, que andou bem a instância recursal especial no julgamento no que respeita o alargamento da responsabilidade mediante a solidariedade entre os integrantes da rede de fornecimento de serviços (seguradora e oficina). Contudo, devem ser anotadas duas ponderações que podem coadjuvar em julgamentos futuros.

Parte do acórdão do Superior Tribunal de Justiça baseou a solidariedade na responsabilidade pelo fato do serviço, conforme se vê da indicação do art. 14 do CDC, bem como ainda manifestou pela existência de ‘defeitos’ provocados pela oficina. Sabe-se que conforme a dogmática brasileira, o CDC atendeu aos preceitos da teoria da qualidade – em detrimento à teoria dos vícios redibitórios do Código Civil – se desdobrando em duas espécies de imperfeição. A primeira é aquela ofensiva à vida, saúde e segurança do consumidor (ou de terceiros) e, portanto, geradora de defeito (de projeto; de execução; ou de informação) que

leva à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, já que há falha quanto ao *dever de segurança*. A segunda é adstrita às propriedades ou adequação do produto ou serviço, que lhes retiram a finalidade útil esperada, diminuem o valor ou estão em desacordo com as regras de prestabilidade; trata-se de móvel da responsabilidade pelo vício (CDC, art. 18/21), que na realidade se assemelha ao incumprimento parcial do contrato.

No caso vertente, muito embora haja menção à variação no alinhamento do veículo (que em tese poderia tangenciar a segurança da consumidora), o acórdão dá ênfase ao inadimplemento parcial do contrato de seguro pela recorrida, enquanto prestação de serviço. Portanto, de responsabilidade pelo vício que se trata. Essa observação é importante, visto que, a despeito de não modificar o reconhecimento quanto à solidariedade entre os fornecedores (também presente no regime do art. 20 do CDC), tem base de imputação e proporciona efeitos diversos daqueles previstos na responsabilidade pelo fato do serviço: presunção absoluta de culpa; possibilitando além da indenização, o abatimento proporcional do preço e a reexecução dos serviços, inclusive por terceiros.

De outro lado, a segunda observação prende-se à improcedência do pleito de danos morais vindicados pela consumidora. Vale dizer inicialmente que a discussão posta nos autos não fez referência a eventual desvio produtivo da consumidora. A respeito deste tema é relevante ressaltar que o tempo desperdiçado pelo consumidor para solver problemas derivados do inadimplemento causado pelos fornecedores deve ser objeto de indenização, isto porque cumpre, como se viu, aos agentes de mercado o *dever de qualidade* quanto aos produtos e serviços, o que coloca em xeque parte da jurisprudência nacional que passivamente concorda com a tese de que o descumprimento de contrato tem cunho de ‘mero dissabor’. Neste ponto, o conceito de consumidor, enquanto direito fundamental, é esvaziado e seu núcleo incindível aviltado, permitindo verdadeiras injustiças contratuais que proporcionam, entre outras circunstâncias: reprogramação de agendas diárias, desconfortos domésticos, modificação insatisfatória de meios de deslocamento, constrangimentos pessoais e afastamentos de atividades comuns (estudo, lazer, descanso).

Preso, contudo, ao requerimento explícito da consumidora, compreende-se que o pedido de danos morais deveria vir acompanhado da demonstração de que houve rebaixamento da qualidade de vida (afetação da dignidade da pessoa humana) tendo em vista o inadimplemento parcial do contrato derivado

da conduta da recorrida. Para esse fim, poderia ser objeto de análise recursal a distribuição substancial da carga dinâmica da prova, com a inversão do ônus a favor da recorrente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça de responsabilidade solidária entre os fornecedores de serviço (securitário e oficina de reparação) concede ampla coerência ao sistema jurídico, e em especial ao novo direito privado, que tem por escopo evitar prejuízos desmesurados aos vulneráveis e ao mesmo tempo garantir, no caso de quebra das legítimas expectativas, o reequilíbrio contratual e a segurança no tráfego jurídico (boa-fé).

A solidariedade no CDC decorre de princípio previsto na parte geral justamente para evitar situações de aviltamento ao consumidor no caso de danos oriundos de defeitos ou de prejuízos decorrentes de vícios, auxiliando, com êxito, na superação da dicotomia quanto à natureza da responsabilidade civil outrora havida como dogma insuperável no direito civil clássico. Tutela-se, destarte, exclusivamente o interesse juridicamente protegido dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 827.833 – MG (2006/0054744-3) Relator: Min. Raul Araújo Julgado em: 24/02/12.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Vício produto e serviço*. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Manual de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: RT, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIMÃO, José Fernando. *A responsabilidade pelo vício do produto: comparação com a responsabilidade por vícios ocultos do direito civil tradicional e o regime do CDC*. In SILVA, Regina Tavares da. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

RECURSO ESPECIAL N. 997.993-MG (2007/0247635-6)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Robson Gerônimo Maciel

Advogado: Daniela Mathiasi de Cerqueira e outro(s)

Recorrido: Mídia Um Publicidade Propaganda e Marketing Ltda

Advogado: Rodrigo Augusto Mónaco Alcântara e outro(s)

Recorrido: TV Juiz de Fora Ltda

Advogado: Manoel de Souza Barros Neto e outro(s)

EMENTA

Responsabilidade civil. Recurso especial. Anúncio erótico falso publicado em *sites* de classificados na *internet*. Dever de cuidado não verificado. Serviços prestados em cadeia por mais de um fornecedor. *Site* de conteúdo que hospeda outro. Responsabilidade civil de todos que participam da cadeia de consumo.

1. No caso, o nome do autor foi anunciado em *sites* de classificados na *internet*, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - *ipanorama.com* - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal *O Click*, que se hospedava no *site* da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (*O Click*) responsabilizava-se contratualmente pela “produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, *webmail* e outros serviços de divulgação”.

2. Com efeito, cuida-se de *relação de consumo* por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer *serviços em cadeia* para os usuários, mediante a *hospedagem* do *site* “*O click*” no *site* “*ipanorama.com*”.

3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposos ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.

4. No caso em apreço, o *site O click* permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposos, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros.

5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do *site O click*, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do *site ipanorama.com*, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*.

6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. 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 a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Robson Gerônimo Maciel ajuizou ação de indenização por danos morais em face de TV Juiz de Fora Ltda., noticiando que, no dia 19 de fevereiro de 2003 e nos anteriores, o *site i.panorama* - de propriedade da ré -, utilizando o portal *O Click*, na rede mundial de computadores, veiculou anúncio erótico oferecendo serviços sexuais, contendo o nome do autor e telefone de seu local de trabalho. Aduz ter recebido incessantes ligações de interessados no anúncio, o que comprometeu sua honra e idoneidade, sobretudo no emprego.

A TV Juiz de Fora Ltda. nomeou à autoria a empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, aduzindo não ser responsável pela divulgação dos anúncios no portal *O Click*. Sustentou que matém com a nomeada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, contrato de fornecimento de conteúdo, cuja produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, *webmail* e outros serviços de divulgação, é de exclusiva responsabilidade desta última.

A Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing rejeitou a nomeação (fls. 68-69).

Assim, a TV Juiz de Fora Ltda. manejou contestação, rechaçou o mérito e, em preliminar, alegou carência de ação por ilegitimidade passiva. Pleiteou também a denunciação da lide à empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, para que, na eventualidade de haver condenação, responda essa na via regressiva (fls. 85-96).

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora-MG julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), acolhendo também o pleito deduzido na lide secundária (fls. 241-247).

Em grau de apelação, todavia, foi reconhecida a ilegitimidade passiva da ré, TV Juiz de Fora Ltda, nos termos da seguinte ementa:

Indenizatória. Dano moral. Provedor. Internet. Ilegitimidade passiva. Não possui o provedor legitimidade para figurar no pólo passivo da indenizatória por danos

morais uma vez que este não pode ser responsabilizado pelo conteúdo de todos os sites por ele hospedados (fl. 310).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea **c** do permissivo constitucional, mediante o qual se alega, no mérito, dissídio jurisprudencial em relação ao REsp n. 566.468-RJ, no qual foi reconhecida a responsabilidade do provedor de *internet* em razão de publicação de anúncios difamatórios.

Contra-arrazoado (fls. 418-434 e fls. 474-485), o especial foi admitido (fl. 487).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Em contrarrazões (fls. 418-434), a primeira recorrida aponta vício formal no recurso especial aduzindo ter sido a petição apresentada via *fac-símile* sem que os originais fossem juntados em tempo.

Não procede a alegação, uma vez que a petição de fls. 357-363 é original e foi protocolada dentro do prazo legal, razão por que rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso oferecida em contrarrazões.

3. No mais, em breve resumo da questão, o recurso especial foi interposto com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, e está apto a ser admitido.

Com efeito, o precedente apontado como paradigma (REsp n. 566.468-RJ) contém base fática semelhante e conclusões jurídicas distintas.

O caso confrontado tratava de situação em que a autora “foi inserida, equivocadamente e sem sua autorização, em *site* de encontros na *internet*, pertencente à empresa-recorrente, como ‘*pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual*’”. A Quarta Turma manteve a condenação do provedor de *internet*, bem como o valor da indenização (duzentos salários mínimos).

No caso ora em exame, o nome do autor foi anunciado em *site* que aponta ser de propriedade da empresa ré, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho.

A partir dessas bases fáticas, o acórdão recorrido negou o pedido de indenização do autor, afirmando a irresponsabilidade do provedor de *internet*.

Assim, configurada se mostra a divergência.

4. Na sequência, prossigo com a exposição das premissas fáticas e jurídicas que se me afiguram necessárias ao julgamento da causa.

4.1. A primeira, diz respeito à relação contratual estabelecida entre as empresa recorridas - TV Juiz de Fora Ltda e Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing.

O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - *ipanorama.com* -, é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal *O Click*, que se hospedava no *site* da primeira ré e foi o disseminador do anúncio.

Os termos do contrato são incontroversos e foram, inclusive, trasladados na peça contestatória da ora recorrida, *verbis*:

4.1 - As páginas **ipanorama.com/O click** consistirão em uma versão exclusiva, cujo conteúdo, aparência e organização, estrutura e funcionamento serão ajustados pela equipe técnica da oclick.

4.2 - As páginas **ipanorama.com/O click** serão integralmente desenvolvidas pela oclick de acordo com os termos deste contrato, arcando, inclusive, com todos os custos decorrentes da alocação e/ou contratação de profissionais para o seu desenvolvimento, além de outros direta e indiretamente a ele relacionados.

4.3 - As páginas **ipanorama.com/O click** exibirão a assinatura **Oclick**, para assim esclarecer aos usuários a fonte das informações fornecidas.

4.4 - A **Oclick** responsabilizar-se-á isoladamente pela veracidade e autenticidade das informações contidas no Conteúdo Informativo.

(...)

6.1. - Durante o prazo de vigência deste contrato, sem prejuízo das demais obrigações neste instrumento assumidas e sob pena de rescisão imediata do contrato, *Oclick* se obriga a:

(...)

6.1.3 - responder por eventuais ações judiciais ajuizadas por terceiros em decorrência de violações de direitos autorais ou de imagem, ou de informações de má qualidade ou fornecidas erroneamente, ou por quaisquer pleitos de sócios, dirigentes ou funcionários da *Oclick* bem como pedir a exclusão da *TV Panorama*

do processo e arcar com quaisquer valores a que esta venha a ser condenada em virtude de tais demandas (fls. 86-87, com grifo no original).

Da nomeação à autoria (fls. 37-40) pleiteada pela ré, emergem com clareza os propósitos desse contrato de fornecimento de conteúdo. Cuidava-se de parceria comercial levada a efeito pelos sites *ipanorama.com* e *oclick.com.br*, com a finalidade de potencializar a intermediação das informações publicadas por ambos os portais, criando páginas na *internet* “a serem desenvolvidas e implementadas como parte integrante do *website* ‘*ipanorama.com*’, denominadas ‘páginas *ipanoram.com/Oclick*’.

Vale dizer que, embora o conteúdo das páginas “*ipanorama.com/Oclick*” fosse desenvolvido pela proprietária do site “O click”, o fato era que tal conteúdo, como explicitamente reconhece a ré, fazia parte integrante do site *ipanorama.com*.

Na verdade, parcerias dessa mesma natureza são bastante comuns no mundo virtual da *internet*. Cito como exemplo as seguintes: o portal UOL (*www.uol.com.br*) hospeda a página eletrônica da Folha de São Paulo (*www.folha.uol.com.br*); o site *www.correioweb.com.br* hospeda outros tantos, como o portal “Vrum” (*http://correiobraziliense.vrum.com.br*), especialista em compra e venda de automóveis novos e usados, e o portal “Lugar Certo” (*http://correiobrasiliense.lugarcerto.com.br*), especialista em compra e venda de imóveis; o portal Globo (*www.globo.com*), entre muitos outros, hospeda o site GNT (*http://gnt.globo.com*), o site da revista Época (*http://revistaepoca.globo.com*), etc.

4.2. A segunda premissa que se me afigura necessária explicitar é a espécie de provedor de *internet* de que se cogita.

A doutrina tem alencado como categorias de provedor as seguintes: os provedores *backbone*, provedores de conteúdo, provedores de acesso, provedores de hospedagem e de correio eletrônico.

Os provedores *backbone* - “espinha dorsal” - configuram as estruturas físicas primárias pelas quais transitam quase totalidade dos dados transmitidos pela *internet*. No caso brasileiro, a Embratel realiza os serviços de provedor *backbone*.

Os provedores de conteúdo formam a intermediação entre o editor da informação de um site e o *internauta* que a acessa.

Os provedores de acesso são o meio pelo qual o usuário se conecta à rede, mediante a aquisição de um “endereço IP”, funcionando como um intermediário

entre o equipamento do usuário e a *internet*, tal como o serviço de telefonia, sendo responsável pela qualidade da conexão, disponibilidade, velocidade e segurança.

Os provedores de hospedagem, por sua vez, dão suporte ou alojamento às páginas de terceiros, vale dizer, oferecem a interessados espaço virtual próprio para a alocação de um *site*. Como regra, os servidores de hospedagem não interferem no conteúdo do *site*, mas somente o proprietário deste.

E, finalmente, o provedor de correio eletrônico é aquele vocacionado ao fornecimento de uma caixa postal virtual, mediante a qual se trocam mensagens e na qual elas podem ser armazenadas.

A classificação tem-se mostrado relevante uma vez que, à míngua de legislação doméstica específica sobre a matéria, a doutrina construiu entendimento acerca da responsabilidade civil dos provedores com esteio nas características do serviço prestado, tal como o procedeu a Diretiva n. 2000/31 da Comunidade Européia, cujos arts. 12, 13 e 14 delinham a responsabilidade dos provedores segundo a atividade desenvolvida.

Em suma, a responsabilidade dos provedores de *internet* em razão do conteúdo veiculado prender-se-ia à possibilidade de controle, de modo que quanto maior for a faculdade do servidor de decidir sobre o que será publicado, mais evidente será a responsabilidade decorrente dessa decisão.

Essa foi a posição adotada pela mencionada Diretiva, mediante a qual se estabeleceram limites à responsabilidade dos provedores, sobretudo quando desempenham papel de meros intermediários em relação a ilícitos perpetrados por terceiros.

No direito comparado, aponta-se a adoção desse critério de responsabilização, *verbis*:

É considerado como *leading case* desta orientação, cuja origem é essencialmente jurisprudencial, a decisão proferida no caso *Cubby Inc. v. CompuServe*, julgado em 1991 pela *United States District Court of New York*, no tocante à responsabilidade do sujeito com poderes de controle sobre a atividade do efetivo autor do fato, encontrando-se ambos ligados por uma relação jurídica da qual advenha vantagem patrimonial para o controlador, em virtude do ato ilícito por este praticado.

No caso, os autores, *Cubby Inc.* e Robert Blanchard, desenvolveram uma base de dados informatizada denominada *Skuttlebut* (destinada a publicar e distribuir eletronicamente notícias e programas jornalísticos em geral), em relação à

qual, por várias ocasiões, no mês de abril de 1990, foram divulgadas afirmações difamatórias, por meio de uma publicação concorrente, de nome *Rumorville*, divulgada por meio de um provedor de informação, a *CompuServe Inc.*, no caso a parte ré. A responsabilidade da *CompuServe* por fim seria excluída, na ausência de poderes de controle sobre o conteúdo das informações transmitidas, pois que teria agido como mero distribuidor, sendo considerado estranho à dita publicação.

Embora não tenha prosperado o pleito em face da *CompuServe*, reconheceu aquela corte, ao menos indiretamente, na fundamentação do julgado, que o provedor responde pelo conteúdo da informação transmitida, se efetivamente dele teve conhecimento ou devesse conhecê-lo, a menos que se trate de mero distribuidor, sem poder de controle sobre tais dados. A decisão, considerada pioneira na matéria, certamente contribuiu para estabelecer qual seria a efetiva responsabilidade do provedor em face do risco decorrente de sua atividade.

Logo, quanto maior for a discricionariedade de decidir o que será publicado ou transmitido, mais evidente será a responsabilidade decorrente de tal decisão (MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 294-296).

4.3. A terceira premissa necessária ao julgamento consiste na caracterização de relação consumerista existente entre os provedores de *internet* e os usuários do serviço.

No particular, cumpre lembrar que o diferenciador do serviço prestado fisicamente e aquele mediante a utilização da *internet* é o ambiente, nada mais.

Nesse passo, é evidente que o provedor de *internet* e seus usuários realizam uma relação de consumo, conclusão essa que, em mais de uma oportunidade, foi acolhida pelo STJ, *verbis*: REsp n. 1.186.616-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *Terceira Turma*, julgado em 23.8.2011; REsp n. 1.107.024-DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, *Quarta Turma*, julgado em 1º.12.2011.

Por consequência, nos termos do que dispõe o art. 17 do CDC, o autor, no caso concreto, deve ser considerado consumidor por equiparação, tendo em vista se tratar de terceiro atingido pela relação de consumo propriamente estabelecida entre o provedor de *internet* e seus usuários.

4.4. A quarta premissa é o papel que cada empresa desempenhou na dinâmica do serviço.

O anúncio que ensejou o pedido de indenização foi veiculado no *site ipanorama.com* mediante o *site O click*, responsável pela produção do conteúdo nessa parceria, sendo incontroverso que o último responsabilizava-se

contratualmente pela “produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, *webmail* e outros serviços de divulgação” (fl. 39).

Foi exatamente por essa razão que a ré (TV Juiz de Fora) pretendeu a nomeação da autoria à ora litisdenunciada (Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing).

4.5. Em síntese das premissas acima explicitadas, pode-se afirmar que o caso em exame comporta uma *relação de consumo* por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de *conteúdo* na rede mundial de computadores, organizados para fornecer *serviços em cadeia* para os usuários, mediante a *hospedagem* do site “O click” no site “*ipanorama.com*”.

5. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços.

Tal diretriz - a qual, a bem da verdade, apenas corporifica o propósito constitucional de uma ordem econômica protetiva do consumidor -, pode ser verificada em diversas passagens, a exemplo do que dispõem o parágrafo único do art. 7º, art. 18, *caput*, art. 19, *caput*, art. 25, § 1º, art. 28, § 3º, e art. 34, todos do Estatuto Consumerista.

Nessa linha é o elucidativo magistério de Cláudia Lima Marques sobre o CDC:

[...] inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produtos e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços. O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 510).

Esta Corte, em diversas oportunidades, vem reafirmando esse entendimento:

Consumidor. Contrato. Seguro. Apólice não emitida. Aceitação do seguro. Responsabilidade. Seguradora e corretores. Cadeia de fornecimento. Solidariedade.

1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder

solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação.

2. O art. 34 do CDC materializa a teoria da aparência, fazendo com que os deveres de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da cadeia de fornecimento.

3. No sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação.

Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência.

[...]

(REsp n. 1.077.911-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.10.2011, DJe 14.10.2011)

Direito do Consumidor. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição indevida no serviço de proteção ao crédito. Empresa de telefonia de longa distância. Parceria empresarial. Defeito na prestação do serviço. Processual Civil. Recurso especial. Alegação de ofensa à regulamentação da Anatel.

I - A alegação de ofensa à Regulamentação da ANATEL não se enquadra na hipótese de cabimento de recurso especial prevista na alínea **a** do permissivo constitucional.

I - A empresa que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor por defeitos no serviço prestado.

II - A exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato de terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado.

Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag n. 1.153.848-SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12.4.2011, DJe 27.4.2011)

Ressalte-se também que, para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifique as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.

Com efeito, no caso em exame, pouco importa qual a relação contratual existente entre os recorridos, ou se tem o *ipso facto* poder de ingerência sobre

o portal *O click*, uma vez que a eventual responsabilidade daquele emerge de previsão legal, e não de fato próprio a ele imputável.

É ocioso afirmar que o contrato - além de não atingir terceiros - não é apto a revogar a lei imperativa, de modo que, perante terceiros, mostra-se inócua a limitação de responsabilidade prevista contratualmente, sobretudo quando na lei contiver preceito que atribua responsabilidade civil a quem pelo contrato estaria isento.

Cumprido, portanto, verificar se o *site O click* pode ser responsabilizado pela informação difamante publicada em descrédito da honra do autor, constatação que, por consectário legal, acarreta a responsabilização do seu parceiro comercial - *ípanorama*.

6. Importa ressaltar, ademais, que o caso em exame não se assemelha às controvérsias já aportadas a esta Corte concernentes a propaganda enganosa, cuja solução foi a não responsabilização dos meios de comunicação nos quais foram veiculados os anúncios (REsp n. 1.046.241-SC, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, *Terceira Turma*, julgado em 12.8.2010; REsp n. 1.157.228-RS, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 3.2.2011).

Nos precedentes, a fundamentação foi a de que não haveria nexos causal entre o anúncio em si e o dano experimentado decorrente da propaganda enganosa, como foi o caso julgado na Terceira Turma, em que o dano decorreu de estelionato, cuja consumação foi apenas instrumentalizada pelo anúncio publicitário.

No caso em exame, o anúncio foi a causa direta e imediata do dano moral, razão por que se investiga o próprio fato ensejador do dano.

A solução, a meu juízo, dispensa até mesmo a invocação da responsabilidade objetiva do fornecedor por danos ocasionados por serviço defeituoso, uma vez que a culpa da empresa proprietária do *site O click* afigura-se-me evidente.

Alinho-me, em princípio, à tese abraçada por ampla doutrina no sentido de que a responsabilidade dos provedores de *internet*, em razão do conteúdo veiculado, centra-se na possibilidade de controle, de modo que quanto maior for a faculdade do servidor de decidir sobre o que será publicado, mais evidente será a responsabilidade decorrente dessa decisão.

Porém, faço apenas a ressalva no sentido de que essa impossibilidade de controle pode ser inerente ao serviço ou deliberada pelo próprio provedor, devendo haver tratamento diferenciado em cada caso.

Mostrar-se-ia inviável o controle, por exemplo, de fóruns de bate-papo (*chat*) em que as mensagens são postadas instantaneamente, sob pena de o serviço estar comprometido em sua essência.

Ao reverso, no caso de a impossibilidade de controle consistir em liberalidade do próprio servidor de *internet*, porquanto, em não raras vezes, fomenta o acesso ao *site*, afigura-se cabível sua responsabilização, uma vez que o controle era possível e viável, e não o fazendo assume o provedor os riscos pelos ilícitos praticados no sítio da *internet*.

Nesse passo, afirmei, na relatoria do REsp n. 1.175.675-RS, que o lucro dos provedores de *internet*, dentre outras fontes, é extraído de serviços de publicidade, os quais serão tanto mais eficientes quanto maior for o número de acesso (ou usuário).

E, nesse passo, é evidente que a ampla liberdade de acesso, o anonimato por vezes propiciado pelo próprio provedor, a ausência de ferramenta capaz de controlar manifestações (saudáveis ou não) no ambiente virtual, tudo isso contribui para o incremento de acessos e se apresenta como chamariz eficiente de usuários.

No caso em apreço, o *site O click* permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Ao contrário, na peça contestatória, limitou-se a afirmar a inexistência de dano moral indenizável, sobretudo ao argumento de não existir comprovação de que o anúncio se referia ao autor.

Ora, é exatamente neste ponto, no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposos, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros.

Porém, ainda que analisado o caso por outro ângulo, a hipótese é de evidente má prestação de serviço, uma vez que o anúncio de cunho erótico e homossexual atingiu certamente a honra de pessoa em relação à qual não se demonstrou tenha sido pleiteada a prestação de tal serviço.

Aplica-se o art. 14 do CDC, quanto aos danos decorrentes de serviço defeituoso, combinado com o art. 17, que estende a condição de consumidor

aos terceiros que experimentaram, por ricochete, as consequências danosas do serviço mal prestado.

Os danos experimentados pelo autor também não decorreram de culpa exclusiva de terceiro, uma vez que, se esse terceiro logrou êxito em fazer veicular anúncio difamante em nome do autor, certamente isso ocorreu em razão de fragilidade do critério na admissão desses anúncios.

Mutatis mutandis, esta Turma reconheceu a responsabilidade do provedor de *internet* pelos danos decorrentes de fraudes praticadas por terceiros, exatamente levando-se em conta a fragilidade - em termos de segurança da informação -, cuja eficiência deve ser inerente a quem se arvora em oferecer serviços na rede mundial de computadores (REsp n. 1.107.024-DF, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, julgado em 1º.12.2011).

7. Assim, mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do *site* O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do *site* *ipanorama.com*, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*, em razão da manifesta parceria comercial.

Portanto, deve ser julgado *procedente* o pedido indenizatório deduzido contra a TV Juiz de Fora, afigurando-se-me razoável e consentâneo com a *ratio* da responsabilidade civil o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais, corrigido pelos critérios previstos nas Súmulas n. 54 e n. 362 do STJ.

Outrossim, em razão da previsão contratual de exclusão de responsabilidade da TV Juiz de Fora, julga-se *procedente* a lide secundária (denúnciação), aplicando-se o que dispõe o art. 70, inciso III, do CPC.

A cargo da ré, na ação principal, custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, CPC).

Os mesmos valores, aplico-os, na lide secundária, à denunciada, em razão da resistência exercida durante todo o processo, nos termos da sólida jurisprudência.

8. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Cíntia Rosa Pereira de Lima¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de uma ação de reparação civil na qual o autor pleiteia indenização por danos morais pelo abalo em sua honra e reputação tendo em vista o anúncio em determinado *site* que o relacionava entre os prestadores de serviços de caráter erótico e homossexual, informando o telefone e local de trabalho do autor da ação. Em razão deste anúncio feito através de *site* de classificados na internet, o autor alegou ter recebido constantes ligações de pessoas interessadas no que foi divulgado no anúncio, comprometendo, além de sua honra e idoneidade, seu emprego tendo em vista o fato de que o local de trabalho também fora divulgado.

No caso, o anúncio foi veiculado no *site i.panorama* da *TV Juiz de Fora* hospedado no portal *O Click*, de propriedade de *Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing*. Esta última foi contratada pela *TV Juiz de Fora* em que o portal assumia responsabilidade total pela “produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação”. Tal contrato estabelecia, inclusive, que o portal *O Click* responderia por eventuais ações judiciais ajuizadas por terceiros em decorrência de informações errôneas ou de má qualidade.

No entanto, o autor ingressou contra a *TV Juiz de Fora*, por ser a proprietária do *site i.panorama*, local onde o anúncio foi veiculado; a ré, por sua vez, nomeou à autoria a empresa, *Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing*, por ser a proprietária do portal *O Click* sob o fundamento da responsabilidade contratualmente assumida por esta pelo conteúdo veiculado através do portal.

Em 1ª instância, entendeu-se pela procedência do pedido culminando na condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos morais no

¹ Professora Doutora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP/FDRP e da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP/FDUSP. Doutora em Direito Civil pela USP com período de estágio no exterior no Centro de Sociedade, Tecnologia e Direito da Universidade de Ottawa/Canadá (CAPES). Pós-doutorado pela CAPES na *Università Degli Studi di Camerino* – Itália.

valor de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), acolhendo o pedido deduzido na lide secundária por ocasião da nomeação à autoria. Contudo, em grau de apelação, o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais reverteu a sentença, entendendo se tratar de ilegitimidade passiva da *TV Juiz de Fora* sob o fundamento de que o provedor de conteúdo não pode ser responsabilizado pelo conteúdo de *sites* por ele hospedado.

Ao final, por ocasião do julgamento do Recurso Especial acima indicado, o E. Superior Tribunal de Justiça entendeu ser devida a indenização por se tratar de relação de consumo por equiparação (art. 17 do CDC), respondendo solidariamente todos os envolvidos na cadeia da prestação de serviços (art. 7º, par. único do CDC) independentemente da comprovação de culpa (art. 14 do CDC).

O caso em análise jaz sobre questões relevantes sobre a tutela de direitos de personalidade (proteção de dados e direito à identidade pessoal), a relação jurídica de consumo por equiparação, no caso as vítimas dos acidentes de consumo, as várias espécies de provedores no contexto de prestação de serviços na internet e a responsabilidade de cada um tendo em vista a natureza de sua prestação de serviços e, por fim, a caracterização da solidariedade entre os provedores de hospedagem e de conteúdo, sobre os quais passaremos a comentar.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

2.1 Direitos de personalidade na sociedade informacional: proteção de dados e direito à identidade pessoal

O conceito de direitos de personalidade não é tarefa fácil como destacou Orlando Gomes², para quem tal dificuldade está na própria limitação do conceito jurídico de bem, assim propõe que o ordenamento jurídico tutele certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade como “direitos de natureza especial”. Neste sentido, Pietro Perlingieri³ ressalta que a concepção patrimonialista das relações privadas, fundada na distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial não é suficiente tendo em vista o ordenamento jurídico vigente. Assim, o jurista ressalta a necessária tutela privatista destes direitos de personalidade de maneira elástica.

² *Introdução ao Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 150 – 151.

³ *Il Diritto Civile nella legalità Costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Tomo II: Interpretazione sistematica e assiologica, situazioni soggettive e rapporto giuridico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. pp. 715 – 716.

Segundo Rabindranath V. A. Capelo de Sousa⁴, o objeto tutelado pelos artigos referentes aos direitos da personalidade é a “personalidade física ou moral” dos seres humanos, que são tidos como bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada indivíduo. Neste sentido, Adriano De Cupis⁵ que a razão de ser dos demais direitos subjetivos são os direitos da personalidade, sem os quais, o ser humano perderia tal condição.

Portanto, o rol de direitos de personalidade, previsto nos arts. 11 a 21 do CC/02, é meramente exemplificativo e, por isso, nada impede que outros direitos de personalidade, não mencionados expressamente no Código, sejam tutelados em legislação específica, entre os quais se destacam o direito à proteção dos dados pessoais e o direito à identidade pessoal.

Tradicionalmente, a proteção dos dados pessoais sempre esteve relacionada à tutela da privacidade, que desde a Convenção de 1950 (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) já estava garantida no art. 8º.⁶ Hodiernamente, contudo, o direito à privacidade e à proteção à vida privada e familiar continuam tutelados, porém em dispositivo distinto (art. 7º *da Charter of Fundamental Rights of the European Union - 2000/C 364/01*).⁷ Não foi por acaso tal sistematização, mas sim por critério científico, pois os direitos à privacidade, à vida privada, à intimidade e à identidade pessoal são distintos do direito à proteção dos dados pessoais (art. 8º da Carta)⁸, e, portanto, devem ser tutelados como direitos de personalidade autônomos.

⁴ *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 106.

⁵ *I diritti dela personalità*. Milão: Giuffrè, 1950. p. 18.

⁶ Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais: “ARTICLE 8 - Right to respect for private and family life - 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

⁷ Article 7 - Respect for private and family life - Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.

⁸ Article 8 - Protection of personal data

1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified.

3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

Stefano Rodotà⁹ destaca uma diferença importante entre o direito à privacidade cuja tutela é estática e negativa; enquanto a tutela dos dados pessoais estrutura-se a partir de regras sobre o tratamento de dados, poderes de intervenção, entre outros, por isso, a tutela é dinâmica, ou seja, surge com a coleta dos dados e permanece com eles durante a circulação e armazenamento.

Sem dúvida o direito à proteção de dados pessoais está dentro da categoria dos direitos de personalidade, tendo os atributos acima destacados. Podemos conceitua-lo como o direito de uma pessoa física, determinada ou determinável, de controlar suas informações, corrigi-las ou apagá-las nos termos da lei.

No caso em tela, houve grave violação aos dados pessoais da vítima porque seus dados, no caso o número de telefone e os dados do seu trabalho, foram utilizados e divulgados sem o prévio consentimento deste, causando danos de ordem moral e quiçá material, tendo em vista o abalo do seu emprego porque era procurado por interessados no anúncio veiculado erroneamente.

Além disso, houve violação à sua identidade pessoal, porque o nome foi vinculado à prestação de serviços eróticos homossexuais, porém, pelos fatos expostos na ação, o autor era heterossexual. A doutrina italiana¹⁰ que o bem jurídico tutelado pelo direito à identidade pessoal é a “projeção social da identidade pessoal”. No caso, o indivíduo teve uma projeção social de ser homossexual quando, na verdade, era heterossexual. O fato de ser homossexual não deve ser considerado pejorativo, pois não se admite discriminação em razão do sexo. Mas, no caso, atribui-se uma projeção social da vítima que não corresponde a verdade pessoal.

Na sociedade informacional, há criação de vários perfis sobre os indivíduos, sem dar a oportunidade de corrigir ou apaga-los. Por isso, Stefano Rodotà¹¹ fez um diagnóstico assustador: “*Stiamo diventando 'astrazioni nel cyberspazio'; siamo di fronte ad un individuo 'moltiplicato', non per la sua scelta di assumere molteplici identità, ma per ridurlo alla misura delle dimensioni di mercato*”. Para evitar estes inconvenientes, é imperiosa a regulamentação da proteção de dados pessoais.

⁹ Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla privacy. In: *Europa e Diritto Privato*, fasc. 01, pp. 01 – 11, Milão: Giuffrè, 2004. p. 03. No mesmo sentido: FINOCCHIARO, Giusella. *Privacy e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi*. Torino: Zanichelli, 2012. p. 04 – 05.

¹⁰ FINOCCHIARO, Giusella. *Privacy e protezione...*, op. cit., p. 11.

¹¹ Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XV, n. 1, março 1997, pp. 583 – 609. pp. 605 – 606.

Portanto, houve clara violação dos direitos de personalidade do autor, especificamente, a proteção dos dados pessoais e a identidade pessoal, caracterizando, portanto, um acidente de consumo.

2.2 Relação jurídica de consumo por equiparação nos termos do art. 17 do CDC e a caracterização da solidariedade entre os fornecedores

O CDC tutela não só o consumidor *standard* ou padrão, entendido como o destinatário final (art. 2º, *caput*); mas, também, o consumidor *bystander*, considerado a vítima de acidentes de consumo, ou seja, danos causados pela prestação de serviços ou oferecimento do produto no mercado de consumo (art. 17 do CDC).¹² Assim, o alargamento do conceito de consumidor tem a finalidade clara de consagrar um dos direitos básicos do consumidor, qual seja, o direito à efetiva e integral reparação do dano (art. 6º, inc. VI do CDC).¹³

Portanto, no caso em tela não há como se contestar a aplicação dos princípios e direitos consagrados na legislação consumerista. Entre os quais, destaca-se a solidariedade entre os fornecedores que participaram da cadeia de consumo, todos mencionados no art. 3º do CDC, que propõe um conceito amplo de “fornecedor”.

A solidariedade não se presume, decorre de lei ou da vontade das partes. Nas relações de consumo, a solidariedade está expressamente estabelecida no parágrafo único do art. 7º do CDC. Neste sentido, ao consumidor cabe o direito de escolher contra quem irá intentar as medidas cabíveis desde que estiverem envolvidos na “cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço”.¹⁴

Desta forma, pode-se afirmar que a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, em regra, objetiva, impõe o dever solidário de reparar o dano sofrido pelo consumidor *standard* (padrão) em razão da utilização de um produto ou serviço ou pelo *bystander*, isto é, pelas vítimas do dano consideradas consumidoras por equiparação nos termos do art. 17 do CDC.

¹² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 277.

¹³ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 123.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo. Capítulo III – Dos direitos básicos do consumidor. In: *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. pp. 116 – 140. p. 139.

2.3 A responsabilidade civil dos provedores de conteúdo

A internet é um eficaz meio de comunicação a distância e instantânea, isto porque é muito cômodo acessar informações por meio de um terminal (como um computador, *tablet*, *smartphone*, etc.) conectado à internet. De maneira que esta comunicação envolve diversos atores e autores. Os primeiros são os usuários e os diversos tipos de provedores, quais sejam: - provedores de acesso, que viabilizam a conexão do terminal com a web; - provedores de aplicações de internet, compreendidas as diversas funcionalidades desenvolvidas cotidianamente desde que conectadas à internet, desde ferramentas de estudos, pesquisas diversas, de informação, de publicação de conteúdos diversos (de textos e multimídia) e etc.; e - provedores que prestam serviços de hospedagem de *sites* (*hostings*).

Portanto, para que se possa entender as hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva dos provedores, deve-se, preliminarmente, destacar as categorias de provedores, cada qual responde de maneira diversa. Marcel Leonardi¹⁵ explica as espécies de provedores, a saber: provedor de serviços de internet, que é o gênero do qual as demais categorias (provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são espécies.

No julgado ora comentado, o I. Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, destacou estas espécies de provedores, explicando uma a uma. De maneira simplificada, resumimos neste artigo tais espécies de provedores em três categorias: 1) provedor de acesso à internet; 2) provedor de aplicações de internet; e 3) provedor que hospeda sites (*hosting*).

O primeiro, *provedor de acesso*, como o próprio nome indica, é o que realiza a intermediação técnica que viabiliza a conexão dos usuários na *web*. O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, no art. 2º, inciso V, traz a definição de conexão à internet, a saber: “*V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;*”. Assim, o provedor de acesso desenvolve tais atividades que habilitam um terminal (*Personal Computer*, *Tablets*, *Smartphones*, etc.) para o envio e recebimento de pacotes de dados pela rede mundial de computadores atribuindo-lhe um endereço IP (*Internet Protocol*).

¹⁵ *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/14d1ac4973b860b7>>, acessado em 05 de novembro de 2015. pp. 19 a 30.

O segundo, provedor de conteúdo ou de aplicações de internet¹⁶ é o prestador de serviço que viabiliza a difusão de informações, seja em texto seja arquivos multimídia; porém, é vedado o controle prévio do conteúdo gerado pelos usuários das aplicações tendo em vista o princípio da neutralidade da rede estabelecido no art. 9º do Marco Civil da Internet.¹⁷ No caso em análise, a *TV Juiz de Fora*, proprietária do site “i.panorama.com” é provedora de conteúdo, pois no site havia informações; contudo, esta provedora mantinha contrato com a *Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing* através do qual esta última era provedora de hospedagem do site e provedora de conteúdo, na medida em que alimentava o sítio eletrônico.

Desta forma, as atividades exercidas pelos provedores de aplicações de internet são delimitadas na medida em que o Marco Civil da Internet, no art. 5º, inc. VII conceitua *aplicações de internet* como “[...] o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;”. Portanto, as atividades são as mais variadas que dizem respeito a tais funcionalidades.

Por fim, o provedor de hospedagem de sites (*hosters*) é aquele que oferece a tecnologia para que o usuário possa criar e desenvolver uma página na rede. Segundo Giovanni Maria Riccio¹⁸:

¹⁶ O Marco Civil da Internet define aplicações de internet no art. 5º: “VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;”

¹⁷ Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve: I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia; III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

¹⁸ *La responsabilità civile degli internet providers*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 22.

L'host provider, infine, è colui che, tecnicamente, offre agli utenti (*rectius*: ai *content providers*) uno spazio del proprio disco rigido attraverso il quale è possibile – come in gergo si dice – “aprire” un sito: in maniera esemplificativa, anche se attecnicamente, potremmo dire che l’attività di questo operatore consiste nell’“ospitare” i siti internet.

Quanto à prestação de serviços, o provedor de aplicações de internet e o provedor de *hosting* oferecem espaço seja para a publicação de conteúdo (ex. *blogs, facebook, etc.*) seja para a criação e manutenção de uma página de internet.

Quanto aos *hosters*, o art. 14 da Diretiva 2000/31 (sobre comércio eletrônico), semelhantemente, estabelece que estes provedores não se responsabilizam pelo conteúdo gerado por terceiros, porém passam a responder se, após cientificado de qualquer maneira não tomarem nenhuma medida. Assim, o Direito Comunitário Europeu não exige a notificação judicial, *in verbis*:

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that: (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or (b) **the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.** (grifo nosso)

No caso em análise, a proprietária do site “*i.panorama.com*”, a *TV Juiz de Fora*, foi devidamente condenada porque ela autorizou contratualmente que a empresa *Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing* inserisse conteúdo no sítio em nome e por conta da própria *TV*. Portanto, o conteúdo inserido no portal *O Click* é de responsabilidade da própria proprietária, ora condenada pelos danos causados em razão das informações veiculadas. E a proprietária do portal, que é um provedor de hospedagem de *site*, a empresa *Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing*, em tese não responderia por conteúdo gerado pelos *sites* que hospeda. Contudo, no caso em tela, havia um contrato entre estas duas empresas através do qual o provedor de hospedagem assumia total responsabilidade pelo conteúdo veiculado em seu portal.

Todavia, perante o consumidor esta cláusula contratual não tem eficácia, pois pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato, não se pode prejudicar

nem beneficiar terceiros. Além disso, as regras estabelecidas no CDC são de ordem pública, e, por óbvio não podem ser afastadas pela vontade das partes (art. 1º do CDC). De maneira que, este ajuste contratual não tem o “poder” de afastar a regra da responsabilidade objetiva e solidária entre os fornecedores, no caso, os dois provedores de conteúdo (proprietária do *site* e do portal).

O máximo é que esta relação contratual garante à proprietária do *site*, no caso a condenada, a pleitear em regresso a quantia desembolsada para indenizar o consumidor o que corretamente foi entendido pelo I. juízo de 1º grau de Minas Gerais e I. Relator, Ministro Luis Felipe Salomão. Mas este direito não pode prejudicar a defesa do consumidor em juízo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas tecnologias contribuem ao avanço da sociedade informacional, mas simultaneamente traz novos desafios ao Direito e aos tribunais, que não se podem furtar de apreciar a demanda sob o fundamento de ausência de lei sobre o tema. Com efeito, não há lei brasileira que traga regras sobre proteção de dados pessoais. O Marco Civil da Internet trouxe algumas regras relacionadas ao tema, sem esgotar o tema ao fazer referência à lei especial que regulamentará a matéria.

Muito embora não haja lei específica no Brasil, a proteção de dados e o direito à identidade pessoal são direitos de personalidade que devem ser tutelados tendo em vista o imperativo constitucional de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III CF/88).

Em regra, o provedor de conteúdo não responde por conteúdo gerado por terceiro quando tal conteúdo venha a causar dano a outrem. Mas quando tal conteúdo é inserido por agente que o faz em nome e por conta do provedor de conteúdo, ambos passam a ser solidariamente responsáveis porque diretamente envolvidos na cadeia da respectiva prestação de serviço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 997.993 - MG. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 21/06/2012, DJe 06/08/2012.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti dela personalità*. Milão: Giuffré, 1950.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FILOMENO, José Geraldo. Capítulo III – Dos direitos básicos do consumidor. *In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. pp. 116 – 140.

FINOCCHIARO, Giusella. *Privacy e protezione dei dati personali: disciplina e strumenti operativi*. Torino: Zanichelli, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet*. São Paulo, 2005. Disponível em: <<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/14d1ac4973b860b7>>, acessado em 05 de novembro de 2015.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità Costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Tomo II: Interpretazione sistematica e assiologica, situazioni soggettive e rapporto giuridico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

RICCIO, Giovanni Maria. *La responsabilità civile degli internet providers*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo codice sulla *privacy*. *In: Europa e Diritto Privato*, fasc. 01, pp. 01 – 11, Milão: Giuffrè, 2004.

_____. Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali. *In: Rivista Critica del Diritto Privato*, anno XV, n. 1, março 1997, pp. 583 – 609.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RECURSO ESPECIAL N. 1.098.236-RJ (2008/0227112-9)

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Caixa Econômica Federal

Advogados: Marcelo Vasconcellos Roale Antunes e outro(s)
Sergio Luiz Guimarães Farias e outro(s)

Recorrente: Protege S/A Protecao e Transporte de Valores

Advogados: Rhea Sílvia Barros de Mello e outro(s)
Renata da Silva Volango e outro(s)

Recorrido: Os mesmos

Recorrido: Pedro Alves de Souza Filho

Advogado: Tarcísio dos Santos Ticom e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos promovida por transeunte em face de instituição financeira e de empresa de segurança, atingido por projétil disparado com arma de fogo, no momento em que ocorreu tentativa de roubo de malotes de dinheiro retirados em frente à agência bancária, na consecução de operação típica. Instâncias ordinárias, que, ao final, reconheceram a responsabilidade solidária dos demandados.

Insurgências, em separado, da instituição financeira e da empresa de segurança.

Hipótese em que se pretende a condenação solidária de instituição financeira e de empresa de segurança pelos danos morais, estéticos e materiais impostos ao demandante que foi atingido por projétil de arma de fogo (resultando, ao final, na amputação de sua perna na parte inferior ao joelho), por ocasião da tentativa de roubo justamente no momento em que a casa bancária, no desempenho de suas operações cotidianas, retirou ostensivamente malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas.

Em primeira instância, a ação restou julgada procedente em face de instituição financeira, e, extinta, sem julgamento de mérito,

em relação à empresa de segurança. Em sede de recurso de apelação, reforma parcial da sentença, para reintegrar à lide a empresa de segurança, condenando-a em solidariedade com a casa bancária pelos danos suportados pelo demandante.

1. A partir do suporte fático delineado pelas instâncias ordinárias, sobressai evidenciado que a instituição financeira, na consecução de operação própria de sua atividade - levada a efeito, por sua conta e risco, na via pública -, foi alvo de empreitada criminosa, com repercussão na esfera de direito de terceiros. Constata-se, portanto, que houve a retirada ostensiva de malotes de dinheiro (mediante a atuação de empresa de segurança contratada ante iniciativa da instituição financeira), cuja operação foi realizada através da porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas, procedimento adotado pela Caixa Econômica Federal para viabilizar ação intrínseca ao seu empreendimento, inegavelmente.

1.1. A conduta ilícita perpetrada em face da instituição financeira (ainda que ocorrida na via pública), deu-se justamente por ocasião e em razão da realização de atividade bancária típica por ela desempenhada, inserindo-se, nessa extensão, nos riscos esperados do empreendimento desenvolvido, mantida incólume a relação de causalidade.

1.2. O simples fato de a tentativa de roubo ter ocorrido na via pública não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade da instituição financeira ante danos infligidos a terceiro transeunte (consumidor por equiparação), justamente em razão da operação de carga e descarga de dinheiro em malotes ter sido desenvolvida naquele local. Ao assim proceder, os métodos e mecanismos de segurança empregados pela casa bancária deveriam ser mais eficientes, rigorosos e producentes, porquanto expõem, em circunstâncias tais, um número substancialmente maior e impreciso de pessoas aos riscos próprios da atividade que desenvolve, o que robustece sua responsabilidade pelos danos narrados na exordial.

2. A *ratio decidendi* dos precedentes desta Corte de Justiça está justamente no fato de que, no interior das agências, em que há o desenvolvimento, *em grande parte*, das atividades bancárias, as quais naturalmente envolvem a concentração de elevadas somas em dinheiro, o roubo ali praticado insere-se, indene de dúvidas, no

risco do empreendimento desenvolvido pela instituição financeira. Destaca-se: Não é exclusivamente o local, mas também a atividade desempenhada que caracterizam os potenciais riscos.

2.1. Não obstante, caso a atividade bancária venha a ser desenvolvida fora dos limites físicos da agência, também com a movimentação de expressivos valores monetários, a conduta ilícita, ainda que ocorrida na via pública, compreende-se igualmente no risco do empreendimento, devendo a instituição financeira, por isso, responsabilizar-se objetivamente ante danos daí advindos, suportados por clientes ou terceiros.

3. Na hipótese em foco, inexistente dúvida de que o banco demandado, ao operacionalizar sua atividade bancária (retirada e transporte de expressiva quantia em dinheiro em plena via pública, pela porta da frente da agência em local e horário de grande circulação de pessoas), criou riscos a terceiros, devendo, portanto, reparar, de modo pleno, os danos daí advindos.

4. Em relação à empresa de segurança, com mais razão, estas condutas criminosas afiguram-se com alto grau de previsibilidade, sendo inerente à atividade empresarial desempenhada pela recorrente que tem por objeto propiciar, nos termos contratados, proteção e segurança à atividade bancária, e, por consequência, aos clientes e a terceiros.

5. Sobre a condenação por danos morais, não se vislumbra excesso no montante delineado pela Corte local, apto a autorizar a excepcional intervenção deste Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se inviável superar o óbice elencado na Súmula n. 7-STJ.

6. Recursos Especiais improvidos.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo (Presidente) e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 24 de junho de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *Caixa Econômica Federal e Protege S/A Proteção e Transporte de Valores*, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, trata-se de ação de indenização promovida por *Pedro Alves de Souza Filho* em face de *Caixa Econômica Federal e Protege S/A Proteção e Transporte de Valores*, ante danos de ordem material, estético e moral suportados pelo demandante, que, ao transitar pela rua, próximo a uma das agências da primeira demandada, foi atingido por um tiro, por ocasião da tentativa de roubo aos malotes de dinheiro retirados do Banco e transportados pelos seguranças da segunda ré, ocasionando a amputação de sua perna direita, na parte inferior ao joelho. Aduziu, inclusive, que a lesão sofrida fora causada em razão de disparo procedido por funcionários da empresa de segurança, contratada pela instituição financeira ré.

Em sede de contestação, *Protege Proteção e Transporte de Valores S/C Ltda* rechaçou integralmente os fundamentos da exordial, ressaltando ter se pautado de modo diligente no desempenho e cumprimento de seu dever, em atendimento aos procedimentos previstos na Lei n. 7.102/1983, o que exclui sua responsabilização civil, seja pela ocorrência de caso fortuito ou força maior, seja porque incorreu em cumprimento de um dever legal. Refutou, ainda, a alegação de que o artefato causador dos ferimentos e danos ao demandante teria partido das armas utilizadas por seus funcionários (fls. 98-110 - e-STJ).

Por sua vez, a *Caixa Econômica Federal* alegou sua ilegitimidade passiva *ad causam*, já que inviável precisar de qual arma foi desferido o disparo causador do dano, se dos assaltantes, dos policiais militares, ou dos seguranças da empresa ré, não tendo qualquer ingerência sobre os atos destes. Sustentou, ainda, não ter o demandante demonstrado que os valores transportados, objetos da tentativa de roubo, eram oriundos da agência da Caixa. Afirmou que sua responsabilização

estaria fundada - indevidamente - apenas pela proximidade física de sua agência com o local onde os fatos ocorreram. Ressaltou, no ponto, que o evento deu-se na via pública, sendo dever do Estado a prestação da segurança ante tais circunstâncias (fls. 151-161 - e-STJ).

Em primeira instância, o magistrado julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito em relação à Protege Proteção e Transporte de Valores S/C; e, parcialmente procedente a ação em face da Caixa Econômica Federal, para condená-la a ressarcir ao autor: *i*) a título de danos morais, o importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); *ii*) em sede de reparação material, o fornecimento de uma perna mecânica de qualidade média; a quantia de R\$ 13.324,67, gastos com despesas médicas; o valor correspondente à diferença entre o auxílio doença e o seu último salário antes do acidente, durante o período em que recebeu o aludido benefício previdenciário. Todos estes valores “acrescidos até janeiro/2003 de correção monetária pela tabela de precatórios da Justiça Federal, além de juros de 0,5% ao ano e posteriormente da taxa selic (art. 406 do novo CC)”.

O demandante, Pedro Alves de Souza Filho, e a Caixa Econômica Federal manejaram recurso de apelação. O Tribunal de origem conferiu parcial provimento ao recurso do autor, para: a) reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da Protege - Proteção e Transporte de Valores Ltda que, desse modo, responde solidariamente com a CEF pela reparação dos danos morais e materiais; b) condenar os Réus a fornecer periodicamente ao Autor prótese e respectiva meia; ao pagamento de pensão vitalícia, equivalente a 50% (cinquenta por cento) sobre os ganhos do Autor à data do acidente, cujos valores atrasados devem ser acrescidos de juros de mora e de correção monetária, na forma legal; e ao pagamento de custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. No que alude ao apelo da instituição financeira, a Corte local deu-lhe parcial provimento, para “*reformular parcialmente a sentença e, assim, afastar da condenação o pagamento da diferença entre o benefício do auxílio-doença e o último salário do Autor, no período em que este recebeu o benefício previdenciário.*”

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Direito Civil. Instituição bancária. Lei n. 8.078/1990. Responsabilidade civil objetiva. Tentativa de assalto em frente à agência. Ferimento provocado em transeunte. Equiparação a consumidor. Amputação parcial da perna. Dano moral e material. Obrigação de indenizar. Pensão vitalícia. Precedente do STJ.

1 - A Lei n. 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor -, inclui a atividade bancária no conceito de serviço (art. 30, § 20), estabelecendo como objetiva a

responsabilidade contratual do banco (art. 14), que se funda na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa. Na hipótese dos autos, inobstante a ausência de relação contratual entre a CEF e o Autor, este é equiparado a consumidor, a teor do disposto no artigo 17 da referida Lei n. 8.078/1990.

2 - *In casu*, o Autor passava na frente da agência da CEF quando ocorreu tentativa de roubo aos malotes de dinheiro retirados do banco, os quais eram transportados pelos seguranças da firma PROTEGE, ocasionando um cerrado tiroteio do qual veio a sofrer um disparo de arma de fogo em sua perna direita, resultando na amputação na parte inferior do joelho, fatos estes comprovados nos autos, através do inquérito policial que apurou o delito, ao atendimento médico-hospitalar, às despesas médicas efetuadas, a concessão do auxílio-doença no período, tendo o Perito do Juízo concluído pela existência do nexo da causalidade entre os ferimentos ocasionados pelo projétil de arma de fogo (PAF) e a conseqüente amputação da perna, o que gera a obrigação de indenizar.

3 - A empresa *Protege Proteção Transporte de Valores S/C Ltda* deve ser reintegrada ao pólo passivo da demanda, a fim de que responda solidariamente pelos danos causados ao Autor, eis que sua atuação foi determinante para a ocorrência do dano, diante da comprovação de empregados da empresa de vigilância e segurança na causação do evento. Nos termos do art. 932, III, do Código Civil de 2002, o empregador responde pela reparação civil por danos causados no exercício do trabalho que lhe competir ou em razão dele.

4 - O fornecimento da prótese (perna mecânica) e da respectiva meia de proteção deve ser feito de forma periódica, ante a sua durabilidade temporária.

5 - O Autor possui direito à pensão vitalícia, nos termos do art. 950 do novo Código Civil, cujo valor será equivalente a 50% (cinquenta por cento) sobre os ganhos do Autor à data do acidente.

6 - Orientando-me pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, os quais prevêem que a fixação do valor indenizatório pelo dano moral deve levar em conta as circunstâncias da causa, bem como a condição sócio-econômica do ofendido e do ofensor, de modo que o valor a ser pago não constitua enriquecimento sem causa da vítima, e sirva também para coibir que as atitudes negligentes e lesivas venham a se repetir, merece ser mantida a quantia fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

7 - Em face da condenação ao pagamento de pensão vitalícia, deve ser afastada da condenação o pagamento da diferença entre o benefício do auxílio-doença e o último salário do Autor, no período em que este recebeu o benefício previdenciário.

8 - Apelações conhecidas e providas, em parte.

Custas e honorários advocatícios fixados 140% (dez por cento) devidos pelos Réus.

Ante a rejeição dos embargos de declaração, o *decisum* permaneceu inalterado (fls. 439-446 - e-STJ).

Daí os presentes recursos especiais.

A *Caixa Econômica Federal*, em seu apelo, lastrado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, aponta, além de dissenso jurisprudencial, ofensa aos artigos 186, 927 e 944 do Código Civil (fls. 369-377 - e-STJ).

Sustenta, em síntese:

a) inexistência de responsabilidade civil de instituição financeira por danos ocorridos em razão da prática delituosa ocorrida fora das dependências da agência bancária, ou seja, em virtude de roubo perpetrado na via pública;

b) exorbitância do valor da indenização por danos morais, correspondente a cerca de 200 salários mínimos;

A empresa *Protege S/A Proteção e Transporte de Valores*, por sua vez, em sua insurgência, fundada no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, indica violação dos artigos 186, 927 e 1.058, parágrafo único do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial (fls. 458-467 - e-STJ). Em suma, argumenta:

a) os danos suportados pelo demandante são decorrentes de caso fortuito ou de força maior, ou de responsabilidade exclusiva de terceiro;

b) o evento danoso, assim como a conduta criminosa, deram-se fora do estabelecimento bancário, especificamente na via pública, não se podendo, portanto, responsabilizar a instituição financeira ou a empresa de segurança pelos prejuízos ali ocorridos;

c) não demonstração, pelo autor da ação, de que o artefato que atingiu sua perna partiu da arma de seus funcionários;

d) o excesso da indenização por danos morais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): As insurgências não merecem prosperar.

Com efeito.

A controvérsia submetida à análise desta Corte de Justiça centra-se em saber se a instituição financeira, assim como a empresa de segurança, possuem responsabilidade civil ante os danos a que fora submetido transeunte atingido com projétil de arma de fogo (ocasionando, ao final, a amputação de parte de sua perna - a tíbia), quando da tentativa de roubo de malotes retirados de uma agência bancária e transportados por seguranças, em frente ao referido estabelecimento comercial, em plena via pública, portanto.

1. Passa-se, inicialmente, ao enfrentamento do recurso especial manejado pela Caixa Econômica Federal, que, conforme relatado, possui, inclusive, teses convergentes com aquelas exaradas na insurgência da acionada Protege S/A Proteção e Transporte de Valores.

1.1. A argumentação expendida pela instituição financeira demandada, pretendendo eximi-la da responsabilidade pelos danos narrados na inicial, baseia-se, resumidamente, na alegação de que a empreitada criminosa ocorrera na via pública, (e não no interior de sua agência bancária), circunstância que refugiria do risco da atividade por ela desempenhada, inexistindo, nessa medida, dever de segurança.

A aludida tese de defesa, ainda que em abstrato possa se afigurar correta, não tem aplicação na hipótese dos autos, pois o evento roubo – inegavelmente inserido nos riscos inerentes à atividade empresarial desenvolvida por instituições financeiras – *deu-se no momento em que a casa bancária, no peculiar desempenho de suas operações típicas e cotidianas*, retirou ostensivamente malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência, em horário e local de grande circulação de pessoas.

Antes propriamente de adentrar na valoração jurídica dos fatos delineados no acórdão recorrido, releva deixar assente que, justamente em virtude da expressiva movimentação de elevadas somas em dinheiro - circunstância, é certo, inerente à atividade desempenhada pelas instituições financeiras -, crimes contra o patrimônio (tais como roubos, furtos e latrocínios) que venham a vitimar clientes ou terceiros não excluem a responsabilidade da casa bancária, já que não compreendidos, nessa circunstância, no conceito de caso fortuito ou força maior.

Assim, a instituição financeira responde objetivamente pelos fatos e vícios decorrentes de sua atividade, em observância a teoria do risco do empreendimento, encampada pela jurisprudência desta Corte já sob a égide do Código Civil de 1916 (REsp n. 397.304-BA, Rel. Ministro *Aldir Passarinho*

Junior, Quarta Turma, julgado em 17.10.2002, DJ 10.2.2003, p. 216; AgRg no Ag n. 290.359-SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi, Terceira Turma*, julgado em 25.9.2000, DJ 23.10.2000, p. 141; REsp n. 331.359-MG, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma*, julgado em 2.4.2002, DJ 10.6.2002, p. 215; REsp n. 230.180-SP, Rel. Ministro *Barros Monteiro, Quarta Turma*, julgado em 16.10.2001, DJ 25.3.2002), bem como pelo atual ordenamento jurídico nacional, por meio da lei substantiva civil, em seu artigo 927, parágrafo único, assim como no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14.

Não é demasiado deixar assente, ainda, que, por expressa determinação contida na Lei n. 7.102/1983, as instituições financeiras, no exercício de suas atividades, possuem o dever de segurança em relação ao público em geral (clientes ou consumidores por equiparação), encargo, é certo, que não pode ser afastado em razão de condutas criminosas praticadas por terceiros (roubo, furto, latrocínio, etc), notadamente em virtude da previsibilidade de tais ocorrências no âmbito da atividade bancária.

Haverá, portanto, responsabilidade do banco, independente da comprovação de culpa, se os fatos danosos suportados por clientes ou terceiros afigurarem-se como desdobramentos, conseqüências do risco do empreendimento por ele desenvolvido, especificamente quando do desenvolvimento de operação típica e genuinamente bancária.

A peculiaridade do caso dos autos - e que merece o enfrentamento, salvo engano, inédito por parte deste Colegiado -, consiste no fato de que a empreitada criminosa, deu-se na via pública, portanto, fora da agência bancária. Não obstante, conforme apurado ante as instâncias ordinárias, todo o episódio ocorreu no âmbito de operação bancária, inerente ao empreendimento desenvolvido pela instituição financeira.

De acordo com os elementos fático-probatórios reunidos nos autos, imutáveis na presente via especial, no dia 14 de março de 1996 (quinta-feira), às 18:30, o recorrido, ao transitar nas imediações da agência bancária da Caixa Econômica Federal, situada no Centro de Duque de Caxias, foi atingido por um projétil de arma de fogo por ocasião de uma tentativa de roubo de malotes de dinheiro, retirados pela casa bancária *no desempenho de sua atividade* e transportados por seguranças da firma Protege -, resultando, ao final, na amputação de sua perna, na parte inferior ao joelho.

Pela pertinência, transcreve-se o seguinte excerto do acórdão impugnado:

No caso em tela, foram relatados os seguintes fatos na exordial: “No dia 14 de março de 1996 (quinta-feira), após a sua jornada de trabalho, por volta das 18:30h, o autor passava pela Rua José de Alvarenga (calçadão), no centro de Duque de Caxias, próximo à CEF (1 Ré), quando ocorreu uma tentativa de roubo aos malotes de dinheiro retirados da Caixa e transportados pelos seguranças da firma PROTEGE (2 Ré), praticada por assaltantes, resultando em cerrado tiroteio, com uma vítima fatal e feridos em um total de 09 pessoas, entre estas o autor”, que “foi socorrido no Hospital Duque de Caxias, posteriormente transferido no mesmo dia para o Hospital da Posse em Nova Iguaçu, e no dia seguinte para o Hospital COTEFIL em Duque de Caixas, permanecendo até o dia 17.3.1996, sendo novamente transferido para o H.C.E., onde, no dia 18 de março, portanto, 04 dias após, foi amputada sua perna direita, na parte inferior ao joelho, provocada pelo disparo de arma de fogo – PAF (docs. 5-8)”. *A veracidade de tais fatos consta dos documentos constantes dos autos (fls. 08-71), os quais se referem ao inquérito policial que apurou o delito, ao atendimento médico-hospitalar do Autor, às despesas médicas efetuadas, bem como à concessão do auxílio-doença, no período. [...] Com efeito, em que pese o fato de o assalto ter ocorrido em via pública, não é difícil reconhecer que as condições específicas para sua ocorrência foram criadas pela própria CEF, ou seja, foi esta quem, para facilitar os seus negócios, criou o procedimento da entrega de malotes pela porta da frente da agência, em plena via pública, procedimento este que é alvo constante da ação de ladrões. (grifos desta Relatoria)*

A partir do suporte fático delineado pelas instâncias ordinárias, sobressai evidenciado que a instituição financeira, na consecução de operação própria de sua atividade - levada a efeito, por sua conta e risco, na via pública -, foi alvo de conduta ilícita, com repercussão na esfera de direito de terceiros. Constata-se, pois, que a retirada ostensiva de malotes de dinheiro (por empresa de segurança contratada), pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas, foi o procedimento adotado pela Caixa Econômica Federal para viabilizar ação intrínseca ao seu empreendimento, inegavelmente.

Nesse contexto, afiguram-se indissociáveis entre si o evento roubo (inserido nos riscos inerentes à atividade desempenhada pelas instituições financeiras), os fatos danosos daí advindos e o *desempenho de operação própria do empreendimento bancário (retirada de malotes da agência e transporte de valores), independente do local em que estas circunstâncias ocorreram.*

Como assinalado, responde a instituição financeira objetivamente pelos fatos e vícios decorrentes de sua atividade, nos termos do artigo 14 da lei consumerista que preconiza a teoria do risco do empreendimento, encontrando-se o recorrido, na condição de vítima do evento, como consumidor por equiparação, conforme dispõe o artigo 17 do aludido diploma legal.

Na hipótese em foco, a tentativa de roubo perpetrada em face da instituição financeira (ainda que ocorrida na via pública), deu-se justamente por ocasião da realização de atividade bancária por ela desempenhada, inserindo-se, nessa extensão, nos riscos esperados do empreendimento desenvolvido, mantida incólume a relação de causalidade.

Destaca-se, por oportuno, o Enunciado n. 479 da Súmula do STJ, *in verbis*: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros **no âmbito de operações bancária**”.

Nessa medida, o simples fato de o ilícito penal sob comento ter ocorrido na via pública não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade da instituição financeira pelos danos suportados por terceiros (consumidor por equiparação), *se este foi justamente o local por ela eleito para desempenhar operações inerentes a sua atividade*.

Aliás, ao assim proceder, o mecanismo de segurança empregado pela casa bancária deveria ser mais diligente, rigoroso e producente, porquanto, nas circunstâncias em que optou levar a termo as operações típicas de seu labor, conseqüente e forçosamente introduziu e expôs na esfera dos riscos inerentes da sua atividade um contingente de pessoas que involuntariamente tornaram-se circunstâncias à operação levada à execução, o que robustece sua responsabilidade pelos danos narrados na exordial.

Feitas tais considerações, relevante anotar que os inúmeros precedentes desta Corte de Justiça que reconhecem a responsabilidade das instituições financeiras pelos danos decorrentes de roubos perpetrados no interior de suas agências não possuem, a toda evidência, o condão de infirmar a conclusão do presente voto, tal como quer fazer crer a ora insurgente.

A *ratio decidendi* dos julgados está justamente no fato de que, no interior das agências, em que há o desenvolvimento, *em grande parte*, das atividades bancárias, as quais naturalmente envolvem a concentração de elevadas somas em dinheiro, o crime contra o patrimônio ali praticado insere-se, indene de dúvidas, no risco do empreendimento desenvolvido pela instituição financeira. Destaca-se: Não é exclusivamente o local, mas também as atividades desempenhadas que caracterizam o potencial de risco.

Assim, caso a atividade bancária venha a ser desenvolvida fora dos limites físicos da agência, também com a movimentação de expressivos valores monetários, a conduta ilícita, ainda que ocorrida na via pública, compreende-se

igualmente no risco do empreendimento, devendo a instituição financeira, por isso, responsabilizar-se objetivamente por danos daí advindos, suportados por clientes ou terceiros.

Em conclusão: se, em virtude do desenvolvimento de sua atividade bancária, a instituição financeira, ao mesmo tempo em que lucra, cria riscos a terceiros, deve por eles responder integralmente, não sendo absolutamente decisivo, para tanto, o local em que a situação de perigo tenha ocorrido.

Na hipótese em foco, inexistente dúvida de que o banco demandado, ao operacionalizar sua atividade bancária (retirada e transporte de expressiva quantia em dinheiro em plena via pública, pela porta da frente da agência em local e horário de grande circulação de pessoas), criou riscos a terceiros, devendo, portanto, reparar, de modo pleno, os danos daí advindos.

1.2. Especificamente quanto ao dano moral, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para sua quantificação, esta Corte Superior tem reiteradamente se pronunciado no sentido de que a indenização deve ser suficiente para atenuar o sofrimento imposto à vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido.

Com a apreciação reiterada de casos semelhantes, concluiu-se que a intervenção desta Corte ficaria limitada aos casos em que o *quantum* fosse irrisório ou excessivo, diante do quadro fático delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, e ao nível sócio-econômico do recorrido, orientando-se a Corte de piso pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida (REsp n. 259.816-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 27.11.2000).

Na hipótese em tela, o ora recorrido, quando da tentativa de roubo, foi atingido por um projétil que, ao final, propiciou a amputação de sua perna na parte inferior ao joelho. Em virtude do incontroverso abalo moral suportado, o magistrado de piso fixou a condenação, a título de danos morais, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por ocasião da prolação da sentença (agosto de 2004, perfazendo aproximadamente 192 salários mínimos à época - R\$ 260,00).

No ponto, é importante enfatizar que, em situações assemelhadas a dos autos (dano moral decorrente da amputação de membro), esta Corte de Justiça fixou a indenização, inclusive, em patamares superiores, sempre levando em consideração as peculiaridades de cada caso, conforme dão conta os seguintes precedentes: EDcl no AgRg no REsp n. 1.345.471-SP, Relatora Ministra *Nancy Andrigbi, Terceira Turma*, DJe 24.2.2014 (500 salários mínimos); AgRg no Ag n. 1.314.772-SP, Relator Ministro *Massami Uyeda, Terceira Turma*, DJe 3.2.2011 (300 salários mínimos); REsp n. 970.644 Relator Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, [decisão unipessoal]; data da publicação 16.8.2013 (200 salários mínimos); AREsp n. 180.207 Relatora Ministra *Maria Isabel Gallotti*, [decisão unipessoal]; data da publicação 5.2.2013 (200 salários mínimos);

Frente a esse contexto, não se vislumbra excesso no montante delineado pela Corte local, apto a autorizar a excepcional intervenção deste Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se inviável superar o óbice elencado na Súmula n. 7-STJ.

1.3. Portanto, a insurgência recursal manifestada pela Caixa Econômica Federal, em todos os seus termos, não merece acolhimento.

2. Passa-se, doravante, ao enfrentamento do recurso especial intentado pela empresa de segurança, Protege S/A Proteção e Transporte de Valores, que, conforme assinalado, teceu argumentos, em parte, idênticos aos expendidos pela casa bancária.

2.1. Sobre as teses: *i)* exclusão da responsabilidade em virtude dos fatos danosos suportados pelo recorrido terem ocorrido na via pública; *ii)* exorbitância dos valores fixados, a título de dano moral, convergentes com aquelas manifestadas pela Caixa Econômica Federal, reporta-se aos fundamentos deduzidos quando da análise do recurso especial intentado por esta última.

2.2. No que alude à argumentação de que o evento roubo consubstanciaria caso fortuito ou força maior, o que afastaria o dever de indenizar da empresa de segurança, razão não lhe assiste.

Conforme assinalado, eventos como roubos, furtos, latrocínios e outros não afastam a responsabilidade da instituição financeira pelos danos suportados por clientes e consumidores por equiparação, já que tais riscos são inerentes à atividade bancária, devendo, inclusive, por lei, conferir proteção ao público em geral.

Em relação à empresa de segurança, com mais razão, estas condutas criminosas afiguram-se com alto grau de previsibilidade, sendo inerente à

atividade empresarial desempenhada pela recorrente que tem por objeto justamente propiciar, nos termos contratados, proteção e segurança à atividade bancária, e, por consequência, aos clientes e a terceiros.

Nesse contexto, não há como deixar de reconhecer a responsabilidade solidária da instituição financeira e da empresa de segurança, que, de acordo com a moldura fática-probatória delineada no aresto impugnado, teve atuação determinante para a ocorrência dos fatos danosos noticiados nos autos, especialmente quando procedeu à retirada dos malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas. Nesse aspecto, aliás, mostra-se irrelevante saber se o projétil que atingiu a perna do recorrido partiu de arma de fogo portada por funcionário da empresa de segurança.

É remansosa a jurisprudência desta Corte de Justiça que reconhece, tal como na hipótese dos autos, a responsabilidade solidária da instituição financeira e da empresa de segurança pelos danos ocasionados a terceiros, oriundos de condutas criminosas.

A propósito:

Direito Civil. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Responsabilidade civil. Assalto à mão armada ocorrido nas dependências de estacionamento mantido por agência bancária. Oferecimento de vaga para clientes e usuários.

Corresponsabilidade da instituição bancária e da administradora do estacionamento. Indenização devida.

1. A instituição bancária possui o dever de segurança em relação ao público em geral (Lei n. 7.102/1983), o qual não pode ser afastado por fato doloso de terceiro (roubo e assalto), não sendo admitida a alegação de força maior ou caso fortuito, mercê da previsibilidade de ocorrência de tais eventos na atividade bancária.

2. *A contratação de empresas especializadas para fazer a segurança não desobriga a instituição bancária do dever de segurança em relação aos clientes e usuários, tampouco implica transferência da responsabilidade às referidas empresas, que, inclusive, respondem solidariamente pelos danos.*

3. Ademais, o roubo à mão armada realizado em pátio de estacionamento, cujo escopo é justamente o oferecimento de espaço e segurança aos usuários, não comporta a alegação de caso fortuito ou força maior para desconstituir a responsabilidade civil do estabelecimento comercial que o mantém, afastando, outrossim, as excludentes de causalidade encartadas no art. 1.058 do CC/1916 (atual 393 do CC/2002).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp n. 844.186-RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19.6.2012, DJe 29.6.2012)

Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Recurso especial. Empresa de vigilância e estabelecimento bancário. Homicídio. Vigilante que atua em legítima defesa. Sentença absolutória transitada em julgado. Coisa julgada para a jurisdição civil.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. *O reconhecimento da legítima defesa do vigilante no juízo criminal não implica, automaticamente, a impossibilidade da parte autora requerer indenização pelos danos ocorridos, especialmente quando, como no caso ora em análise, pugna pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Banco e da Empresa de Vigilância, obrigados em face do risco da atividade.*

5. Em relação à alegada culpa exclusiva da vítima, a revisão das conclusões realizadas com base no arcabouço fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias é vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

6. Em relação ao Banco, o acórdão já transitou em julgado, porquanto o Agravo de Instrumento interposto sob o n. 631.221-RJ não foi conhecido por esta Corte (decisão publicada em 12.11.2004 e transitada em julgado em 23.11.2004).

7. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme decidido na ADI n. 259.

8. Tendo em vista a existência de defeito no serviço prestado (art. 14, § 1º, do CDC), o qual ocasionou a morte do companheiro da autora, aplica-se o disposto no art. 14 do CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva do Banco.

9. *Respondem solidariamente pela indenização todos os responsáveis pelo acidente de consumo, inclusive os terceiros que prestaram serviço mediante contratação.*

10. *Face o risco profissional da atividade bancária, a instituição financeira obrigada pela Lei n. 7.102/1983 a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a segurança de seus clientes e funcionários.*

11. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais), correspondente à 500 salários mínimos atuais. Correção monetária a partir da presente data e juros moratórios a partir do evento danoso.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

(REsp n. 686.486-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14.4.2009, DJe 27.4.2009)

Civil e Processual. Roubo de malote bancário. Responsabilidade. Transporte. Contrato. Matéria de fato. Súmulas n. 5 e n. 7-STJ força maior não caracterizada. Recurso especial desprovido.

I. "A simples interpretação de clausula contratual não enseja recurso especial" (Súmula n. 5-STJ).

II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).

III. *O transporte de malotes sob guarda de empresa contratada pela instituição financeira é de sua inteira responsabilidade, de sorte que não constitui, em tal caso, força maior o roubo de malote contendo numerário em espécie.*

IV. Recurso especial desprovido. (REsp n. 965.520-PE, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 1º.7.2010). E ainda: 4ª Turma, AgRg no Ag n. 450.101-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, unânime, DJU de 17.2.2003)

Desse modo, sopesadas as circunstâncias fáticas dos autos, não merece reparos o acórdão impugnado que, ao final, reconheceu a responsabilidade solidária da empresa de segurança.

2.2. Sem êxito, portanto, a insurgência recursal manifestada pela Protege S/A Proteção e Transporte de Valores.

3. Do exposto, *nego provimento* aos recursos especiais manejados, em separado, por Caixa Econômica Federal e por Protege S/A Proteção e Transporte de Valores.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

*Héctor Valverde Santana*¹

O Recurso Especial n. 1.098.236/RJ versa sobre responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do serviço. O evento motivador da demanda judicial

¹ Juiz Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

ocorreu no dia 14 de março de 1996, por volta das 18:30 h., quando o autor da ação (Pedro Alves de Souza Filho) caminhava pela Rua José de Alvarenga (calçadão), na área central da cidade de Duque de Caxias-RJ, próximo à agência da Caixa Econômica Federal (CEF). Alguns assaltantes tentaram roubar malotes de dinheiro retirados da agência da Caixa Econômica Federal e que estavam sendo transportados pela empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores. A tentativa criminosa foi rechaçada pelos empregados da empresa de proteção e transporte de valores mediante intenso tiroteio, em plena via pública, resultando em uma vítima fatal e mais nove vítimas de lesões corporais.

Pedro Alves de Souza Filho foi atingido por projétil disparado por arma de fogo, ferindo-o na parte inferior da perna direita. Em seguida, foi socorrido no Hospital Duque de Caxias, porém no mesmo dia foi transferido para o Hospital da Posse, na cidade de Nova Iguaçu-RJ, e no dia seguinte foi removido para o Hospital Cotefil, localizado na cidade de Duque de Caxias-RJ, onde permaneceu até o dia 17 de março de 1996, quando foi transferido novamente para o H.C.E. No dia 18 de março de 1.996, quatro dias após ter recebido o tiro, teve amputada sua perna direita, na parte inferior ao joelho, como decorrência direta da lesão provocada pelo projétil disparado por arma de fogo.

A vítima Pedro Alves de Souza Filho promoveu ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos contra a Caixa Econômica Federal (CEF) e Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores. Alegou que sofreu danos em razão de disparo de arma de fogo de um dos empregados da empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores, por ocasião de tentativa de roubo de malotes de dinheiro, em plena via pública, no centro da cidade de Duque de Caxias-RJ. Afirmou que a responsabilidade civil da Caixa Econômica Federal (CEF) decorre da contratação da empresa Protege S/A para proteção e transporte de malotes de dinheiro de sua agência na cidade de Duque de Caxias-RJ.

A Caixa Econômica Federal (CEF) apresentou contestação alegando ser parte ilegítima passiva *ad causam* da demanda porque não havia como precisar de qual arma foi feito o disparo do projétil que atingiu a parte inferior da perna direita do autor Pedro Alves de Souza Filho, se dos assaltantes, dos Policiais Militares ou dos empregados da empresa de segurança e transporte de valores. Sustentou, ainda, que não havia prova de que os valores transportados, objeto da tentativa de roubo, eram oriundos da agência da Caixa Econômica Federal (CEF) em Duque de Caxias-RJ. Destacou que não havia responsabilidade

da Caixa Econômica Federal (CEF) porque o evento danoso ocorreu fora da agência bancária, em plena via pública.

A empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores contestou a ação e refutou qualquer responsabilidade pela reparação dos danos sofridos pelo autor Pedro Alves de Souza Filho. Registrou que desempenhou sua atividade empresarial de forma diligente, observando os procedimentos determinados pela Lei n. 7.102/1983. Sustentou que houve caso fortuito e força maior, circunstâncias que excluem o nexo de causalidade entre a atividade da empresa e o dano sofrido pela vítima. Finalmente, negou que o projétil que atingiu a vítima fora disparado por arma de fogo de um de seus empregados.

O Juízo Federal de Primeiro Grau julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, ao reconhecer a ilegitimidade passiva da empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos em relação à Caixa Econômica Federal (CEF), condenando-a a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais; R\$ 13.324,67 (treze mil, trezentos e vinte e quatro reais e sessenta e sete centavos) a título de danos materiais (despesas médicas); o valor correspondente à diferença entre o auxílio doença e o salário que a vítima percebia na época do evento danoso, durante o período em que recebeu o auxílio doença; determinou que todas as verbas deveriam ser acrescidas até o mês de janeiro de 2003 de correção monetária pela tabela de precatórios da Justiça Federal, mais juros de 0,5% ao ano e posteriormente com a incidência da Taxa Selic, nos termos do art. 406 do Código Civil.

O autor Pedro Alves de Souza Filho e a Caixa Econômica Federal interpuseram recursos de apelação ao Tribunal Regional Federal da Segunda Região. O recurso de apelação do autor Pedro Alves de Souza Filho foi parcialmente provido para o fim de reconhecer a legitimidade passiva da empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores, imputando-lhe responsabilidade solidária com a Caixa Econômica Federal (CEF) pela reparação dos danos sofridos pela vítima. O parcial provimento do recurso de apelação do autor também alcançou a pretensão condenatória de fornecimento de prótese e respectiva meia, bem como o pagamento de pensão vitalícia correspondente a 50% (cinquenta por cento) do rendimento da vítima à data do evento danoso, cujos valores deveriam ser acrescidos de juros e correção monetária, na forma da lei. As empresas réis foram condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez

por cento) sobre o valor da condenação. Por outro lado, o recurso de apelação da Caixa Econômica Federal foi parcialmente provido para o fim de excluir da condenação o pagamento de valor correspondente à diferença entre o benefício previdenciário (auxílio doença) e o último salário da vítima durante o período em que recebeu o aludido auxílio doença.

A Caixa Econômica Federal (CEF) e a empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores, amparadas no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, interpuseram recursos especiais sob os fundamentos de dissenso jurisprudencial e ofensa aos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil.

A questão jurídica analisada se enquadra no conceito de relação de consumo, razão pela qual foi corretamente decidida mediante a aplicação das normas protetivas instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). No caso concreto são identificados os sujeitos da relação de consumo (elementos subjetivos): de um lado os fornecedores Caixa Econômica Federal (CEF) e a empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores (art. 3º, *caput*, do CDC); no outro pólo subjetivo se apresenta o consumidor equiparado Pedro Alves de Souza Filho (art. 17 do CDC). O elemento objetivo da relação de consumo é a prestação de serviços bancário e de proteção e transporte de valores, mediante remuneração, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Ressalte-se, portanto, que as normas do Código Civil relativas à responsabilidade civil somente são aplicáveis às relações de consumo em caráter subsidiário, desde que compatíveis com a natureza do microssistema protetivo inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor, que por sua vez regulamenta no plano infraconstitucional o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal).

A identificação dos fornecedores no caso concreto não apresenta dificuldade, pois tanto a Caixa Econômica Federal (CEF) quanto a empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores desenvolvem atividades de prestação de serviços remunerados no mercado de consumo (art. 3º, *caput*, do CDC). Entretanto, a configuração da vítima Pedro Alves de Souza Filho como consumidor demanda uma reflexão mais aprofundada. Considera-se consumidor padrão ou *standard* toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final (art. 2º, *caput*, do CDC). Desta forma, Pedro Alves de Souza Filho (vítima) não pode ser considerado como consumidor padrão ou *standard*, pois, à evidência, conforme acima relatado, não adquiriu ou utilizou qualquer produto ou serviço das empresas rés.

O Código de Defesa do Consumidor equipara a vítima do acidente de consumo a consumidor (art. 17).² Cuida-se do consumidor vítima ou *bystander*, cuja proteção jurídica em questão está relacionada à reparação dos danos decorrentes de defeitos dos produtos e serviços, com violação do dever de segurança imposto ao fornecedor que desenvolve atividade de mercado. O fornecedor é responsabilizado não somente em relação aos danos causados ao consumidor padrão ou *standard*, mas também é obrigado a reparar o dano quanto ao terceiro que sofre as conseqüências materiais e morais do evento danoso classificado como acidente de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor assegura a reparação integral do dano material e moral sofrido pelo consumidor (art. 6º, VI). Na linha de inovação no sistema de reparação de dano no direito brasileiro, a legislação consumerista prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor, com base na teoria do risco da atividade, risco do negócio ou risco empresarial (arts. 12, *caput* e 14, *caput*, ambos do CDC), excepcionando apenas a hipótese de responsabilidade subjetiva do profissional liberal, nos termos do art. 14, § 4º, do CDC.³ Na relação de consumo não se exige a demonstração da culpa do agente causador do dano para se configurar o dever de indenizar a vítima pelos danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos ou com vícios de qualidade ou quantidade. Portanto, improcedente a tese dos réus (Caixa Econômica Federal e Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores) que pretenderam a aplicação do art. 186 do Código Civil ao caso concreto. O ato ilícito de natureza subjetiva (art. 186 do Código Civil) que exige a demonstração de negligência ou imprudência para a configuração do ato ilícito, circunstância dispensada quando se trata de responsabilidade objetiva na relação de consumo.

O evento danoso (suporte fático) em questão foi adequadamente classificado como fato do serviço (acidente de consumo). O sistema de proteção do consumidor revela quatro possíveis situações danosas: a) fato do produto ou serviço (acidente de consumo); b) vício do produto ou serviço; c) dano moral; d) inadimplemento contratual. A correta classificação do evento danoso é medida imperativa, pois existem conseqüências legais distintas para cada situação representativa de dano sofrido pelo consumidor.



² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 389.

³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

De forma resumida, o fato (acidente de consumo) é o evento danoso decorrente de defeito (insegurança) do produto ou serviço, cuja repercussão atinge a esfera externa do consumidor.⁴ O vício relacionado à qualidade ou quantidade do produto ou serviço, tornando-os impróprios ou inadequados ao consumo. O dano moral é a ofensa aos direitos da personalidade, especificamente quanto aos atributos relacionados à integridade física, psíquica ou moral do consumidor. O inadimplemento contratual se caracteriza pelo descumprimento do contrato de consumo, ensejando a possibilidade de sua extinção e o retorno ao estado anterior à contratação, bem como a apuração de eventuais perdas e danos.

A situação fática em questão versa sobre o fato do serviço, porquanto houve prestação defeituosa de atividade bancária e de proteção e transporte de valores, uma vez que a tentativa de roubo de malotes de dinheiro resultou em uma vítima fatal e nove vítimas de lesões corporais, dentre estas, o autor da ação Pedro Alves de Souza Filho. O fato do serviço se caracterizou na medida em que houve prestação de serviço insegura, com resultado danoso, devendo as empresas rés responderem pela violação do dever de segurança que o consumidor (a vítima, no caso concreto) legitimamente esperava no desenvolvimento da respectiva atividade bancária.

A solidariedade não se presume, mas deve necessariamente decorrer da lei ou da vontade das partes na relação contratual (art. 265 do Código Civil). O Código de Defesa do Consumidor optou por estabelecer a solidariedade entre os fornecedores em face dos danos sofridos pelo consumidor. Na relação de consumo a solidariedade é legal (art. 7º, parágrafo único, do CDC), prevista como forma ampliativa da efetiva reparação do dano sofrido pelo consumidor.⁵ A idéia de solidariedade entre os fornecedores é reforçada pela vedação de cláusula contratual que atenua, impossibilite ou exonere a obrigação de reparação de danos em caso de acidente de consumo (art. 25, § 1º e art. 51, I, ambos do CDC).

O provimento do recurso de apelação do autor quanto ao reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* da empresa Protege S/A – Proteção e Transporte de Valores aplicou corretamente a legislação consumerista que

⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2.010. p. 121.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 130-133.

contempla a solidariedade legal entre os prestadores de serviço, especialmente no caso concreto em que se configurou, de forma inequívoca, o nexu causal entre a atividade de transporte de valores e o dano sofrido pelo consumidor equiparado Pedro Alves de Souza Filho.

O resultado danoso consistente na amputação da perda direita do autor Pedro Alves de Souza Filho, abaixo do joelho, configura, de forma inequívoca, ofensa a direito da personalidade, no atributo da integridade física. O dano moral decorre *in re ipsa* da violação de direito da personalidade. No caso em comento, o *an debeatur* do dano moral não gera controvérsia. A questão da quantificação (*quantum debeatur*) é que apresenta recorrentemente dificuldades. O valor do dano moral não encontra parâmetro legal, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência desenvolvem esforços para a fixação casuística, pois toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Nessa linha de raciocínio, o dano moral deve ser fixado mediante a observância de critérios gerais como a proporcionalidade, a razoabilidade e o prudente arbítrio do julgador. Existem, ainda, critérios específicos para a quantificação do dano moral, a exemplo da intencionalidade da conduta ou omissão ilícita do agente causador do dano, a repercussão social do dano moral, o potencial econômico do agente causador do dano, a alteração anímica provocada na vítima e as condições pessoais da vítima.⁶

Não remanescem dúvidas de que as empresas réis detém expressiva capacidade econômica. Considera-se que no caso em questão houve intensa repercussão social do fato, pois, à evidência, um tiroteio no meio da rua, no horário de encerramento de atividades laborais, com uma vítima fatal e nove vítimas de lesões corporais, não poderia ser considerado como fato corriqueiro em uma sociedade que se pretende organizada. Reconhece-se, ainda, que houve profunda alteração anímica da vítima, uma vez que, como resultado final, ficou sem a parte inferior da perna direita. Destaque-se, da mesma forma, que a vítima era um trabalhador, que dependia de sua atividade laboral para o custeio de sua vida pessoal e, naturalmente, contribuía para o sustento familiar. Portanto, a quantificação do dano moral poderia ser fixada em valor superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a fim de atender a função compensatória

⁶ SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 162.

da vítima, punitiva das empresas réis e preventiva quanto a ocorrência de fatos semelhantes (teoria do valor do desestímulo).

A questão mais complexa que o caso concreto em comento encerra é sobre a responsabilidade civil da Caixa Econômica Federal (CEF) por dano ocorrido em razão de tentativa de assalto ocorrido fora da agência bancária. Registre-se que não remanescem dúvidas sobre a responsabilidade civil do banco quando a ocorrência criminosa se verifica dentro da agência bancária, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁷

Argumentou-se que a ação criminosa (tentativa de roubo de malotes de dinheiro) ocorrida em via pública não ensejaria a responsabilidade civil do banco, pois se amoldaria ao caso fortuito ou a força maior, circunstâncias que promovem o rompimento do nexo causal e, conseqüentemente, a exclusão da obrigação de indenizar do banco. A tese de defesa, não obstante ter sido muito bem elaborada, foi exemplarmente refutada pelas três instâncias do Poder Judiciário. Considerou-se que a retirada de malotes de dinheiro da agência bancária é atividade própria da instituição financeira. Destacou-se que a operação foi levada a efeito por conta e risco da instituição financeira, especialmente pela opção de transporte dos malotes de dinheiro pela porta da frente da agência bancária, em plena via pública, em horário de grande fluxo de pessoas. Entendeu-se que a operação de transporte de malotes se deu por ocasião e em razão da atividade bancária típica desenvolvida pela Caixa Econômica Federal (CEF), devendo ser caracterizado como fortuito interno, razão pela qual restou configurado o nexo causal entre a atividade bancária e o dano sofrido pela vítima Pedro Alves de Souza Filho.

Em linha de conclusão, o Recurso Especial n. 1.098.236/RJ, julgado pela Egrégia Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Min. Marco Buzzi, aplicou corretamente a legislação nacional sobre a responsabilidade civil pelo fato do serviço (art. 14, caput, do CDC). O caso concreto apresenta algumas peculiaridades que o afasta da normalidade dos casos de responsabilidade civil do fornecedor.

O debate sobre a responsabilidade subjetiva foi afastado, pois houve o correto enquadramento do caso concreto como relação jurídica de consumo, que por sua vez contempla a responsabilidade objetiva do fornecedor, fundada na teoria do risco proveito, risco da atividade ou risco empresarial. Houve coerente

⁷ STJ, REsp. 1.045.897/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.

interpretação e aplicação do conceito de consumidor equiparado previsto no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, entendido como a vítima do evento danoso que não teve relação de aquisição ou utilização do serviço bancário diretamente com os réus da ação.

A solidariedade dos fornecedores (prestadores de serviço) foi confirmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, promovendo a eficácia do disposto no art. 7º, parágrafo único, do CDC, e ampliando a possibilidade de efetiva reparação dos graves danos sofridos pela vítima.

A amputação da parte inferior da perna direita da vítima em razão de projétil disparado por arma de fogo revela, de forma inquestionável, a lesão a direito da personalidade da vítima, cujo dano moral se configura *in re ipsa*. Entretanto, a quantificação do dano moral, consideradas as circunstâncias do caso concreto, poderia alcançar valor mais elevado a fim de propiciar solução mais adequada do ponto de vista da compensação da vítima, punição das empresas réas e prevenção de fatos semelhantes.

Finalmente, o julgamento em comento deve servir de orientação para as instâncias ordinárias e também para o próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, porquanto apreendeu corretamente o suporte fático, identificou a relação jurídica de consumo e aplicou a legislação protetiva de forma exemplar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.045.897/DF, Relatora: Min. Nancy Andriighi, julgado em 24.05.2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RECURSO ESPECIAL N. 1.127.403-SP (2009/0043658-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relator para o acórdão: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A

Advogados: Osmar Mendes Paixão Côrtes

Alexandre Romero da Mota e outro(s)

Recorrido: Regiane Coímbra Muniz de Góes Cavalcanti e outros

Advogados: Antônio Carlos de Sant'anna e outro(s)

Helmo Ricardo Vieira Leite

Recorrido: Delta Móveis Indústria e Comércio Ltda.

Advogado: Marcos Gonzaga de Camargo Ferreira e outro(s)

Interessado: Griffé Comercial Ltda.

EMENTA

Recurso especial. Ação de rescisão contratual de compra e venda para fabricação e instalação de cozinhas planejadas cumulada com repetição de indébito. Instâncias ordinárias que julgaram procedente a ação para declarar rescindidos os contratos e condenar os réus (lojista, fabricante e banco), solidariamente, a devolver aos autores as quantias despendidas, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios. Insurgência da casa bancária. Contrato coligado amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações), deduzido o valor da entrada/sinal. Recurso especial conhecido em parte e na extensão, parcialmente provido para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária no tocante à integralidade dos valores desembolsados pelos autores, remanescendo o dever de restituir os importes recebidos mediante boleto bancário devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora a contar da citação por se tratar de responsabilidade contratual.

1. Não se conhece do recurso especial no tocante à alínea **c** do permissivo constitucional, pois o recorrente não logrou demonstrar

a divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

2. No concernente à apontada violação aos artigos 927 e 944 do Código Civil de 2002, incide o óbice da Súmula n. 284-STF, porquanto a ausência de demonstração de que modo teria ocorrido o malferimento dos referidos dispositivos não permite verificar se a legislação federal infraconstitucional restou, ou não, malferida.

3. Em que pese a alegação da casa bancária de que teria formulado contrato de crédito direto ao consumidor, tal assertiva não se depreende do acervo fático delineado pelas instâncias ordinárias, denotando-se a existência de contrato coligado (compra e venda de cozinhas com pagamento parcelado na relação consumidor-lojista) amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações).

3.1 O contrato coligado não constitui um único negócio jurídico com diversos instrumentos, mas sim uma *pluralidade* de negócios jurídicos, ainda que celebrados em um único documento, pois é a substância do negócio jurídico que lhe dá amparo, não a forma.

3.2 Em razão da força da conexão contratual e dos preceitos consumeristas incidentes na espécie - tanto na relação jurídica firmada com o fornecedor das cozinhas quanto no vínculo mantido com a casa bancária -, o vício determinante do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o financiamento, por se tratar de relações jurídicas trianguladas, cada uma estipulada com o fim precípuo de garantir a relação jurídica antecedente da qual é inteiramente dependente, motivo pelo qual possível a arguição da exceção de contrato não cumprido, uma vez que a posição jurídica ativa conferida ao consumidor de um produto financiado/parcelado relativamente à oponibilidade do inadimplemento do lojista perante o agente financiador constitui efeito não de um ou outro negócio isoladamente considerado, mas da vinculação jurídica entre a compra e venda e o mútuo/parcelamento.

3.3 Entretanto, *a ineficácia superveniente de um dos negócios, não tem o condão de unificar os efeitos da responsabilização civil, porquanto, ainda que interdependentes entre si, parcial ou totalmente, os ajustes*

coligados constituem negócios jurídicos com características próprias, a ensejar interpretação e análise singular, sem contudo, deixar à margem o vínculo unitário dos limites da coligação.

3.4 Assim, a interpretação contratual constitui premissa necessária para o reconhecimento da existência e para a determinação da intensidade da coligação contratual, o que no caso concreto se dá mediante a verificação do *animus* da casa bancária na construção da coligação e o proveito econômico por ela obtido, pois não obstante o nexó funcional característico da coligação contratual, cada um dos negócios jurídicos entabulados produz efeitos que lhe são típicos nos estritos limites dos intentos dos participantes.

3.5 Inviável responsabilizar solidariamente a financeira pelos valores despendidos pelos consumidores, uma vez que, ao manter o contrato coligado, não se comprometeu a fornecer garantia irrestrita para a transação, mas sim balizada pelos benefícios dela advindos, ou seja, no caso, nos termos da cessão de crédito operada, que não abarca os valores pagos à título de entrada diretamente ao lojista.

3.6 A circunstância de o contrato de financiamento sucumbir diante do inadimplemento do lojista não transforma a casa bancária em garante universal de todos os valores despendidos pelos autores, principalmente porque a repetição do indébito limita-se àquilo que efetivamente foi desembolsado - seja dos consumidores para com a financeira, seja desta para com a lojista. A responsabilidade do banco fica limitada, portanto, à devolução das quantias que percebeu, pois a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido, para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária pela repetição integral dos valores despendidos pelos consumidores, abrangendo aquele pago a título de entrada no negócio de compra das cozinhas planejadas, remanescendo a responsabilidade do banco na devolução atualizada dos valores recebidos por meio dos boletos bancários, em razão da cessão do crédito restante (crédito cedido pela lojista não abrangendo o valor recebido por esta última a título de entrada no negócio), pois as vicissitudes de um contrato repercutiram no outro, condicionando-lhe a validade e a eficácia.

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, conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi, que lavrará o acórdão.

Os Srs. Ministros Raul Araujo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Vencido o Sr. Ministro Relator que negava provimento ao recurso.

Brasília (DF), 4 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Presidente

Ministro Marco Buzzi, Relator

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: *1.* Regiane Coimbra Muniz de Goes Cavalcanti e outros três autores ajuizaram ação declaratória de nulidade de contrato cumulada com repetição de indébito em face de Banco ABN AMRO Real S.A., Griffê Comercial Ltda. e Delta Móveis Indústria e Comércio Ltda., aduzindo que a ré Griffê descumpriu o contrato para elaboração de projeto, fabricação e instalação de cozinhas planejadas, tendo inclusive encerrado suas atividades. Incluíram no polo passivo a Delta, por ser a fabricante exclusiva de todos os móveis da Griffê, bem como o Banco Real por ter financiado a dívida, a pedido da Griffê e em nome do consumidor, atuando como preposto da Loja de móveis.

O magistrado de piso julgou procedente o pedido, rescindindo o contrato e obrigando a ré Griffê à devolução de todas as quantias recebidas. Com relação aos corréus Delta e Banco Real, entendeu pela responsabilidade solidária: a primeira por desenvolver atividade empresarial conjunta e o banco por ser o contrato de financiamento conexo àquele fornecimento de mercadorias, seguindo a sorte deste (fls. 676-683).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Venda de bens móveis. Cozinhas planejadas. Ação de rescisão de contrato cumulada com repetição de indébito. Feito julgado procedente na origem. Apelos de co-réus. Falta de entrega e instalação dos móveis. Vendedora - co-ré revel - que encerrou suas atividades irregularmente sem cumprir compromissos com consumidores. Responsabilidade solidária dos apelantes, fabricante a ela associada e banco que recebeu valores pagos pelos autores por força de cessão de crédito. Aplicação de dispositivos do CDC. Sentença confirmada. Apelos improvidos.

(fl. 775)

Irresignado, o Banco Real interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por violação aos arts. 896 do Código Civil/1916 (atual art. 265 do CC/2002) e 3º do Código de Processo Civil.

Aduz que não tem legitimidade passiva para a causa, uma vez que “a relação jurídica referente à venda das cozinhas, a qual deu causa ao litígio, se deu entre os recorridos e a co-ré Griffé, e não com o recorrente, este apenas e tão somente propiciou os meios financeiros para possibilitar a realização do negócio”.

Afirma que não há falar em responsabilidade solidária prevista no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que não participou da má prestação dos serviços, nem do ciclo produtivo, tendo apenas propiciado “à Grife capital de giro imediato, recebendo de forma parcelada os débitos dos clientes”, jamais tendo interferido nas atividades da loja, sendo terceiro de boa-fé.

Alega que “em verdade, o que ocorreu foi uma singela sessão (*sic*) de direitos creditícios, o que propiciou aos recorridos a aquisição dos bens comercializados pela loja Griffé”.

Salienta que a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes, mas que, na hipótese, não há nenhuma responsabilidade solidária prevista no contrato entabulado entre a co-ré Griffé e o recorrente; ao contrário, há expressa determinação de que cabia unicamente àquela a responsabilidade pela prestação dos serviços.

Por fim, sustenta haver dissídio jurisprudencial com acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Contrarrrazões ao recurso especial apresentadas às fls. 819-823 dos autores e às fls. 828-831 pela empresa ré Griffé. Os primeiros aduzem incidir a Súmula n. 7 do STJ, bem como não haver cabal demonstração do litígio. Já a segunda afirma que também não deveria ser condenada, visto que jamais celebrou qualquer compromisso com os recorridos.

É o relatório.

2. Cinge-se a controvérsia em definir se há responsabilidade solidária do banco em razão do descumprimento do contrato pelo fornecedor, a quem incumbia elaborar projeto, fabricação e instalação de cozinhas planejadas (tendo inclusive encerrado suas atividades), haja vista sua participação como financiador do negócio entabulado, atuando em parceria com o vendedor.

Importante destacar, no ponto, o que ficou assentado na sentença:

Resta verificar agora se o descumprimento dos contratos celebrados entre os autores e a Griffé afeta ou não os contratos de financiamento firmados com o Banco ABN Amro Real S.A.

A resposta é sem dúvida alguma positiva.

Pelo que consta e a bem da verdade, não há nos autos prova alguma de que os autores tenham celebrado com o banco réu contrato de financiamento ou crédito direto ao consumidor.

O que ocorreu foi que a ré Griffé, com base em cláusula existente nos contratos celebrados com os autores (p. ex. cláusula 4ª do contrato de fls. 27), cedeu seus créditos para o Banco ABN Amro S.A., com o qual celebrou "contrato de cessão de direitos creditórios" (fls. 208-209), recebendo antecipadamente valores relativos às vendas das mercadorias, passando o banco a cobrar dos adquirentes as parcelas remanescentes do preço ajustado.

Ora, na medida em que a Griffé descumpriu integralmente os contratos firmados com os autores, não fornecendo as cozinhas adquiridas, cabe ao banco devolver aos demandantes todas as quantias que recebeu por força da cessão de créditos, voltando-se contra a cedente para reaver as quantias que lhe antecipou.

Sendo assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do banco ou em responsabilidade exclusiva de terceiro.

E mesmo que em nome dos autores a lojista (Griffé) tenha celebrado com o banco demandado contratos de financiamento ou de crédito direto ao consumidor, este negócio jurídico, por ser acessório ou conexo ao contrato de fornecimento de mercadorias, segue a sorte daquele, havendo sim solidariedade passiva entre os réus pela obrigação de devolver aos autores todas as importâncias que pagaram, Destarte, impõe-se a total procedência da ação, com a conseqüente rescisão dos contratos celebrados entre as partes e a condenação dos réus, solidariamente, a devolver aos autores as quantias indicadas nos demonstrativos juntados a fls. 89-91, com acréscimo de correção monetária e de juros moratórios de 6% ao ano (elevados a 1% ao mês a partir de 12.1.2003), ambos calculados a partir do ajuizamento da ação.

O acórdão recorrido manteve a decisão, valendo-se dos aspectos fáticos trazidos aos autos e do teor do contrato, nos seguintes termos:

Os fatos são incontrovertidos: os autores, ora apelados encomendaram cozinhas planejadas, anteciparam valores e nada receberam da co-ré Griffé Center Comercial Ltda., vendedora e instaladora daquelas, que encerrou irregularmente suas atividades comerciais e é revel nestes autos.

A rescisão dos contratos por culpa dela, por inadimplemento, com devolução dos valores antecipados, era mesmo de rigor.

E a responsabilidade solidária dos co-réus - objeto da divergência nos apelos - também tem respaldo legal.

[...]

O banco ABN AMRO Real S/A, por sua vez, não firmou contrato algum com os apelantes, compradores das cozinhas, e sim com a Griffé, tornando-se cessionário dos créditos desta junto a eles (fls. 208-209).

*Na qualidade de cessionário, e **por força da associação que manteve com a loja com o objetivo de incrementar as atividades desta**, dentro das limitações próprias da instituição financeira, antecipou valores - capital de giro - e recebeu prestações dos apelados, valores acertados entre eles e a vendedora, pondo-se, desta forma, igualmente, na cadeia causal dos danos por eles sofridos.*

Tais valores (R\$ 6.380,40 de Regiane Coimbra Muniz de Góes, R\$ 8.679,65 de Cecília Pedro Barboza e Gracia Genoveva Chiomento Barboza, e R\$ 4.750,65 de Nelson Yoshilo Kikuti - fls. 89, 90 e 91, respectivamente) correspondiam a pagamentos dos bens que não foram entregues.

E o quanto bastava para sua responsabilização solidária no que se refere à restituição dos valores objeto da condenação imposta e às verbas da sucumbência.

Salientam Cláudia Lima Marques e outros que:

[...]

Inseridas na cadeia de fornecedores de produtos e serviços, por associação com a vendedora, nos aludidos termos, enquadram-se as apelantes no conceito de responsabilidade solidária objetiva, independentemente de culpa, pela causação do dano, anunciada nos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CDC, e nas regras sobre desconsideração da personalidade jurídica e solidariedade entre sociedades consorciadas previstas no artigo 28, § 3º, daquele estatuto.

[...]

Assim não há que falar em falta de participação, seja na má prestação dos serviços, seja na falta de entrega dos móveis, nem em ausência de ilicitude ou culpabilidade da conduta dos apelantes - inexigíveis para a responsabilização

em exame -, nem tampouco em negativa de vigência do artigo 896 do CC/1916 (artigo 265 do CC/2002). Cuida-se, como visto, de solidariedade decorrente da associação de interesses negociais prevista especificamente em diversos dispositivos do CDC.

Na hipótese, houve compra de bens móveis (projeto, fabricação e instalação de cozinhas planejadas) em que, nos termos em que enunciado pelo Juízo probante, os contratos eram inteiramente coligados, apesar da aparente independência (contrato de compra e venda e contrato de mútuo), existindo um elo direto nas obrigações pactuadas, cujos efeitos eram e são totalmente interligados. O acórdão recorrido afirmou que não houve a contratação direta de empréstimo pessoal no Banco recorrente para, após, com o dinheiro obtido, realizar a compra do bem, além de que a discussão do especial gira em torno da responsabilidade solidária prevista nos arts. 7º, parágrafo único, 25, § 1º e 28, § 3º do CDC.

Assim, anoto que a questão ora em exame em nada se assemelha àquela contida no precedente firmado por esta Quarta Turma, no REsp n. 1.014.547-DF, em que fiquei vencido. Naquele caso se tratava de alienação fiduciária em garantia (o banco tinha a propriedade resolúvel do bem e sua posse indireta); além disso, eram dois contratos distintos e independentes entre si - compra e venda de automóvel, pactuado com a concessionária, e mútuo garantido por alienação fiduciária, ajustado com a instituição financeira; por fim, discutia-se a responsabilidade pelo vício no produto arrendado, sendo certo que o fundamento do recurso especial era a vulneração aos arts. 14 e 18 do CDC.

3. Com efeito, contratos coligados são aqueles que, apesar de sua autonomia, reúnem-se por um nexo econômico funcional, em que as vicissitudes de um podem influir no outro, dentro da malha contratual na qual estão inseridos. “Por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99).

Aliás, esta Corte já reconheceu, por diversas vezes, a existência dos contratos coligados diante da interdependência dos negócios jurídicos firmados, senão vejamos:

Agravo regimental em REsp. Revisional locatícia. Prevenção: art. 71, § 3º do RISTJ. Nulidade relativa suscitada após o julgamento. Recurso fundamentado. Prequestionamento implícito. Qualificação jurídica de atos/fatos. Não incidência

das Súmulas n. 5 e n. 7-STJ. Cisão, acordo de acionistas e locação. Contratos coligados. Função econômica comum. Art. 19 da Lei n. 8.245/1991. Manutenção do equilíbrio econômico dos pactos. Avença não alterada. Revisional que não visa ao restabelecimento do equilíbrio econômico social. Falta de interesse de agir. Violação à boa-fé objetiva. REsp. Provido. Art. 557, § 1º-A do CPC. Revisional extinta, sem exame do mérito. Carência de ação. Art. 267, VI do CPC. Agravo regimental desprovido.

[...]

4. A análise de contrato de locação conexo a outras avenças, e de sua violação a uma teia de acordos que se perfaz num negócio jurídico de trama complexa, não esbarra nos óbices impostos pelas Súmulas n. 5 e n. 7-STJ, pois as consequências jurídicas decorrem da qualificação dos atos de vontade que motivam a lide, não dependendo de reexame fático-probatório ou de cláusulas de avença.

5. A interdependência, a conexidade ou a coligação dos contratos firmados pelas partes (cisão de empresa, acordo de acionistas e contrato de locação) resultam claras e evidentes, haja vista a unidade dos interesses representados, principalmente os de natureza econômica, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados; em caso assim, embora possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, exsurge cristalina a intervinculação dos acordos de vontade assentados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de apenas um dos pactos, quando unidos todos eles pela mesma função econômica comum.

6. O art. 19 da Lei n. 8.245/1991, ao regular a revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado, consagrou a adoção da teoria da imprevisão no âmbito do Direito Locatício, oferecendo às partes contratantes um instrumento jurídico para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato; no caso *sub judice*, porém, a Revisional não objetiva o restabelecimento do equilíbrio econômico inicial do contrato, mas reflete pretensão de obter a alteração do critério de determinação do valor do aluguel, distanciando-se dos parâmetros originais, por isso que refoge aos limites do art. 19 da Lei n. 8.245/1991, daí não haver legítimo interesse jurídico dos autores a ser preservado, mas mero interesse econômico. Precedente.

7. A ação prevista no art. 19 da Lei n. 8.245/1991 não foi utilizada para manter ou restabelecer o equilíbrio inicial da locação, afetado por fatos imprevisos, não sendo, portanto, apta à obtenção da tutela jurisdicional almejada, o que revela a falta de interesse jurídico de agir, ante a completa inadequação da via eleita, sendo de rigor o reconhecimento da carência de ação por ausência de interesse processual, a teor do art. 267, VI do CPC.

8. O pleito de redução do valor locatício pactuado, sem relevante alteração superveniente da conjuntura econômica ou do mercado, desvincularia o aluguel e o próprio contrato de locação do objetivo central avençado entre as partes,

qual seja, a cisão de uma empresa de grande porte, afrontando o arquétipo da lealdade contratual, de tal arte que se reveste de violação da boa-fé objetiva.

9. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.206.723-MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17.5.2012, DJe 11.10.2012)

Contratos coligados. Exceção de contrato não cumprido. Prova. Cerceamento de defesa. Arrendamento de gado. "Vaca-Papel".

- Contrato de permuta de uma gleba rural por outros bens, incluído na prestação o arrendamento de 600 cabeças de gado.

- *Sob a alegação de descumprimento do contrato de permuta, faltando a transferência da posse de uma parte da gleba, o adquirente pode deixar de pagar a prestação devida pelo arrendante e alegar a exceptio.*

- A falta de produção da prova dessa defesa constitui cerceamento de defesa.

- Recurso conhecido em parte e provido.

Voto vencido do relator originário.

(REsp n. 419.362-MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17.6.2003, DJ 22.3.2004 p. 311).

Nessa toada, em uma perspectiva funcional dos contratos, deve-se ter em conta que a invalidade da obrigação principal não apenas contamina o contrato acessório (CC, art. 184), estendendo-se, também, aos contratos coligados, intermediário entre os contratos principais e acessórios, pelos quais, *a resolução de um influenciará diretamente na existência do outro.*

É o que destaca a doutrina do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

[...] também aqui é possível que os figurantes fujam do figurino comum e enlacen diversas convenções singulares (ou simples) num vínculo de dependência, acessoriedade, subordinação ou causalidade, reunindo-as ou coligando-as de modo tal que as vicissitudes de um possam influir sobre o outro. [...]

Nos contratos coligados, a resolução de um atua sobre o outro, resolvendo-o. Para isso, é preciso verificar, em primeiro lugar, se um contrato está para o outro assim como o principal está para o acessório; nesse caso, o incumprimento da obrigação do contrato principal leva à sua resolução e, também, à do acessório. Se o descumprimento é deste, a resolução concomitante do principal somente ocorrerá se impossibilitada a sua prestação, ou tornada extremamente onerosa - a exigir sacrifício anormal e desproporcionado ao devedor -, ou se eliminado o interesse do credor. Se os contratos coligados tiverem a mesma importância, a resolução de

um atingirá o outro, se demonstrado que um não teria sido firmado sem o outro (sinalagma genético), ou que a impossibilidade de um determina a do outro, ou que o incumprimento de um afeta o interesse que o credor poderia ter no cumprimento do outro (sinalagma funcional). Pode acontecer que a prestação onerosa assumida em um contrato seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um poderá abalar o equilíbrio que o conjunto dos contratos garantia.

(AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 89-90)

Assim também já entendeu o STJ:

Recurso especial. Embargos à execução. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e n. 356 do STF. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico. Necessidade. *Contratos coligados. Unidade de interesses econômicos. Relação de interdependência evidenciada. Exceção de contrato não cumprido*. Título executivo. Inexigibilidade.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios quando as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. A ofensa ao art. 535 do CPC somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

2. À luz dos Enunciados Sumulares n. 282-STF e n. 356-STF, é inadmissível o recurso especial que demande a apreciação de matéria sobre a qual não tenha se pronunciado a Corte de origem.

3. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a realização de cotejo analítico a demonstrar a similitude fática entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas.

4. *A unidade de interesses, principalmente econômicos, constitui característica principal dos contratos coligados.*

5. *Concretamente, evidenciado que o contrato de financiamento se destinou, exclusivamente, à aquisição de produtos da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga, havendo sido firmado com o propósito de incrementar a comercialização dos produtos de sua marca no Posto de Serviço Ipiranga, obrigando-se o Posto revendedor a aplicar o financiamento recebido na movimentação do Posto de Serviço Ipiranga, está configurada a conexão entre os contratos, independentemente da existência de cláusula expressa.*

6. *A relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade de arguição da exceção de contrato não cumprido.*

7. Na execução, a exceção de contrato não cumprido incide sobre a exigibilidade do título, condicionando a ação do exequente à comprovação

prévia do cumprimento de sua contraprestação como requisito imprescindível para o ingresso da execução contra o devedor.

8. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 985.531-SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 1º.9.2009, DJe 28.10.2009

Resolução do contrato. Contratos coligados. Inadimplemento de um deles.

Celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia, e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago.

Recurso não conhecido.

(REsp n. 337.040-AM, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 2.5.2002, DJ 1º.7.2002, p. 347)

4. Na hipótese, como visto, o Banco AMRO Real S.A. “na qualidade de cessionário, e por força da associação que manteve com a loja com o objetivo de incrementar as atividades desta, dentro das limitações próprias da instituição financeira, antecipou valores - capital de giro - e recebeu prestações dos apelados, valores acertados entre eles e a vendedora, pondo-se, desta forma, igualmente, na cadeia causal dos danos por eles sofridos” (fl. 781), caracterizando verdadeiro financiamento com interveniência do fornecedor-vendedor para possibilitar a venda de bens móveis (cozinha planejada) aos consumidores.

Em que pese o contrato de mútuo possa ser realizado de modo independente, assim como o contrato de compra e venda, o fato é que, no caso dos autos, se mostra caracterizada a interdependência entre eles, havendo verdadeira atuação concertada diante de interesses comuns e da específica posição jurídica ocupada pelo Banco.

Deveras, considerando que a finalidade da empresa Griffê e do Banco Real, ao celebrar o pacto, era, em última análise e a um só tempo, fomentar a atividade principal de venda de bens móveis e realizar financiamento com encargos, parece evidente a relação de interdependência entre os contratos, a ensejar a existência de “contrato coligado”.

Aliás, referida conexão é vislumbrada pelo art. 52 do CDC ao referir que “no fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre [...]”:

Nesse linha de raciocínio e especificamente no tocante ao financiamento de venda para consumo, reconhece a doutrina especializada a existência de contrato coligado, *verbis*:

O segundo caso de coligação com escopo existencial corresponde à venda financiada de bens para consumo, provavelmente a mais célebre e estudada hipótese de coligação contratual entre partes distintas (vendedor e financiador). [...]

No direito brasileiro, dentre os dispositivos do Código do Consumidor (CDC) não figura norma expressa regulando os efeitos da coligação entre fornecimento e financiamento. A lei, contudo, inclui o financiador, instituição financeira ou não, sob a categoria ampla de fornecedor. De fato, o art. 3º, § 2º, do CDC inclui, dentre as modalidades de serviço, as atividades financeira e creditícia. E o art. 52 trata especificamente do “fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor”.

A partir daí, afirma-se que os contratos são, indubitavelmente, contratos de consumo. Entende-se, ademais, que “compra e venda com financiamento do art. 52 do CDC” configura hipótese de conexão entre contratos determinada por lei. [...]

A despeito da ausência de disposição legal expressa, a jurisprudência brasileira reconhece o coligamento existente entre contrato de compra e venda e contrato de financiamento celebrado pelo consumidor com entidade financiadora que mantém relação comercial com o vendedor. [...]

Em conclusão, é cabível afirmar que o fundamento jurídico das conseqüências da coligação contratual formada por financiamento e fornecimento para consumo ostenta dupla índole. Por um lado, apóiam-se elas, diretamente, na existência de coligação contratual e na respectiva teoria, que tipifica as conseqüências mais importantes e permite a fértil transposição, para esse campo, das soluções gerais ali encontradas. Por outro, baseiam-se nas normas de tutela do consumidor, especificamente na cláusula geral, dispersa por diversas normas do CDC, de responsabilidade solidária dos fornecedores participantes da mesma cadeia de fornecimento. O que permite concluir pela participação na mesma cadeia de fornecimento é, precisamente, a existência de coligação entre os contratos.

A principal conseqüência do coligamento em questão será a possibilidade de o consumidor opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda ou prestação de serviços por parte do respectivo fornecedor.

(MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215-222)

Dos conceitos e definições apresentados podemos notar que todos se referem à existência de mais de um contrato para que se possa falar em coligação contratual, bem como uma finalidade comum aos contratos coligados. Em nosso sentir, podemos sugerir que a causa dos contratos, embora não tenha o

código civil brasileiro adotado expressamente a teoria causalista, como fizeram os códigos civis da França e da Itália, o motivo dos contratos coligados, explícita ou implicitamente, é único, como ocorre em geral nos contratos de financiamento, onde o contratante mutuário celebra o contrato de empréstimo para adquirir um determinado bem. Em verdade o motivo - causa do contrato - é a aquisição do bem, o contrato de financiamento é entabulado só para possibilitar a compra e venda do bem. Veja-se que se trata de contratos distintos, com natureza jurídica e tratamento legislativo também distintos, todavia, a causa ou motivação e objetivo final são unos, por isso, deve ser tido como contrato coligado, pois ligados funcionalmente ao objetivo econômico ou social da relação contratual, ou seja, o bem da vida, a concretização da virtualidade contratual, nada mais do que a instrumentalização da vontade declarada pelas partes. [...]

Reciprocamente considerados, estabelece-se entre os contratos coligados uma relação de subordinação, existindo um contrato principal, em geral que traz como objeto o conteúdo teleológico da cadeia contratual. [...] No contrato de compra e venda e financiamento, o primeiro é o principal, pois na coligação existe independentemente do segundo, pois a compra e venda existe sem o financiamento, mas para esta exista, necessária a compra e venda, pois sem esta, não há o que financiar. Dessa maneira, as ocorrências jurídicas que incidirem no contrato principal projetam efeitos no acessório, não sendo verdadeira a recíproca. Assim, extinto o contrato de compra e venda por nulidade, extinto também estará o contrato de financiamento.

(ANDRADE, Ronaldo Alves. *Responsabilidade civil dos bancos e instituições financeiras em contratos coligados. Decorrência da sociedade da informação*. In *Responsabilidade civil bancária*. Alexandre Guerra e Marcelo Benachio coord. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 331-333)

Assim, conforme o contexto fático-probatório dos autos, é de se reconhecer a responsabilidade solidária do banco perante os recorridos, por toda obrigação jurídica decorrente do contrato coligado de venda de bens móveis (cozinha planejada), independentemente da responsabilidade pela prática direta do ato que lesou o interesse desses, mitigando-se o princípio da relatividade contratual e preservando-se o da transparência, da boa-fé, da equidade e da função social dos contratos.

Deveras, como dito, a resolução do contrato de compra e venda coligado necessariamente acarretará a rescisão do contrato de financiamento com o recorrente, haja vista a relação de acessoriedade com o contrato principal (até porque se trata de operação econômica única, ainda que permeada por uma série de contratos), evitando-se, também, a onerosidade excessiva do segundo contrato.

5. Convém salientar, ademais, que a solidariedade advém do fato de o agente financeiro ter se inserido na cadeia de fornecimento causadora dos danos aos consumidores, havendo de responder com os demais fornecedores, nos termos dos arts. 7º, parágrafo único, 25, § 1º, 28, § 3º e 34 do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, as normas consumeristas são pautadas pela solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços.

Como salienta a doutrina:

Trata-se de um aspecto dos mais relevantes em termos de responsabilidade civil dos que causarem danos a consumidores ou terceiros não envolvidos em dada relação de consumo.

Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço. (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* / Ada Pellegrini Grinover (et al). Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. I, Direito Material, p. 176).

Nesse sentido também já decidiu esta Corte, ao estabelecer que “a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadas previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema”. (REsp n. 997.993-MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 21.6.2012, DJe 6.8.2012).

À guisa de exemplo, em situações análogas à dos autos, o STJ vem reconhecendo a responsabilidade solidária da instituição financeira:

Direito Civil e Securitário. Proposta de seguro de vida. Consumidor jovem acometido por leucemia, de que se encontra curado. Seguro oferecido no âmbito da relação de trabalho. Proposta rejeitada pela seguradora, sob a mera fundamentação de doença pré-existente.

Ausência de apresentação de opções. Dano moral caracterizado.

1. Na esteira de precedentes desta Corte, a oferta de seguro de vida por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor.

2. Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é praticada cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional.

3. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentam grau de risco maior, devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo.

4. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente.

Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho.

5. O fato de o consumidor não ter cumulado a seu pedido de reparação de dano moral, também um pedido de imposição da assinatura do contrato de seguro, não macula seu direito de se ver indenizado. Não é inusitado que a parte, ofendida pela postura da outra, decida não mais se vincular a ela por contrato, sem prejuízo do desejo de reparação.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

(REsp n. 1.300.116-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.10.2012, DJe 13.11.2012)

Recurso especial. Sistema Financeiro da Habitação. Vícios na construção de imóvel cuja obra foi financiada. Legitimidade do agente financeiro.

1. Em se tratando de empreendimento de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda, como na hipótese em julgamento, o agente financeiro é parte legítima para responder, solidariamente, por vícios na construção de imóvel cuja obra foi por ele financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.

2. Ressalva quanto à fundamentação do voto-vista, no sentido de que a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 738.071-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 9.12.2011)

6. Por fim, a responsabilização advém, também, pela má escolha do agente financeiro quando do credenciamento do vendedor/fornecedor, verdadeiro “preposto” a quem deu poderes para angariar clientes e financiar em seu nome, não se mostrando razoável - pois contrário ao comando constitucional de proteção ao consumidor - que os compradores arquem, sozinhos, com eventual prejuízo.

Deveras, como assinala Cláudia Lima Marques,

o CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. Segundo o parágrafo único do art. 7º, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo, norma que vem repetida no art. 25, § 1º. A consequência da norma do art. 34 é que os deveres de boa-fé, de cuidado, de cooperação, de informação, de transparência, de respeito à confiança depositada pelos consumidores serão imputados a todos estes fornecedores diretos, indiretos, principais ou auxiliares, e caberá a escolha, contra quem acionar ou a quem reclamar, somente ao consumidor. (*Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 708).

Por outro lado, é bem de ver que a participação do agente financeiro no financiamento da compra pelo consumidor - mormente quando se trata de sólida instituição, como é o caso do recorrente - afigura-se, à ótica do consumidor, hipossuficiente por essência, como um *parcerio* com a fornecedora, reforçando a confiança depositada pelo comprador na solidez e segurança da empresa que vendeu os sobreditos projetos de cozinha.

Ao celebrar contrato de compra e venda, cujo financiamento ostenta a marca de sólida instituição, o consumidor crê, deveras, no entrelaçamento obrigacional entre a fornecedora e o agente financiador da verba, e essa aparência

de garantia, essa legítima expectativa, com a qual concorreu e dela se beneficiou a instituição financeira, em nome do princípio da boa-fé, deve ser tutelada.

Não se pode olvidar que a vendedora/fornecedora poderia ter oportunizado outras formas de parcelamento ao consumidor - como emissão de cheques pós-datados ou a divisão das parcelas pelo cartão de crédito. Contudo, priorizou o acordo estabelecido com o banco recorrente.

Orlando Gomes, no distante ano de 1967, ao comentar a tutela da aparência e o princípio da boa-fé, assim se posicionou:

Em todos esses casos, aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real. O parecer sem ser põe em jogo relevantes interesses que a lei não pode ignorar. [...]

O reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes pode justificar-se doutrinariamente pela aplicação do princípio que protege a boa-fé, ou mediante construções jurídicas particulares com a teoria da tutela de expectativa ou da posse de direitos. [...]

Importa, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiança, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à aparência, deve produzir os seus devidos efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agente. (*As transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967, p. 93-108)

Não poderia mesmo o consumidor sequer supor que, em casos de problemas com a entrega do produto, o agente financeiro esquivar-se-ia da reparação pleiteada e continuaria na cobrança das prestações financiadas.

7. Por último, também não merece provimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado.

É que o recurso fundado na alínea c do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência. Sob o pálio desse permissivo, “exige-se que o recorrente demonstre, ‘analiticamente’, que os ‘casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal’. Ademais, a divergência há de ser atual, isto é, não pretérita, uma vez que não preenche o requisito de admissibilidade o recurso que invoca julgados ultrapassados sobre

questões em relação às quais o tribunal já assentou a sua jurisprudência, nos termos da decisão impugnada” (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 897).

Portanto, para configuração da divergência, faz-se necessária a transcrição dos trechos que configuram o dissenso, *mencionando as circunstâncias que identificam os casos confrontados* (não se mostrando suficiente a mera transcrição de ementas), ônus do qual não se desincumbiu o recorrente. Nesse sentido o AgRg no Ag n. 1.004.354-RS, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), DJe 4.8.2008 e o AgRg no Ag n. 657.431-SC, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 23.6.2008.

Na hipótese o recorrente trouxe para cotejo com o paradigma, acórdão proferido pelo TJRJ em situação totalmente diversa da dos autos, em que houve alienação de veículo com chassi adulterado e cujo financiamento para compra se deu diretamente com a instituição financeira, o que inviabiliza o conhecimento do recurso com esteio na alínea **c**.

8. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial, interposto por Banco Abn Amro Real S/A, 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.

O apelo nobre é oriundo de ação de rescisão contratual de compra e venda para fabricação e instalação de cozinhas planejadas cumulada com repetição de indébito, proposta por consumidores contra as empresas Griffê Comercial Ltda e Delta Móveis Indústria e Comércio Ltda, respectivamente fornecedora (vendedora) e fabricante dos produtos, ante o inadimplemento - as cozinhas não foram entregues, tendo a empresa vendedora dos produtos encerrado suas atividades comerciais irregularmente -, bem como contra a instituição financeira que recebeu valores correspondentes a parcelas do pagamento das vendas.

Segundo informado pela casa bancária em sua contestação (fls. 208), “a relação jurídica referente à venda das cozinhas, a qual deu causa ao presente litígio, se deu entre os autores e a co-ré Griffê, e não com o banco réu, este apenas e tão somente

*propiciou os meios financeiros para possibilitar a realização do negócio, **fornecendo crédito aos autores***". (grifo no original)

Sustentou, ainda, ter se vinculado à loja Griffé que "*com base em cláusula existente nos contratos celebrados com os autores (...) cedeu seus créditos para o Banco ABN Amro S.A., com o qual celebrou "contrato de cessão de direitos creditórios" (...) recebendo antecipadamente os valores relativos às vendas das mercadorias, passando o banco a cobrar dos adquirentes as parcelas remanescentes do preço ajustado*". (fls. 681-682)

O magistrado de origem julgou procedente a ação (fls. 676-683), reputando o banco responsável solidário na devolução dos valores despendidos pelos autores, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios, ainda que inexistente contratação operada *diretamente* pela casa bancária com os consumidores a título de financiamento ou crédito.

A casa bancária e a empresa Delta apelaram, tendo o Tribunal de origem mantido a sentença, conforme acórdão de fls. 774-785.

O Banco Abn Amro Real S/A interpõe recurso especial (fls. 788-801), aduzindo, em síntese, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 896 do Código Civil de 1916; 927 e 944 do Código Civil de 2002 e 3º do CPC. Sustenta ser parte ilegítima para figurar no feito, uma vez que apenas propiciou os meios financeiros para a realização do negócio, não podendo ser responsabilizada solidariamente pela má prestação de serviços, uma vez que a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.

O então relator Ministro Luis Felipe Salomão, no judicioso voto que proferiu, manteve o pronunciamento das instâncias ordinárias, tomando como base a existência de contrato coligado, *sob a vertente de se tratar de relação jurídica única consubstanciada numa espécie de parceria total (risco e proveito integrais)*, a firmar a responsabilidade solidária da casa bancária na devolução das quantias pagas pelos autores, notadamente pela aplicação do art. 7º, parágrafo único do CDC.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão, porquanto à primeira vista não se depreendia pudesse cogitar em responsabilidade solidária do banco à devolução de valores que sequer recebeu, visto que pagos diretamente à empresa vendedora das cozinhas planejadas, bem como em razão de inexistir contrato de financiamento direto a determinar o alargamento da cadeia de serviço.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O recurso especial merece prosperar, em parte.

1. Preliminarmente, no tocante ao dissenso jurisprudencial, impõe-se o não conhecimento do recurso especial na medida em que o recorrente não logrou demonstrar a divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Isto porque a interposição de recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional reclama o cotejo analítico dos julgados confrontados a fim de restarem demonstradas a similitude fática e a adoção de teses divergentes, máxime quando não configurada a notoriedade do dissídio.

Ademais, o paradigma trazido a lume não exprime similitude de bases fáticas com o caso dos autos, haja vista dizer respeito a financiamento obtido junto a financeira para compra de veículo cujo chassi encontrava-se adulterado.

2. Relativamente à apontada violação aos artigos 927 e 944 do Código Civil de 2002, incide o óbice da Súmula n. 284-STF, porquanto a ausência de demonstração de que modo teria ocorrido o malferimento dos referidos dispositivos não permite verificar se a legislação federal infraconstitucional restou, ou não, malferida. Nesse sentido: AgRg no Ag n. 1.308.295-RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 22.10.2013.

3. Quanto ao ponto nodal da problemática, não se mostra possível a responsabilização solidária da casa bancária na devolução de todas as quantias despendidas pelos autores.

Primeiramente, em que pese a casa bancária, nas razões do recurso especial alegar que “o vínculo jurídico que liga os autores ao banco réu não padece de qualquer irregularidade, já que uma vez firmado o contrato de crédito direto ao consumidor, o banco entregou a co-ré Griffe as devidas importâncias, passando a receber de forma parcelada o crédito” (fls. 209), tal assertiva não se depreende do acervo fático delineado pelas instâncias ordinárias, posto que afirmaram inexistir contrato de crédito direto a estampar o vínculo jurídico imediato com os autores.

Confira-se trecho do acórdão recorrido:

O banco ABN AMRO Real S/A, por sua vez, não firmou contrato algum com os apelantes, compradores das cozinhas, e sim com a Griffe, tornando-se cessionário dos créditos desta junto a eles (fls. 208-209).

Na qualidade de cessionário, e por força da associação que manteve com a loja com o objetivo de incrementar as atividades desta, dentro das limitações próprias da instituição financeira, antecipou valores - capital de giro - e recebeu prestações dos apelados, valores acertados entre eles e a vendedora, pondo-se, desta forma, igualmente, na cadeia causal dos danos por eles sofridos.

E da sentença (fls. 681-682):

A resposta é sem dúvida alguma positiva.

Pelo que consta dos autos e a bem da verdade, não há nos autos prova alguma de que os autores tenham celebrado com o banco réu contrato de financiamento ou crédito direto ao consumidor.

O que ocorreu foi que a ré Griffê, com base em cláusula existente nos contratos celebrados com os autores (p. ex. cláusula 4a do contrato de fls. 27), cedeu seus créditos para o Banco ABN Amro S.A., com o qual celebrou “contrato de cessão de direitos creditórios (fls. 208-209), recebendo antecipadamente os valores relativos às vendas das mercadorias, passando o banco a cobrar dos adquirentes as parcelas remanescentes do preço ajustado.

Ressai do feito que o ajuste teve a finalidade de propiciar aos consumidores a compra das cozinhas e *“tal financiamento também propiciava a co-ré Griffê capital de giro para os seus negócios, já que o banco réu lhe repassava os valores correspondentes, com o devido abatimento dos juros e taxas”* (fls. 210 das razões do recurso especial), com base no contrato firmado pela financeira com o lojista constante de fls. 225.

Exceto as especificidades em que firmado o contrato de financiamento, diga-se, não amplamente esclarecidas, é certo tratar-se de contrato coligado, ou seja, contrato de compra e venda ou de prestação de serviços ao qual se acopla um contrato de crédito ao consumo, em simultaneidade, por iniciativa do dador de crédito ou do fornecedor.

A hipótese dos autos não traduz a existência de autêntico borderô de compensação para pagamento junto à financeira ou de contrato a que vulgarmente denomina-se desconto de títulos (banco agindo como mandatário para a cobrança, em nome e em favor do mandante), mas de contrato coligado (compra e venda de cozinhas com pagamento parcelado na relação consumidor-lojista) amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações), isto é, deduzindo-se o valor da entrada/sinal.

Efetivamente, não constitui o contrato coligado um único negócio jurídico com diversos instrumentos, mas sim uma *pluralidade* de negócios jurídicos, ainda que celebrados em um único documento, porquanto não é a forma que lhe dá amparo, mas a substância do negócio jurídico, que com esta não se confunde.

É imprescindível anotar que os contratos de compra e venda de bens móveis, tal qual o ora em questão, o qual foi viabilizado mediante o financiamento estabelecido com o agente financeiro, constituem ajustes coligados, de modo que o destino do primeiro determina a procedência do outro. Por conseguinte, em razão da força da conexão contratual e dos preceitos consumeristas incidentes na espécie - tanto na relação jurídica firmada com o fornecedor das cozinhas quanto no vínculo mantido com a casa bancária -, *o vício determinante do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o financiamento.*

Tal ocorre por se tratar de relações jurídicas trianguladas, cada uma estipulada com o fim precípua de garantir a relação jurídica antecedente da qual é inteiramente dependente. A triangulação diferencia este caso daquele julgado por esta Quarta Turma, no REsp n. 1.014.547-DF, no qual as relações jurídicas estabelecidas eram lineares, com dois contratos distintos e independentes entre si.

Aqui, consigne-se, existem contratos coligados, vinculados por um nexo de convergência, motivo pelo qual *a relação de interdependência entre os contratos enseja a possibilidade da arguição da exceção de contrato não cumprido, pois, como cediço, é justamente a existência de obrigações recíprocas e interdependentes que lhe dá azo.*

Assim, a posição jurídica ativa conferida ao consumidor de um produto financiado/parcelado relativamente à oponibilidade do inadimplemento do lojista perante o agente financiador constitui efeito não de um ou outro negócio isoladamente considerado, mas da vinculação jurídica entre a compra e venda e o mútuo/parcelamento.

Entretanto, *a ineficácia superveniente de um dos negócios, não tem o condão de unificar os efeitos da responsabilização civil, porquanto, ainda que interdependentes entre si, parcial ou totalmente, os ajustes coligados constituem negócios jurídicos com características próprias, a ensejar interpretação e análise singular, sem contudo, deixar à margem o vínculo unitário dos limites da coligação.*

Evidencia-se um fenômeno de complexidade contratual, em incessante diálogo de interação, em que as normas dos contratos típicos não são capazes de fornecer respostas precisas, motivo pelo qual *a interpretação contratual constitui premissa necessária para o reconhecimento da existência e para a determinação da intensidade da coligação contratual*, que, ressalte-se, somente é possível ante as peculiaridades do caso concreto.

Para Francisco Paulo De Crescenzo Marino:

“são os interesses concretos das partes que determinam o nexo existente entre os contratos coligados, constituindo a chave para a sua interpretação e qualificação”, e “no campo contratual, o conflito de interesses inerente à natureza do negócio jurídico impede a pesquisa de uma vontade presumível comum, sendo ilusória a justificativa com base na vontade hipotética das partes”. (Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 133 e 150)

Nesse passo, *na transposição do plano abstrato dos contratos para o concreto, o interesse econômico-social típico cede lugar ao interesse individual, ou seja, de forma específica, o efeito prático almejado nos negócios jurídicos entabulados deve estar em conformidade com o escopo/intento das partes, e, neste contexto, leva-se em consideração não só o interesse dos hipossuficientes, mas de todos que participam da cadeia produtiva ou de prestação de serviços.*

Desta forma, mostra-se imprescindível a verificação do *animus* da casa bancária na construção da coligação, levando em conta, também, na hipótese, o proveito econômico por ela obtido, conjugado, é certo, com os ditames do artigo 112 do Código Civil que determina se deva, ao interpretar as declarações de vontade, atender-se mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Não se está a infirmar o alargamento do conceito de fornecedor estampado no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não obstante o nexo funcional característico da coligação contratual, *cada um dos negócios jurídicos entabulados produz efeitos que lhe são típicos nos estritos limites dos intentos dos participantes.*

Por isso,

“cada um dos negócios coligados, por conservar a própria autonomia, produz aqueles efeitos jurídicos conformes à sua finalidade; contudo, “os negócios, na sua síntese, são produtores de conseqüências jurídicas que não coincidem com as de cada um deles, isoladamente considerado”. O nexo existente entre negócios jurídicos coligados mostra-se, portanto, dependente da “congruência entre as respectivas funções”. (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Contratos coligados no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134)

Assim, a intenção do agente financeiro ao conceder o financiamento para o consumo e vincular-se ao lojista mediante o termo de credenciamento, relaciona-se ao estreito limite do proveito econômico dele advindo. Ora, na hipótese, a casa bancária financiou aos consumidores *parte* do valor das cozinhas,

porquanto a entrada pertencia à lojista. Igualmente, a antecipação do valor realizado pela financeira à fornecedora não abarca a quantia relativa à entrada por esta última já recebida pessoalmente dos autores. Por sua vez, a cessão dos créditos da vendedora ao banco, uniformemente, não abrange a referência à admissão do negócio.

Denota-se, portanto, *inviável responsabilizar solidariamente a financeira pelos valores despendidos pelos consumidores, uma vez que, ao manter o contrato coligado, não se comprometeu a fornecer garantia irrestrita para a transação, mas sim balizada pelos benefícios dela advindos, ou seja, no caso, nos termos da cessão de crédito operada, que não abarca os valores pagos à título de entrada diretamente ao lojista.*

A essa prática denomina-se risco-proveito do negócio. É a reciprocidade entre os riscos e os benefícios que permitem a verificação dos limites da responsabilidade civil, principalmente quando as instâncias ordinárias não traçaram existir culpa da instituição financeira no desfazimento dos ajustes.

Esse entendimento, por óbvio, não afasta a incidência das normas consumeristas na espécie (Súmula n. 297-STJ), mormente porque a exceção do contrato não cumprido pode ser oposta ao banco em razão da interdependência entre os ajustes coligados.

Entretanto, *a circunstância de o contrato de financiamento sucumbir diante do inadimplemento do lojista não transforma a casa bancária em garante universal de todos os valores despendidos pelos autores, principalmente porque a repetição do indébito limita-se àquilo que efetivamente foi desembolsado - seja dos consumidores para com a financeira, seja desta para com a lojista. A responsabilidade do banco fica limitada, portanto, à devolução das quantias que percebeu, pois a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes.* No que tange à intenção das partes, ponto já exposto acima, inviável cogitar em solidariedade. Igualmente impraticável é a aplicação, na hipótese, do artigo 7º, parágrafo único do CDC, haja vista que, em momento algum, aventou-se ter a financeira perpetrado qualquer ofensa aos autores.

Sobre o tema, é imprescindível anotar serem inaplicáveis, ao caso em comento, os precedentes citados pelo e. Relator que reconheceram a responsabilidade solidária de instituição financeira, pois as balizas fáticas nos quais assentadas aquelas hipóteses de responsabilização ressoam, *data máxima venia*, dissonantes do amparo fático no qual alicerçada esta demanda.

Explica-se.

No REsp n. 1.300.116-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, cuida-se de recusa de seguro de vida a jovem estagiário, curado de leucemia, no âmbito de relação de trabalho, por companhia seguradora vinculada à instituição financeira, dentro da agência bancária. A responsabilização solidária da casa bancária decorreu da aplicação da teoria da aparência, haja vista que “a negociação do produto no interior da agência leva à crença de que, ao consumidor, mais importante que firmar contrato com a sociedade *Aliança* é firmar contrato uma empresa do grupo *Banco do Brasil*”.

Já no REsp n. 738.071-SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, depreende-se caso de responsabilidade solidária da financeira por vícios de construção de imóvel (empreendimento de natureza popular), cuja obra foi por esta financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Conforme ressalva de voto da e. Ministra Isabel Galotti, “a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular”.

Em ambos os casos acima relatados, seja em decorrência da aplicação da teoria da aparência, seja em razão da efetiva participação do banco na contratação havida com o consumidor, impunha-se a responsabilização solidária nos moldes preconizados pelo art. 7º do CDC, porquanto, perante o hipossuficiente, apresentava-se a casa bancária encampando diretamente a contratação havida.

Na hipótese ora em foco, diferentemente, o consumidor sequer tinha notícia da contratação de financiamento, pensava apenas ter optado por pagamento parcelado junto à loja, mediante boleto bancário. A informação de que a vendedora firmara em seu nome, junto à casa bancária, financiamento mediante a antecipação, com deságio, dos valores acertados no ato da venda, veio a posteriori, o que afasta a tese de aplicação da teoria da aparência, da contratação direta ou da responsabilização por ato que gerou prejuízo, relativamente aos valores recebidos diretamente pelo loja.

Cumpre esclarecer, ainda, que o CDC não contemplou abertamente a coligação entre fornecimento de produtos ou serviços e financiamento, tampouco tratou dos seus efeitos, pois o artigo 52 do diploma consumerista trata apenas do dever de informação por parte do fornecedor, da liquidação antecipada da dívida e dos limites das multas moratórias, quedando-se inerte na menção

aos efeitos que as contingências do fornecimento produzem relativamente ao financiamento.

Consequentemente, *afastada a responsabilidade solidária* da casa bancária pela repetição integral dos valores despendidos pelos consumidores, abarcando aquele pago a título de entrada no negócio de compra das cozinhas planejadas, *remanesce a responsabilidade do banco na devolução atualizada dos valores recebidos por meio dos boletos bancários, em razão da cessão do crédito restante* (crédito cedido pela lojista não abrangendo o valor recebido por esta última a título de entrada no negócio), pois as vicissitudes de um contrato repercutiram no outro, condicionando-lhe a validade e a eficácia.

Ademais, não há neste recurso especial, insurgência relativa ao ônus da prova de que o fim almejado pelas partes poderia ser alcançado sem o concurso do contrato inválido, motivo pelo qual, a invalidade de um dos negócios afetou o equilíbrio das prestações do outro, tornando-o inútil por ineficácia superveniente.

Por fim, fica ressalvado ao banco o eventual direito de ressarcimento pelo dinheiro que eventualmente tenha entregue à vendedora pelo financiamento concedido aos compradores, bem como indenização a ser alcançada em casual demanda própria.

4. Do exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta extensão, dou-lhe parcial provimento a fim de afastar a responsabilidade solidária da casa bancária no tocante à integralidade dos valores despendidos pelos autores, remanescendo o dever de restituir os importes recebidos mediante boleto bancário devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora a contar da citação por se tratar de responsabilidade contratual.

Custas e honorários mantidos conforme fixados na origem.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, peço vênias ao Sr. Ministro Relator para acompanhar a divergência.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Srs. Ministros, durante os debates, havia me manifestado no sentido da divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Marco

Buzzi. Peço vênia ao Sr. Ministro Relator para acompanhar o voto-vista antecipado proferido por S. Exa.

Penso que a questão do reconhecimento da solidariedade é o ponto central. O banco havia entregue os recursos ao fabricante de cozinha e recebeu as duplicatas para cobrar na forma de boletos. Então, ao receber dos consumidores, havia uma relação direta entre o banco e aquele pagamento que era indevido. Quem firmou a tese principal foi o voto do Sr. Ministro Marco Buzzi.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Alberto do Amaral Júnior¹

Luciane Klein Vieira²

1. SÍNTESE DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

Trata-se de acórdão proferido pela 4ª Turma de Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 4 de fevereiro de 2014, que, por maioria, conheceu em parte o recurso especial interposto pelo Banco ABN AMRO Real S/A em face de Regiane Coimbra Muniz de Góes Cavalcante e outros e Delta Móveis Indústria e Comércio Ltda, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto divergente do Ministro Marco Buzzi, para limitar a responsabilidade do recorrente à devolução das quantias efetivamente recebidas.

Em primeira instância, foi ajuizada ação declaratória de nulidade de contrato cumulada com repetição de indébito contra o Banco ABN AMRO Real S/A, a Griffê Comercial Ltda e a Delta Móveis, aduzindo que a demandada Griffê Comercial havia descumprido o contrato para elaboração de projeto, fabricação e instalação de cozinhas planejadas, tendo inclusive encerrado suas atividades. No polo passivo, a Delta foi incluída por ser a fabricante exclusiva dos móveis da Griffê, bem como o Banco Real por ter financiado a dívida, a pedido da Griffê e em nome dos consumidores. O magistrado *a quo* julgou

¹ Doutor, livre docente e professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

² Mestre em Direito Internacional Privado (Universidad de Buenos Aires) e Direito da Integração Econômica (Universidad del Salvador/Université Paris I) e professora das Faculdades de Campinas (FACAMP), Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC) e Universidad de Buenos Aires (UBA).

procedente o pedido, rescindindo o contrato e obrigando a Griffê à devolução de todas as quantias recebidas. Com relação aos corréus Delta e Banco Real entendeu pela aplicação da responsabilidade solidária, com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), derivada do fato de a primeira desenvolver atividade empresarial conjunta e do banco ter feito contrato de financiamento conexo ao de fornecimento das mercadorias. A decisão foi mantida, nos mesmos termos, em segunda instância.

Em sede de recurso especial, o recorrente argumenta que não tem legitimidade para compor o polo passivo da ação, uma vez que “a relação jurídica referente à venda das cozinhas, que ensejou o litígio, se deu entre os recorridos e a co-ré Griffê, e não com o recorrente, este tão somente garantiu os meios financeiros para possibilitar a realização do negócio”. Afirma, ainda, que não lhe pode ser aplicada a responsabilidade solidária prevista no CDC, já que não foi responsável pela má prestação dos serviços, nem integrou a cadeia produtiva, tendo apenas propiciado à Griffê capital de giro imediato, recebendo de forma parcelada os débitos dos clientes.

O relator do acórdão, Min. Luís Felipe Salomão, negou provimento ao recurso, entendendo haver responsabilidade solidária do recorrente, com base no art. 7º, parágrafo único do CDC, em virtude de tratar o caso de contratos conexos ou coligados (contrato de compra e venda e contrato de mútuo), que apresentam em comum o mesmo interesse econômico funcional, sendo, ambos, contratos de consumo. Assim, em virtude da coligação, o consumidor poderá opor ao financiador o descumprimento do contrato de compra e venda por parte do fornecedor. Como consequência, reconheceu a responsabilidade solidária do banco perante os consumidores por toda obrigação jurídica decorrente do contrato coligado de venda de bens móveis, independentemente da responsabilidade pela prática direta do ato que lesou o interesse destes, mitigando o princípio da relatividade contratual e preservando o da transparência, da boa-fé, da equidade e da função social dos contratos. Ademais, sustentou que o agente financeiro se insere na cadeia de fornecimento causadora dos danos aos consumidores, razão pela qual a responsabilidade não decorre do seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que se coaduna com os propósitos protetivos do sistema de proteção ao consumidor.

Em voto divergente, que prevaleceu, o Min. Marco Buzzi sustentou que é “inviável responsabilizar solidariamente a financeira pelos valores despendidos pelos consumidores, pois, ao manter o contrato coligado, não se comprometeu

a fornecer garantia irrestrita para o negócio, mas sim balizada pelos benefícios dela advindos, ou seja, no caso, nos termos da cessão de crédito operada, que não abarca os valores pagos a título de entrada diretamente ao lojista.” Dessa forma, a repetição de indébito restringe-se ao que efetivamente foi desembolsado pelos consumidores para a financeira, limitando-se, assim, a responsabilidade do banco à devolução atualizada das quantias que realmente percebeu, motivo pelo qual a responsabilidade solidária da casa bancária pela integralidade dos valores despendidos pelos consumidores foi afastada, já que não percebeu os valores pagos a título de entrada para a compra das cozinhas planejadas, que foram pagos diretamente à Griffé. Para esta conclusão, o Ministro considerou que a exceção de contrato não cumprido pode ser oposta ao banco, em razão da interdependência entre os ajustes coligados e ao fato de que o vício determinante do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o financiamento, como contrato acessório ao principal.

Logo, por maioria, o STJ conheceu em parte o recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto divergente supra citado.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

O principal argumento trazido à colação pelo acórdão comentado, diz respeito à aplicação do sistema da responsabilidade solidária, nos termos do que dispõe o art. 7º, parágrafo único, do CDC, abrangendo não somente o fornecedor direto, responsável pela entrega da mercadoria adquirida, mas também o fornecedor indireto, aquele que participou da cadeia de produção antecipando valores a fim de possibilitar a realização do negócio, ou seja, a instituição financeira que concedeu o crédito.

Conforme Cláudia Lima Marques, “o grande problema na sociedade de consumo são as relações triangulares, que diluem as garantias de bom desempenho dos serviços e aumentam os riscos para o consumidor. Assim, se um consumidor quer adquirir um bem móvel a prazo, a loja assegura para ele um financiamento através de uma empresa de crédito já localizada dentro da própria loja, e o consumidor não se dá conta, mas passa a ser devedor da empresa financeira e não mais do comerciante”.³

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 603.

A triangulação, representada pela existência de um contrato principal e um contrato acessório, os quais são chamados de contratos conexos ou coligados,⁴ sugere que havendo um dano ou prejuízo ao consumidor, todos aqueles que intervieram, de alguma forma, na relação de consumo, sejam responsabilizados solidariamente pela reparação, conforme se deduz dos arts. 7º, parágrafo único, 18 e 25, parágrafos 1º e 2º do CDC.

Observa-se, nessa linha de ideias, que a responsabilidade solidária gerará a “unidade da prestação”, no sentido de que qualquer que seja o número de devedores ou responsáveis solidários, o débito será sempre único, podendo o consumidor exigir a reparação dos danos de quaisquer dos fornecedores de produtos ou serviços, ou até mesmo, somente a um dos causadores do dano.⁵

De fato, com relação ao caso em tela, não há como ser afastada a responsabilidade solidária da instituição bancária, pois, entender o contrário, implicaria na ofensa ao dever de prestar efetiva reparação de danos ao consumidor, prevista no art. 6º, inciso VI do CDC. Esta reparação de danos está fundada na responsabilidade civil objetiva e deve basear-se no princípio da *restitutio in integrum*,⁶ segundo o qual a reparação deve ser o mais abrangente possível. Além disso, é cediço que a responsabilidade alcança a todo aquele que haja se beneficiado da operação econômica estabelecida e não somente a aquele que entra em relação direta com o consumidor.⁷

Cabe destacar, ainda que estamos de acordo com o voto vencido do Ministro Luís Felipe Salomão, no sentido de que a instituição bancária é responsável, solidariamente, pela totalidade da restituição devida ao consumidor. Logo, qualquer quantia que efetivamente não lhe tenha sido paga, depois de feito o reembolso da integralidade do valor ao consumidor, poderá ser pleiteada, pela instituição, em ação regressiva, daquele que recebeu parte dos valores pagos

⁴ A doutrina estrangeira esclarece que o critério determinante para que haja a existência de contratos conexos ou vinculados é alcançado pela teoria da causa. Sendo assim, os dois contratos estarão vinculados quando através deles as partes pretendam alcançar um único resultado econômico, facilitando ao consumidor a aquisição de bens de consumo com pagamento a prazo. Neste juízo de valor, o juiz analisará se os contratos celebrados constituem ou não uma única operação econômica, de tal modo que um contrato não teria sido celebrado sem o outro. (JAPAZE, Belén. “Financiación para el consumo”. In: LORENZETTI, Ricardo Luís; SCHÖTZ, Gustavo Juan (Coords.) *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003. p. 257.)

⁵ DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

⁷ JAPAZE, Belén. *Op. cit.* p. 258.

pelo consumidor, sem que houvesse devolução, a fim de evitar a configuração do enriquecimento ilícito. Esta medida, igualmente, evita que o risco do exercício da atividade econômica seja transferido para o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo e qualquer fornecedor que participa da relação de consumo, direta ou indiretamente, sem distinção, responde solidariamente pelos danos ocasionados ao consumidor, podendo a restituição do valor pago, na hipótese de vício do produto ou serviço, ser pleiteada na integralidade, contra qualquer dos fornecedores envolvidos na cadeia produtiva, cabendo a aquele que efetuou o pagamento integral ação regressiva contra os demais, na proporção do que efetivamente foi angariado por cada um.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.127.403-SP. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 04/02/2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DENSA, Roberta. *Direito do Consumidor*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JAPAZE, Belén. “Financiación para el consumo”. In: LORENZETTI, Ricardo Luís; SCHÖTZ, Gustavo Juan (Coords.) *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RECURSO ESPECIAL N. 1.309.981-SP (2012/0035305-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Fiat Automóveis S/A

Advogado: João Dácio de Souza Pereira Rolim e outro(s)

Recorrido: Rachel Cristina de Mello Bandeira

Advogado: Amílcar Cleber Janduci

Interessado: Mirafiori S/A Distribuidora de Veículos

EMENTA

Recurso especial. Direito do Consumidor. Compra de veículo automotor zero km. Não entrega do produto comprado pela concessionária. Responsabilidade solidária da montadora.

1. A montadora de veículos responde pelo inadimplemento da concessionária credenciada que deixa de entregar veículo comprado e totalmente pago pelo consumidor.

2. A posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC, segundo o qual o “fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”, norma essa que consagra a responsabilidade de qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficia, pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança.

3. A utilização de marca de renome - utilização essa consentida até por força de Lei (art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.729/1979) - gera no consumidor legítima expectativa de que o contrato é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara.

4. De resto, os preceitos da Lei n. 6.729/1979 (Lei Ferrari), que regem a relação jurídica entre concedente e concessionária, não podem ser aplicados em desfavor do consumidor, por força do que dispõe o art. 7º do CDC, que permite a interpretação integrativa ou analógica apenas no que diga respeito aos “direitos” daqueles.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Rachel Cristina de Mello Bandeira ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais e morais em face de Mirafiori S.A - Distribuidora de Veículos e Fiat Automóveis S.A..

A autora aduziu ter firmado com a primeira ré, em janeiro de 1996, contrato de compra e venda para a entrega futura de automóvel Fiat Palio 1.0 - EX - 4 (quatro) portas, no valor total, à época, de R\$ 13.361,00 (treze mil trezentos e sessenta e um reais), a ser pago em 36 (trinta e seis) meses. Afirma que há cláusula contratual a permitir que, após a integralização mínima de 70% (setenta por cento) do preço, o comprador poderia, mediante manifestação expressa de interesse pela aquisição, requerer a entrega do veículo. Porém, mesmo depois de ter pago o valor integral do automóvel, o veículo jamais foi entregue pela concessionária. A autora também informa haver procedimento administrativo no Procon e na Secretaria de Direito Econômico em razão da alegada conduta costumeiramente maliciosa da concessionária.

Por isso, entendendo ser solidária a responsabilidade da concessionária e da montadora (Fiat), a autora pleiteou contra ambas a rescisão contratual, devolução das parcelas pagas e incidência da cláusula penal, indenização por danos materiais e morais.

Na sentença, o Juízo de Direito da 22ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, em preliminar, extinguiu o processo em relação à Fiat, por ilegitimidade

passiva, e julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar rescindido o contrato e condenar a concessionária a devolução dos valores pagos pela autora e a uma indenização por dano material no valor de R\$ 41,90 (quarenta e um reais e noventa centavos) (fls. 165-167).

Em grau de apelação, o recurso da autora foi parcialmente provido para reconhecer responsabilidade solidária entre a concessionária e a montadora e para elevar a condenação por danos materiais, nos termos da ementa a seguir:

Consórcio. Plano "Top Fiat". Ausência de entrega do bem consorciado à autora, por inadimplemento da distribuidora Fiat e corrê Mirafiori. Responsabilidade solidária da corrê Fiat. Culpa "in eligendo" caracterizada. Conduta dolosa de quem é representante, "lato sensu", da montadora, que por isso responde por perdas e danos, nos termos do artigo 149 do Código Civil, aplicados ainda os arts. 186 e 927, "caput", do mesmo Código, dada a configuração de ilícito. Montadora que integra o polo passivo da lide. Danos materiais majorados. Danos morais inexistentes. Ausência de nulidade na sentença. Preliminar rejeitada. Apelo provido parcialmente (fl. 251).

Sobreveio recurso especial, interposto pela Fiat Automóveis S.A., apoiado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio, ofensa ao art. 16 da Lei n. 6.729/1979 e arts. 149, 186 e 927 do Código Civil.

A recorrente sustenta não ser cabível a responsabilidade solidária por *culpa in eligendo*, uma vez que, de acordo com a legislação regente, a concedente não pode interferir nos negócios de sua concessionária a fim de fiscalizar quais tipos de contrato estão sendo firmados com os consumidores finais ou se as avenças estão sendo cumpridas.

Sustenta que a "criação do consórcio 'Top Fiat' (exteriorizado pelo contrato de compra e venda com entrega futura celebrado com a Recorrida) é de total responsabilidade da concessionária Mirafiori, não tendo a Recorrente jamais participado, ou sequer interferido em qualquer contratação, justamente porque o dispositivo legal em referência [art. 16 da Lei n. 6.729/1979] estabelece a proibição nesse sentido".

Sem contrarrazões (fl. 299), o especial foi admitido (fl. 300).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia aqui travada diz respeito à possibilidade de responsabilização da montadora Fiat Automóveis S.A. pela inadimplência por parte de concessionária da marca.

O acórdão que apreciou a apelação a reconheceu, inclusive fazendo referência à ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra os reiterados inadimplementos envolvendo o chamado consórcio “Top Fiat”, e assim fundamentou sua conclusão:

Ao procurar um veículo, novo ou usado, o consumidor tem a opção de se dirigir a uma loja qualquer, habitualmente denominada “multimarcas”, ou dirigir-se a uma revendedora autorizada por determinada montadora. Ao escolher a segunda hipótese, age assim por tranquilidade e por segurança, por entender que, se aquele estabelecimento passou pelo crivo da montadora - a quem competia e compete autorizar o uso comercial de seu nome e a força que esse nome representa -, é porque presumivelmente se trata de estabelecimento idôneo, no qual não será iludido ou enganado - muito menos na situação mais rudimentar, de ser vítima de uma apropriação indébita vulgar, como ocorreu nestes autos [...].

Se é assim, e assim é, tem-se como premissa incontroversa caber à corré embargante a escolha, a eleição, de quem a represente (em sentido amplo) negocialmente.

E tanto isto é verdade que a Lei n. 6.729/1979, na qual se lastreia a embargante, em seu artigo 16, citado a fl. 45, estabelece que “A concessão compreende ainda o resguardo da integridade da marca e dos interesses coletivos do concedente e da rede de distribuição”. Por outro lado, a integridade da marca diz respeito não apenas aos bens da vida adquiridos, sua ausência de vícios e/ou defeitos, mas diz respeito também à idoneidade de conduta, à proibidade de quem se apresenta legitimamente como representante dessa marca, como é o caso da corré Automóveis Bandeirantes, apontada como distribuidora Volkswagen na própria contestação desta, a fl. 45, item 20, e que ostentava o logotipo da representada ao contratar com o consumidor, como se encontra provado a fl. 08-11 dos autos.

Era de se esperar, então, ao menos por uma questão de boa-fé objetiva (CCivil, 422)l, de lealdade de atuação no mercado, que a própria Volkswagen, reconhecendo a responsabilidade de uma sua distribuidora por um ilícito evidente (a apropriação de dinheiro de um cliente, consumidor de um veículo de sua marca), esperar-se-ia que ela própria se dispusesse a “resguardar a integridade de sua marca”, protegendo não apenas seus próprios interesses diretos, mas também os interesses coletivos dos consumidores - com o que, obviamente,

demonstraria preocupação com seus clientes e, reflexamente, com sua propalada imagem e reputação no mercado.

[...]

Nessas ocasiões, muito comuns são frases como “vou comprar na Volks”, ou “vou mandar consertar na Ford” etc, demonstrativas de que o consumidor vincula de tal modo a concessionária à marca e à montadora que e pode dizer que, coloquialmente ao menos, com ela se confunde.

[...]

A hipótese dos autos trata não da Volkswagen, mas da Fiat, em situação a meu ver *ainda mais clara* da responsabilidade solidária da montadora, pois o plano consorcial **levava seu nome (“TOP FIAT”), vinculando-a obrigatoriamente aos consórcios que admitia**, dentre elas o administrado pela malograda Mirafiori.

A responsabilidade da corré Fiat decorre, em suma, do ilícito doloso cometido pela corré Mirafiori, ao não efetuar a entrega do veículo integralmente pago pela apelante, presente a solidariedade nos termos do artigo 149 do Código Civil e a evidente culpa “*in eligendo*” de sua então distribuidora autorizada, conforme artigos 186 e 927, “caput”, também do Código Civil. E o dolo da corré Mirafiori é evidente, pois mesmo sabedora de que não teria como honrar a entrega do bem, continuou protelando a situação e agravando os danos causados à apelante (fls. 252-255).

3. A controvérsia não é nova no âmbito desta Corte Superior, tendo sido julgado caso semelhante, mas com peculiaridades que se afiguraram relevantes ao colegiado por ocasião do julgamento do REsp n. 566.735-PR, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Fernando Gonçalves*, *Quarta Turma*, julgado em 10.11.2009.

Naquela oportunidade, diante da moldura fática que envolvia o caso, por maioria aplicou-se os enunciados contidos nas Súmulas n. 5 e 7-STJ.

Nesse sentido, foi o voto proferido pelo eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, que admitia:

[...] que, em certos casos, pode existir essa vinculação e, conseqüentemente, uma solidariedade, dependendo de uma situação fática retratada em que o consórcio, por exemplo, seja integrado diretamente pela fabricante ou fazendo parte eventualmente da sua propaganda de mercado.

Enfim, o que quero dizer com isso é que não afasto a tese da possibilidade de haver corresponsabilidade da marca, desde que os elementos fáticos dos autos assim demonstrem. No caso específico em julgamento, o acórdão foi claro ao afastar qualquer participação da marca no consórcio apresentado, que

não foi honrado pela concessionária, daí a ação proposta pelos consorciados consumidores.

Em função disso, aplico as Súmulas n. 5 e 7 para não conhecer do recurso especial.

O voto-vista proferido pelo Ministro Fernando Gonçalves também abraçou a tese levantada, nos debates, pelo Ministro Aldir Passarinho Junior:

Neste contexto, para que se adote conclusão em sentido contrário, é necessária a interpretação de cláusulas dos contratos firmados entre as partes, assim como o reexame das provas constantes dos autos, a fim de que se alterem as premissas fáticas fixadas nas instâncias ordinárias, fortes no sentido da falta de anuência da concedente em relação ao consórcio levado a efeito pela revendedora. Estas providências, porém, restam vedadas em sede especial, a teor das Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o caso ora exame parece reforçar a premissa adotada no precedente citado - em que fiquei vencido -, de que, a depender da situação fática, é possível a responsabilidade solidária entre a concessionária e a montadora concedente.

É bem de ver que o acórdão ora recorrido firmou sua convicção a partir do reconhecimento de que o chamado consórcio Top Fiat ostenta a marca Fiat e é por esta admitido.

Repita-se:

A hipótese dos autos trata não da Volkswagen, mas da Fiat, em situação a meu ver *ainda mais clara* da responsabilidade solidária da montadora, pois o plano consorcial **levava seu nome ("TOP FIAT"), vinculando-a obrigatoriamente aos consórcios que admitia**, dentre elas o administrado pela malograda Mirafiori.

Firmada essa premissa fática, que é em si bastante ao desate do caso concreto, apenas como reforço, cumpre ressaltar que na ação civil pública ajuizada pelo *Parquet* do Estado de São Paulo (Processo n. 0877484-89.1999.826.0100, que tramita na 40ª Vara Cível da Comarca de São Paulo-SP) há notícia de estreito entrelaçamento entre a marca Fiat e o plano de vendas chamado Top Fiat.

Transcreve-se, nesse particular, o seguinte trecho da exordial da ação ajuizada (http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/acp/acp_mp/acpmp_financeiras/acpmp_finan_scp/99-121.htm):

Notificada a prestar esclarecimentos sobre as providências adotadas para solucionar o problema criado por sua concessionária com a comercialização do *Plano Top Fiat*, a *Fiat Automóveis S.A.* respondeu, laconicamente, que se encontram “sensibilizados com os clientes da concessionária *Mirafiori* (...)”, esclarecendo, porém, que “as concessionárias de veículos automotores possuem personalidade jurídica própria não podendo a FIAT intervir em sua administração, nos termos da Lei n. 6.279/1979, com as alterações da Lei n. 8.132/1990 (...)”. Lembra, ainda, que os contratos em tela estão disciplinados pelo art. 7º, inciso II, da Lei n. 5.768/1976, “cabendo ao poder público sua fiscalização”.

Verifica-se, assim, que desconhecendo os deveres éticos que lhe são impostos por sua posição no mercado, bem como a função social da empresa, prestigiada nos ordenamentos jurídicos modernos, a FIAT, como Pilatos, lavou as mãos, deixando os consumidores que confiaram no respaldo da bandeira utilizada pela concessionária *Mirafiori* entregues à própria sorte.

Sucede que não é verdade que a FIAT nada tenha a ver com a reparação dos danos causados por sua concessionária.

Ao contrário, conclui-se claramente que a montadora tinha conhecimento da existência do malfadado *Plano Top Fiat*, bem como que os consumidores acreditavam que contavam com a “*Garantia Fiat*”, pelos seguintes motivos:

a) o plano em tela foi lançado no mercado por meio de folhetos publicitários encartados em dois jornais de grande circulação: *Jornal da Tarde* e *Folha de S. Paulo*, tornando-se de amplo conhecimento público, de modo que a *Mirafiori* logrou angariar 3.800 clientes que com ela celebraram contratos de adesão (docs. 01 a 13).

b) segundo declarações do co-réu diretor vice-presidente da *Mirafiori*, *Marcelo Ribeiro Carneiro*, e documentos requisitados nos autos do procedimento administrativo que instrui a presente, a concessionária *Mirafiori* teve sua cota elevada de 550 (quinhentos e cinqüenta) para 650 (seiscentos e cinqüenta) veículos, em agosto de 1997, em razão da entrega dos veículos dos primeiros planos *Top Fiat*, cujos contratos tinham o prazo de 25 meses (docs. n. 32-40).

c) ainda segundo declarações do mencionado diretor da *Mirafiori*, o gerente regional da FIAT, *Hilário Soldatelli*, sugeriu, por várias vezes, que os veículos pouco aceitos no mercado, como os de cor branca ou com muitos acessórios, fossem comercializados por meio do “*Top Fiat*” (doc. n. 02);

d) não bastasse isso, verifica-se que os consumidores acreditaram na viabilidade do *Plano Top Fiat*, sequer desconfiando de que poderiam ver suas expectativas frustradas após pagar por vários meses as prestações avançadas, porque confiaram na garantia da marca FIAT, ostentada como bandeira da concessionária, bem como nos próprios instrumentos de contratos por eles firmados - cujas cláusulas são impressas sobre a logomarca da FIAT - , no próprio nome do plano - *Top Fiat* - e, em destaque, nos documentos enviados aos contratantes (docs. n. 14-18-A);

e) são tradicionalmente conhecidos no mercado o sistema de venda *on line* utilizado pela FIAT, bem como os planos de capitalização *Fiat Super Fácil*, semelhantes ao *Top Fiat*, dado que, nesses casos, também ocorre o recebimento antecipado do preço ou de parte dele para entrega futura do bem, o que reforça a crença do consumidor no sentido de que o *Top Fiat* tinha por trás a montadora ré. Não consta dos autos do P.A. a data de lançamento do Plano *Fiat Super Fácil*, mas consta que em março de 1996 o referido plano já era comercializado, inclusive pela *Mirafiori* (docs. n. 41-47);

f) a FIAT não pode imiscuir-se nas atividades da concessionária apenas no que diz respeito à defesa do consumidor, como bem ilustra o documento juntado a fls. 331-332 dos autos do Procedimento Administrativo que instrui a presente, em que a concedente estabelece o Plano de Ação 1997, fixando minuciosamente os requisitos estruturais e de funcionamento da empresa (doc. n. 48).

Contudo, em momento algum a FIAT preocupou-se em verificar com que garantias de entrega futura dos veículos contavam os consumidores – não obstante as dificuldades financeiras já enfrentadas por sua concessionária - ou se o plano da *Mirafiori* era viável e contava com o aval da autoridade competente, porque o que lhe interessava era o escoamento de sua produção e o lucro que também auferiu com a venda dos veículos objeto do “*Top Fiat*”, pouco lhe importando os prejuízos causados aos consumidores.

Tanto isso é verdade, que ao tornar-se patente a situação de insolvência da *Mirafiori* tratou de garantir o ressarcimento dos débitos que a concessionária tinha com o *Banco Fiat* e com a *Fiat Automóveis S.A.*

Com efeito, o arrazoado apresentado pela FIAT na Inspeção Regional da SDE em São Paulo, além de ressaltar a situação de insolvência da *Mirafiori*, demonstra, em seu item IV, que valiosos imóveis da concessionária ré foram dados em hipoteca à montadora e ao banco do mesmo grupo econômico (doc. n. 59).

O Termo de Cessão encaminhado a este órgão pela FIAT, por sua vez, comprova que a mesma adquiriu, no início do corrente ano, por R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a marca *Mirafiori*, mediante realização de compensações de créditos, havendo um saldo do preço a ser pago à *Mirafiori* no importe de R\$ 1.129.621,07 (um milhão, cento e vinte e nove mil, seiscentos e vinte e um reais e sete centavos), conforme posição informada em 28.7.1999 (docs. n. 60-63).

O Contrato de Confissão de Dívida juntado aos autos do Procedimento Administrativo anexado à presente, celebrado entre as partes, entre outros, demonstra que a *Mirafiori* cedeu à FIAT até os créditos decorrentes de ICMS retido a maior. Verifica-se, nos referidos documentos, que a FIAT garantiu-se de todas as maneiras, alcançando, bens de outras empresas do “Grupo *Mirafiori*”, por meio, por exemplo, do endosso, pela *M. Carneiro*, de notas promissórias no valor de R\$ 2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais); da escritura pública de dação em pagamento do imóvel onde se encontra instalada a empresa *Distribuidora de Veículos Al Car Ltda.*, pelo valor de R\$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos

mil reais); da escritura pública de dação em pagamento do imóvel onde se encontra instalada a empresa *Conauto Administradora de Consórcios S.C. Ltda*, pelo valor de R\$ 1.150.000,00 (um milhão, cento e cinquenta mil reais) (doc. n. 64).

Note-se que o Termo de Cessão numerado como *doc. n. 61* menciona, em seu item 6, o Contrato de Confissão de Dívidas datado de 27.1.1999, celebrado entre as partes entre outros.

Nada contra o ressarcimento dos prejuízos eventualmente causados pela *Mirafiori* à própria montadora.

Contudo, o que se ressalta, neste passo, é que a situação dos consumidores lesados fica cada vez mais difícil, não só pela notória situação de insolvência da *Mirafiori*, como pelo avanço da FIAT sobre o patrimônio que poderia garantir a composição dos prejuízos causados aos adquirentes do Plano *Top Fiat*, prejuízos esses que também são de responsabilidade da FIAT, como exaustivamente demonstrado neste item da presente inicial.

Conjugadas as circunstâncias acima expostas, conclui-se que, com vistas à proteção da boa-fé dos consumidores que celebraram com a concessionária *Mirafiori* contratos que aparentavam ter a garantia da concedente FIAT, deve se admitida, *in casu*, a incidência da Teoria da Aparência.

4. Portanto, com base nas premissas fáticas do caso concreto, penso inafastável a manutenção do acórdão recorrido.

Com efeito, a tese deduzida pela Fiat de não ter participado efetivamente do chamado contrato Top Fiat, além de não ser confirmada pela realidade dos autos, não ostenta a relevância que a ela pretende imprimir a recorrente.

Na verdade, a alegação da recorrente está apoiada no fato de que a chamada Lei Ferrari não permite a intromissão da concedente na gestão dos negócios da concessionária. Porém, se houvesse esse dever de fiscalização e fosse ele descumprido, do qual resultasse dano a consumidores finais, a responsabilidade da montadora seria subjetiva, baseada em culpa por ato próprio.

Ocorre que, se bem compreendida, a responsabilidade que é atribuída à concessionária, no caso, é objetiva, amparada fundamentalmente no Código de Defesa do Consumidor, como se verá.

Na responsabilidade objetiva, por vezes, tem-se uma imputação legal - e não natural - do dever de indenizar, independentemente da efetiva conduta do responsável e de seu agir culposos.

Assim, por essa ótica, a questão torna-se mais simples e consiste em saber se a montadora responde pelo inadimplemento da concessionária credenciada

junto aos consumidores finais, independentemente da modalidade do contrato de venda - porque a todos estaria subjacente o outro contrato de concessão celebrado entre concedente e concessionária, que tem regramento próprio.

A questão principal, portanto, é perquirir se a concessão para a venda de veículos, com a utilização da marca e garantia da montadora, implica sua responsabilidade pelos atos praticados pela concessionária, sobretudo aqueles relacionados diretamente com a venda de automóveis.

4.1. Nesse passo, a meu juízo, a posição jurídica da fornecedora de veículos automotores para revenda - montadora concedente - enquadra-se perfeitamente no que preceitua o art. 34 do CDC, que contém a seguinte redação:

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

A norma estabelece que a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, transparência, informação e confiança recaia sobre qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento que dela se beneficiou.

Nesse sentido é o magistério de Cláudia Lima Marques, que, comentando o art. 34 do CDC, assim aduziu:

O art. 34 repete a idéia do sistema geral do direito civil, de que o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos (art. 932, III, do CC/2002, antigo art. 1.521, III, do CC/1916), mas inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produtos e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços. *O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço. comentários ao código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 510)*

Por outro lado, é importante ressaltar, a utilização da marca pela concessionária é inerente ao próprio contrato de concessão, por força do art. 3º, inciso III, da Lei regente, *verbis*:

Art. 3º Constitui objeto de concessão:

(...)

III - o uso gratuito de marca do concedente, como identificação.

Assim, com a assinatura do contrato de concessão, a fabricante assume os ônus e os benefícios da utilização de sua marca, e é exatamente por esta que o consumidor se sente atraído, sendo desimportante, na generalidade das vezes, dirigir-se a esta ou àquela concessionária.

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados contratos “Top Fiat” eram admitidos pela montadora - fato esse reforçado pela ação civil pública ajuizada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária e, sobretudo, da utilização consentida de sua marca na venda de veículos novos, desimportando em quais termos se deram essas vendas.

Realmente, sob a ótica do consumidor, a concessionária, em qualquer negócio jurídico por ela celebrado, ao estampar determinada marca, apresenta-se sempre como parceira da fabricante, esta sim em quem o usuário deposita sua confiança em razão da marca consolidada no mercado automobilístico.

Ao celebrar o contrato de compra e venda, o consumidor crê, deveras, que convencionou com a montadora e apenas de forma intermediária o faz com a concessionária. Essa aparência de garantia, com a qual concorreu a montadora ao fornecer sua marca, em nome do princípio da boa-fé, deve ser tutelada pelo direito.

Orlando Gomes, no distante ano de 1967, ao comentar a tutela da aparência e o princípio da boa-fé, assim se posicionou:

Em todos esses casos, aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real. O parecer sem ser pôe em jogo relevantes interesses que a lei não pode ignorar.

[...]

O reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes pode justificar-se doutrinariamente pela aplicação do princípio que protege a boa-fé, ou mediante construções jurídicas particulares com a teoria da tutela de expectativa ou da posse de direitos.

[...]

Importa, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a

prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiança, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à aparência, deve produzir os seus devidos efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agente. (*As transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: RT, 1967, pp. 93-108)

Por isso que não poderia mesmo o consumidor sequer supor que o contrato celebrado, e que levava a marca Fiat, não era do seu conhecimento ou por ela garantido.

Na verdade, a utilização de marca de renome - utilização essa, repito, consentida, até por força de Lei (art. 3º, inciso III, da Lei n. 6.729/1979) - gera no consumidor legítima expectativa de que o negócio é garantido pela montadora, razão pela qual deve esta responder por eventuais desvios próprios dos negócios jurídicos celebrados nessa seara.

4.2. Destarte, diante da premissa fática de que o mencionado consórcio Top Fiat foi objeto de ampla publicidade à época e que a montadora, efetivamente, dele teve conhecimento, não parece crível, sob qualquer ângulo, que a concedente silencie quando as práticas comerciais da concessionária lhe sejam economicamente proveitosas, e, futuramente, insurja-se contra estas mesmas práticas, quando interpelada a ressarcir danos causados a terceiros.

É da lógica emergente do Código Consumerista não poder o fornecedor livrar-se da responsabilidade de ressarcir os danos causados por práticas comerciais realizadas por concessionária credenciada, em decorrência das quais também auferiu lucro.

4.3. Depois do precedente em que fiquei vencido (REsp n. 566.735-PR), a Terceira Turma enfrentou caso idêntico, chegando-se à mesma conclusão acerca da responsabilidade solidária da fabricante de veículos:

Recurso especial. Ação indenizatória. Compra de automóvel. Concessionária. *Entrega. Não ocorrência*. Responsabilidade solidária do fabricante. Art. 18 da Lei n. 8.078/1990.

1.- Em princípio, *considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo*.

2.- Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos co-obrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexos de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

3.- Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de 1º Grau, que julgou procedente a ação (e-STJ, fls. 169, autos originários, fls. 165).

(REsp n. 1.155.730-SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16.8.2011, DJe 9.9.2011)

Em outras situações semelhantes, a conclusão tem sido a mesma:

Consumidor. Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor.

- O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado.

- Constatado pelo eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada.

- Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora.

(REsp n. 363.939-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4.6.2002, DJ 1º.7.2002 p. 338)

Consortio. Teoria da aparência. Publicidade. Responsabilidade civil. Legitimidade passiva.

A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era a responsável pelo empreendimento consorcial, e parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos.

Recurso conhecido e provido.

(REsp n. 113.012-MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18.3.1997, DJ 12.5.1997 p. 18.819)

Em situações que envolvem vício ou defeito no produto, a jurisprudência também tem reconhecido a solidariedade entre a montadora e a concessionária:

Direito Civil. Código de Defesa do Consumidor. Aquisição de veículo zero-quilômetro para utilização profissional como táxi. Defeito do produto. Inércia na solução do defeito. Ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão

para retomada do veículo, mesmo diante dos defeitos. Situação vexatória e humilhante. Devolução do veículo por ordem judicial com reconhecimento de má-fé da instituição financeira da montadora. Reposição da peça defeituosa, após diagnóstico pela montadora. Lucros cessantes. Impossibilidade de utilização do veículo para o desempenho da atividade profissional de taxista. Acúmulo de dívidas. Negativação no SPC. Valor da indenização.

1. A aquisição de veículo para utilização como táxi, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação das normas protetivas do CDC.

2. A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante, conforme preceitua o art. 18, *caput*, do CDC.

3. Indenização por dano moral devida, com redução do valor.

4. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 611.872-RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 2.10.2012, DJe 23.10.2012)

Recurso especial. Código de Defesa do Consumidor. Veículo novo. Aquisição. Defeitos não solucionados durante o período de garantia. Prestação jurisdicional deficiente. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Incidência do art. 18 do CDC. Decadência. Afastamento. Fluência do prazo a partir do término da garantia contratual.

1. Diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor.

2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos.

Precedentes.

3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido.

(REsp n. 547.794-PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 22.2.2011)

5. Análise, também, a tese de que o art. 16, inciso I, da Lei n. 6.729/1979, não permite vinculação ou ingerência entre concedente e concessionária.

Ora, nada obsta que a cedente venha a fiscalizar o correto cumprimento do contrato de concessão, por exemplo, no que tange às vendas exclusivas da marca, se for o caso (art. 3º, § 1º, alínea **b**), ao fiel cumprimento das campanhas

publicitárias elaboradas pela montadora, dentre outras. Por óbvio, é da essência de todo e qualquer contrato a faculdade que possuem os contraentes de fiscalizar o cumprimento da avença.

Havendo práticas comerciais concorrentes com as previstas no contrato de concessão, se vedadas forem, como sinalizaram o acórdão estadual e as razões do recorrido, caberia à cedente, querendo, rescindir o contrato por descumprimento da cláusula.

O que é vedado é a ingerência administrativa, econômica ou jurídica nos negócios celebrados pela concessionária.

Em memorável estudo sobre o tema, o Professor Miguel Reale, idealizador do anteprojeto que deu origem à Lei n. 6.729/1979, juntamente com Renato Ferrari (daí a razão de ser conhecida como “Lei Ferrari”), assinalou notável característico do referido diploma - a despeito de sua discordância -, qual seja, a ausência de regulação dos direitos dos usuários, posteriormente chamados, na Constituição Federal de 1988, consumidores.

Verbis:

Já se terá notado que, nos contratos examinados, bem poucas vezes se fez referência à figura do consumidor.

É que, na realidade, ele é visto como *um alvo a ser atingido*, como destinatário comum de todos os planos e esforços desenvolvidos tanto pelo Produtor como pela Distribuidora, na áspera disputa do mercado.

São dadas, é certo, determinadas *garantias* ao adquirente, quer no concernente a defeitos ou vícios ocultos de fabricação, quer em termos de assistência técnica, mas a estruturação das relações entre a Fábrica e a Concessionária de vendas não é de molde a favorecer o usuário.

[...]

A falta de uma clara discriminação de responsabilidades é, pois, a primeira razão da imperfeita garantia dada ao consumidor.

[...]

É indispensável, por conseguinte, que o legislador vá ao encontro do consumidor, para assegurar-lhe direitos que não são contemplados nos contratos firmados entre a Fornecedora e a Distribuidora, ficando livre do apontado processo de *transferência de responsabilidades* que caracteriza o sistema em vigor. **(Do regime jurídico da indústria automobilística brasileira e da necessidade de lei que estabeleça a solidariedade entre suas características econômicas, salvaguardando os direitos do consumidor.** In. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, pp. 131-133)

Deveras, o dirigismo contratual que ensejou a edição da Lei n. 6.729/1979 - com vistas a disciplinar os contratos de concessão mercantil, celebrados entre montadoras de veículos e concessionárias - não contemplou qualquer regulamentação dos direitos dos consumidores.

Não obstante, tal lacuna sucumbiu em 12.9.1990, diante das disposições do Código de Defesa do Consumidor, que, em mira preceitos de índole constitucionais, que alçou a defesa do consumidor à categoria de princípio geral da atividade econômica (art. 170, inciso V), previu, em diversos artigos, a responsabilidade solidária do fornecedor e do comerciante.

Nesse sentido, são os artigos 12 a 14 (fato do produto ou do serviço), 20 a 25 (vício do produto ou do serviço) e 34 (atos dos prepostos ou representantes autônomos).

Ademais, o art. 30 responsabiliza o fornecedor em relação à oferta “que a fizer veicular ou dela se utilizar”.

Com efeito, a indigitada omissão legislativa, acerca da qual nos alertava Reale, não mais existe - e também já não existia quando do julgamento proferido na Justiça local.

Portanto, diante da presente demanda, mediante a qual se visa buscar ressarcimento por danos sofridos por consumidores, mostra-se evidente a impropriedade da utilização de arcabouço normativo que não teve por escopo a regulamentação dos direitos dos usuários, que, às escâncaras, pretere os direitos dos consumidores, relegando a segundo plano o Diploma Consumerista de 1990, o qual estabelece “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”.

Em realidade, a controvérsia somente teria desate com base exclusivamente na Lei n. 6.729/1979, se a ação fosse ajuizada por uma das partes do contrato de concessão em face da outra, o que não é o caso.

Malgrado a Lei Ferrari tenha criado uma espécie de contrato típico para a concessão mercantil de veículos automotores, isso não tem a virtualidade de transformar a natureza desse contrato, o qual continua sendo espécie do gênero “contrato de colaboração”, que é instrumentalizador do escoamento de produtos fabricados pelo fornecedor.

Essa é lição de Fábio Ulhoa Coelho, para quem “contratos de colaboração empresarial relacionados ao escoamento de mercadorias são aqueles em que um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou

ampliar o mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor) (*Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa - 10. ed.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94).

De resto, é de se lembrar que, ainda que tivesse aplicação ao caso concreto, os preceitos da Lei n. 6.729/1979, «Lei Ferrari», não poderiam ocorrer em desfavor do consumidor, por força do que dispõe o art. 7º do CDC, que permite a interpretação integrativa ou analógica apenas no que diga respeito aos “direitos” daqueles.

6. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, cumprimento a Dra. Advogada pela esforçada sustentação oral e o Ministro Relator pelo voto, que analisou a questão sob todos os ângulos e, especialmente, o do art. 16 da Lei n. 6.729/1979, que embasa o recurso especial, mas, de fato, como ressaltou o eminente Relator, essa lei não trata das relações entre a montadora, a distribuidora e o consumidor e, portanto, penso que deve prevalecer o CDC, que, ademais, é norma posterior.

Nego provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Ministro Relator.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

Calixto Salomão Filho¹

Ademir Antonio Pereira Jr.²

ALÉM DA DICOTOMIA FIRMA *VERSUS* MERCADO: INTEGRAÇÃO VERTICAL E DIREITO DO CONSUMIDOR

¹ Professor Titular do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

² Mestre em Direito pela Stanford University. Mestre e Doutorando em Direito pela USP.

1. Introdução e síntese do acórdão: a dicotomia firma *versus* mercado

A literatura econômica do início do século XX teve muitas dificuldades, inicialmente, em superar a dicotomia que contrapunha dois modos antagônicos de organização da atividade econômica: organização mediante um planejamento central e interno à firma e organização pautada pelo mecanismo de mercado, assumindo os pressupostos de interação provenientes do mecanismo de formação de preço em cada transação individualmente. Análises pautadas por essa dicotomia resultavam em um quadro distorcido das relações entre empresas, uma vez que a realidade indicava a existência de formas de organização muito mais complexas ao longo do caminho entre esses dois pontos extremos. O reconhecimento da existência de diversos arranjos contratuais – que muitas vezes ensejavam cláusulas de exclusividade de produto ou territorial, cláusulas de desempenho ou fixação de preço – permitiu o desenvolvimento da análise econômica dessas relações e uma compreensão mais efetiva de seus efeitos.

Enquanto o Direito da Concorrência há muito vem se dedicando a examinar essas formas contratuais – inclusive, absorvendo muito do que a teoria econômica tem desenvolvido a respeito – outras áreas do direito ainda parecem estagnadas diante da antiga dicotomia firma *versus* mercado. Nesse sentido, é imperioso que áreas como Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, passem a refletir com maior cuidado sobre as novas formas de organização empresarial, procurando adaptar a aplicação de institutos formulados a partir da antiga dicotomia à uma realidade mais complexa, inclusive aproveitando-se da experiência em áreas como o Direito da Concorrência, em que essa análise já vem sendo realizada há décadas.

Acórdão recentemente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e os fundamentos do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão reconhecem e analisam essa realidade organizativa complexa sob a esfera da responsabilidade civil decorrente de danos a consumidores. Nesse acórdão, a Corte estabeleceu que a montadora de veículos responde solidariamente pelo inadimplemento de concessionário com a qual mantenha contrato de concessão comercial caso não seja entregue ao consumidor veículo vendido sob plano comercial conhecido e admitido pela montadora (concedente) e que utilizava sua marca. Analisando processo em que a montadora Fiat e seu concessionário foram demandados, o Ministro Relator destacou que:

- (i) a situação fática demandava a responsabilidade solidária pois o inadimplemento relaciona-se ao Consórcio Top Fiat, que ostenta a marca Fiat e foi admitido pela montadora;

- (ii) a montadora é responsável nos termos do art. 34 do CDC, posto que percebe benefício econômico com as práticas comerciais do concessionário e, sobretudo, porque consente com o uso de sua marca, gerando aparência de seu envolvimento na relação com o consumidor;
e
- (iii) o art. 16, I, da Lei Ferrari não impede que a montadora fiscalize o cumprimento do contrato de concessão, incluindo temas relativos a vendas ou campanhas publicitárias. Veda apenas a ingerência administrativa, econômica ou jurídica nos negócios da concedente.

A análise tradicional da responsabilidade civil assume a dicotomia firma *versus* mercado identificada acima. Na hipótese de integração societária dentro de uma única empresa ou grupo econômico internalizando atividades verticalmente relacionadas na cadeia, a responsabilização civil claramente se aplicaria; de outro lado, caso houvesse pura relação de mercado, definida individualmente a cada transação, a responsabilização solidária não poderia se aplicar. A análise realizada pelo acórdão ultrapassa a dicotomia e, a partir da compreensão da complexidade da concessão comercial, aproxima concedente e concessionário, justificando a responsabilização solidária dada a hipótese fática sob exame. Identificar as complexidades e nuances da relação utilizando instrumentos forjados pelo Direito da Concorrência pode contribuir para consolidar o caminho traçado no acórdão.

2. Além da dicotomia firma *versus* mercado: relações contratuais complexas e o direito da concorrência

Análises pautadas na dualidade firma *versus* mercado excluíam outras vias de organização, e resultavam em um quadro distorcido da realidade das relações entre empresas³. Organização via mercado ou via firma constituem

³ Ronald Coase discutiu as razões explicativas para a existência da firma a partir da comparação entre os custos da organização interna e da produção organizada através do mercado. Coase analisou o fenômeno da organização industrial com base em suposições mais realistas, reconhecendo que transacionar no mercado era custoso, assim como organizar a produção internamente. Assim o tamanho de uma firma seria determinado pela comparação entre os custos de se realizar uma transação adicional via mercado ou internamente. Sendo os custos de transacionar no mercado inferiores, essa seria a opção eficiente, enquanto que a internalização da produção, quando menos custosa, prevaleceria. A identificação por Coase de dois modos de organização da atividade econômica, seja internamente à firma ou externamente, construiu-se através do conceito de contrato, uma vez que a atividade econômica se desenvolvia a partir de um feixe de contratos, sejam internos à firma ou realizados no mercado. Embora pautada pela dualidade internalização-mercado, o trabalho de Coase é indica

pontos extremos de uma “corrida contínua” entre mercado “puro” e integração “pura”, sendo que ao longo desse caminho existem diversos outros modos de organização⁴. O contrato se apresenta como um dos institutos jurídicos capaz de viabilizar esses modelos organizacionais, uma vez que mantém a independência entre as partes ao mesmo tempo em que cria um vínculo reconhecido pelo Direito e pelas partes.

Durante séculos, os juristas esvaziaram o significado econômico do contrato, transformando o intercâmbio de bens materiais em intercâmbio de declarações negociais. O liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX impulsionou a construção de um conceito de contrato desprovido de considerações sobre sua natureza econômica, pois a afirmação do ambiente transacional de caráter liberal exigia a exaltação da igualdade entre os indivíduos perante a lei, resultando assim na generalização das relações de troca e na abstração das mesmas quando observadas pelo ordenamento jurídico⁵. Como resultado, a análise jurídica de contratos não teve, durante muito tempo, a capacidade de distinguir e dar tratamento distinto a contratos *spot*, característicos de relações de mercado, de contratos que geravam mais intenso grau de integração entre as partes. É razoavelmente recente a introdução pelo direito de mecanismos como boa-fé, onerosidade excessiva, etc., que reconhecem que a integração econômica gerada por contratos de longo prazo têm efeitos jurídicos relevantes e particulares.

No século XX, o Direito da Concorrência é um dos principais impulsionadores da inserção do conteúdo econômico do contrato na análise jurídica. Notando que contratos podem gerar níveis significativos de integração entre agentes, o direito da concorrência passou a tratar com especial atenção contratos que contenham cláusulas que intensifiquem esse processo e reduzam a concorrência. Do mesmo modo que o Direito da Concorrência

caminho interessante para compreensão da complexidade das relações entre empresas. (ver Ronald Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4 (1937), pp. 386-405).

⁴ Cf. George Richardson, *The Organization of Industry*, in Peter J. Buckley e Jonathan Michie (ed.), *Firms, Organizations and Contracts*, New York: Oxford University, 2005, p. 63.

⁵ Em outras palavras, o contrato sob a perspectiva jurídica desenvolvida no fim do século XVIII se adequava à ideologia liberal, já que instrumentalizava as transações econômicas sem qualquer valoração sobre o sentido de tais transações ou a composição das partes nas relações, preconizando assim a liberdade de contratação e a exigibilidade dos contratos, a despeito de seu conteúdo. Dessa forma, a figura dos negócios jurídicos, que tem o contrato como espécie de maior importância e utilização prática, desenvolveu-se como instrumento passível de ser utilizado para a análise de todos os tipos de relações, independentemente das partes, de seu objeto ou do fim a que servissem. Ver Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, pp. 09 e ss.

até as décadas de 60-70 tratou com muitas ressalvas fusões entre empresas verticalmente relacionadas, observou também com muito cuidado contratos com cláusulas de exclusividade, que previssem fixação de preços de revenda, ou que contivessem limitações sobre o uso de propriedade industrial licenciada. Essas cláusulas permitiam maior integração vertical entre agentes sem que houvesse transferência de controle de ponto de vista societário, permitindo arranjos organizativos complexos e que poderiam ter impactos sobre a dinâmica dos mercados.

A Escola de Chicago alterou (erroneamente, em nossa concepção) esse panorama ao preconizar uma série de eficiências para restrições verticais, especialmente relacionadas à proteção contra o *free-riding*⁶, que permitiria então a realização de investimentos específicos e a melhoria dos serviços ou produtos oferecidos. Além de identificar eficiências que justificavam os arranjos, esses autores ainda desenvolveram postulados que colocaram em cheque a probabilidade desses acordos gerarem efeitos anticompetitivos⁷. De modo similar, institucionalistas identificaram a redução de custos de transação como elemento central a garantir a eficiência desses arranjos⁸. A análise da literatura neoclássica de Chicago e a institucionalista parecia sugerir que o Direito Antitruste deveria incentivar restrições verticais⁹, o que repercutiu sobre diversos casos julgados, principalmente nos Estados Unidos desde o final da década de 1970 até agora. É possível identificar uma redução das preocupações advindas de restrições verticais, o que gerou a revisão de precedentes e o estabelecimento de critérios menos rigorosos de análise e mais receptivos a justificativas de eficiência¹⁰.

⁶ O problema do *free-riding* (ou “efeito carona”) em integrações verticais surge, por exemplo, quando um fabricante realiza uma série de investimentos em um distribuidor, melhorando a estrutura física do distribuidor, oferecendo treinamentos de vendas, etc, e o distribuidor utiliza esses ativos para vender produto de fabricante concorrente e que não realizou tais investimentos (*free-riding*). Cláusulas de exclusividade podem ser justificáveis nesse contexto para viabilizar esses investimentos.

⁷ Dentre esses postulados encontram-se o *single-monopoly profit theorem*, o ceticismo contra a possibilidade de *market foreclosure* e a possibilidade de eliminação do problema de dupla-margem. Para uma crítica à utilização desses postulados pela Escola de Chicago ver Steven C. Salop, *Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago Overshot the Mark*, in Robert Pitofsky (org.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 141-155.

⁸ Para um exame de uma das obras centrais sobre a teoria dos custos de transação, ver Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985, pp. 15 e ss.

⁹ Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 552.

¹⁰ Exemplo dessa tendência quanto a contratos com cláusula de exclusividade é o caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, julgado pela Suprema Corte americana em 1977, que revisita precedente anterior

Atualmente, com o desenvolvimento da literatura pós-Chicago, o Direito da Concorrência, embora reconheça que integrações verticais podem ter eficiências relevantes, não deixa de reconhecer que podem também ser utilizadas estrategicamente para limitar a concorrência e prejudicar os consumidores¹¹. Nesse sentido, o Direito da Concorrência admite maior integração pela via contratual – por meio de cláusulas de exclusividade, cessão de marca, fixação/sugestão de preços de revenda, etc - e consequente redução de concorrência, desde que a integração reduza o efeito *free-ride* e os custos de transação, permitindo maior colaboração, investimento e especialização. Deve ser então uma contrapartida da redução da concorrência gerada pela integração uma melhoria dos serviços e um cuidado maior do agente integrado em relação às atividades do agente contratado, o que incrementa a concorrência entre as marcas e beneficia os consumidores. Mesmo assim, não deve jamais ter como consequência ou efeito a redução substancial da concorrência. A compreensão dessa dinâmica gera importantes contribuições para o exame da concessão comercial.

3. Concessão comercial, integração vertical e responsabilidade perante consumidores

A organização da produção através de contratos de longa duração ganha relevância à medida que o padrão produtivo contemporâneo exige redução de custos e ao mesmo tempo atividades inovadoras. Dessa forma, as empresas necessitam estabelecer relacionamentos com outras empresas que lhes proporcionem um compartilhamento de riscos e certo grau de especialização, permitindo o desenvolvimento de novos processos produtivos e o aprendizado conjunto.

A concessão de veículos vem dar forma jurídica à especialização requerida pelas atividades empresariais de fabricação e de distribuição. Alterações na complexidade do mercado de venda de automóveis (garantias, assistência pós-

e confere muita ênfase à aceitação da exclusividade como modo de conter o problema de free-riding. Mais recentemente, em 2007, a decisão da Corte no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* constitui outra indicação dessa tendência ao determinar a aplicação da regra da razão para análise de fixação de preço de revenda por reconhecer possíveis eficiências, revertendo precedente de quase um século que estabelecia a ilicitude *per se*.

¹¹ Cf. Patrick Rey e Thibaud Vergé, *Economics of Vertical Restraints*, in Paolo Buccirossi (org.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, p. 384. Em sentido similar, ver também Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, New York: Cambridge University Press, p. 377.

venda, etc) exigiram o desenvolvimento de entes próprios especializados e que tivessem apoio direto das montadoras concedentes. Foi assim que a concessão comercial tomou o lugar de agentes e representantes comerciais, sendo munida de dispositivos contratuais que garantem acesso à marca e exclusividade sobre determinado território para aproximar concedente e concessionário.

Em razão da Lei Ferrari (Lei nº 6.729/79), a total integração vertical pela via societária não pode ser utilizada no segmento de venda de veículos automotores. Exceto por algumas hipóteses definidas na Lei (art. 15), as montadoras não podem vender diretamente aos consumidores, devendo necessariamente organizar suas atividades de distribuição por meio de contratos com agentes econômicos distintos – a concessão comercial. Esses contratos, no entanto, pela própria disciplina da Lei Ferrari, geram acentuado grau de integração para viabilização de investimentos específicos e especialização dos agentes, estabelecendo exclusividade de produto, exclusividade territorial e a cessão gratuita do uso da marca da montadora ao concessionário. A Lei, no entanto, veda a subordinação econômica, jurídica ou administrativa do concessionário, ou interferência na gestão de seus negócios, garantindo assim certa esfera de independência.

Ao analisar esta relação, a jurisprudência do STJ já vinha apontando para a possibilidade de que o alto grau de integração vertical entre concedente e concessionário, consubstanciado numa organização contratual complexa, deveria ter reflexos também sob a ótica consumerista. Nesse sentido, a Corte vem construindo entendimento no sentido de que a montadora deve se responsabilizar por atos do concessionário perante consumidores quando faz publicidade sobre determinada oferta diretamente ao consumidor¹² ou atua em conjunto com o concessionário elaborando, por exemplo, plano ou ação de vendas a ser executada pelo concessionário¹³. O acórdão aqui examinado perpetua esse caminho, reconhecendo que concedente e concessionário devem ser solidariamente responsáveis quando o consumidor sofre dano decorrente de contrato que carrega a marca do concedente e é por ele conhecido¹⁴. Ou seja, baseado no art. 34 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando o concedente empresta sua marca a algo que ele conhece e poderia vetar se não

¹² Recurso Especial nº 363.939 – MG, Relatora Ministra Nancy Andriighi, julgado em 04 de junho de 2002.

¹³ Recurso Especial nº 566.735 – PR, Relator p/ acórdão Ministro Fernando Gonçalves, julgado 10 de novembro de 2009.

¹⁴ Recurso Especial nº 1.309.981 – SP, Relator Ministro Felipe Salomão, julgado 24 de setembro de 2013.

concordasse, torna-se solidariamente responsável.

Assim como o Direito da Concorrência admite maior integração pela via contratual desde que haja contrapartidas consubstanciadas em incremento de eficiência por meio de investimentos na melhoria dos serviços, especialização e um cuidado maior do agente integrado em relação às atividades do agente contratado, o acórdão do STJ parece estender o nível de demanda por contrapartidas do agente integrado. Procurando maximizar a proteção ao consumidor, o acórdão demanda do concedente contrapartidas adicionais para que possa se beneficiar das eficiências proporcionadas pela integração vertical nos termos definidos pela Lei Ferrari – tais como exclusividade de produto e territorial e cessão de uso da marca. Dentre essas demandas, exige que o concedente monitore as atividades do concessionário de perto e obste a associação de sua marca a atividades comerciais com as quais discorde ou se responsabilize conjuntamente por atividades que venha a conhecer e aprovar. Dessa forma, exige que o concedente não apenas se beneficie das eficiências que a integração vertical pode gerar para a organização de sua atividade mas também assuma determinados ônus quanto ao monitoramento do uso de sua marca e atividades comerciais relacionadas realizadas pelo concessionário.

4. Conclusão

Tradicionalmente, a responsabilidade civil pauta-se pela dicotomia *firma versus* mercado. A realidade é, contudo, muito mais complexa e compreende arranjos organizativos variados. No caso da fabricação e distribuição de veículos automotores, a concessão comercial constitui uma resposta à necessidade de maior especialização, investimentos específicos e capacitação técnica adequada para melhoria dos serviços e incremento da concorrência entre as marcas de veículos. Por essa razão, é munida de dispositivos contratuais que garantem acesso à marca e exclusividade, procurando integrar concedente e concessionário.

O acórdão ora em exame, em linha com a jurisprudência que vinha se formando no STJ, supera a tradicional dicotomia e passa a integrar as particularidades dessa organização contratual para ponderação da responsabilidade civil e proteção do consumidor. Esse esforço pode se beneficiar de um diálogo próximo com o Direito da Concorrência, que vem examinando por várias décadas arranjos contratuais complexos e procurando identificar os efeitos realmente causados sobre os mercados e os consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363.939 – MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04 de junho de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 566.735 – PR, Relator p/ acórdão Ministro Fernando Gonçalves, julgado 10 de novembro de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.309.981 – SP, Relator Ministro Felipe Salomão, julgado 24 de setembro de 2013

COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*, *Economica* 4 (1937), pp. 386-405.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*, New York: Cambridge University Press.

REY, Patrick Rey; VERGÉ, Thibaud. *Economics of Vertical Restraints*, in BUCCIROSSI, Paolo (org.), *Handbook of Antitrust Economics*, MIT Press, 2008.

RICHARDSON, George. *The Organization of Industry*, in Peter J. Buckley e Jonathan Michie (ed.), *Firms, Organizations and Contracts*, New York: Oxford University, 2005.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*, São Paulo: Malheiros, 2013.

SALOP, Steven C. *Economic Analysis of Exclusionary Vertical Conduct: Where Chicago Overshot the Mark*, in PITOFISKY, Robert (org.), *How the Chicago School Overshot the Mark*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 141-155.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985.

4.4. Dano Moral

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.107.801-RS (2008/0261491-0)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Agravante: Banco Fininvest S/A

Advogado: Marcelo Cavalheiro Schaurich e outro(s)

Agravado: Derlam Baptista de Lima

Advogados: Fausto Alves Lélis Neto e outro(s)

Marcelo Ahrends Maraninchi e outro(s)

Maria Luiza Ahrends e outro(s)

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Dano moral. Inscrição indevida do nome da agravada em órgão de proteção ao crédito. Contratação celebrada por terceiros com uso de documento furtado. Vítima que registrou o boletim de ocorrência. Responsabilidade da instituição financeira pelo resultado lesivo.

1. A valoração dos fatos e provas em desconformidade com a jurisprudência desta Corte enseja a reforma do acórdão recorrido. Inaplicabilidade da Súmula n. 7-STJ.

2. Mantida a decisão agravada que concluiu de acordo com inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. A contratação fraudulenta praticada por terceiros, com uso de documentos furtados, não elide a responsabilidade da instituição financeira pelos danos morais suportados pela vítima.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 16 de abril de 2015 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de agravo regimental interposto por *Banco Fininvest S/A*, tendo por objeto reforma de decisão proferida às fls. 245-250 (e-STJ), pelo Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), que deu provimento ao recurso especial interposto por *Derlam Baptista de Lima*, condenando a ora agravante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no dia 18.3.2009, em razão da inscrição do nome da parte agravada em órgão de proteção ao crédito, decorrente de contratação realizada por terceira pessoa com uso de documentos furtados.

Nas razões do agravo regimental, afirma a recorrente a ausência de similitude fática com os acórdãos citados pela decisão agravada. Na hipótese dos autos, a agravada contribuiu para o resultado lesivo, conforme reconhecido pelo colegiado estadual. Assim sendo, rever tal conclusão implicaria o reexame de provas, inviável nessa sede especial, por força da Súmula n. 7 desta Corte.

Pretende, outrossim, a retratação desta Relatora ou o provimento do recurso pelo órgão colegiado.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Na hipótese dos autos, verifico não haver que se falar em reexame de provas.

O Tribunal Estadual concluiu com base nos seguintes fundamentos:

Referiu o autor que, no dia 10.1.2003, *extraviou sua carteira* de identidade, sendo surpreendido nos anos seguintes por *vários débitos que não reconhece, os quais estelionatários contraíram em seu nome, fazendo uso do documento perdido*. Uma dessas dívidas se refere ao Contrato n. 0021075902925401, *celebrado com a instituição ré, que originou a inscrição do nome do requerente nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 28-29)*.

Contudo, vai mantido o afastamento da reparação por dano moral ocasionado por terceiro que, agindo ilícitamente, desencadeou os cadastros negativos.

Incumbia à parte autora, ante a perda de documento essencial, ter agido com maior cautela e prevenção.

Não se ignora o constrangimento do demandante, ao constatar a existência de registros negativos de seu nome, relativamente a débito que não contraíra.

Ocorre que a Fininvest também restou lesada, *ao conceder financiamento a pessoa que portava os documentos da parte autora*.

Em regra, as lojas credenciadas, intermediárias dos financiamentos, efetuam a consulta do nome dos financiados, segundo a praxe comercial, para somente depois autorizar a venda.

Por certo que, ao ser efetivada a consulta, não se encontrou nenhum registro acerca da perda dos documentos do requerente. Do contrário, o crédito certamente não seria autorizado.

No caso, verifica-se que *o apelante se limitou a registrar a perda do documento junto à Secretaria de Justiça e da Segurança (doc. de fl. 12)*. Consabido é, *entretanto, que tal espécie de registro não se destina, em absoluto, ao conhecimento público; visa tão somente a documentar a ocorrência*.

Impõe-se a todos, quando da perda de documentos, o devido registro nos órgãos de consulta ao crédito, aos quais recorrem os estabelecimentos bancários e comerciais. Isso é curial.

Assim, forçoso é reconhecer-se que o demandante deixou de adotar cautela eficaz para resguardar-se de conseqüências danosas, tendo contribuído para os resultados daí advindos.

À parte ré, por sua vez, não se pode imputar culpa, uma vez que concedeu crédito mediante prévia aprovação do cadastro do mutuário pelo estabelecimento comercial, sem qualquer ingerência sobre a conferência dos documentos ou da assinatura do financiado.

Assim, impõe-se rejeitar o pleito indenizatório frente à instituição financeira, uma vez que esta não agiu ilícitamente.

(grifei)

Os fatos que ensejaram a indevida negativação do nome da recorrida foram delineados pelas instâncias estaduais, entretanto, foram valorados em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não há necessidade de reexaminar as provas para constatar que houve a indevida inscrição do nome da parte agravada em órgão de proteção ao crédito por culpa da agravante, em decorrência da sua atividade de risco.

Em semelhante caso, esclareceu a Min. Nancy Andrighi que “a circunstância da conta bancária ser aberta por terceiro, com a utilização de documentos furtados ou roubados, não elide a responsabilidade da instituição financeira.” (REsp n. 856.085-RJ, DJe 8.10.2009):

Assim, o fundamento utilizado pelo acórdão recorrido para afastar a culpa da instituição financeira, no sentido de que o recorrente deveria ter comunicado às autoridades policiais e ao SPC a ocorrência do “roubo” não elide a responsabilidade da instituição financeira, pois cabia ao banco/recorrido tomar as precauções cabíveis para a verificação dos documentos apresentados por terceiro, independentemente da ausência de comunicação do crime.

Nesse mesmo sentido destaque precedente da Quarta Turma, dentre outros:

Civil e Processual. Acórdão. Ação de indenização. Inscrição em Serasa, oriunda de abertura de conta corrente com documentos furtados à titular. Responsabilidade da instituição bancária. Dano moral. Prova do prejuízo. Desnecessidade. Valor do ressarcimento. Lesão minorada pelo réu.

I. A inscrição indevida do nome da autora em cadastro negativo de crédito, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição bancária, desinfluyente a circunstância de que a abertura de conta se deu com base em documentos furtados e para tanto utilizados por terceiro.

II. Indenização adequada à realidade da lesão, ante a tomada de providências pelo réu para atenuar os efeitos causados.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 659.760-MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 4.4.2006, DJ 29.5.2006, p. 252)

Acrescento que no julgamento do REsp n. 970.260-SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Quarta Turma, DJ 17.9.2007, em que pese ter sido reconhecida a culpa concorrente da vítima para o resultado lesivo, não houve a exclusão da responsabilidade da instituição financeira, sendo apenas reduzido o

valor indenizatório para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em tal caso, reconheceu-se a culpa concorrente da vítima em razão da sua negligência em deixar de providenciar o registro do Boletim de Ocorrência no momento em que teve conhecimento do extravio de seus documentos.

Diferentemente, na demanda em análise, concluiu o acórdão do Tribunal Estadual que a recorrida registrou a perda do documento junto à Secretaria de Segurança Pública daquele Estado.

Assim sendo, não obstante os argumentos expendidos pela agravante, verifico que a tese jurídica veiculada nas razões do regimental não é capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado. Em assim sendo, mantém-se, na íntegra, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada, nos seguintes termos:

No tocante à responsabilidade da instituição financeira pela abertura de conta bancária e liberação de linha de crédito em nome de terceiros com a utilização de documentos furtados, verifica-se que assiste razão ao recorrente.

De fato, a questão debatida nos presentes autos encontra entendimento firmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a inscrição do nome do devedor, oriunda de dívida constituída por outra pessoa que se utilizou de documentos furtados para a abertura de conta bancária, gera a obrigação de indenizar, porquanto caracterizada negligência na atividade empresarial. Situações como a presente fazem parte do risco da própria atividade econômica que a instituição bancária exerce.

Dessa forma, se afigura equivocada, a teor do entendimento adotado nesta Corte, a conclusão do julgado de eximir a instituição credora de qualquer responsabilidade.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do STJ:

Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito. Abertura de conta corrente e fornecimento de talões de cheque em benefício de falsário usando nome e documento de pessoa idônea. Falha administrativa da instituição bancária. Fixação do valor indenizatório. Redução. Divergência jurisprudencial. 1. Dissídio jurisprudencial comprovado, nos termos dos artigos 541, § único, do CPC, e 255, § 2º, do Regimento Interno desta Corte. 2. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão nesta Corte da aludida quantificação. Precedentes. 3. Inobstante a efetiva ocorrência do dano, decorrente de falha administrativa do banco-

recorrente, consistindo em abertura de conta e fornecimento de talões de cheques em benefício de falsário que usa nome e documentos de pessoa idônea, bem como a incúria do recorrente em não providenciar, como devia, a retirada do nome do autor dos cadastros restritivos de crédito, prolongando com isso os dissabores suportados por ele, devem ser considerados, na fixação do *quantum* reparatório, os necessários critérios de moderação e de razoabilidade que informam os parâmetros avaliadores adotados por esta Turma. 4. Considerados os referidos princípios estimatórios e as peculiaridades do caso em questão, o valor fixado pelo Tribunal de origem mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a R\$ 13.000,00 (treze mil reais). 5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 556.214-AM, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 7.12.2004, DJ 17.12.2004 p. 560)

Direito Processual Civil e do Consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. Art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova. Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisív. O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno. Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade. O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido.

(4ª Turma, REsp n. 685.662, Relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU de 5.12.2005)

Civil. Ação de indenização. Furto de talonário de cheques no interior de agência bancária. Caso fortuito e força maior. CC, art. 1.058. Não configuração. Previsibilidade do fato. Dano moral. Ressarcimento devido. I. A segurança é prestação essencial à atividade bancária. II. Não configura caso fortuito ou força maior, para efeito de isenção de responsabilidade civil, a ação de terceiro que furta, do interior do próprio banco, talonário de cheques e cartão de garantia emitidos em favor de cliente do estabelecimento. III. Ressarcimento devido ao autor, pela reparação dos danos morais por ele

sofridos pela circulação de cheques falsos em seu nome, gerando diversas cobranças administrativas e, inclusive, uma judicial, em que chegaram a ser penhorados, no curso de ação de execução, bens do seu patrimônio. IV. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 126.819-GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.6.2000, DJ 21.8.2000 p. 137)

Em razão das particularidades do caso e à luz dos precedentes citados desta Corte Superior, parece-me ser o caso de fixar o valor indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ajustando-se a indenização aos parâmetros adotados por este Tribunal, de modo a garantir ao lesado justa reparação, afastando-se, pois, a possibilidade de enriquecimento indevido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, fixando o valor da condenação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescida de juros desde o evento danoso (Enunciado n. 54, da Súmula do STJ) e corrigida monetariamente a partir deste julgado, ficando, conseqüentemente, invertidos os ônus sucumbenciais.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

COMENTÁRIO DOUTRINÁRIO

André de Carvalho Ramos¹

1. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO

O Agravo Regimental nº 1.107.801/RS, de relatoria da Ministra Maria Isabel Galotti, foi interposto por instituição financeira diante do provimento de Recurso Especial que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais pela inscrição indevida do nome de correntista em órgão de proteção

¹ Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional (USP). *Visiting Fellow* do Lauterpacht Centre for International Law (Cambridge). Membro da *Asociación Americana de Derecho Internacional Privado* (ASADIP). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Membro do Ramo brasileiro da *International Law Association*. Membro do Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério Público Federal. Procurador Regional da República. Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016).

ao crédito em decorrência de contratação realizada por terceiro com uso de documento furtado².

Em retrospecto fático, a reparação por dano moral pela inscrição em órgão de proteção ao crédito ocasionada por terceiro agindo ilicitamente fora afastada no âmbito estadual. No caso, pessoa teve seu documento de identidade extraviado e, após comunicação sobre a perda do documento à Secretaria estadual de Justiça e Segurança, foi surpreendida com débitos contraídos por estelionatários em seu nome com uso do documento perdido, dentre os quais dívida por contrato celebrado com o Banco Fininvest S/A, que originou a inscrição do seu nome em cadastro negativo de consumo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a então recorrente deixou de adotar cautela eficaz para resguardar-se das consequências danosas da perda dos documentos, na medida em que, além da realização de boletim de ocorrências, deveria também ter feito registro do referido extravio perante os órgãos de consulta ao crédito.

No julgamento monocrático do recurso especial, considerou-se que os fatos delineados pela instância *a quo* foram valorados em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), determinando-se, portanto, a reparação pelo dano moral sofrido. Utilizando a teoria do risco profissional, o STJ afirmou que o banco é civilmente responsável pela inscrição indevida de correntista em cadastro negativo, na medida em que a abertura de conta bancária em benefício de falsário utilizando documento de pessoa idônea é falha administrativa da própria instituição.

Contra a decisão monocrática no STJ, insurgiu-se a instituição credora visando o reconhecimento de excludente da sua responsabilidade, sob a alegação de que a então agravada havia contribuído para o resultado lesivo e, que, portanto, os acórdãos citados na decisão não possuiriam similitude fática com o caso em tela.

No julgamento do Agravo Regimental, a Relatora Min. Maria Isabel Galotti reiterou o entendimento proferido na decisão monocrática do Recurso Especial, no sentido de que a inscrição em cadastro negativo ocorreu por culpa da instituição financeira em decorrência da sua atividade de risco.

Citando diversos precedentes do próprio STJ (REsp 856.085/RJ, REsp 659.760/MG, REsp 970.260/SP) a Relatora sustentou que a responsabilidade

² Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.107.801/RS, Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgamento de 16-04-2015, DJe de 28-04-2015.

civil pela inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito é presumida, dispensando-se prova objetiva do dano moral sofrido. Nesse sentido, asseverou que conta aberta por falsário não afasta a reponsabilidade da instituição financeira, à qual incumbe tomar precauções para verificar os documentos apresentados por terceiro para contratação, independentemente da comunicação de crime.

O voto da Relatora, ademais, aduziu que mesmo se fosse reconhecida culpa concorrente da vítima para o resultado danoso, por eventualmente não ter providenciado o registro de boletim de ocorrência, não haveria exclusão da responsabilidade da instituição credora, mas somente redução do valor indenizatório. Isto porque dívidas oriundas da abertura de conta bancária por falsário constituem riscos inerentes à própria atividade econômica da instituição financeira, de modo que a inscrição do nome do devedor em cadastro negativo caracteriza atividade empresarial negligente, gerando a obrigação de indenizar.

Por estes motivos, o voto concluiu que *“a contratação fraudulenta praticada por terceiros, com uso de documentos furtados, não elide a responsabilidade da instituição financeira pelos danos morais suportados pela vítima”*.³

Os Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Ministra Relatora e a Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, mantendo na íntegra a decisão agravada, a qual fixou o valor indenizatório de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) acrescidos de juros e corrigidos monetariamente desde a data do evento danoso.

2. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO

A Constituição de 1988 reconheceu o dever de proteção do Estado aos *direitos do consumidor*, que consistem no conjunto de faculdades que asseguram o equilíbrio nas relações de consumo.

A Lei n. 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”, como denominou o art. 48 da ADCT) rege atualmente a matéria, tendo criado um *microsistema* de proteção calcado em normas cíveis, penais e administrativas. A defesa do consumidor deve ser um imperativo também da ordem econômica brasileira,

³ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.107.801/RS, Relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgamento de 16-04-2015, DJe de 28-04-2015.

como dispõe o art. 170, V, da CF/88. Nesse sentido, o STF decidiu que “o princípio da livre--iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de *defesa do consumidor*” (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, *DJ* de 5-8-2005). Assim, é imprescindível que o Estado brasileiro, por meio de políticas públicas, concilie a livre-iniciativa e a livre concorrência com os princípios da *defesa do consumidor* e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social (STF, ADI 319-QQ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 3-3-1993, Plenário, *DJ* de 30-4-1993).

Corolário dessa exigência de defesa do consumidor foi a decisão do STF de considerar as instituições financeiras alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor (ADI 2.591-ED, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-12-2006, Plenário, *DJ* de 13-4-2007). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 297, a qual dispõe que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A importância da defesa do consumidor nas relações de consumo com as instituições financeiras é evidente: há desequilíbrio notável entre o fornecedor de serviço e o consumidor, o que exige intervenção estatal para assegurar a igualdade prevista no art. 5º, *caput* da Constituição. Esse dever de proteção do Estado caracteriza a dimensão objetiva dos direitos humanos, que implica reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. De fato, essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais.

Além disso, já é um consenso no Brasil que os direitos humanos também podem ser invocados contra outros particulares, consagrando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (relação particular x particular). Ocorre que a assimetria entre os particulares consagrou, ainda, a *eficácia diagonal dos direitos humanos*, que consiste na invocação de direitos nas relações entre os particulares nas quais uma das partes ostenta vulnerabilidade, fazendo nascer uma prevalência de determinado direito de um particular sobre o outro. No caso das relações entre fornecedores e consumidores de serviços bancários, a

desigualdade é tamanha, que a eficácia dos direitos nessa relação é *diagonal*.⁴ Assim, a legislação estatal deve sempre ser interpretada de modo a destacar o dever de proteção aos consumidores e a eficácia diagonal dos direitos na relação do consumidor com os fornecedores.

No caso concreto, o instituto da responsabilidade civil consumerista merece interpretação conforme os direitos humanos. Cabe recordar que a responsabilidade consiste na possibilidade de figurar no polo passivo de relação jurídica cujo objeto é a pretensão reparatória ou indenizatória (ou ainda punitiva no caso da responsabilidade criminal).⁵ O fenômeno da responsabilidade é definido como a relação jurídica entre duas partes, aquele que foi lesado (ou o titular da pretensão ao ressarcimento do dano, pois podemos pensar numa cessão da pretensão reparatória) e aquele que deve reparar o dano (não necessariamente aquele que provocou o dano, pois adota-se a concepção germânica que distingue dever jurídico de abstenção da conduta causadora de danos a outrem e responsabilidade - *Schuld e Haftung*).⁶

Não é o dever jurídico de abstenção de conduta causadora de danos a outrem que consubstancia a responsabilidade. A responsabilidade, pelo contrário, é a titularidade passiva da pretensão reparatória ou indenizatória que, como conteúdo de uma relação jurídica (de Direito do Consumidor, de Direito das Obrigações, ou de Direito Administrativo, ou de Direito Constitucional, conforme a topologia da regra incidente) é diretamente decorrente de uma norma (com o qual ressaltamos que somente normas, escritas ou não escritas, podem atribuir posições jurídicas). Essa relação jurídica é informada e conformada pelas regras jurídicas sobre o caso (*v.g.*, o da responsabilidade objetiva) e que, por sua vez, são projeções de princípios mais abstratos, como sendo o *honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

A responsabilidade consumerista aparece como a feição essencialmente garantidora da ordem jurídica, fruto, no caso das relações de consumo, da dimensão objetiva e da eficácia diagonal dos direitos humanos. A imputação do

⁴ Por exemplo, nas relações envolvendo crianças, pessoas com deficiência, trabalhadores, consumidores etc. Sobre a eficácia diagonal, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵ TUHR, A. *Derecho Civil*, trad. do original alemão *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* por Tito Ravà, Buenos Aires : Editorial Depalma, 1946, pp. 138 - 141.

⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 62-64.

dever de indenizar quando houver causado dano a outrem importa em atribuir consequências desfavoráveis àquele que desatendeu a um prévio dever de não vulneração da esfera jurídica alheia.⁷ A existência desse dever universal de “não violação” da esfera jurídica alheia, sobre o qual pende a hipótese da sanção, exerce uma função protetora dos interesses de todos, possuindo também uma *feição de garantia* dos bens jurídicos. No caso, a aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça, da responsabilidade da instituição bancária pela sua própria conduta de aceitar a abertura de conta bancária com documentos falsos, prejudicando o consumidor, fez valer o instituto da responsabilidade objetiva do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸. Para Herman Benjamin, o CDC “dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar (...). Não é sequer relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível”. Conclui dizendo, especificamente no tocante à responsabilidade do prestador de serviços, que o “dever de indenizar estatuído pelo Código é integral”.⁹

A responsabilidade objetiva das instituições financeiras é gerada pela teoria do risco da atividade, pela qual aquele que exerce uma atividade deve assumir os riscos inerentes ou decorrentes.¹⁰ Trata-se de risco criado por aqueles que - ganhando remuneração - atuam na atividade bancária, recebendo documentos, abrindo contas correntes e ainda inserindo o nome de consumidores inadimplentes em cadastros negativos de consumo, podendo, com isso, gerar danos e devendo repará-los. Em síntese, aquele que realiza, mesmo licitamente, atividade que traz riscos e danos frequentes para a sociedade envolvente, assume o dever de reparação.

O próprio Código Civil de 2002 reforça a responsabilidade das instituições bancárias ao estabelecer, no at. 927, parágrafo único, que 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. Nessa linha,

⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3a. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.114.

⁸ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, em especial p. 122 e p. 136.

¹⁰ GREGORI, Maria Stella. “A responsabilidade das empresas nas relações de consumo” in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, abr-jun. 2007, pp. 162-171.

o Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê que “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.¹¹ Entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil neste particular há o “diálogo das fontes”, pelo qual, nas palavras de Cláudia Lima Marques “é permitida a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes (...)”, gerando “uma solução flexível e aberta, de interpretação ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes)”¹². Como assinala Marques, este é um método que deve ser utilizado nos dias de hoje em face do “pluralismo pós-moderno de fontes”.¹³ O precedente comentado ainda acerta ao impor a responsabilização da instituição financeira na reparação de danos ao consumidor por equiparação, uma vez que foi a vítima da cadeia de atos que culminou com a inserção indevida do seu nome nos cadastros negativos de consumo.

A defesa das instituições financeiras nos casos similares é a incidência da cláusula de força maior e caso fortuito constante do art. 14, § 3º, II do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a culpa exclusiva da vítima ou a culpa exclusiva do terceiro (no caso, o estelionatário).¹⁴ No caso em análise, não houve culpa da vítima, pois esta publicizou a perda de seus documentos, por meio da lavratura de boletim de ocorrência. Não há nenhuma obrigação legal imposta à vítima no sentido de notificar a perda de documentos de identidade a pessoas jurídicas privadas, como as empresas de serviços de proteção ao crédito (o que seria, inclusive, de duvidosa constitucionalidade, pois importaria dever de contribuir para a prestação de serviço privado altamente lucrativo). A chamada culpa exclusiva de terceiro não beneficia a instituição financeira, porque participou ativamente

¹¹ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>, último acesso em 30 de outubro de 2015.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.28-29.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66, em especial, p. 21

¹⁴ Art. 14§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

da conduta lesiva, ao aceitar abrir a conta corrente com uso de documento cujo extravio já havia sido devidamente registrado no Poder Público.

Por outro lado, Herman Benjamim ensina que, no tocante à responsabilização do prestador de serviços, “também é causa de exoneração o caso fortuito e a força maior”¹⁵. Força maior e o caso fortuito são excludentes de ilicitude invocadas para justificar condutas involuntárias ou não intencionais. O ponto em comum entre os casos alegados de força maior e caso fortuito é que aquele obrigado a se comportar de acordo com determinada norma, é levado a agir em desconformidade com a citada norma devido a uma força irresistível ou devido a um acontecimento externo imprevisível, tornando materialmente impossível o cumprimento da conduta esperada. A força maior e o caso fortuito rompem o nexo causal entre a conduta imputada ao determinado indivíduo e o dano gerado, o que acarreta a exclusão da responsabilidade do fornecedor de serviços, caso este consiga provar que o fato de terceiro foi inevitável ou imprevisível. Contudo, o uso de documentos perdidos não é fato imprevisível ou irresistível: uma mera consulta a boletins de ocorrência - dados públicos - ou exigência de maiores informações (por exemplo, referências e contato com empregador, terceiros que atestem a veracidade da identidade, etc.) antes da abertura da conta corrente, poderia evitar o dano. Assim, o mero fato de ter recebido regularmente os documentos (falsos, perdidos ou furtados) e aberto a conta corrente e realizado os demais atos negociais (inclusive com a determinação de negativação do nome do consumidor perante os bancos de dados de consumo) demonstram a *conduta própria*. Não foi o consumidor o alvo da ação do estelionatário: foi a própria instituição financeira, que não possui nenhuma justificativa normativa para se eximir da responsabilização.

O precedente analisado, coerentemente, fixa a indenização por danos morais, que, no caso de inscrição indevida nos cadastros de consumo, são presumíveis (*in re ipsa*), prescindindo de prova de abalo psicológico, ofensa moral ou dor. O papel da indenização em casos como esse merece destaque, pois deve ter (i) valor reparatório, mas também (ii) educativo e (iii) punitivo, persuadindo os entes infratores a não repetir a conduta. Caso isso não ocorra, os bancos podem ser levados - como agentes racionais - a preferir pagar módicas indenizações em juízo do que investir na melhoria dos seus serviços de controle de abertura de contas correntes, envio de nomes aos serviços de proteção ao

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, em especial p. 136.

crédito, etc., o que, obviamente, viola a imposição constitucional do Estado-Juiz proteger devidamente o consumidor.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O precedente em análise aborda diversas facetas importantes da proteção do consumidor na sociedade de consumo, em linha com o dever do Estado de proteger os direitos do consumidor (art. 5º, XXXII da CF/88). Em primeiro lugar, reconhece a (i) incidência do CDC nos serviços bancários; após, (ii) atesta a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço bancário; (iii) afasta a culpa da vítima que torna público o extravio de documentos por meio da lavratura de boletim de ocorrência, não existindo nenhuma obrigação legal de cientificar empresas privadas de ramo altamente lucrativo, como as empresas de proteção ao crédito ou bancos e, finalmente, (iv) exige reparação dos danos morais causados pela indevida inscrição em cadastros negativos de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. XXX.

GREGORI, Maria Stella. “A responsabilidade das empresas nas relações de consumo” in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, abr-jun. 2007, pp. 162-171.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3a. ed., Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

TUHR, A. *Derecho Civil*, trad. do original alemão *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* por Tito Ravà, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.