



---

**Quarta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 622.826-MG (2020/0288221-8)**

---

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Impetrante: Herbert Humberto Gomes

Advogado: Herbert Humberto Gomes - MG136948

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Paciente: R M C

Interes.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

**EMENTA**

*Habeas corpus*. Execução de alimentos. Antecipação de tutela concedida antes da citação. Efeito imediato. Ordem denegada.

1. A antecipação de tutela que fixa alimentos provisórios antes da citação deve ser cumprida imediatamente.

2. É pressuposto lógico da regra do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 a circunstância de a prestação alimentar ter sido estabelecida ou modificada em momento posterior ao ato citatório, seja em caráter provisório (antecipação de tutela) ou de forma definitiva (sentença de mérito), únicas hipóteses em que se pode cogitar de retroatividade da obrigação alimentar à data da citação. Inteligência da Súmula 621/STJ.

3. *Habeas Corpus* denegado.

---

**ACÓRDÃO**

Após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão denegando a ordem, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira no mesmo sentido, a Quarta Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto da relatora. Vencido o Ministro Raul Araújo. Votou vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Luis Felipe Salomão (Presidente) (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

---

DJe 8.6.2021

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Herbert Humberto Gomes em favor de R.M.C., contra decisão singular proferida por Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento e manteve a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio/MG, que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença movido por sua filha, menor impúbere representada pela genitora, e determinou a intimação do paciente para o pagamento dos alimentos provisórios, sob pena de prisão civil.

Alega o impetrante, em suma, que a execução refere-se aos meses de dezembro de 2019, janeiro e de fevereiro de 2020, mas “a obrigação alimentar era devida somente após a citação”, que ocorreu em março de 2020, circunstância que, segundo entende, torna ilegal a ordem de prisão civil.

Considera “cabível o presente *habeas corpus*, tendo em vista que o Paciente está na iminência de sofrer constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção em virtude de decisão manifestamente ilegal”, que afirma contrariar “a orientação da jurisprudência desta Corte Superior a qual estabelece que o termo *a quo* dos alimentos provisórios é a data da citação e não o da sua fixação”.

Mediante a decisão de fls. 137-139, deferi o pedido de liminar.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 149-152, pelo não conhecimento do *habeas corpus* e a concessão da ordem de ofício.

Requer a alimentanda sua habilitação nos autos e a concessão de vista e prazo para manifestação, sob argumento de que “é terceira interessada no feito” e pretende demonstrar “que as matérias alegadas tanto no Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto no juízo de 1º Grau não condiziam com a realidade” (fls. 155-156).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Anoto, inicialmente, que o pedido de “habilitação nos autos” deduzido pela mãe da credora dos alimentos não tem amparo na jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido:

*Habeas corpus*. Prisão civil. Dívida alimentar. Ordem de prisão. Reiteração. Cumprimento de prisão anterior. Débito alcançado pela medida restritiva de liberdade. *Bis in idem*. Impossibilidade. Súmula n. 309/STJ. Parâmetros. Caso concreto. Incompatibilidade. Intervenção de terceiros. Ausência de previsão legal. Segredo de justiça. Imprescindibilidade.

(...)

4. Terceiros interessados são carecedores de ação para atuar a favor ou contrária a concessão da ordem discutida em *habeas corpus* ante a ausência de norma autorizativa da intervenção de terceiros no procedimento especial, bem como em decorrência da própria natureza do *writ*, que tramita em segredo de justiça.

5. Ordem concedida.

(HC 397.565/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 30.6.2017)

Processo Penal. Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Pedido de admissão de terceiro interessado. Impossibilidade. Ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão. Não-ocorrência. Efeito infringente. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. Consoante entendimento tranquilo deste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* se mostra incompatível com a intervenção de terceiros, em qualquer de suas modalidades, seja a favor ou contra o paciente.

(...)

5. Pedido de admissão de terceiro interessado indeferido. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no HC 376.788/PR, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 10.2.2017)

Indefiro, pois, o pedido.

No mérito, observo que, na origem, cuida-se de pedido de cumprimento da decisão que fixou verba alimentar a ser suportada pelo paciente em favor de sua filha menor, relativo às parcelas compreendidas entre a concessão da tutela antecipada e a data da citação.

Mediante a decisão de fls. 137-139, proferida em 27.2.2020, deferi o pedido de liminar para suspender a ordem de prisão do paciente, por entender caracterizada a excepcionalidade que permitiria a superação do óbice da Súmula 691/STF e a apreciação do *writ* pelo STJ.

Para tanto, considerei, em exame liminar, que as alegações do impetrante encontravam amparo no entendimento da Segunda Seção do STJ que, ao interpretar o § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 no julgamento dos EREsp 1.181.119/RJ, concluiu que os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos - seja em caso de redução, majoração ou exoneração - retroagem à data da citação, posicionamento atualmente consolidado no enunciado na Súmula 621/STJ, cujo enunciado, publicado no DJ de 17.12.2018, tem o seguinte teor:

Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.

Melhor apreciando a questão, todavia, observo que o citado precedente da Segunda Seção não autoriza a pretendida conclusão de que, fixados os alimentos provisórios em antecipação de tutela concedida antes da citação, a obrigação alimentar somente se torna exigível após efetivado esse ato processual, sendo certo que os precedentes da Súmula 621/STJ em momento algum trataram dessa hipótese.

Com efeito, no julgamento dos EREsp 1.181.119/RJ, a Segunda Seção, diante da dissonância de entendimentos então existente, afastou o posicionamento da corrente que considerava que, em ação de revisão de alimentos, apenas no caso de majoração da verba anteriormente fixada deveria ocorrer a retroatividade à data da citação, mas, havendo redução ou exoneração, a decisão somente produziria efeitos a partir do respectivo trânsito em julgado, para concluir que, à luz do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968, em qualquer caso (redução, majoração ou exoneração), os efeitos da decisão retroagem à data da citação, nos termos da seguinte ementa:

Civil e Processual Civil. Embargos de divergência. Cabimento. Revisão dos alimentos. Majoração, redução ou exoneração. Sentença. Efeitos. Data da citação. Irrepetibilidade.

1. Os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos - seja em caso de redução, majoração ou exoneração - retroagem à data da citação (Lei

5.478/68, art. 13, § 2º), ressalvada a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas.

2. Embargos de divergência a que se dá parcial provimento.

(Relatora p/acórdão Ministra Isabel Gallotti, DJ 20.6.2014)

Anoto que a solução encontrada pela Segunda Seção aplicou o princípio absoluto de que os alimentos recebidos na pendência da lide revisional são irrepetíveis, porque se presumem consumidos no suprimento das necessidades diárias a que se destinam, protegendo o alimentando enquanto pendente a lide, mas, ao mesmo tempo, teve por finalidade coibir o enriquecimento sem causa do credor, hipótese que se concretizaria, caso fosse permitida a execução pelo valor originário de parcelas que - não pagas no curso da lide por qualquer motivo - tenham sido reduzidas ou extintas por força do trânsito em julgado da sentença que julgou alterado o binômio possibilidade/necessidade.

No voto condutor do referido acórdão, afirmei que a regra da retroatividade à data da citação dos alimentos modificados - redução, majoração ou exoneração - incide também nas ações de fixação de alimentos, provisórios ou definitivos, diante da necessidade de observância, em qualquer hipótese, do binômio necessidade/possibilidade na fixação da verba alimentar, nos seguintes termos:

(...) o binômio necessidade/possibilidade deve, em qualquer hipótese, nortear a fixação do montante dos alimentos, sejam eles provisórios ou definitivos, concedidos em liminar ou na sentença, estabelecidos em ação de fixação ou revisão da verba alimentar, aplicando-se, em todos os casos, a regra geral de que os alimentos retroagem à data da citação (Lei 5.478/68, art. 13, § 2º), ressalvado princípio de que os alimentos pagos não podem ser restituídos.

Essa conclusão foi extraída a partir da interpretação da regra do § 2º do art. 13 da Lei 5.478/1968 (“Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação”), o qual não fez distinção alguma entre alimentos definitivos ou provisórios, fixados em ação de alimentos ou de revisão.

Considero que a regra legal, no entanto, tem por pressuposto lógico a circunstância de a prestação alimentar ter sido estabelecida ou modificada em momento posterior ao ato citatório, seja em caráter provisório (antecipação de tutela) ou de forma definitiva (sentença de mérito), únicas hipóteses em que se pode cogitar de retroatividade da obrigação alimentar à data da citação.

Anoto que esse entendimento foi adotado pelos demais precedentes da Súmula 621/STJ, entre os quais destaco o seguinte:

Recurso especial. Direito Civil. Família. Alimentos provisórios. Sentença definitiva. Extinção da dívida. Art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos. Eficácia *ex tunc*. Impossibilidade de cobrança. Vedação ao enriquecimento sem causa.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a extinção da execução dos alimentos provisórios por ausência de título executivo diante de *posterior sentença definitiva de improcedência do pedido na ação de alimentos*.

2. À luz da jurisprudência desta Corte, a sentença definitiva exoneratória da obrigação de pagamento de alimentos retroage com eficácia *ex tunc* independentemente do caso.

3. Uma vez demonstrado em sede de juízo exauriente, observado o contraditório e a ampla defesa, que a obrigação imposta liminarmente não deve subsistir, resta vedada a cobrança dos denominados alimentos provisórios, sob pena de enriquecimento sem causa.

4. A Segunda Seção, no julgamento do EREsp n. 1.181.119/RJ, ao interpretar o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968, concluiu, por maioria, que os alimentos provisórios não integram o patrimônio jurídico subjetivo do alimentando, podendo ser revistos a qualquer tempo, porquanto provimento *rebus sic stantibus*, já que não produzem coisa julgada material (art. 15 da Lei n. 5.478/1968).

5. A sentença exoneratória que redimensiona o binômio necessidade-possibilidade segue a mesma lógica das ações congêneres revisionais, devendo seus efeitos retroagir à data da citação.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.426.082/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 10.6.2015)

A circunstância de os alimentos retroagirem à data da citação, evidentemente, não impede a concessão de tutela antecipada para a imposição de alimentos provisórios antes do ato citatório, hipótese em que a decisão deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de esvaziar a utilidade das regras postas nos arts. 4º da Lei 5.478/1968, 529 e 531 do Código de Processo Civil de 2015, assim redigidos:

*Lei 5.478/1968*

Art. 4º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

*CPC/2015*

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente

poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

(...)

Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

Nessa linha, manifesta-se Maria Berenice Dias, citando a lição de Areken de Assis na obra *Da execução de Alimentos e Prisão do Devedor*, 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 102):

No que diz respeito à antecipação da obrigação alimentar, para o efeito de estabelecer o marco inicial de vigência dos alimentos, não há diferenciação entre os provisórios e os provisionais. Ambos são fixados desde logo e imediatamente devem ser pagos. Nenhum deles é cautelar. Em qualquer das modalidades, os alimentos tornam-se exigíveis desde a data da fixação, por determinações legais expressas. De forma lapidar, o art. 4º da Lei de Alimentos determina ao juiz que, ao despachar a inicial, fixe desde logo os alimentos provisórios. Em sede de alimentos provisionais, o parágrafo único do art. 854 do CPC [CPC/2015, arts 529 e 531], traz igual previsão, impondo ao juiz que arbitre desde logo uma mensalidade para a manutenção do alimentando.

Diante dessas precisões legislativas, talvez nada mais necessitasse ser acrescentado. Qualquer que seja a natureza dos alimentos, ao serem fixados *initio litis*, nasce o dever de pagar a partir do momento em que estipulados. Sequer se faz necessária a prova pré-constituída da obrigação, pois, em face da possibilidade de antecipação de tutela, assegurada pelo art. 273 do CPC [art. 300, CPC/2015], basta prova que convença da verossimilhança do direito. Como consequência da reforma, nasce também a possibilidade para aqueles que não dispõem de prova formada da obrigação, uma vez presentes os requisitos do art. 273 do CPC [art. 300, CPC/2015], de postularem a título provisório alimentos também na ação de

rito ordinário, vez que viável a antecipação dos efeitos condenatórios e executivos de eventual sentença de procedência.

(Disponível em <https://www.ibdfam.org.br/artigos/143/Alimentos>)

Acrescento que, caso prevaleça a pretensão deduzida na inicial do presente *habeas corpus*, bastaria ao responsável pela obrigação alimentar obter êxito em evitar a sua citação pelo oficial de justiça para postergar indefinidamente a própria exigibilidade das parcelas, desfecho que não se compadece com fundamentos que justificaram os precedentes da Súmula 621/STJ.

A propósito, adverte, Yussef Said Cahali:

Quanto ao termo inicial dos alimentos provisórios ou provisionais, tem-se pretendido que, “tratando-se de provisionais, por fixados no limiar da ação de alimentos, vigem, desde logo, sem retroação”, evidentemente, *não podem os alimentandos depender de eventual localização de quem deva cumprir deveres decorrentes da lei, para assumirem a certeza de fazer crédito ao valor fixado de antemão; assim, são devidos desde o primeiro arbitramento*”.

Dos Alimentos. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 901, grifos não constantes do original).

No caso de concessão de tutela antecipada antes da citação (hipótese dos autos), a jurisprudência do STJ sinaliza que a decisão deve ser cumprida de imediato, como se observa em antigo acórdão proferido pela Terceira Turma, no que interessa, assim ementado:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de execução de alimentos. Valores alegadamente pagos a menor. Revisional de alimentos. Alimentos provisórios. Embargos de declaração. Omissão ausente. Efeito suspensivo concedido ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em antecipação dos efeitos da tutela, reduziu o valor dos alimentos. Irretroatividade. Honorários advocatícios. Critério objetivo de sucumbência.

(...)

- *A característica da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional garante a eficácia plena da decisão que fixa os alimentos provisórios, isto é, tal decisão produz efeitos imediatos, valendo os alimentos provisórios desde a data em que fixados até aquela em que alterados. Precedente.*

- Por meio da concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, obtém-se a suspensão do cumprimento da decisão agravada, até julgamento final do recurso. A decisão, na hipótese, de antecipação dos efeitos da tutela, terá seu cumprimento suspenso, a partir da decisão concessiva de efeito suspensivo ao recurso contra ela interposto, não antes.

- Ainda mais relevante a questão quando, da própria natureza instável dos alimentos provisórios – frutos de cognição sumária –, advém a necessidade de se delimitar os contornos exatos que podem decorrer da suspensividade concedida em agravo de instrumento, porque tanto pode haver majoração dos *alimentos*, quanto *redução ou, ainda, exoneração, pela concessão da medida in limine litis, que, ademais, pode ser revogada ou modificada em qualquer fase do processo.*

(...)

Recurso especial não conhecido.

(REsp 907.144/PR. Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 19.12.2007)

No caso presente, ademais, os alimentos foram pleiteados do genitor por sua filha menor e impúbere, nascida de 18-9.2017 (fl. 59), sendo certo, de outra parte, que não há dúvida alguma quanto à paternidade do paciente, motivo pelo qual a obrigação alimentar tem por origem o poder familiar e decorre dos deveres dos pais de assistência, criação e proteção dos filhos menores, nos termos do artigo 229 da Constituição Federal e arts.1.634, inc. I, e 1.566, inc. IV, do Código Civil:

Dessa forma, a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, desde a concepção, e incumbe aos dois genitores, devendo ser repellido o argumento contido na inicial no sentido de que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação, momento em que o devedor foi constituído em mora e teve ciência da obrigação alimentar, do contrário, quando da citação, o Paciente já estaria em débito, o que seria um contrassenso”.

Destaco, a propósito, as seguintes e pertinentes observações de Leonardo Duarte, em artigo intitulado “O marco inicial da exigibilidade dos alimentos provisórios”:

Hodiernamente, sabe-se que os menores de 18 anos gozam de proteção especial e prioritária. Assim, a Constituição Federal de 1988, não contente em prever os direitos e as garantias fundamentais, enfatizou que as crianças e os adolescentes têm direitos à educação e à profissionalização, à dignidade e ao respeito, ao lazer e à cultura, à saúde, à alimentação e à vida. Portanto, incumbiu tanto a família como o Estado e a sociedade de velar, além dos direitos, contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Apesar da lacônica diferenciação exposta acima, o importante é ter em mente que *a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, assim, surge quando da concepção do filho*; incumbe a ambos os genitores enquanto

mantêm vida em comum, entretanto, quando cessado o vínculo matrimonial, ou até mesmo a coabitação, o dever de prestar alimentos incumbe ao genitor que deixar de ter convivência com o filho, devendo verter certa quantia de dinheiro, imediatamente, de forma espontânea, ou por meio de ação judicial.

Ante a natureza da verba alimentar, esta deve ser consignada em favor do alimentado no momento em que haja a saída do genitor do lar. *Não se mostra nem um pouco crível de que o genitor não saiba de seu constitucional e natural dever de assistir, criar e educar, bem como de dispor recursos à subsistência da prole* (arts. 227 e 229 da C.F.).

(Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8058/O-marco-inicial-da-exigibilidade-dos-alimentos-provisorios>)

No caso, os alimentos foram fixados em valor módico (35% do salário mínimo) e o impetrante/paciente, advogado em causa própria, não apresenta nenhuma justificativa de impossibilidade financeira para o pagamento das três parcelas vencidas antes da citação. Apenas sustenta não serem devidas, porque ainda não constituído em mora pela citação, argumento manifestamente improcedente, pois não se trata de obrigação contratual, mas de dever decorrente da condição de pai, desde a concepção.

Entendo, portanto, que a postergação do ato citatório não o exime da obrigação de pagar alimentos desde o dia em que fixados em juízo.

Ressalto, por fim, que a autoridade coatora determinou a prisão civil em razão de dívida alimentar correspondente aos três meses que antecederam o ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso da lide, em perfeita harmonia com a orientação do STJ consolidada na Súmula 309 (“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”).

Parcelas mais remotas teriam sua execução submetida ao rito comum. Mas, no caso, como apenas estão sendo exigidas as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, não há ilegalidade na decisão impugnada.

Em face do exposto, revogo a liminar e denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

#### **VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, cumprimento a eminente Relatora pelo excelente voto.

Creio, porém, haver duas ordens de considerações a serem feitas no caso, pois uma coisa é admitirmos a retroatividade e a validade das obrigações decorrentes da medida antecipada adotada anteriormente à citação pelo juízo competente. Isso, a meu ver, está correto no voto da eminente Relatora. Agora, outra coisa é admitirmos que essa retroatividade seja apta a possibilitar a medida excepcional da prisão civil do devedor.

Quanto a esse último aspecto ouso divergir. E é, afinal, o aspecto relevante para o *habeas corpus*, porque diz sobre a liberdade de locomoção do paciente.

Parece-me que as prestações anteriores à citação não podem ensejar a prisão civil. Devem ser buscadas pelos meios regulares, mas não por esse modo excepcional, que a Constituição só admite em casos específicos, como quebra da regra de vedação de prisão civil de devedor.

Então, penso que essas duas considerações devem ser observadas neste caso, ou seja, a que conduz a reconhecermos a validade, a possibilidade da retroatividade – e reconheço também –, e a que enseja a excepcionalidade, que é a prisão civil do devedor.

A distinção leva a que devamos conceder a ordem, talvez *ex officio*, com superação dos ditames da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, ante a manifesta ilegalidade de se pretender que a retroatividade possa acarretar a prisão civil do paciente.

Parece-me, eminente *Ministra Maria Isabel*, que não é relevante a razão pela qual o paciente não realiza o pagamento. Não é isso determinante num caso de *habeas corpus*, mas, sim, a legalidade ou não da medida que está a afetar a liberdade do paciente.

Por exemplo, mesmo sendo ele um devedor de alimentos, se estivéssemos aqui a debater sobre prestações anteriores aos três meses previstos na súmula que trata do tema, não admitiríamos a prisão por qualquer que fosse a razão que apresentasse como justificativa para o inadimplemento.

Aqui o que temos é que o paciente entende, tem convicção, não estar validamente obrigado a fazer aquele pagamento. E ele tem direito de discutir isso nas vias regulares, nas vias ordinárias, nas vias processuais próprias, independentemente da ameaça de prisão, porque a ameaça de prisão subtrai dele o direito de levar essa discussão adiante.

Se o devedor crê, com sinceridade, ter razão sobre a questão, tem o direito subjetivo público de se defender. A Constituição lhe assegura o devido processo

legal e, lógico, sem a ameaça da prisão, porque com a possibilidade da prisão realmente ninguém vai poder discutir a questão nas instâncias competentes, que são cíveis e não são de ordem que possam ser esgotadas na instância sumaríssima do *habeas corpus*. Então o devedor tem o direito de levar a discussão pelas vias recursais sem ameaça da prisão.

Isso é que me parece relevante. Não depende de considerarmos, em sede de *habeas corpus*, se ele tem ou não razão na argumentação que deduz. Trata-se de poder ou não o julgador prender alguém em razão de prestações fixadas validamente pelo juízo cível, porém antes da citação do devedor, o qual paga as prestações posteriores à citação. Mas, relativamente às anteriores, diz: “*Essas outras não pago, porque entendo que eu não estava obrigado.*”

Ele tem o direito de levantar essa discussão, pois a Constituição lhe assegura o devido processo legal. Agora, evidentemente, se dissermos “*o senhor discute, mas vai preso*”, é claro que estaremos negando, subtraindo, na prática, o direito constitucional do paciente.

Então, peço vênias para conceder *ex officio* a ordem de *habeas corpus*.

Sr. Presidente, apenas para reiterar meu entendimento já externado, acrescento que perda de objeto haveria se cessada a ordem de prisão, o que não ocorreu com a denegação do *habeas corpus* pelo órgão colegiado do Tribunal de Justiça. Permanece a ordem de prisão. O paciente manejou o *habeas corpus* e a Corte Superior tem o exame do caso nas mãos.

O *habeas corpus* não tem, deve ter mesmo, rígida previsão infraconstitucional para sua apreciação. Isso permite ampla construção pretoriana, adequada a cada hipótese.

Então, *data venia*, acho que não temos aqui perda de objeto. Concedo o *habeas corpus*, com a devida vênias.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por Herbet Humberto Gomes, em favor de R.M.C., contra decisão monocrática do Desembargador relator, Washington Ferreira, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento (fls. 30-34).

O recurso foi interposto contra a decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio-MG que rejeitou a justificativa apresentada, *in verbis*:

Compulsando os autos, percebe-se que não assiste razão à parte devedora. Isso porque a decisão proferida nos autos n. 5004958- 55.2019.8.13.0481 dispõe claramente que os alimentos provisórios seriam devidos desde o momento de sua fixação. Vejamos:

(...) Assim, diante da confirmação da filiação entre o requerente e a menor, bem como o dever do pai de auxiliar a mãe no cuidado da filha, fixo os alimentos provisórios no importe inicial de 35% do salário-mínimo vigente ou a vigorar, atualmente R\$349,30, devidos desde já pelo requerido, mediante depósito em conta bancária a ser aberta por requisição judicial em nome da genitora da menor, ora requerente, ou em Juízo até o cumprimento da referida diligência. (...)

Ademais, percebe-se que o entendimento do TJMG e a jurisprudência firmada pelo STJ convergem no sentido de que os alimentos provisionais são devidos desde a data de sua fixação:

[...]

Portanto, as razões expostas pelo executado são incapazes de desconstituir o crédito exequendo ou mesmo afastar a sua responsabilidade quanto ao pagamento do débito.

O feito está calcado em título certo, líquido e exigível. Ao devedor cabe o pagamento da dívida; nada mais.

Assim, considerando que restou configurada a obrigação do executado em pagar os alimentos à exequente, rejeito a impugnação ao cumprimento de sentença.

Intimem-se as partes sobre esta decisão.

Intime-se a exequente para juntar planilha atualizada do débito e requerer o que entender devido, no prazo de cinco dias.

Após, por questão de prudência, intime-se o executado para pagamento, observadas as disposições do despacho inicial, sob pena de prisão civil.

(fls. 26-29)

Irresignado, anota que, “nos autos da ação de alimentos n. 5004958-55.2019.8.13.0481, no mês de março de 2020, o Paciente foi citado e intimado para pagar 35% do salário mínimo vigente para sua filha A. M. G. M.. Posteriormente, o Paciente foi citado nos autos da ação de execução de

alimentos n. 5001424-69.2020.8.13.0481, cobrando as parcelas referente aos meses de dezembro de 2019, janeiro de 2020 e fevereiro de 2020, sob de pena de prisão civil”.

Destaca que “apresentou justificativa sob o fundamento de que não eram devidos os meses cobrados, pois, a obrigação alimentar era devida somente após a citação, ou seja, após março de 2020”.

Afirma que “a execução dos alimentos baseia somente no que tange a cobrança dos meses anteriores a citação da ação que arbitrou os alimentos” e, por conseguinte, a prisão decorrente da execução de alimentos afronta à “a orientação jurisprudência desta Corte Superior qual estabelece que o termo a quo dos alimentos provisórios é a data da citação e não o da sua fixação”, assim como o art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68.

Defende que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação, momento em que o devedor foi constituído em mora e teve ciência da obrigação alimentar, do contrário, quando da citação, o Paciente já estaria em débito, o que seria um contrasenso” e, assim, “resta demonstrado o constrangimento ilegal sofrido pelo Paciente, que teve sua prisão civil decretada referente a parcelas anteriores da citação”.

A ilustre relatora, Ministra Isabel Gallotti, deferiu o pleito liminar e determinou a expedição de salvo conduto até o julgamento do mérito do *habeas corpus* (fls. 137-139).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pela concessão de ofício da ordem, conforme a seguinte ementa:

*Habeas corpus*. Indeferimento, na origem, de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento. Supressão de instância. Inadmissibilidade. Súmula/STF n. 691. Excepcional superação do enunciado. Débito de natureza alimentar. Efeitos. Data da citação. Pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão, de ofício, da ordem, nos termos da liminar.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido do não cabimento, em regra, de *habeas corpus* contra indeferimento de pedido liminar formulado em *writ* impetrado na origem, sob pena de indevida supressão de instância (Enunciado n. 691 da súmula do Supremo Tribunal Federal). Entendimento aplicável à decisão que indefere efeitos suspensivos em agravo de instrumento.

2. Circunstâncias dos autos que indicam, contudo, a presença dos peculiares pressupostos a autorizar a concessão *ex officio* da ordem, pois, na linha de

entendimento fixado por essa Superior Corte de Justiça, o débito alimentar, ainda que provisório, é devido, nos termos do art. 13, § 2º, da Lei n. 5.478/68, a partir do momento em que se concretiza a regular citação do devedor.

3. Parecer pelo não conhecimento da presente impetração, por inadequação da via eleita. Ordem, contudo, que merece ser concedida de ofício, confirmando-se o teor do entendimento liminar.

(fls. 149-152)

Na sessão de julgamento de 23/03/2021, a Ministra Gallotti, inicialmente, indeferiu o pedido de habilitação nos autos requerido pela alimentanda e, no mérito, revogou a liminar e não conheceu do *habeas corpus* ao fundamento de que:

i) “o citado precedente da Segunda Seção não autoriza a pretendida conclusão de que, fixados os alimentos provisórios em antecipação de tutela concedida antes da citação, a obrigação alimentar somente se torna exigível após efetivado esse ato processual, sendo certo que os precedentes da Súmula 621/STJ em momento algum trataram dessa hipótese”;

ii) “a circunstância de os alimentos retroagirem à data da citação, evidentemente, não impede a concessão de tutela antecipada para a imposição de alimentos provisórios antes do ato citatório, hipótese em que a decisão deverá ser imediatamente cumprida, sob pena de esvaziar a utilidade das regras postas nos arts. 4º da Lei 5.478/1968, 529 e 531 do Código de Processo Civil de 2015”;

iii) “caso prevaleça a pretensão deduzida na inicial do presente *habeas corpus*, bastaria ao responsável pela obrigação alimentar obter êxito em evitar a sua citação pelo oficial de justiça para postergar indefinidamente a própria exigibilidade das parcelas, desfecho que não se compadece com fundamentos que justificaram os precedentes da Súmula 621/STJ”;

iv) “no caso de concessão de tutela antecipada antes da citação (hipótese dos autos), a jurisprudência do STJ sinaliza que a decisão deve ser cumprida de imediato”;

v) “no caso presente, ademais, os alimentos foram pleiteados do genitor por sua filha menor e impúbere, nascida de 18-9.2017 (fl. 59), sendo certo, de outra parte, que não há dúvida alguma quanto à paternidade do paciente [...] Dessa forma, a obrigação de prestar alimentos decorre do poder familiar, desde a concepção, e incumbe aos dois genitores, devendo ser repelido o argumento contido na inicial no sentido de que “a verba alimentar provisória é devida desde a citação”.

vi) “a autoridade coatoara determinou a prisão civil em razão de dívida alimentar correspondente aos três meses que antecederam o ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso da lide, em perfeita harmonia com a orientação do STJ consolidada na Súmula 309”.

O Ministro Raul Araújo, abrindo divergência durante a sessão, prolatou voto oral no sentido de que “uma coisa é admitirmos a retroatividade e a validade das obrigações decorrentes da medida antecipada adotada anteriormente à citação pelo juízo competente. Isso, a meu ver, está correto no voto da eminente Relatora. Agora, outra coisa é admitirmos que essa retroatividade seja apta a possibilitar a medida excepcional da prisão civil do devedor [...] Parece-me que as prestações anteriores à citação não ensejam a prisão civil, devem ser buscadas pelos meios regulares, mas não por esse modo excepcional, que a Constituição só admite em casos específicos, como quebra da regra de vedação de prisão civil de devedor”. Diante disso, superando a Súm. 691 do STF, concedeu a ordem *ex officio*.

Em razão da divergência, pedi vista dos autos antecipadamente.

É o relatório complementar.

2. A discussão dos autos está em definir se há possibilidade de utilização da técnica executiva da prisão civil do devedor de alimentos em relação às parcelas compreendidas entre a fixação dos alimentos provisórios e a data da citação do executado.

2.1. Inicialmente, saliento que não existe controversa quanto à validade do crédito alimentar e à possibilidade de sua retroatividade para antes da citação, já que concedido antecipadamente em tutela provisória.

2.2. A divergência que remanesce, portanto, é apenas em relação à possibilidade de se decretar a prisão civil para os alimentos devidos no lapso temporal entre a fixação - decisão interlocutória do magistrado - e o ato citatório do executado.

2.3. Nesse passo, convém sublinhar que a prisão civil, como técnica executiva extrema que autoriza a restrição da liberdade do devedor, é, por óbvio, medida excepcional e deve ter a sua interpretação restritiva.

Trata-se, aliás, do escólio do Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, ao comentar o art. 5º, LXVII, em sua obra hermenêutica sobre o texto constitucional, *in verbis*:

*Hipóteses estas taxativas, impossibilitando seu alargamento por determinação do legislador ordinário, uma vez que **qualquer equiparação legal a uma dessas possibilidades não retirará seu substrato de validade diretamente da Constituição e, conseqüentemente, será inconstitucional, como ocorria com a possibilidade de prisão civil por falta de pagamento de prestação alimentícia decorrente de ação de responsabilidade ex delicto**, ou ainda, a prisão civil do devedor considerado por ficção legal, como depositário infiel em alienação fiduciária (Decreto-Lei n. 911/69 - STF - Pleno - RE - 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 3.12.2008); ou mesmo, na hipótese de depositário considerada a cédula rural pignoratícia (STF - Pleno - HC 92.566/SP - Rel. Min. Marco Aurélio, DJe-104, 5 junho 2009).*

(MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 359)

Exatamente em razão desse caráter excepcional é que, recentemente, esta Quarta Turma afastou a possibilidade da constrição pessoal do devedor por dívidas de alimentos indenizatórios:

*Habeas corpus*. Substitutivo de recurso ordinário. Admissibilidade em hipóteses excepcionais. Alimentos decorrentes de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil. Não cabimento. Rito executivo próprio. Art. 533 do CPC/15. Ordem concedida.

1. A impetração de *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário somente é admitida excepcionalmente quando verificada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, hipótese dos autos.

2. *Os alimentos devidos em razão da prática de ato ilícito, conforme previsão contida nos artigos 948, 950 e 951 do Código Civil, possuem natureza indenizatória, razão pela qual não se aplica o rito excepcional da prisão civil como meio coercitivo para o adimplemento.*

3. Ordem concedida.

(HC 523.357/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 16/10/2020)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Civil e Civil. Cumprimento de decisão que estabelece prestação de alimentos em ação de indenização. Obrigação decorrente de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil de devedor (CPC/2015, arts. 528 e 533). Impossibilidade. Garantia constitucional (CF, art. 5º, LXVII). Recurso provido. Ordem concedida.

1. *Antes de se considerar qualquer disposição legal a respeito do sensível tema da prisão civil por dívida, deve-se atentar para a sólida garantia constitucional inerente ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, identificado por Karel Vasak,*

*em sua reconhecida classificação, como direitos humanos de primeira geração. Em relação aos direitos de liberdade, ressaí o dever estatal de respeito, consistente em postura negativa, de abster-se de violá-los. Descabem, assim, interpretações normativas que conduzam a ampliações da exceção constitucional à ampla garantia de vedação à prisão civil por dívida.*

2. Não há como se adotar, como meio de coerção do devedor de alimentos fixados em caráter indenizatório, a prisão civil prevista exclusivamente para o devedor de alimentos decorrentes de vínculos familiares, no art. 528, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/2015, em harmonia com o que excepcionalmente admitido pela Constituição da República (art. 5º, LXVII). É que a natureza jurídica indenizatória daquela, fixada no caso de reparação por ato ilícito, difere da estabelecida em razão de laços de parentesco, quando se leva em conta o binômio necessidade-possibilidade. Para a obrigação alimentícia indenizatória, o rito previsto é o do art. 533 do CPC/2015, sem previsão de prisão.

3. Recurso ordinário provido. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(RHC 101.008/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe 27/11/2020)

Nessa ordem de ideias, percebe-se que o ordenamento jurídico regrou exaustivamente o ponto em discussão, prevendo a excepcionalidade do cárcere para a situação dos autos.

De fato, tanto o atual Diploma processual civil quanto o Código de 1973 previram, de forma expressa, a possibilidade de decretação da prisão civil do devedor decorrente de sentença ou *decisão interlocutória* que arbitre *alimentos* (*provisórios ou provisionais*) desde o momento de sua fixação. Confira-se:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de *decisão interlocutória que fixe alimentos*, o juiz, a requerimento do exequente, *mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo.*

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuarlo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º *Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

[...]

Art. 531. *O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.*

Art. 733. *Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.*

§ 1º *Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.*

Portanto, penso que a norma é de clareza solar: em se tratando de decisão interlocutória que fixe alimentos (provisórios ou provisionais), o devedor é intimado/citado para pagar o débito em 3 dias, comprovar que o fez ou justificar a sua impossibilidade, já ficando ciente, caso não pague ou sua justificativa seja rejeitada, terá seu nome protestado e sua prisão decretada.

É bem de ver que alguns créditos são mais sensíveis à morosidade processual, de modo a exigem mecanismos próprios de maior celeridade e efetividade, como sói ser o crédito alimentar, pois trata-se de importância atinente à subsistência digna do alimentando.

Como pondera a doutrina de escol:

essa execução por quantia certa contra devedor solvente, realizada com as peculiaridades indicadas nesses dispositivos, todas destinadas a agilizar a satisfação desses créditos essenciais à subsistência das pessoas. Tal intuito acelerador inclui não só a execução por *sentença* portadora de condenação a prestar alimentos, como ainda dos acordos homologados (*acordos de alimentos*) e das decisões interlocutórias concessivas de alimentos *provisionais* ou de alimentos *provisórios*

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2019, p. 676)

O novo Código coerente com a lógica de celeridade e eficiência que lhe inspira, trouxe para o âmbito do cumprimento de sentença a execução das decisões definitivas ou interlocutórias que fixem alimentos, a teor do art. 528. Dispensa-se nesse novo regime, portanto, a instauração de ação executiva autônoma, seguindo-se com a intimação do executado no próprio procedimento originalmente instaurado pelo credor, em se tratando de decisão definitiva ou em autos apartados, em se tratando de decisão provisória (art. 531, §§ 1º e 2º)

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 651)

Por conseguinte, tais alimentos, desde que fixados, são aptos a impor ao devedor a constrição pessoal, independentemente do momento de sua citação/intimação. O que não se admite é a prisão *inaudita altera parte*, já que “transgressiva à garantia constitucional do contraditório porque não dá ao executado, naquele momento de verdadeira angústia, a oportunidade de se justificar com vista a evitar essa medida de extrema gravidade e excepcionalidade no sistema” (DINAMARCO, *op. cit.*, p. 682).

Em verdade, temos que o novo Diploma processual civil aprimorou o rito dos alimentos fixados em decisão interlocutória de urgência, de forma provisória, retirando eventuais dúvidas procedimentais e definindo o exato termo de sua regência: será aquele previsto para cumprimento da decisão que reconhece a obrigação de prestar alimentos (arts. 528 a 532), notadamente no que toca à possibilidade de prisão civil.

É o que pondera a doutrina especializada:

*Outra inovação merecedora de elogios advém do fato de o Código ter eliminado de vez as sérias e fundadas dúvidas a respeito do procedimento a ser aplicado ao cumprimento de decisões interlocutórias que fixam os alimentos provisórios. Agora houve a definição no sentido de que o rito adequado à cobrança dos alimentos fixados em qualquer pronunciamento judicial será exatamente o mesmo, qual seja, aquele previsto nos arts. 528 a 532, independentemente de sua natureza. A única observação que poderia se fazer diz respeito à necessidade de autuação em apenso, como mencionado.*

*Em decorrência do novo método, a sentença/decisão de alimentos não precisa ter transitado em julgado/precluído para que o devedor seja instado a cumpri-la definitivamente, contrariamente ao que ocorreria se se tratasse de decisão que reconhecesse a exigibilidade de prestação não alimentar. Isso fica bem claro não só da leitura do dispositivo legal acima transcrito, mas especialmente pela prescrição contida no art. 531 do Código, que estabelece que “o disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios”.*

Em aparente reforço a essa afirmação, o art. 1.012, § 1º, II, enuncia que “começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que condena a pagar alimentos”.

*Daí se percebe que não foi coincidência o fato de o legislador ter suprimido os vocábulos “definitivo” e “provisório” do nome do Capítulo IV.*

*Em consequência dessa nova sistemática, talvez possa se afirmar que a decisão que fixa alimentos provisórios sob a técnica da tutela de urgência (CPC, arts. 303 a 310; Lei n. 5.478/68, art. 42) não será efetivada sob o regramento do cumprimento provisório estabelecido pelo art. 520 do CPC, mas sempre e em qualquer hipótese sob*

*a forma de cumprimento definitivo, por intermédio do rito previsto para cumprimento da decisão que reconhece a obrigação de prestar alimentos (arts. 528 a 532), ainda que contra elas sejam interpostos recursos (arts. 1.012, § 1º, II, e 1.015, I, c/c art. 1.019, I).*

Há, por assim dizer, uma exceção à regra contida no art. 297, parágrafo único, do mesmo Código, segundo a qual a efetivação da tutela provisória seguirá o regramento do cumprimento provisório de sentença, naquilo que lhe for aplicável.

*Mas aqui é preciso ser feita uma observação. Não é pelo fato de o sistema permitir que os alimentos provisórios sejam cumpridos por intermédio do mesmo rito empregado para o cumprimento dos alimentos definitivos que sua natureza se modifica. Dito com outras palavras, o ordenamento apenas confere uma prerrogativa de caráter procedimental ao credor, de cobrar os alimentos por meio de um rito mais severo para o devedor, mas o pronunciamento judicial que fixa essa verba continua ostentando a natureza de uma “tutela provisória de urgência” dotada de precariedade e de dependência de posterior substituição pela “tutela definitiva” conferida pela sentença, a qual pode inclusive vir a revogá-la (art. 296). Não por outro motivo, o art. 297, parágrafo único, faz questão de ressaltar que a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, “no que couber”.*

(CALMON, Rafael. *Direito das famílias e processo civil: interação, técnicas e procedimentos sob o enfoque do Novo CPC*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 306-308)

Trata-se, aliás, da jurisprudência da Casa:

Civil e Processual. Agravo regimental. Alimentos provisórios. Execução. Posterior pedido incidental de revisão de alimentos provisórios. Incabimento. Precedentes. Desprovido.

*I. A decisão que fixa os alimentos provisórios produz efeitos imediatos, integrando ao patrimônio do alimentando um direito que, embora provisório, é existente, efetivo e juridicamente protegido.*

*II. Não é razoável que se suspenda a execução de verba alimentar, mesmo que fixada de maneira provisória, pois é inerente à manutenção das alimentadas. Ademais, mesmo que se admita uma futura modificação no valor da pensão provisória, tal decisão não teria o efeito de retroagir seus efeitos para modificar o quantum debeatatur executado.*

Precedentes.

III. Agravo desprovido.

(AgRg no Ag 1.257.761/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 20/10/2010)

Agravo regimental. Recurso especial. Processo Civil e Direito de Família. Fixação de alimentos provisórios. Superveniência dos definitivos. Diminuição de valor. Art. 13, § 2º, da Lei 5.478/68. Retroação à data da citação. Inadmissibilidade. Incorporação ao patrimônio do alimentando. Efeitos *ex nunc* da sentença. Desestímulo ao alimentante inadimplente. Recurso desprovido.

1. O julgamento do recurso especial conforme o art. 557 do CPC não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, se observados os requisitos recursais de admissibilidade, os enunciados de Súmulas e a jurisprudência dominante do STJ.

2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para questionamento de dispositivos constitucionais.

3. A jurisprudência deste Tribunal Superior é na vertente de possuir efeitos imediatos a decisão que arbitra os alimentos provisórios, integrando tal direito temporário o patrimônio do alimentando, de sorte que a sentença a qual altera, posteriormente, esse provimento precário, fixando alimentos definitivos em valores inferiores, não tem o condão de retroagir em prejuízo daquele que recebe a aludida prestação. Assim, a sentença que arbitra alimentos definitivos opera *ex nunc*, não podendo ser usada para beneficiar o alimentante inadimplente.

Destarte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.042.059/SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011)

Ação de separação judicial. Alimentos provisórios. Redução operada pela sentença. Cálculo do valor do débito. Precedentes da Corte.

1. Considerando os precedentes da Corte, o valor dos alimentos provisórios é devido desde a data em que foram fixados até a data em que proferida a sentença que os reduziu.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

(REsp 662.754/MS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22/03/2007, DJ 18/06/2007, p. 256)

2.4. Somando-se a isso, penso que também incidem, para dirimir a questão, as regras de hermenêutica jurídica segundo as quais, “onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito” (*ubi eadem ratio ibi idem jus*) e, “onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir” (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*).

Com efeito, a *ratio* da norma em comento deve ser lida, a meu juízo, de forma sistêmica com o regramento que estabelece que “o débito alimentar

que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações *anteriores ao ajuizamento da execução* e as que se vencerem no curso do processo” (CPC, art. 528, § 7º).

Ou seja, o débito *anterior ao ato citatório* - antes do ajuizamento da execução, portanto - mostra-se apto e suficiente para decretação de eventual coerção pessoal do executado.

Nesse passo, o CPC/2015 seguiu exatamente o caminho definido pela jurisprudência do STJ, consagrada na Súm. n. 309 - “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações *anteriores ao ajuizamento da execução* e as que se vencerem no curso do processo.”

A propósito, no ponto, há um aspecto importante a ser lembrado que está intrinsecamente ligado à discussão do presente processo - valor do débito alimentar e citação do devedor.

É que a redação da Súm. n. 309 foi atualizada justamente por divergências de interpretação que estavam surgindo da sua redação antiga, a qual previa: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações *anteriores à citação* e as que vencerem no curso do processo.”

Tal redação foi alterada após o julgamento do HC n. 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006, após deliberação da Segunda Seção.

Naquela oportunidade, enfatizou-se a razão da alteração - justamente a citação - nestes termos:

O ponto nodal do pedido de *habeas corpus* é o atendimento aos comandos do Enunciado 309 da Súmula do STJ, com o depósito das três parcelas anteriores à citação e a continuidade do pagamento desde então, circunstâncias que ilidiriam a possibilidade de prisão do paciente.

[...]

- *Da revisão do Enunciado. Por oportuno, com fundamento no art. 125, § 2º, do RISTJ, e atenta ao Ofício n. S-170/2006 formulado pela Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, que solicitou providências no sentido de sanar possível equívoco na redação do Enunciado 309 da Súmula do STJ, proponho a sua revisão. A análise dos precedentes citados como embasadores do Enunciado 309 da Súmula do STJ, apontam para o descompasso destes com o texto do Enunciado. Sete, dos dez precedentes citados, anotam direta, ou indiretamente, que são passíveis de cobrança pelo rito disposto no art. 733 do CPC, as três parcelas anteriores a data do ajuizamento da ação, além daquelas que vencerem no curso da execução.*

[...]

*Em contraponto, apenas 03 precedentes indicam a data da citação como marco para a contagem das três parcelas anteriores que estarão sujeitas a execução com base no art. 733 do CPC [...].*

*Quero crer, que se laborou em equívoco quando da redação do referido Enunciado, mesmo porque, admitir-se que o devedor possa afastar o decreto prisional, na ação de execução de alimentos, com o pagamento das três últimas parcelas anteriores a sua citação, é premiar e incentivar a má-fé daquele que se esquivava de cumprir a obrigação de prestar alimentos.*

Assim, submeto a proposta de revisão do Enunciado a esta Segunda Seção, que passará a ter a seguinte redação: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo. (HC 53.068 MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/03/2006, DJ 05/04/2006, p. 172).

A doutrina já reivindicava a mudança dos ditames da Súmula:

Urge, portanto, que a súmula seja retificada, pois baseada em jurisprudência que não serve para referendar a normatização levada a efeito. A mudança, frise-se, se faz urgente, sob pena de se incentivar que o devedor se esquivasse da citação, escondesse do Oficial de Justiça e, de todas as formas, busque retardar o início da execução, pois, enquanto não for citado, não se sujeita a ser preso. Claro que o devedor vai tornar-se um fugitivo! Quanto mais tempo levar para ser citado, mais parcelas serão relegadas à modalidade executória cuja efetividade é consabidamente ineficaz em se tratando de obrigação de alimentos. Significa que as mensalidades pretéritas só poderão ser cobradas pelo rito da penhora, sujeitando-se o credor a esperar pela venda em hasta pública de algum bem que o devedor eventualmente seja proprietário (CPC, art. 732).

(DIAS, Maria Berenice. Súmula 309: um equívoco que urge ser corrigido. *Jornal Síntese*, n. 100, p. 2, junho, 2005)

Portanto, seja pela expressa disposição legal, seja pela exegese exarada pelo STJ sobre o tema, os alimentos fixados em decisão interlocutória são devidos desde o seu arbitramento, cabendo ao devedor, após citado/intimado, pagá-los em três dias, comprovar que os quitou ou justificar a sua impossibilidade, sob pena de prisão.

Algumas ponderações, no entanto, devem ficar registradas com relação a tais alimentos provisórios fixados em decisão interlocutória (sob a técnica da tutela de urgência): i) “na eventualidade de essa liminar vir a ser cassada por algum dos motivos previstos nos incisos do art. 302, o exequente-alimentado pode vir a ser responsabilizado por eventuais danos causados pela efetivação

da medida concedida a seu favor, respeitando-se, por óbvio, a irrepetibilidade dos alimentos recebidos (CC, art. 1.707)” (CALMON, Rafael. *ob. cit.*, p. 308); ii) a jurisprudência do STJ vem entendendo que “os efeitos da sentença que julga procedente o pedido de exoneração do encargo alimentício retroagem à data da citação, desonerando o obrigado desde então, conforme dispõe o artigo 13, § 2º, da Lei n. 5.478/1968” RHC 95.204/MS, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018). Dessarte, numa exegese sistemática, em se tratando de alimentos provisórios fixados liminarmente, a retroação da exoneração dos alimentos se dará do momento de sua fixação (e não da citação/intimação), sob pena de o devedor acabar sendo preso pelo crédito devido entre a data do arbitramento e a data de sua citação/intimação, ainda que tenha sido reconhecida a sua exoneração.

2.5. Na hipótese, o magistrado de piso, “diante da confirmação da filiação entre o requerente e a menor, bem como o dever do pai de auxiliar a mãe no cuidado da filha”, fixou “os alimentos provisórios no importe inicial de 35% do salário-mínimo vigente ou a vigorar, atualmente R\$349,30, devidos desde já pelo requerido” (fl.18) e, posteriormente, passada a fase de citação/intimação do devedor, perfazendo-se o devido contraditório, rejeitou a justificativa apresentada e determinou nova intimação do executado para pagamento, sob pena de prisão (fl. 29), seguindo os exatos termos do sistema processual civil brasileiro.

3. Ante o exposto, rogando, uma vez mais, a vênia devida ao eminente Ministro Raul Araújo, em reforço de argumentação aos fundamentos da Ministra Isabel Gallotti, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.338.616-DF (2012/0170691-1)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: A L da S J

Advogado: Defensoria Pública do Distrito Federal

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Os Mesmos

## EMENTA

Recursos especiais. Ação de adoção unilateral socioafetiva de enteado promovida por padrasto. Indeferimento da petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, dado o não cumprimento do requisito da diferença mínima de 16 anos de idade entre adotante e adotando. Deliberação mantida pelo Tribunal de origem em face do caráter cogente da norma prevista no art. 42, § 3º do ECA. Irresignação do demandante e do órgão do Ministério Público Distrital que atua no feito como *custos legis*.

*Hipótese:* Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA) é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua.

1. O dispositivo legal atinente à diferença mínima etária estabelecida no art. 42, § 3º do ECA, embora exigível e de interesse público, não ostenta natureza absoluta a inviabilizar sua flexibilização de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pois consoante disposto no artigo 6º do ECA, na *interpretação* da lei deve-se levar em conta os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

2. O aplicador do Direito deve adotar o postulado do melhor interesse da criança e do adolescente como critério primordial para a interpretação das leis e para a solução dos conflitos. Ademais, não se pode olvidar que o direito à filiação é personalíssimo e fundamental, relacionado, pois, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 No caso em exame, o adotante é casado, por vários anos, com a mãe do adotando, razão por que esse se encontra na convivência com aquele desde tenra idade; o adotando possui dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo, merecendo destaque a peculiaridade de tratar-se, na hipótese, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da referência de diferença etária

3. A justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, não pode ser frustrada por apego ao método de interpretação literal, em detrimento dos princípios em que se funda a regra em questão ou dos propósitos do sistema do qual faz parte.

4. Recursos especiais providos.

### ACÓRDÃO

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

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

Brasília (DF), 15 de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe 25.6.2021

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recursos especiais interpostos por *A. L. da S. J.* e *Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (custos legis)*, visando à reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que manteve o indeferimento da petição inicial de adoção.

Na origem, *A. L. da S. J.* ajuizou ação de adoção objetivando formalizar a extensão do poder familiar, decorrente de socioafetividade do então adolescente *B. D. F.*, filho biológico da esposa do autor e de genitor desconhecido. Relata na inicial que o adotando, desde os dois anos de idade, convive com o adotante, vez que o autor e mãe de *B. D. F.* viviam em união estável desde o ano 2000, tendo formalizado o casamento em abril de 2009, do qual advieram dois filhos biológicos do casal.

O juízo de primeiro grau (fls. 29-30) indeferiu a inicial, com fundamento no artigo 295, inc. I, do CPC/73, pois considerou o pedido juridicamente impossível, diante da diferença de idade entre o autor e o adotante ser de apenas 13 (treze) anos, violando a norma expressa do art. 42, § 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que prevê distância etária mínima de 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotando para a viabilização da adoção.

Interposta apelação pelo autor, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (fls. 73-79) negou provimento ao reclamo, nos termos da ementa a seguir transcrita:

Processual Civil e ECA. Adoção. Diferença, de idade de, no mínimo, dezesseis anos entre adotante e adotando. Norma cogente. Impossibilidade jurídica do pedido. Sentença mantida.

1 - O ECA estabelece, em seu art. 42, § 3º, a diferença de idade de, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos entre adotante e adotando. Tal requisito tem por finalidade conferir caráter biológico à família civil que irá se formar por meio da constituição do vínculo jurídico da adoção, tendo em vista que a família substituta deve ser em tudo semelhante à família biológica. Ademais, a norma também tem por escopo prevenir a realização de adoção com motivos escusos, tentando-se mascarar interesses de outras naturezas, como o sexual, por exemplo, por meio da exposição de amor parental.

2 - Dessa forma, não é possível atender ao pedido de adoção quando a diferença de idade entre adotante e adotando for inferior a 16 (dezesesseis) anos, visto que tal, requisito está inserido em norma legal cogente, sendo imperioso reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido diante de tal pretensão.

Recurso desprovido.

O autor, interpôs recurso especial (fls. 82-99), com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, no qual aponta a existência de dissídio jurisprudencial no tocante à interpretação e aplicação do art. 42 § 3º, do ECA.

Sustenta o recorrente, em síntese, que o acórdão impugnado encontra-se em flagrante oposição à jurisprudência, pois, consoante entendimento adotado por vários tribunais pátrios, a diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotando pode, diante da peculiaridade do caso concreto, ser flexibilizada, mitigando-se a rigidez da lei em benefício do menor, mormente quando se trata de mera formalização de situação fática.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão impugnado, determinando-se o processamento do feito e o deferimento do pedido de adoção.

De sua vez, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, atuando no feito como *custos legis*, interpôs recurso especial às fls. 108-122, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, afirmando violados os artigos 42 § 3º do ECA e arts. 267, VI e 295, I, ambos do Código de Processo Civil de 1973.

Assevera, em síntese, que, no processo de adoção, a diferença de idade de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotando não prevalece sobre o relevante interesse do menor.

Aduz, ainda, que a disposição legal que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos objetiva aprimorar a relação entre adotante e adotando, reproduzindo, tanto quanto possível, a família biológica, isto é, a relação paternal ou filial. Contudo, a disparidade etária legalmente prevista não seria norma de ordem pública, podendo ser flexibilizada conforme as peculiaridades do caso concreto.

Pleiteia o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar o acórdão impugnado, com a determinação de prosseguimento e processamento do feito, a fim de serem ouvidos a genitora e o adotando.

Sem contrarrazões.

Admitidos os reclamos na origem (fls. 132-133 e 135-136), subiram os autos ao exame desta Corte Superior.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio de seu representante legal, opinou pelo desprovimento de ambos os recursos (fls. 147-152).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): Os recursos especiais merecem provimento para admitir o processamento de adoção unilateral socioafetiva de enteado por padrasto, flexibilizando-se o requisito da diferença de idade mínima entre adotante e adotando.

Cinge-se a controvérsia em definir se a regra que estabelece a diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre adotante e adotando (art. 42, § 3º do ECA), é norma cogente ou, na medida das peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada no interesse do adotando, à vista da situação fática efetivamente vivenciada de forma pública, estável, duradoura e contínua.

Procede-se à análise concomitante dos reclamos em virtude de veicularem a mesma pretensão e de inexistir óbice de admissibilidade ao respectivo conhecimento, tampouco matéria preliminar ou prejudicial ao mérito.

1. Depreende-se dos autos que a pretensão do adotante fundamenta-se na longa e já consolidada relação paterno-filial entre o autor/padrasto e o adotando/enteado, o qual está em sua guarda, de fato, desde os seus 2 (dois) anos de vida - ressalte-se, contando ao tempo do acórdão recorrido datado de agosto de 2011 com 15 anos completos - por ser filho de sua esposa, tendo desse relacionamento advindo o nascimento de dois filhos do casal.

Vale ressaltar que, na hipótese, a diferença etária entre o pretense adotante e o adotando, segundo se extrai do acórdão recorrido, é de 13 (treze) anos, portanto, três anos inferior ao referencial de que trata o precitado artigo 42, § 3º, do Estatuto.

Extrai-se, ainda, do relatório do acórdão ora vergastado, alegação do recorrente no sentido de que *“em virtude de possuir apenas a guarda fática, o adotando não pode usufruir de benefícios que seus outros filhos possuem, fornecidos pela empresa onde trabalha”* (fl. 77).

As instâncias precedentes, sem proceder à análise da realidade concreta do caso, tampouco à averiguação das eventuais vantagens e a legitimidade dos motivos da pretendida adoção consoante preconiza o 43 do ECA, indeferiram liminarmente o pleito formulado por força de interpretação literal da norma constante do art. 42, § 3º do referido diploma legal, esse que afirma: *“O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando”*.

Pois bem, não se pode olvidar que a intenção do legislador, ao fixar uma diferença mínima de 16 (dezesseis) anos de idade entre o adotando e o adotante, foi, além de tentar reproduzir - tanto quanto possível - os contornos da família biológica padrão, evitar que a adoção camuflasse motivos escusos, onde a demonstração de amor paternal para com o adotando mascarasse/escondesse interesse impróprio.

Entretanto a referida limitação etária, em situações excepcionais e específicas, não tem o condão de se sobrepor a uma realidade fática - há muito já consolidada - que se mostrar plenamente favorável, senão ao deferimento da adoção, pelo menos ao regular processamento do pedido, pelo que o regramento pode ser mitigado, notadamente quando, após a oitiva das partes interessadas, sejam apuradas as reais vantagens ao adotando e os motivos legítimos do ato.

Nesse sentido, é a lição de Thales Tácito Cerqueira:

De regra, o requisito da diferença etária de 16 anos é necessário, salvo se o juiz, negando a lei federal, justificar como reais vantagens para o adotando, em face ao art. 6º do ECA. (Manual de Estatuto da Criança e do Adolescente, 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 126).

Não é outro o posicionamento de Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Evita-se, com tal exigência, a realização de adoção com motivo escuso, configurado este através de falsa demonstração de amor paternal pelo adotante para com o adotado, a fim de mascarar interesse sexual por aquela pessoa, encobrendo intenção inconfessável.

O cuidado apresentado pelo legislador é o norte que o aplicador da lei deve ter. Porém, há que ser ressaltado que esta diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando não deve ser aplicada de forma rígida, de modo a prejudicar a formação da família socioafetiva, que é o ponto nodal da adoção.

Há que se buscar o sentimento na formação da família socioafetiva, sendo certo que o sentimento não se encontra vinculado à idade. O sentimento paterno-filial pode existir entre pessoas com diferença etária inferior aos dezesseis anos exigidos pelo legislador. Não há nenhum empecilho que, face ao caso concreto, conceda-se a adoção em que a diferença de idade entre adotante e adotando seja inferior aos dezesseis anos estipulados na legislação, desde que fique apontado, pelo estudo de caso apresentado pela equipe interprofissional do Juízo, que a relação afetiva entre adotante e adotando é a paterno-filial." (Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 202).

Como cediço, em casos como o presente, o aplicador do Direito deve prestigiar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, elevando-o a critério primordial na interpretação da disciplina legal e na busca pela solução mais adequada dos conflitos que os envolvem.

Acerca dessa temática, são as palavras da estudiosa Andréa Rodrigues Amin: "*não se está diante de um salvo-conduto para, com fundamento no best interest ignorar a lei. O julgador não está autorizado, por exemplo, a afastar princípios como o do contraditório ou do devido processo legal, justificando seu agir no melhor interesse.*"

Porém, afirma a mesma autora, que o princípio do melhor interesse é "*o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude. Materializá-lo é dever de todos.*" (Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28/29).

Efetivamente, este Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades (adoção avoenga, adoção por adotantes não inscritos no cadastro nacional, dentre tantos outros), tem reconhecido o abrandamento de regras previstas no ECA, em atenção aos princípios do melhor – e da primazia do – interesse do menor, dada a observância do disposto no artigo 6º do ECA, o qual prevê que na *interpretação* desta lei deve-se levar em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, elegendo, portanto, como método hermenêutico o teleológico-sistemático. Por todos confira-se o REsp 1.448.969/SC, Rel. Ministro *Moura Ribeiro, Terceira Turma*, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014.

Assim, não parece razoável impossibilitar uma ponderação com vistas a permitir a aferição, em concreto, das reais vantagens para o adotando, caso haja deferimento da adoção pleiteada, autorizando-se, por conseguinte – em cotejo com as peculiaridades do caso –, a flexibilização da regra que estabelece o critério de diferença etária mínima para a adoção, notadamente quando o próprio legislador erigiu o método de interpretação a ser aplicado no exame das questões envolvendo crianças e adolescentes, nessa medida mitigando a exegese gramatical-literal quando da aferição acerca do melhor interesse do menor.

Destaca-se que, no caso em exame, o adotante é casado com a mãe do adotando, razão por que este se encontra na convivência com aquele desde tenra idade. Acrescente-se, a isso, o fato de o adotando possuir dois irmãos que são filhos de sua genitora com o adotante, motivo pelo qual pode a realidade dos fatos revelar efetiva relação de guarda e afeto já consolidada no tempo. E ainda, é de rigor ressaltar a peculiaridade de tratar-se, no caso, de adoção unilateral, circunstância que certamente deve importar para a análise de uma possível relativização da diferença etária mínima na adoção em questão.

Não é demais recordar que a presente deliberação não está sacramentando a adoção ora em foco, uma vez que o processo retornará à origem onde se submeterá a toda instrução e coleta de provas, cabendo, então, ao juiz instrutor da causa averiguar se são satisfatórias todas as demais circunstâncias inerentes ao caso.

Diante do norte hermenêutico estabelecido por doutrina abalizada e da jurisprudência que se formou acerca da mitigação de regras constantes do ECA quando em ponderação com os interesses envolvidos, a regra prevista no art. 42, § 3º do ECA, no caso concreto, pode ser interpretada com menos rigidez,

sobretudo quando se constata que a adoção visa apenas formalizar situação fática estabelecida de forma pública, contínua, estável, concreta e duradoura.

Em sentido similar, já decidiu o colegiado desta Quarta Turma, em precedente recentíssimo, no qual, inclusive, a diferença de idade entre adotante e adotado era menor do que a verificada na presente hipótese. Confira-se:

Recurso especial. Ação de adoção unilateral de maior ajuizada pelo companheiro da genitora. Diferença mínima de idade entre adotante e adotando. Mitigação. Possibilidade.

*1. Nos termos do § 1º do artigo 41 do ECA, o padrasto (ou a madrasta) pode adotar o enteado durante a constância do casamento ou da união estável (ou até mesmo após), uma vez demonstrada a existência de liame socioafetivo consubstanciador de relação parental concretamente vivenciada pelas partes envolvidas, de forma pública, contínua, estável e duradoura.*

*2. Hipótese em que o padrasto (nascido em 20.3.1980) requer a adoção de sua enteada (nascida em 3.9.1992, contando, atualmente, com vinte e sete anos de idade), alegando exercer a paternidade afetiva desde os treze anos da adotanda, momento em que iniciada a união estável com sua mãe biológica (2.9.2006), pleito que se enquadra, portanto, na norma especial supracitada.*

*3. Nada obstante, é certo que o deferimento da adoção reclama o atendimento a requisitos pessoais - relativos ao adotante e ao adotando - e formais. Entre os requisitos pessoais, insere-se a exigência de o adotante ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando (§ 3º do artigo 42 do ECA).*

*4. A ratio essendi da referida imposição legal tem por base o princípio de que a adoção deve imitar a natureza (adoptio natura imitatur). Ou seja: a diferença de idade na adoção tem por escopo, principalmente, assegurar a semelhança com a filiação biológica, viabilizando o pleno desenvolvimento do afeto estritamente maternal ou paternal e, de outro lado, dificultando a utilização do instituto para motivos escusos, a exemplo da dissimulação de interesse sexual por menor de idade.*

*5. Extraíndo-se o citado conteúdo social da norma e tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, revela-se possível mitigar o requisito de diferença etária entre adotante e adotanda maior de idade, que defendem a existência de vínculo de paternidade socioafetiva consolidado há anos entre ambos, em decorrência de união estável estabelecida entre o autor e a mãe biológica, que inclusive concorda com a adoção unilateral.*

*6. Apesar de o adotante ser apenas doze anos mais velho que a adotanda, verifica-se que a hipótese não corresponde a pedido de adoção anterior à consolidação de uma relação paterno-filial, o que, em linha de princípio, justificaria a observância rigorosa do requisito legal.*

*7. À luz da causa de pedir deduzida na inicial de adoção, não se constata o objetivo de se instituir uma família artificial - mediante o desvirtuamento da ordem natural das coisas -, tampouco de se criar situação jurídica capaz de causar prejuízo psicológico à adotanda, mas sim o intuito de tornar oficial a filiação baseada no afeto emanado da convivência familiar estável e qualificada.*

*8. Nesse quadro, uma vez concebido o afeto como o elemento relevante para o estabelecimento da parentalidade e à luz das especificidades narradas na exordial, o pedido de adoção deduzido pelo padrasto - com o consentimento da adotanda e de sua mãe biológica (atualmente, esposa do autor) - não poderia ter sido indeferido sem a devida instrução probatória (voltada à demonstração da existência ou não de relação paterno-filial socioafetiva no caso), revelando-se cabível, portanto, a mitigação do requisito de diferença mínima de idade previsto no § 3º do artigo 42 do ECA.*

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.717.167/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 10/09/2020) - grifos nossos

Ademais, não se pode perder de vista o direito personalíssimo e fundamental à filiação, extraível do contexto constitucional e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Consoante se deduz dos autos, em princípio, o adotante não tem conhecimento de quem seja o seu pai biológico, haja vista ser fruto de um relacionamento efêmero de sua mãe com o seu genitor.

À vista disso, inviável conceber que a justa pretensão de fazer constar nos assentos civis do adotando, como pai, aquele que efetivamente o cria e educa juntamente com sua mãe, possa ser frustrada mormente quando a positiva e prudente cautela construída pelo legislador, no concernente ao requisito etário, em que pese atenuado, deve perfilar ao lado dos demais elementos autorizadores do deferimento da pretensão, atentando-se aos princípios nos quais se funda a regra em questão - art. 42 § 3º, do ECA - bem como, aos propósitos do sistema do qual tal preceito faz parte.

Dessa forma, levando-se em conta que a situação a qual se busca dar guarida jurídica, em tese, segundo apontado na exordial, já se encontra, de há muito, consolidada no tempo e, reiterando-se que o caso é de adoção unilateral - onde o adotante pretende reconhecer como seu filho o enteado, irmão da prole formada pelo casal -, entende-se que a regra atinente à diferença mínima de idade entre adotante e adotando deve ceder passo à perquirição das reais vantagens para o adotando e dos motivos legítimos para tal promoção.

Logo, conclui-se que a regra legal afeta ao lapso mínimo entre as idades de adotante e adotando de que trata o precitado art. 42, § 3º, do ECA, embora seja de interesse público e exigível, não ostenta natureza absoluta capaz de arredar a proteção aos interesses de filiação, motivo pelo qual o acórdão recorrido comporta reforma a fim de permitir o regular processamento da ação de adoção, haja vista que somente após a oitiva das partes interessadas e com a elaboração de estudo específico de todas as questões que envolvem o caso é que se poderá afirmar pelo deferimento ou não da adoção, atendendo-se à prevalência do princípio do melhor interesse.

Por fim, insta esclarecer que, muito embora o adotando seja hoje maior de 18 anos, as regras que norteiam o processo de adoção, no caso concreto, são aquelas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme preceitua o disposto no art. 1.619 do Código Civil, com a nova redação conferida pela Lei n. 12.010/2009.

2. Do exposto, dá-se provimento a ambos os recursos especiais, para, reformando o acórdão recorrido e a sentença que indeferiu a petição inicial, determinar o retorno dos autos a origem para o regular processamento do feito.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.345.170-RS (2012/0197293-6)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Eliane Fagundes da Rocha

Advogado: Elton Altair Costa e outro(s) - RS021748

Recorrido: Aramis José Dalmolin

Advogados: Wilson Alexandre Dés Essarts Barufaldi e outro(s) - RS047058

Wanderleia Josefina Veloso e outro(s) - RS030304

Adaiana Francescato de Pizzol e outro(s) - RS045927

---

**EMENTA**

Recurso especial. Direito Civil. Omissão e contradição. Inexistência. Procuração em causa própria. Negócio jurídico

unilateral. Poder de representação do outorgado, em seu próprio interesse. Transmissão de direitos reais ou pessoais, em substituição aos necessários supervenientes negócios obrigacionais ou dispositivos. Inexistência. Alienação de imóveis com uso da procuração. Afirmção de erro, dolo, simulação ou fraude. Inviabilidade lógica. Causa de pedir apontando que os negócios translativos de propriedade foram em conluio entre os réus, para lesionar a parte autora. Pedido de natureza condenatória. Prazo prescricional. Reconhecimento de inépcia da inicial, sem oportunidade de emenda dessa peça. Impossibilidade.

1. A procuração é negócio jurídico unilateral; o mandato, contrato que é, apresenta-se como negócio jurídico geneticamente bilateral. De um lado, há uma única declaração jurídico-negocial; de outro, duas declarações jurídico-negociais que se conjugam por serem congruentes quanto aos meios e convergentes quanto aos fins. Por conseguinte, muito embora o nome do outorgado conste do instrumento de procuração, ele não é figurante, pois o negócio jurídico é unilateral.

2. A procuração em causa própria (*in rem suam*) é negócio jurídico unilateral que confere um poder de representação ao outorgado, que o exerce em seu próprio interesse, por sua própria conta, mas em nome do outorgante. Tal poder atuará como fator de eficácia de eventual negócio jurídico de disposição que vier a ser celebrado. Contudo, até que isso ocorra, o outorgante permanece sendo titular do direito (real ou pessoal) objeto da procuração, já o outorgado apenas titular do poder de dispor desse direito, sem constituir o instrumento, por si só, título translativo de propriedade.

3. Nesse caso, há uma situação excepcional: ao procurador é outorgado o poder irrevogável de dispor do direito objeto do negócio jurídico, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse e sem nem mesmo necessidade de prestação de contas. É contraditório que se reconheça ter sido outorgada procuração com essa natureza ao ex-marido da autora e se aluda, no tocante às alienações com uso do instrumento, a erro, dolo, simulação ou fraude. E não pode ser atribuída a esse negócio jurídico unilateral a função de substituir, a um só tempo, os negócios jurídicos obrigacionais (por exemplo, contrato de compra e venda, doação) e dispositivos (*v.g.*, acordo de transmissão) indispensáveis, em regra, à transmissão

dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente do direito de propriedade, sob pena de abreviação de institutos consolidados e burla à regras jurídicas.

4. Conforme a causa de pedir e os pedidos formulados na exordial, há pretensão de reparação civil de danos, decorrentes de alegados atos dolosos “em conluio” entre os réus, por ocasião da alienação de bens da autora, mediante uso do instrumento outorgado ao ex-cônjuge. Não é adequado qualificar o pedido exordial mediato como de anulação, pois as transferências de domínio dos bens da autora envolveram uso de procuração em causa própria, havendo pedido de recomposição de direito violado, mediante restituição dos bens ou, se não for possível, do seu equivalente.

5. O pedido condenatório formulado na exordial sujeita-se a prazo prescricional. E como nenhuma das datas relativas às alienações de bens das autoras é mais antiga que 17/3/1989, e a ação foi ajuizada em 28 de maio de 2004, na vigência do CC/1916, é vintenário o prazo prescricional, porquanto se trata de direito pessoal, e observada a regra de transição do art. 2.2028 do CC/2002, também não transcorreu o prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, do CC, para pretensão de reparação civil de danos.

6. Malgrado o entendimento perfilhado pelas instâncias ordinárias de ser a inicial inepta por conter narração confusa - não permitindo a adequada defesa dos réus -, não foi previamente conferido prazo para promoção de emenda à inicial. Consoante a firme jurisprudência do STJ, ao receber a exordial, o juiz deve, *incontinenti*, examinar seus requisitos legais. Se necessário, deve discriminar o(s) vício(s) e determinar, desde logo, a regularização no prazo de 10 dias. Só na hipótese de o autor não sanar a(s) irregularidade(s) apontada(s), proceder-se-á à extinção do processo sem solução do mérito, conforme disposto no art. 284 do CPC/1973.

7. Recurso especial parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros

Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 04 de maio de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 17.6.2021

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Eliane Fagundes da Rocha ajuizou, em 28 de maio de 2004, ação indenizatória em face de Aramis José Dalmolin, Raul Dalmolin, Marines Piovesan Dalmolin, sucessão de José Dalmolin e Rafael Afonso Busanello.

Narra que foi “vítima de um golpe de estelionato e apropriação indébita praticado em conjunto pelos réus, que mediante comunhão de esforços e em conluio entre si, apropriaram-se ilicitamente do produto oriundo da venda de frações com as áreas de 200.000,00 m<sup>2</sup>, 356.783,57 m<sup>2</sup> e 473.000,00 m<sup>2</sup>, do imóvel rural da propriedade particular da demandante”.

Assevera que, atualmente, o preço das terras alienadas é de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) e que o corréu Aramis “dispôs do patrimônio da autora como se fosse coisa própria dele”, “na condição de administrador dos bens particulares da esposa, em face do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens”, “usurpando para si e para os réus Raul e Rafael [...] bens imóveis adquiridos valores exclusivamente pertencentes à demandante, em sub-rogação dos bens particulares que a mulher possuía ao casar”.

Expõe que, no mesmo ato de firmação dos contratos de compra dos imóveis, os corréus Raul e Marines assinaram instrumentos particulares de promessa de venda prometendo transmitir a propriedade dos mesmos bens em favor do corréu Aramis, dando quitação plena e irrevogável dos preços respectivos.

Aponta que alguns outros instrumentos foram firmados “depois de serem os imóveis registrados no Ofício Imobiliário em nome do réu Raul, e também depois do registro da separação judicial do réu Aramis, em substituição

aos anteriores, constando ele, agora, nestes instrumentos particulares não registrados, como o atual adquirente dos mesmos imóveis, na condição de separado judicialmente”.

Acena que os réus sempre ocultaram a existência de parcerias agrícolas e imóveis obtidos com recursos decorrentes da alienação de seus bens pessoais, incluindo o uso desses recursos para ingresso em sociedade a envolver policlínica odontológica.

Afirma que, “dilapidado e dissipado o produto dos bens exclusivos da autora, com as filhas crescidas, a menor com 6 anos de idade, o réu Aramis começou a planejar a separação do casal”, promovendo atos diversos que inviabilizaram “qualquer possibilidade de a autora dispor de recursos a partir da separação de fato do casal para manter-se a si e a suas filhas”, havendo coação e conluio entre os demandados obrigando a parte autora a assinar confissão de dívida e a outorgar procuração pública para que o réu Raul alienasse terras no Município de Quevedos e a firmar acordo em processos convertendo separação judicial litigiosa em consensual, em audiência sem presença de representante do Ministério Público.

Alega que houve sucessões de novas operações lesivas aos seus interesses, tendo sido “forçada a aceitar a situação, temendo represálias e retaliações contra as suas filhas”, sem conseguir manter o mesmo padrão de vida, assim também endividando-se e expondo-se a situações vexatórias.

Pondera que pretende a declaração da invalidade dos atos praticados com vícios de simulação, erro, dolo, coação e fraude, bem como a restituição dos bens apropriados ou, se não for possível, o seu equivalente, nos termos do art. 1.543 do CC, no valor atualizado de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões, quinhentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) mais danos emergentes, lucros cessantes e danos morais.

O Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Passo Fundo julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Interpuseram a autora e o réu Aramis José Dalmolin recursos de apelação para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou provimento aos apelos e aos agravos retidos.

A decisão tem a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais. Agravos retidos. Prescrição.

Cerceamento de defesa e nulidade da sentença incorrentes. Mérito. Danos morais. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

A declaração de prescrição, por se cuidar de matéria de ordem pública, pode ser declarada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte.

Decreto de prescrição antes de levada a efeito a instrução que não caracteriza cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

*Declaração de prescrição em decisão saneadora.* Fundada a pretensão à declaração de invalidade de negócios jurídicos com base em alegado vício de consentimento, incide a regra do art. 178, § 9º, inciso V, alínea 'b', do Código Civil de 1916, vigente à época.

Considerando que o ingresso da demanda se deu após o decurso de 04 anos da celebração dos negócios jurídicos pretendidos ver invalidados, especialmente da procuração *in rem propriam* outorgada pela autora e seu marido à época, merece confirmação a decisão que declarou a prescrição da ação que busca o decreto de nulidade das escrituras públicas de compra e venda e, via de consequência, do pedido de indenizar por danos materiais decorrentes.

Agravo retido recebido tão-somente no efeito devolutivo e que não impede a exclusão do polo passivo dos co-demandados beneficiados com o reconhecimento da prescrição.

*Agravos retidos desprovidos. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação incorrente.*

Não é nula a sentença que fundamenta adequadamente a decisão, inexistindo vício apto a amparar a pretensão da apelante. Preliminar rejeitada.

*Mérito. Danos morais.* Comprovado estreme de dúvidas ter sido a autora vítima de agressão física pelo demandado, seu ex-marido, bem como o abalo psíquico experimentado em decorrência do abandono material a que foi por ele submetida, juntamente com as filhas do casal durante o período em que residiram com a autora, procede pleito de indenização por danos morais, confirmando o quantum indenizatório fixado pela sentença.

*Negaram provimento aos agravos retidos, rejeitaram as preliminares e negaram provimento às apelações.*

Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos apenas os manejados pela autora para corrigir erro material no tocante à menção da data em que outorgada procuração pela embargante ao corréu Aramis, estabelecendo como a correta 2/6/1999, todavia sendo ressalvado que isso não alteraria o resultado do julgamento, já que, para o cálculo da prescrição, foi observada a data certa.

Sobreveio recurso especial da autora, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, suscitando divergência jurisprudencial, omissão, contradição e violação dos arts. 130, 267, 282, 295, 330, 515 e 535 do CPC/1973; 177, 178 e 1.317 do CC/1916 e 189 e 200 do CC/2002.

Alega a recorrente que, quanto às questões próprias e pertinentes repisadas no recurso de embargos de declaração, efetivamente não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, “mesmo tendo pleiteado, expressamente, na inicial, nas impugnações, agravo retido, razões de apelação e nos embargos de declaração, manifestação acerca das questões, estando evidenciada a omissão e contradição do acórdão”.

Argumenta que, ao contrário do entendimento perfilhado pela Corte local, não procede que o agravo retido somente tenha suscitado inocorrência de prescrição em relação ao pedido principal, além de que as questões referentes à usura, responsabilidade civil, locupletamento sem causa por parte do recorrido, bem como a de não fluir prescrição de fatos, devem ser apuradas no juízo criminal antes da respectiva sentença definitiva.

Requer a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em vista do julgamento antecipado da lide, pleiteando o provimento do agravo retido para afastar a inépcia da inicial quanto ao alegado vício de coação consistente nas agressões físicas e no abandono material da autora e de suas filhas, devendo ser conferido o prazo de 10 dias para emendar a inicial.

Obtempera que o seu direito foi violado por ocasião da lavratura das escrituras de compra e venda dos imóveis em favor dos réus Raul, Marines, Rafael e outros, no ano de 2002, e não pela outorga da procuração a José Dalmolin (instrumento de mandato que serviu para acobertar empréstimo usurário e que nem sequer poderia ensejar transmissão de direito válida).

Salienta que são questões relevantes, suscitadas como pontos fundamentais do pedido, que não “podem passar *in albis*”, pois o art. 515, § 1º, do CPC/1973 estabelece que serão objeto de apreciação pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Acena que o entendimento diverge de precedente da Terceira Turma, contido no REsp n. 605.600/SP, pois incide o prazo prescricional vintenário dos pedidos indenizatórios, e o quadrienal, por se tratar de direito pessoal, relacionado a bens sonogados, correspondente ao valor do produto da venda de seu patrimônio particular e comunicável.

Aponta que os fatos constam da Ocorrência policial n. 19.991/2004, “de 29.12.2004, de estelionato e outros crimes: apropriação indébita, abandono material, furto de papéis de valor probatório, tergiversação, falsidade ideológica, lesões corporais, formação de quadrilha, e também usura (vide o empréstimo de R\$ 3.000,00 em 2.6.99 - fl. 625 - que importava em R\$ 4.291,00 em 30.11.99 - fl. 625 verso - quase 50% em apenas 6 meses), é caso de aplicação a norma do art. 200 do NCCB/2002”, pois não houve sentença definitiva na esfera criminal.

Dei provimento ao Agravo de Instrumento n. 1.371.377/RS, interposto pela parte autora, para determinar a subida de seu recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Para logo, segundo entendo, não houve violação do art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido diverso da pretensão da parte recorrente.

3. A segunda questão consiste em saber se houve cerceamento de defesa e consequente violação dos arts. 130 e 330 do CPC/1973.

No recuso especial, a recorrente requer a nulidade da decisão interlocutória por cerceamento de defesa, aduzindo que: a) os fatos estão noticiados em ocorrência policial, não podendo fluir prescrição de fatos que devem ser apurados no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva; b) deve ser dado provimento ao agravo retido para afastar a inépcia da inicial quanto ao alegado vício de coação, consistente nas agressões físicas e no abandono material da autora e de suas filhas, devendo ser conferido o prazo de 10 dias para emendar a inicial; c) seu direito foi violado por ocasião da lavratura das escrituras de compra e venda dos imóveis em favor dos réus Raul, Marines, Rafael e outros, no ano de 2002, e não pela outorga da procuração a José Dalmolin (instrumento de mandato que serviu para acobertar empréstimo usurário e que nem sequer poderia ensejar transmissão de direito válida).

Para melhor compreensão da controvérsia, cumpre anotar que a decisão interlocutória, objeto do agravo retido julgado pelo acórdão recorrido, anotou:

### **2. Aptidão da inicial**

Também não se identifica o vício da inépcia da inicial, posto que a Requerente busca, claramente, a invalidade das compras e vendas que o Requerido *Aramis*

*José Dalmolin* teria celebrado com os Demandados e do suposto concurso destes para a prática de desvio patrimonial em detrimento da Autora.

[...]

#### **4. Prescrição**

[...]

Contudo, esse último negócio foi precedido de procuração em causa própria, outorgada pela Autora e seu ex-esposo, em favor de José Dalmolin, em 02.06.1999, que por sua vez se limitou a transferir parte do bem ao Demandado *Rafael Afonso Busanello* (fl. 218).

Importa, aqui, a data da outorga da procuração *in rem propriam* ou *in rem*, pois se caracterizava o mandato como negócio jurídico que serve para transmissão de direito ao outorgado, e por isso, irrevogável (artigo 1.317, I, do Código Civil então vigente e, 685, do atual), vez que, embora agindo em nome de outrem, o faz no seu próprio interesse.

[...]

Portanto, a escritura que se seguiu à outorga do mandato consubstancia negócio jurídico meramente derivado da procuração em causa própria, sem a eficácia de reabrir qualquer prazo prescricional diante de um vício que, se houvesse, já teria ocorrido naquele primeiro negócio pro ela representada.

Enfim, considero que a demanda somente deu ingresso no protocolo em 28.05.2004 (fl. 02), há mais de quatro anos de todos aqueles negócios jurídicos, portanto, quando irremediavelmente prescrito o direito de ação, de acordo com o artigo 178, § 9º, V, 'b', do Código Civil então em vigor, prazo mantido no Código atual (artigo 178).

[...]

E a prescrição também atinge os pedidos subsidiários [...]. é que tudo decorreria da invalidade dos negócios que, como, se viu, não pode mais ser reconhecida (fls. 1.222-1.226).

No agravo retido, a autora, ora recorrente, suscitou a seguinte tese:

De início, a agravante requer a desconstituição da decisão agravada, por não ter examinado *o assunto à luz das inúmeras causas de pedir e por cerceamento de defesa*, considerando que a inicial também contém pedido cumulado de *nulidade* dos atos jurídicos em comento, matéria de ordem pública, que pode ser decretada de ofício pelo julgador (*art. 168 e § único do Novo Código Civil*). Atos realizados em fraude de lei - *art. 269 do CC revogado* (e não fraude contra credores), para acobertar os crimes constantes de ocorrência policial n. 19.991/2004 de 29.12.2004, de estelionato e outros crimes: apropriação indébita [...] falsidade ideológica, lesões corporais, formação de quadrilha [...].

3. nesse sentido, a decisão agravada violou a norma do *art. 200 do Novo Código Civil*, que prescreve: *“Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”*. Com efeito, considerando que a prescrição é sentença de mérito, não pode ser examinada e julgada antes da produção das provas, sendo manifesto o cerceamento do direito da autora de comprovar os fatos alegados na inicial. Depois, há alegação de solidariedade todos os réus pelos ilícitos praticados, inclusive quanto aos pedidos remanescentes após a decisão agravada, pelo que descabida a extinção do processo em relação aos alegados comparsas do réu Aramis. Logo, cabível a desconstituição da decisão agravada e o deferimento de provas das provas anteriormente solicitadas, em especial a cópia do inquérito policial relacionado à ocorrência policial n. 19991/2004 de 29.12.2004.

[...]

5. Assim, deve haver juízo de retratação para postergar o exame da prescrição para após a instrução do feito, por constituir matéria impossível de ser apreciada antes da produção de provas, conforme explanado nos itens anteriores, em face das inúmeras causas de pedir.

[...]

8. Ainda que a agravante tenha feito referência, na inicial, a vício de consentimento, para cuja ação de desconstituição do negócio jurídico o prazo prescricional é de quatro anos, *isso não significa que esse seja o prazo aplicável a e espécie*, ao menos em relação ao imóvel registrado em favor de Rafael.

[...]

10. *Aliás, o prazo prescricional quadrienal não poderia ser aplicável, por não ter a agravante Elaine participado dos negócios jurídicos.*

[...]

15. A agravante também não concorda com o entendimento esposado por esse MM. Juízo no sentido de que a prescrição atinge os pedidos subsidiários pela impossibilidade de recuperar os bens, e que tudo decorreria da invalidade dos negócios que não podem ser mais reconhecida. Com efeito, o pedido subsidiário de indenização *é direito pessoal (e não real), correspondente ao valor da usurpação do produto da venda do patrimônio particular e incomunicável da autora e respectivos lucros cessantes que deixou de auferir*, cuja pretensão repousa no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, e tem como causa de pedir os atos ilícitos praticados pelos agravados, modo solidário. Sendo ação pessoal, a prescrição era regulada pelo *artigo 177 do CC revogado*, prevendo prazo de vinte anos, não transcorrido no caso em comento. (fls. 1.237-1.241)

O acórdão recorrido, por seu turno, dispôs:

A autora, em sede de preliminar, protesta pela análise e julgamento dos agravos retidos por ela interpostos contra a sentença que declarou a prescrição

da ação no tocante ao pleito de declaração de nulidade de negócios jurídicos, por alegado vício de consentimento, extinguindo o feito em relação aos demais demandados, na forma do art. 269, inciso IV, do CPC, com alteração no pólo passivo da demanda, e determinando o prosseguimento da ação em relação ao demandado Aramis tão-somente em relação ao pedido de indenização por danos morais.

[...]

Dos agravos retidos.

Insurge-se a autora contra a decisão saneadora, através de dois agravos retidos. O primeiro, da decisão que declarou a prescrição da ação em relação ao pedido de declaração de nulidade dos negócios jurídicos elencados na inicial, determinando o prosseguimento do feito tão-somente em relação ao demandado Aramis, e restrito ao pedido de indenização por danos morais. O outro agravo foi interposto contra a decisão que extinguiu o feito em relação aos demais requeridos.

Inicialmente, não houve cerceamento de defesa face o exame da matéria atinente à prescrição antes da instrução processual, tendo em vista se cuidar de questão eminentemente de direito, de ordem pública, que reclama análise em qualquer fase processual, independentemente de provocação das partes.

Rejeito, assim, a preliminar de nulidade da decisão agravada.

A autora buscou ver declarada a nulidade de negócios jurídicos firmados pelo demandado Aramis José Dalmolin com Raul Dalmolin e sua esposa, Marinês Piovesan Dalmolin, Espólio de José Dalmolin e Rafael Afonso Busanello, aduzindo que o réu Aramis dispôs do patrimônio da autora como se fosse coisa própria dele, sendo que os créditos que representavam o produto da alienação desses bens particulares, ficaram em nome particular do réu Aramis (fl. 03).

Acrescentou que [...] o réu Aramis, na condição de administrador dos bens particulares da esposa, em face do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, apropriou-se indevidamente, usurpando para si e para os réus Raul e Rafael, os bens imóveis adquiridos com valores exclusivamente pertencentes à demandante, em sub-rogação dos bens particulares que a mulher possuía ao casar, em prejuízo da autora, a qual foi induzida, lograda, coagida e mantida em erro, mediante artifício, ardil e outros meios fraudulentos [...] (fl. 04) (grifei).

Em face do alegado vício de consentimento, pretendeu a autora a declaração de nulidade das alienações relativas aos imóveis matriculados sob os números 8.014, 9.720, 9.721, 8.430, 8.431 e 9.768, do Registro de Imóveis de São Pedro do Sul-RS.

Em relação ao imóvel de matrícula n. 8.014, consistente em uma fração de terras de campo, sem benfeitorias, com área superficial de 210.522,93m<sup>2</sup>, situada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul, foi adquirida

pelo demandado Raul Dalmolin, parte em 17.03.1989 (fls. 169-170), parte em 29.07.1991 (fls. 171-172).

s imóveis objeto das matrículas 9.720 e 9.721, consistentes, em duas frações de terras, sem benfeitorias, com área superficial de 558.780,62 m<sup>2</sup> e 290.515,02 m<sup>2</sup>, respectivamente, ambos localizados no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul-RS, foram objeto de contrato particular de promessa de compra e venda firmado pelos demandados Raul Dalmolin e Marinês Piovesan Dalmolin com Alcides Boff, em data de 18.08.1999 (fls. 619-623), registrada a compra e venda definitiva em 09.07.2002 (fls. 178A e 179).

Por sua vez, o imóvel da matrícula 8.431, relativo a uma fração de terras de campo e matos, com benfeitorias, e com área superficial de 491.349,34 m<sup>2</sup>, situada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul-RS, foi objeto de contratos de promessa de compra e venda, celebrados pelos réus Raul Dalmolin e Marinês Piovesan Dalmolin, o primeiro com Maria Amália Pacheco, em 17.10.1994 (fl. 183) e o segundo com Adão Pacheco da Silva e Reni Beren Felipe da Silva, herdeiros de Maria Amália, em 31.03.1997, devidamente registradas em 06.08.1997 (fl. 184).

O imóvel objeto da matrícula n. 8.430, consistente em uma fração de terras, sem benfeitorias, com área superficial de 381.219,38m<sup>2</sup>, localizada no Município de Quevedos, Comarca de São Pedro do Sul (fl. 182), foi transferida ao demandado Raul Dalmolin, por meio de escritura pública de cessão de direitos hereditários, firmada em 17.10. 1994 (fls. 183-184). Parcelas da referida área foram prometidas à venda pela própria autora, 44,34ha em 25.08.1992 (fls. 589-590) e 29,96ha em 30.05.1997 (fls. 615-616).

A área acima descrita é a mesma que consta da matrícula n. 9.768 (fls. 213-215). Nesta, a autora e o réu Aramis outorgaram procuração em causa própria, em favor de José Dalmolin, em 02.06.1991, conferindo-lhe poderes para vender, prometer vender, ceder e transferir ou por qualquer outra forma alienar a *Raul Dalmolin* ou a quem este indicar?, parte do imóvel acima descrito, mais especificamente, ?uma área de terras com 74,3Ha., o que foi feito em 11.10.2000 (fl. 213).

Conforme bem apanhado pela decisão agravada, importa para o deslinde da questão, a data em que outorgada a procuração in rem propriam pela autora e pelo réu Aramis, tendo em vista se constituir em transmissão de direito ao outorgado, no caso, José Dalmolin, que, embora transacionou em nome dos mandantes, agiu em seu próprio interesse e por conta própria.

Conforme disposto no art. 1.317, inciso I, in fine, do Código Civil de 1916, com correspondência legislativa com o art. 685 do atual CC, a procuração em causa própria é irrevogável, tendo em vista se cuidar de transferência de direito, como dito, obrigando os sucessores do mandante e do mandatário, cabendo a eles respeitar as disposições contidas naquele documento.

Assim, ao contrário do sustentado pela agravante, conforme referido pela magistrada *a quo*, [...] a escritura que se seguiu à outorga do mandato consubstancia negócio jurídico meramente derivado da procuração em causa própria, sem a eficácia de reabrir qualquer prazo prescricional diante de um vício que, se houvesse, já teria ocorrido naquele primeiro negócio por ela representada (fl. 1.097).

*Feito o registro individualizado das datas em que realizados os negócios que pretende ver a autora desconstituídos, bem como definido o marco inicial para a contagem do prazo prescricional, e considerando-se que o fundamento da pretensão se funda no alegado vício de consentimento, incide no caso a regra prevista no art. 178, § 9º, inciso V, alínea b, do Código Civil de 1916, vigente à época, segundo o qual prescreve em 04 (quatro) anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este [...] no caso de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato.*

Assim, tendo a autora ingressado com a demanda em 28.05.2004 (fl. 02), forçoso reconhecer-se a ocorrência da prescrição, conforme declarado na decisão agravada, extinguindo o feito em relação aos demandados Raul, Marinês, Rafael e Espólio de José Dalmolin, e limitando a demanda, em relação ao réu Aramis, ao pedido de indenização por danos morais.

Por fim, ainda que conste da inicial afirmação de ter a autora sido vítima de coação, não há nos autos qualquer indicativo de sua ocorrência, mesmo porque nada consta na inicial acerca de situação capaz de caracterizá-la, limitando-se a requerente a tecer considerações vagas e imprecisas, impedindo a defesa do demandado no ponto, razão por que, também no tópico, merece confirmação a decisão recorrida, que reconheceu ser a petição inepta quanto à alegada coação.

Declarada a prescrição da ação, e tendo em vista que o agravo retido não implica em suspender os efeitos da decisão recorrida, nada impede sejam excluídos do pólo passivo da ação os demandados que tiveram a seu favor reconhecida a prescrição.

Isto posto, rejeito a preliminar e nego provimento aos agravos retidos.

3.1. Na verdade, a questão jurídica central, subjacente aos pedidos julgados antecipadamente, inclusive para saber se foi adequado o julgamento dessa maneira, é bastante relevante e demanda a correta delimitação do conceito, natureza jurídica e eficácia da denominada procuração em causa própria (*in rem suam*).

A discussão envolve analisar se a procuração em causa própria consubstancia título translativo de propriedade e, em caso afirmativo, se sua existência e validade estariam condicionadas à presença dos mesmos elementos de validade do contrato de compra e venda ou de outro eventual contrato.

Isso porque a autora e as instâncias ordinárias afirmam que a procuração outorgada ao ex-marido ostenta natureza de “procuração em causa própria” (*in rem suam*).

Os sistema jurídicos são lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos [...]. É fácil compreender-se qual a importância que têm a exatidão e a precisão dos conceitos, a boa escolha e a nitidez deles, bem como o rigor na concepção e formulação das regras jurídicas e no racionar-se com elas [...]. “A falta de precisão de conceitos e de enunciados é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade e anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, t. IV, pp. 13-26).

O tema da procuração em causa própria suscita todo tipo de vacilação doutrinária e jurisprudencial, sendo fundamental, portanto, conferir ao instituto maior operabilidade e segurança jurídica, aclarando seu conceito, sua natureza jurídica e, sobretudo, seus efeitos.

De fato, não são poucos os autores que apontam as controvérsias e os aspectos nebulosos que cercam a matéria, já destacando Clovis Bevilacqua que o instituto “tem sido capa de abusos e fonte inesgotável de contendas judiciais” (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 435).

Menciona-se, ainda, exemplificativamente:

Entre si, não se entenderam eles na caracterização do instituto, nem, tão-pouco, quanto à sua eficácia. Quando falavam de procuração *in rem suam*, tinham em mente o mandato, em que tal cláusula se inserisse. O resultado foi a enorme balbúrdia na jurisprudência e nos livros de exposição do direito. Aqui, afirmava-se que a procuração em causa própria era forma particular da cessão de crédito, ou ato de alienação, ou cessão de crédito, ou de direito [...]; ali, a procuração em causa própria não importa a cessão [...].

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 231-232)

1 - Problema dos mais controvertidos em Direito, sem dúvida alguma, é o da procuração em causa própria.

Sobre o que seja e quais efeitos dela defluem, reina a mais absoluta disparidade de pontos de vista entre renomeados civilistas, antigos e modernos.

Também as decisões dos Tribunais do País, ora enveredam por um caminho, ora adotam critérios diametralmente oposto; por vezes as resoluções apresentam-se como ecléticas, outras vezes não passam de tergiversantes.

E que dizer-se das soluções apresentadas por um e outro magistrado de primeira instância e das teses defendidas por cada um dos causídicos que no patrocínio de suas causas, não medem sacrifícios em esmiuçar, em, muitas vezes, forçar uma solução pouco jurídica, mas altamente rendosa e que consegue em certas ocasiões, por razões incompreensíveis, a chancela de altas Côrtes Judiciárias da Nação?

As soluções têm sido antípodas e bastante vezes antipáticas, por injurídicas.

Mestres do Direito, por uma interpretação defeituosa, uma visão unilateral, ou apêgo a fórmulas tradicionais, têm sustentado teses um tanto abstrusas que redundam no maior tumultuamento da questão.

E não, há dúvida que a procuração em causa própria é problema jurídico controvertido, mas não terrífico ou insolúvel.

(BARCELLOS, Gervasio. Procuração em causa própria. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 43, maio/jun. 1960)

A procuração em causa própria é instituto engendrado pelo Direito Romano para contornar duas dificuldades: de um lado, aquela decorrente da então existente impossibilidade legal de cessão de créditos; de outro, aquela derivada da impossibilidade de se fazer a tradição da coisa - com a consequente transmissão da propriedade -, se havia a posse.

De fato, para ladear tais dificuldades, nomeava-se procurador *in rem suam*, que detinha o poder de investir contra eventual devedor em nome do outorgante, retendo para si os proveitos obtidos, sem dever de prestação de contas (PORCHAT, Reynaldo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 17, n. 65, pp. 507- 517, abr. 1928; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios*. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. T. XLIII. São Paulo: RT, 2012, pp. 225).

Clovis Bevilacqua fornece os contornos da procuração *in rem suam* no Direito Romano, *in verbis*:

A estes dois efeitos da clausula *in rem suam*, acrescentam alguns autores o da cessão. Em direito romano tal era, realmente, a função dessa clausula.

Sendo as obrigações instramissíveis, mas havendo necessidade, com o progresso economico, de as alienar, inventou-se um meio indirecto de chegar a

esse resultado, fugindo ao rigor do direito, que preceituava a intransmissibilidade do vínculo obrigatório, a imutabilidade dos sujeitos das relações creditoras, sem se recorrer á novatio obligationis. Aquelle a quem se queria transmitir o crédito, - diz Dernburg (Pand. II, 47) era nomeado procurado na lide, com autorização de reter para si a somma obtida. Era esse o procurator in rem suam. Elle recebia procuração para accionar, e fazia seu o interesse da acção. Mas, actualmente, não ha necessidade desse recurso desviado, para que os creditos se transmittam no comercio ordinario da vida. Tornou-se inutil, sem função este modo de transferir creditos. A consequencia natural dessa inutilidade seria o desaparecimento do procurator in rem suam.

(BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 435-436)

No direito brasileiro, o sistema jurídico anterior ao Código Civil de 1916 já reconhecia a procuração em causa própria, como bem demonstra o § 7, do Título 45, do Livro III, das Ordenações Filipinas, nestes termos:

*Titulo XLV*

Do que he demandado por alguma cousa, e noméa outro por autor, que o venha defender (...) E se esse nomeado por autor quer defender o réo principal, assi como o Procurador em cousa sua própria, a que pertence todo o proveito e dano da demanda, por ser obrigado a compôr o vencimento della, em tal caso, se elle se obrigar, e der penhores, ou fiadores em Juizo, que sendo a sentença dada contra elle, fará de maneira, que livremente será executada na cousa demandada, ou pagará logo todo o interesse ao autor principal, poderá elle defendel-o, ainda que seja contra vontade do autor, e prosseguir a demanda até o fim. [g.n.]

O instituto foi, posteriormente, consagrado no art. 1.317, I, do Código Civil de 1916. Confira-se:

*Art. 1.317. É irrevogável o mandato:*

I. Quando se tiver convencionado que o mandante não possa revoga-lo, ou for em causa própria a procuração dada.

II. Nos casos, em geral, em que for condição de um contrato bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contratada, como é, nas letras e ordens, o mandato de paga-las.

III. Quando conferido ao sócio, como administrador ou liquidante da sociedade, por disposição do contrato social, salvo se diversamente se dispuser nos estatutos, ou em texto especial de lei.

O atual Código Civil, no art. 685, prevê:

Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula “em causa própria”, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.

Assim, é possível observar que o instituto da procuração *in rem suam* goza de reconhecimento histórico no sistema jurídico nacional, do qual deriva a sua grande presença na práxis jurídica brasileira.

Em sede doutrinária, quem melhor tratou do tema foi mesmo Pontes de Miranda, no Tomo XLIII de seu monumental Tratado de Direito Privado.

Seguindo de perto as lições do mestre tratadista, pode-se afirmar que, quanto à natureza jurídica, a procuração em causa própria, tal como a ordinária procuração, é negócio jurídico unilateral.

Trata-se, a rigor, do chamado negócio jurídico de procura, de que resulta o instrumento de procuração.

A noção exata do instituto se evidencia ao comparar a procuração e o mandato.

De fato, é de toda conveniência não confundir os institutos, notadamente por possuírem naturezas jurídicas diversas: a procuração é negócio jurídico unilateral; o mandato, contrato que é, apresenta-se como negócio jurídico geneticamente bilateral. De um lado, há uma única declaração jurídico-negocial; de outro, duas declarações jurídico-negociais que se conjugam por serem congruentes quanto aos meios e convergentes quanto aos fins.

*Em suma, muito embora o nome do outorgado conste do instrumento de procuração, ele não é figurante, pois o negócio jurídico é unilateral.*

Observa-se que, não obstante a imprecisa redação do art. 653 do CC/2002, a procuração não é, necessariamente, instrumento do mandato, devendo-se evitar, de cambulhada, tomar um conceito pelo outro.

Menciona-se, por oportuno, a lição sempre precisa de Pontes de Miranda:

1. *Conceito de procuração.* - Já vimos que a confusão entre mandato e procuração revela que se não aprofundou o estudo dos institutos. Pode alguém ser mandatário sem ser, ou ainda sem ser procurador, e o procurador pode não ser mandatário, ou ainda não no ser. A revogação dos poderes de procura deixa intacto o contrato de mandato e o mandante, que revogou o mandato, tem de revogar a procuração. Quando a lei diz que a procuração é o instrumento do

mandato [...], apenas pode ser entendida como se dissesse que a procuração pode ser um dos instrumentos - o mais eficiente - do mandato.

Pode haver mandato oral, a procuração, essa, tem de ser por escrito.

Procura é o instrumento pelo qual alguém, pessoa física ou jurídica, outorga a outrem poderes de representação.

[...]

2. *Precisões conceptuais.* - Quando o Código Civil diz, no art. 1.288, 2.a alínea, que a procuração é o instrumento do mandato, não faz da procuração a forma, o documento do mandato; apenas se referiu ao que mais acontece: fazer-se a procuração para que mais facilmente se exerçam os poderes a que alude o mandato e podem ser diferentes daqueles que se mencionam no escrito ou no contrato oral de mandato.

Não há a essencialidade de se passar a procuração (= outorgar, unilateralmente, poderes), de modo que há mandato sem procuração e há procuração sem mandato. A procuração, conforme temos frisado, é negócio jurídico unilateral, abstrato. Se, no mesmo instrumento (na mesma forma!), se dão os poderes, unilateralmente, e se conclui o contrato de mandato, o que exige a assinatura dos dois figurantes, porque se trata de negócio jurídico bilateral, é outro problema, que se reduz à afirmação de se terem posto no mesmo escrito os dois negócios jurídicos. No mesmo "instrumento" (no sentido técnico), poder-se-iam inserir três ou mais negócios jurídicos diferentes, como o contrato de advogado, o contrato de mandato e o negócio jurídico unilateral de procuração. Procuração não se aceita. Quando se diz que o outorgado "aceita a procuração", apenas, sem termos próprios, se declara que o outorgado aceitou e se fez mandatário, ou o advogado aceitou o contrato de advocacia. Nos autos, por exemplo, o juiz, que verifica quais os poderes do procurador judicial, nada tem com o que se concluiu como contrato de mandato, ou como contrato de advocacia, entre o outorgante e o outorgado.

3. *Natureza da procuração.* - O mandato é contrato causal; a procuração é negócio jurídico unilateral, abstrato. Aquêle é indiferente à gratuidade e à onerosidade, porque se permitiram o mandato gratuito e o oneroso. Não se passa o mesmo com a compra-e-venda e a troca, que são contratos onerosos, e com a doação, que é contrato gratuito. Não há, sempre, a correspectividade, no mandato; mas pode haver (sem razão, FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del lavoro*, 65; e FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina generale del Contratto*, 3ª ed., 237, e antes *La Natura giuridica del Contratto di Sconto dopo la riforma del Codice Civile*, Studi per L. BARASSI, 4 s.). A procuração, essa, é sempre negocio jurídico unilateral, negocio jurídico abstrato.

Em boa terminologia, o negocio jurídico unilateral, de que resulta o instrumento de procuração, é negocio jurídico de procura. Procurar é exercer a incumbência ou outorga de procurador. Procurado é o outorgante: cura, pro,

diante, à frente, em vez de. A própria língua alemã tem Prokura; e a holandesa, procuratie.

Devido à unilateralidade do negócio jurídico da procura, se a pessoa nomeada atende à outorga e responde que “aceita”, supôs, como existente, subjacentemente, ou justajacentemente, oferta de mandato, ou de contrato de advocacia, ou de outro contrato, para a qual êle dirige a aceitação. Outro negócio jurídico, bilateral, ou mesmo plurilateral, se conclui, inconfundível com o negócio jurídico unilateral da procura.

Aliás, o procurador, antes ou já após o início do exercício dos poderes outorgados, pode oferecer contrato de mandato, de advocacia, ou outro contrato, de jeito que precise ser aceita pelo outorgante a oferta. Mesmo assim, tem-se de evitar qualquer confusão entre o negócio jurídico unilateral da procuração e o negócio jurídico bilateral ou plurilateral sobrejacente.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 185-187)

As referidas lições encontram guarida na doutrina contemporânea:

O mandato é contrato a irradiar relação jurídica obrigacional entre mandante e mandatário. Dele não deriva ao mandatário o poder de dispor de direito do mandante, em nome próprio, assim como não deriva o poder de representação do mandante. Ambos os poderes decorrem, respectivamente, da autorização e da procuração, tornando o mandante autorizado ou representante. (HAICAL, Gustavo. Autorização no Direito Privado. São Paulo: RT, 2019)

Nesse contexto, pode-se conceituar a procuração em causa própria *como o negócio jurídico unilateral que confere um poder de representação ao outorgado, que o exerce em seu próprio interesse, por sua própria conta, mas em nome do outorgante*. Nesse sentido: REsp n. 443.770/RJ, rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, Terceira Turma, julgado em 10/12/2002, DJ 24/2/2003, p. 230; REsp n. 1.269.572/SP, rel. Ministro *Sidnei Beneti*, Terceira Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 09/5/2012; RE n. 83.946, relator Ministro *Moreira Alves*, Segunda Turma, julgado em 24/9/1976, DJ 22-10-1976 pp-09229 Ement vol-01039-02 pp-00277 RTJ vol-00080-02 pp-00624.

Da mesma forma, colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal precedente de relatoria do eminente Min. *Moreira Alves* que esclarece que a procuração *in rem suam*, de fato, não deixa de atribuir ao procurador um poder de representação e é exercida em nome do outorgante, mas no interesse do outorgado (RE n. 83.946, Relator(a): *Moreira Alves*, Segunda Turma, julgado

em 24/9/1976, DJ 22-10-1976 pp-09229 Ement vol-01039-02 pp-00277 RTJ vol-00080-02 pp-00624).

Na mesma esteira de intelecção, manifesta-se abalizada doutrina:

O poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse. Se há, ou não relação jurídica subjacente, justacente, ou sobrejacente, a que esse pode se ligue, não importa, no que diz respeito à natureza e à extensão do poder in rem suam. Pode bem ser que, nos termos da relação jurídica básica, haja outros direitos ou outros deveres do outorgado, ou do outorgante; nada disso atinge o poder de representação in rem suam, nas sua abstratividade. Infelizmente, imprecisões lamentáveis surgiram nos livros e nas decisões [...].

A procura em causa própria é procura em nome do outorgante, pôsto que por conta do outorgado. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 226-227)

Nessa linha de argumentação, a autorização para dispor também se distingue da procuração em causa própria. Ainda que a autorização para dispor e a procuração em causa própria tenham por eficácia atribuir o poder de dispor aos respectivos autorizado e procurador, estas são figuras distintas. Na procuração em causa própria, o procurador conclui o negócio jurídico de disposição em nome do procurado, mas dispõe o direito em causa própria. Pela autorização, o autorizado tem o poder para dispor de direito do autorizante em nome próprio, podendo tanto ser em causa própria como à conta do autorizante.

(HAICAL, Gustavo. Autorização no Direito Privado. São Paulo: RT, 2019)

Dá-se o nome de procuração em causa própria (*in rem suam*) à outorga de poderes de representação no interesse do outorgado. Disto resulta que, sem pejo de o outorgado atuar em nome do outorgante, para o procurador nascem direitos, pretensões e ações de sua própria titularidade, relativamente ao objeto da procura.

(ASSIS, Araken. Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte In REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coords.). Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. v. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 125) [g.n.]

3.2. Quantos aos efeitos, o negócio jurídico referente à procuração em causa própria outorga ao procurador, de forma irrevogável, inextinguível pela morte de qualquer uma das partes e sem dever de prestação de contas, o poder

formativo (direito potestativo) de dispor do direito (real ou pessoal) objeto da procuração.

Em outras palavras, a rigor não se transmite o direito objeto do negócio jurídico, outorga-se o poder de transferi-lo.

Conforme preceitua Pontes de Miranda, o titular do poder formativo de dispor “está em tal relação com a esfera jurídica, de que há de sair o bem da vida, que o seu ato tem o efeito que o agente quer que se produza” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: validade, nulidade, anulabilidade. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012, p. 197).

Tal poder atuará, ao fim e ao cabo, como fator de eficácia de eventual negócio jurídico de disposição que vier a ser celebrado (HAICAL, Gustavo. *Autorização no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2019; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 50 e 56).

Em regra, o poder formativo de dispor é exercido pelo próprio titular do direito. No entanto, conforme leciona o mestre alemão Andreas von Tuhr, o referido poder pode ser atribuído a outrem para ser exercido em nome do titular do direito ou em nome próprio (TUHR, Andreas von. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, pp. 69-70).

Essa situação excepcional é o que ocorre no caso da procuração em causa própria: ao procurador é outorgado o poder de dispor do direito objeto do negócio jurídico de procura, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse.

É bem de ver, no entanto, que não há aqui nenhuma violação da regra *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, que, para ser exata, deve ser lida como “ninguém pode transferir mais direitos do que tem ou do que tem poderes para transferir” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: eficácia jurídica, direitos, ações. T. V. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2013, p. 405; TUHR, Andreas von. *Parte General del Derecho Civil*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 57).

Assim, o outorgante continua sendo titular do direito (real ou pessoal) objeto da procuração em causa própria, de modo que o outorgado passa a ser apenas titular do poder de dispor desse direito, em seu próprio interesse, mas em nome alheio.

Nesse sentido:

3. *Quais os direitos que se atribuem ou são atribuíveis ao procurador em causa própria.* - ¿Que é que o outorgante atribui ao procurador em causa própria? Não é a propriedade imobiliária, ou a mobiliária; nem o crédito, se a procura é a respeito de crédito.

(...) O que se transfere não é o direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo o proveito e dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode pôr. Há, portanto, atribuição de direito formativo dispositivo.

(...) A atribuição é de direito independente (*selbständiges Recht*) a exercer o direito de disposição (e. g., o direito de crédito). Não há a transmissão do direito de propriedade, ou de posse, nem a transmissão do direito de crédito.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 240 e 244)

Em sede jurisprudencial, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do eminente Ministro Sidnei Beneti, que, após apontar a ampla utilização do referido instrumento no Direito brasileiro, *destaca que a procuração em causa própria, a rigor, não transmite o direito objeto do negócio ao procurador, mas sim lhe outorga o poder de transferi-lo para si ou para outrem. Veja-se:*

13.1.- O mandato em causa própria (*procuratio in rem suam*), apresenta um diferencial bem nítido em relação aos demais contratos de mandato, pois é outorgado em interesse do próprio mandatário. Por força dessa cláusula inserida no contrato de mandato, dispensa-se o mandatário de prestar contas de seus atos, e outorgam-se a ele amplos poderes de alienar o bem objeto do contrato, inclusive para ele próprio, podendo, por vezes, demandar judicialmente, com relação ao bem, em seu próprio nome.

A procuração em causa própria é um negócio jurídico muito utilizado no âmbito do direito imobiliário. Por meio desta procuração, o vendedor do imóvel constitui o próprio comprador como seu procurador para representá-lo em cartório por ocasião da lavratura da escritura definitiva de compra e venda. O comprador, no ato da compra e venda, representa a si e ao vendedor, dispensando este da conclusão do negócio e transferência imobiliária.

[...] Como se verifica, o dispositivo em questão, além de assinalar a impossibilidade de extinção do contrato pela vontade unilateral do mandante ou morte de qualquer das partes, também garante ao mandatário o direito subjetivo

de transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, desde que obedecidas as formalidades legais. [g.n.] (REsp 1.269.572/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 09/05/2012) [g.n.]

De fato, se a procuração *in rem suam* operasse, ela própria, transferência de direitos reais ou pessoais, estar-se-iam abreviando institutos jurídicos e burlando regras jurídicas há muito consagradas e profundamente imbricadas no sistema jurídico nacional.

Em síntese, à procuração em causa própria não pode ser atribuída a função de substituir, a um só tempo, os negócios jurídicos obrigacionais (por exemplo, contrato de compra e venda, doação) e dispositivos (*v.g.*, acordo de transmissão) indispensáveis, em regra, à transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais, notadamente do direito de propriedade.

Conforme advertia Clovis Bevilacqua, a noção de contrato “não pode desaparecer, sem que se subverta a ordem social” (BEVILAQUA, Clovis. *Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 9. ano 3. p. 331. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2016).

As balizas fixadas acerca da procuração em causa própria não podem desvirtuar todo o sistema erigido pelo direito brasileiro para a transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais.

Com efeito, no direito nacional, de maneira semelhante ao que ocorre no direito alemão e ao contrário do que se verifica no direito francês, adota-se o denominado sistema do “título e modo”, segundo o qual a transmissão dos direitos subjetivos patrimoniais somente se perfaz com os negócios jurídicos dispositivos, não bastando para esse mister os negócios jurídicos meramente obrigacionais.

Exemplificativamente, pelo contrato de compra e venda, a teor do art. 481 do CC/2002, o vendedor promete transferir a propriedade do bem ao comprador, que, por sua vez, promete pagar-lhe certo preço em dinheiro. Não há transferência, há promessa de transferir, porquanto o contrato de compra e venda é negócio jurídico obrigacional, não real. A transmissão, nesse contexto, somente ocorrerá com o negócio jurídico de disposição aliado, em regra, à tradição - em caso de bens móveis - ou ao registro - em caso de bens imóveis.

É imperioso observar, portanto, que a procuração em causa própria, por si só, não produz cessão ou transmissão de direito pessoal ou de direito real, sendo tais afirmações fruto de equivocado romanismo, que se deve evitar. De fato,

como cediço, também naquele sistema jurídico, por meio da procuração *in rem suam*, não havia verdadeira transferência de direitos.

Desse modo, a procuração em causa própria não é - nem pode vir a ser - título translativo de propriedade dos bens da autora.

Menciona-se, no mesmo sentido, copiosa doutrina, clássica e contemporânea:

É, pois, indubitável que a procuração em causa própria não importa cessão de crédito, e muito menos é título hábil para transferir direitos reais.

(BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. v. 2. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 436)

Não houve a transferência do direito de que se pôde dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu.

No Código Civil brasileiro, tal explicação, que tem fontes históricas, é a que se há de sustentar. Se se entendesse que a procuração em causa própria é cessão de direitos, inclusive de créditos e de propriedade, ter-se-ia pôsto na lei confuso bis in idem. Seria supérflua e desaconselhável a alusão à procuração em causa própria. Não se "abrevia" qualquer instituto, seja o da cessão de créditos, seja o da transferência da propriedade ou de outro direito (sem razão, MÁRIO FERREIRA, Do Mandato em causa própria no direito brasileiro, 87). O outorgante não transferiu o direito, pessoal ou real, que poderia ser cedido ou transferido; o outorgante transferiu o que distintamente podia transferir: o direito de dispor; e atribuiu ao outorgado, desde logo, "todo o proveito e dano". A figura é inconfundível e não abrevia qualquer instituto dispositivo.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: direito das obrigações, gestão de negócios alheios. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. t. XLIII. São Paulo: RT, 2012, p. 240-241)

Entretanto, nossos colendos tribunais, com a peculiar sabedoria de sempre, já decidiram e firmaram doutrina, resolvendo que ela não é meio hábil para proceder-se à cessão de direitos reais, reconhecendo a sua força de irrevogabilidade para haver perdas e danos nas transferências de obrigações, garantindo os outorgantes. A procuração não é um título perfeito de alienação de bens de raiz, porquanto, no Direito Romano clássico, foi introduzido apenas como um meio de cessão das obrigações, e com o fito de não ser preciso o consentimento do devedor, que poderia recusar-se a dá-lo e, assim tornar impossível a dita cessão, mas não e nunca de direitos reais.

A melhor doutrina, "data venia", é aquela que nega, à procuração em causa própria, força para transferência de domínio.

Ela não pode transformar-se em venda, porque não tem forma desta, com as suas características próprias. Conforme lição magnífica de Azevedo Marques, “na procuração o mandante não declara que vende ao mandatário; limita-se a dar-lhe poderes para uma venda futura a terceiros, que só serão conhecidos no momento de venda. Logo, no mandato não há o “consensus” entre vendedor e um comprador individuado, como seria indispensável” (“in” “Rev. dos Tribs.”, vol. 65/673; Clóvis Bevilacqua, “in” “Com. ao Código Civil (LGL\2002\400)”, e Carvalho de Mendonça, “in” “Direito Comercial”, 6, n. 832).

(BRASIL, Miguel René da Fonseca. A procuração em causa própria é meio hábil para transferência de domínio?. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 47, n. 270, p. 60-63, abr. 1958)

IV - Consequência de relevância é que a procuração em causa própria não importa cessão de crédito, compra e venda, ou doação.

O mandato, de sua própria conceituação, é contrato de caráter transitório: destina-se à execução de outro negócio jurídico que é o estável e final.

Diz, o Código Civil: “Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar inferêsses.....”.

O mandato em causa própria não pode fugir à regra geral.

Também ele, é contrato transitório, intermediário, destinando-se à execução de outro ato jurídico.

Face à sistemática do Código Civil, a ilação que se chega é que em nenhuma hipótese a cláusula “in rem suam” importa cessão de direito, compra e venda e imóvel, ou móvel, ou mesmo doação.

(...) Admitir que se quisesse praticar uma cessão de direito, uma compra e venda, ou uma doação, fazendo uso de uma procuração em causa própria, seria lançar a confusão nos negócios jurídicos, seria olvidar o Direito Positivo.

Não. Em hipótese alguma, o mandato “in rem suam”, quer especifique objeto, preço e acôrdo, não traduz uma compra e venda; não obstante tenha por fito uma liberalidade, não importa em doação; finalmente, não é uma cessão de direito.

Procuração em causa própria, qualquer que seja sua modalidade, quaisquer que sejam seus termos, é mandato apenas irrevogável, com poderes ilimitados, e, em que, não cabe prestação de contas.

V - A procuração em causa própria que se refira a bens imóveis não é registrável no Cartório do Registro de Imóveis.

(BARCELLOS, Gervásio. Procuração em causa própria. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 8, n. 45, p. 54-55, maio/jun. 1960)

No âmbito jurisprudencial, outrossim, o Supremo Tribunal Federal, quando ainda competente para examinar a matéria, teve a oportunidade de

consignar que “a procuração em causa própria não pode ser considerada título translativo de propriedade” (RE n. 25.814, relator Ministro *Antonio Villas Boas*, Segunda Turma, julgado em 22/10/1957, DJ 5/12/1957 pp-16044 Ement vol-00325-04 pp-01343 RTJ vol-00003-01 pp-00777).

Na lição de Clovis Bevilacqua, “não se devem confundir os dois momentos: o da delegação e o do acto a executar” (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. V. 2. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975, p. 404)

4. Destarte, uma vez delimitados o conceito, a natureza jurídica e os efeitos, penso que a procuração em causa própria não é - nem pode vir a ser - título translativo de propriedade, representando, ao revés, negócio jurídico unilateral que atribui ao outorgado tanto o poder de representação quanto o poder formativo de transferir o direito objeto da procuração.

No caso sob exame, como visto, o fundamento adotado pelas instâncias ordinárias para julgar antecipadamente a quase totalidade dos pedidos exordiais é de que, “considerando-se que o fundamento da pretensão se funda no alegado vício de consentimento, incide no caso a regra prevista no art. 178, § 9º, inciso V, alínea *b*, do Código Civil de 1916, vigente à época, segundo o qual prescreve em 04 (quatro) anos a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo”.

O dispositivo que embasa as decisões das instâncias ordinárias dispõe:

Art. 178. Prescreve:

§ 9º Em quatro anos:

[...]

V. A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:

- a) no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;
- c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;

Como visto, o art. 178, § 9º, V, “a” e “b”, do CC/1916, tido por violado, estabelece prazo decadencial para anulação de contrato por vício de consentimento, de modo que, segundo entendo, não parece adequada a invocação desses dispositivos pelas instâncias ordinárias.

Isso porque o ato jurídico unilateral, referente à procuração em causa própria, outorga ao procurador, de forma irrevogável, inextinguível pela morte de qualquer uma das partes e sem dever de prestação de contas, o poder formativo (= direito potestativo) de dispor do direito (real ou pessoal) objeto da procuração.

Como examinado, no caso da procuração em causa própria, ocorre uma situação excepcional: ao procurador é outorgado, por ato unilateral, o poder de dispor do direito objeto do negócio jurídico de procura, exercendo-o em nome do outorgante (titular do direito), mas em seu próprio interesse, e, repise-se, sem nem mesmo necessidade de prestação de contas.

Com efeito, soa até mesmo contraditório reconhecer ter sido outorgada procuração ao ex-marido da autora, com a natureza de ser em causa própria, e, no tocante às alienações com uso do instrumento, questionar erro, simulação ou fraude acerca do dia em que realizado o ato ou contrato.

A questão relativa à invalidade dos negócios jurídicos há muito desafia doutrina e jurisprudência. Há razoável uniformidade, contudo, em classificar os atos jurídicos de inexistentes, anuláveis ou nulos: ora a lei simplesmente ignora o ato e nele não reconhece atributo jurídico algum; ora o ordenamento o admite, malgrado viciado, desde que nenhum interessado se insurja contra ele; ora a lei o fulmina com pena de nulidade desde o seu nascedouro.

O Código Civil de 1916, no seu art. 145, indicava os principais vícios capazes de acoimar o ato com a pecha de “nulo” e, no seu art. 147, os vícios capazes de gerar a “anulabilidade” do ato. Muito embora a gradação de nulo a anulável guarde correspondência com a extensão ou gravidade do vício, o que é determinante na espécie é a opção legislativa em pinçar este ou aquele ato e emprestar-lhe a pecha de nulo ou anulável.

Destarte, as causas de nulidade absoluta de negócio jurídico são aquelas que a lei assim determinou, geralmente relacionadas com interesse social, todavia as causas de anulabilidade, também por opção legislativa, de regra, relacionam-se com interesses eminentemente privados.

Em sendo a procuração *in rem suam* de ato unilateral, irrevogável, não é possível, de um lado, qualificar juridicamente a tese exposta na causa de pedir como se o caso envolvesse utilização de procuração comum, quando já teria havido validamente a revogação do mandato, resultando em venda *a non domino* - o que ensejaria nulidade absoluta, atingindo todos aqueles que não agiram de boa-fé.

De outro lado, em se tratando a procuração *in rem suam* ato unilateral - e não de contrato -, irrevogável e sem dever de prestação de contas, também não se pode falar - seja com relação a esse ato, seja no tocante aos negócios que ensejou em alienação dos bens imóveis da autora - em erro, dolo, simulação ou fraude acerca do dia em que realizado o ato ou o contrato.

É de fundamental importância distinguir os institutos da nulidade e da anulabilidade com o escopo de permitir sua adequada aplicação, preservando-se a integridade do sistema jurídico.

Ambas as figuras são espécies de invalidade, sanção que decorre da entrada deficiente do fato jurídico no mundo do Direito.

Nessa linha de intelecção, Pontes de Miranda propugna que o ato jurídico pode ser *válido* ou *não válido* (nulo ou anulável), *eficaz* ou *ineficaz*. Se o negócio jurídico não existe, não há pensar em conceito de validade ou de eficácia. Primeiro vem o ser, isso antes do valer e do ter efeitos. O que não existe é nada; se lhe chama "nulo", é em sentido que não se põe no plano da validade: é o não ser, que equivocadamente se chamou de nulo (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 5, pp. 103).

A nulidade, regulada sobretudo nos arts. 166 a 170 do Código Civil, é a sanção decorrente da prática de atos jurídicos que importam violação de normas jurídicas cogentes, afetando a própria ordem pública. A anulabilidade, disciplinada sobretudo nos arts. 171 e ss. do Código Civil, é sanção menos enérgica decorrente da prática de atos jurídicos que prejudicam diretamente os interesses particulares ou privados dos cidadãos.

Nesse contexto, esclarece Agnelo Amorim Filho - autor da obra de referência em Direito nacional acerca do tema da prescrição e da decadência - *que as ações de nulidade, por não possuírem prazo fixado em lei para o seu exercício, devem ser consideradas imprescritíveis ou perpétuas*, aplicando-se a regra geral segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não-uso. Note-se:

O problema da identificação das denominadas ações imprescritíveis tem sua solução grandemente facilitada com a fixação daquelas duas regras, já deduzidas acima, destinadas a identificar as ações sujeitas a prescrição ou a decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem a prescrição nem, indiretamente, a decadência. Por aí se verifica facilmente que são perpétuas (imprescritíveis): (a) todas as ações meramente declaratórias; e (b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm

prazo especial de exercício fixado em lei). Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis), pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 178, ou por um dos prazos gerais do art. 177.

[...]

Já temos, assim, elementos para fixar a terceira e última regra: São perpétuas (ou imprescritíveis) todas as ações declaratórias, e também aquelas ações constitutivas para as quais a lei não fixa prazo especial de exercício. (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 343-375. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016. p. 371-372)

Destarte, fica evidente a máxima doutrinária, alicerçada sobretudo na teoria trinária das ações de Chiovenda, segundo a qual as tutelas *condenatórias* (que visam a recompor um direito subjetivo violado, mediante uma prestação do réu) sujeitam-se a prazos *prescricionais*; as tutelas *constitutivas* (positivas ou negativas, que visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico: anulatória ou revocatória de ato jurídico, por exemplo) sujeitam-se a prazos *decadenciais*; e as tutelas *declaratórias* (v.g., de nulidade) *não se sujeitam a prazo prescricional nem decadencial* (AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3º, pp. 95-132, jan./jun. 1961).

Decorre daí a conclusão lógica de que os prazos decadenciais previstos no art. 178, § 9º, inciso V, alínea “b”, do Código Civil de 1916 referem-se às hipóteses de anulabilidade, e não de nulidade.

O caso em tela, por outro lado, conforme demonstra a causa de pedir e o narrado pelo acórdão recorrido, aponta negócios translativos de propriedade que, por terem-se valido de procuração *in rem suam*, não contêm vícios de anulabilidade, sendo válidos e eficazes; todavia, segundo exposto na exordial, tiveram o fito de, em “conluio entre os réus”, lesar a autora, que afirma ter havido até mesmo a prática de crime.

Em relação ao tema fundamental da controvérsia, anoto que a doutrina civilista, desde Windscheid, que trouxe para o direito material o conceito de *actio*, direito processual haurido do direito romano, diferencia, com precisão, os direitos subjetivo e potestativo.

O primeiro é o poder da vontade consubstanciado na faculdade de agir e de exigir de outrem determinado comportamento para a realização de um interesse cujo pressuposto é a existência de uma relação jurídica.

Nessa esteira, Caio Mário afirma que o direito subjetivo, visto dessa forma, sugere sempre de pronto a ideia de uma prestação ou de um dever contraposto de outrem:

Quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja este determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa obviamente de uma relação jurídica, que se constrói com um sentido de bilateralidade, suscetível de expressão pela fórmula *poder-dever*: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36)

Encapsulados na fórmula *poder-sujeição*, por sua vez, estão os chamados direitos potestativos, a cuja faculdade de exercício não se vincula propriamente nenhuma prestação contraposta (dever), havendo, no entanto, uma submissão à manifestação unilateral do titular do direito, muito embora tal manifestação atinja diretamente a esfera jurídica de outrem.

Os direitos potestativos, porque a eles não se relaciona nenhum dever, mas uma submissão involuntária, são insuscetíveis de violação, como salienta remansosa doutrina. Os direitos potestativos podem ser *constitutivos* - como o que tem o contratante de desfazer o contrato em caso de inadimplemento -; *modificativos* - como o direito de constituir o devedor em mora ou o de escolher entre as obrigações alternativas -; ou *extintivos* - a exemplo do direito de despedir empregado ou de anular contratos eivados de vícios (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 201-202).

Somente os direitos subjetivos estão sujeitos a violações, e, quando as ditas violações são verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder esse tradicionalmente nomeado de *pretensão*.

Dessarte, por via de consequência, somente os direitos subjetivos possuem pretensão, ou seja, o poder de exigência de um dever contraposto, já que esse dever não existe nos direitos potestativos e nos direitos que se exercem por meio de ações de estado.

O sistema civil brasileiro de 1916, como é amplamente sabido, não tratou com muito esmero dos institutos da prescrição e da decadência, atribuindo prazos ditos prescricionais a direitos potestativos, sujeitos evidentemente à decadência. Colhem-se como exemplos dessa errônea o pedido de anulação

de casamento (art. 178, § 1º e § 4º, II, § 5º, I e II); a ação para contestar a paternidade de filho (art. 178, § 3º); a ação para revogar doação (art. 178, § 6º, I); a ação do adotado para se desligar da adoção (art. 178, § 6º, XIII); a ação para anulação de contratos em razão de vício de vontade (art. 178, § 9º, inciso V).

Quanto à prescrição, desde o diploma revogado, o legislador optou por prever um prazo geral (art. 177) e situações discriminadas sujeitas a prazos especiais (art. 178), sem exclusão de outros prazos conferidos por leis específicas.

*Grosso modo*, esse método foi transferido para o Código Civil de 2002, que também prevê um prazo geral (art. 205) e prazos específicos (art. 206) de prescrição.

Essa sistemática, por si só, possui a virtualidade de apanhar, ordinariamente, todas as pretensões de direito subjetivo e conferir-lhes um prazo de perecimento: se a pretensão não se enquadrar nos prazos prescricionais específicos, sujeitar-se-á, certamente, ao prazo geral.

O corolário desse entendimento é que os deveres jurídicos que se subsumem aos direitos subjetivos são *exigidos*, ao passo que os direitos potestativos são *exercidos* (AMARAL, Francisco. Op. cit., p. 565).

Nesse passo, o prazo de prescrição, em essência, começa a correr tão logo nasça a pretensão - a menos que exista hipótese de impedimento da prescrição -, a qual tem origem com a violação do direito subjetivo, isto é, quando houve a alegada alienação, com dolo de lesar, de bens imóveis da autora (mediante registro das alienações dos bens nos respectivos cartórios de imóveis).

Prescrita a pretensão, remanesce ainda o direito subjetivo desprovido de exigibilidade, como aqueles relacionados às chamadas obrigações naturais.

Este é o antigo magistério de Antônio Luís da Câmara Leal:

*Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a ineficácia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera os seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido. (CAMARA LEAL, A. L. da. Da prescrição e da decadência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115)*

5. Assim, voltando ao exame do caso concreto, não parece adequado ao magistrado qualificar o pedido e recebê-lo como de anulação dos negócios,

ainda mais que há pedido expresso de recomposição de direito violado, mediante “restituição dos bens apropriados ou, se não for possível a restituição, com o seu equivalente, nos termos do art. 1.543 do CC, no valor atualizado de R\$ 2.574.458,92 (dois milhões quinhentos e setenta e quatro mil quatrocentos e cinquenta e oito reais e noventa e dois centavos) mais danos emergentes, lucros cessantes e danos morais”.

É que, havendo pedido *implícito ou, como no caso, expresso no sentido condenatório* (que visa a recompor um direito subjetivo violado), sujeita-se a prazo *prescricional*, pois vício não se alegou, já que são alienações que decorrem de uso de procuração em causa própria.

Portanto, por não estar presente hipótese de anulabilidade, não há falar em invocação de prazo de decadência do direito de pleitear anulação, revelando-se mesmo açodado o julgamento antecipado da quase totalidade dos pedidos exordiais, em vista desse reconhecimento, de ofício.

Outrossim, como é cediço, “enquanto a relação obrigacional tem por objeto comportamento consistente na entrega da prestação, o direito real de propriedade que recai sobre bem imóvel poderá formar-se pelo registro do título translativo no cartório de imóveis, tendo como objeto a própria coisa. Há um discrimine entre os momentos do nascimento das obrigações de dar e sua fase de adimplemento, ou de direito das coisas” (REsp n. 1.358.062/DF, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe 3/9/2019).

No ponto, o acórdão recorrido, confirmando a sentença, assinalou que as afirmadas lesivas/dolosas alienações de vários imóveis da autora, feitas mediante uso de procuração em causa própria, ocorreram efetivamente nas seguintes datas: 17.3.1989, 9.7.2002, 6.8.1997, 30.5.1997, 11.10.2000.

*Em suma, nenhuma das datas mencionadas relativas às alienações de bens das autoras é mais antiga que 17/3/1989, tendo a ação sido ajuizada em 28 de maio de 2004. Observada a regra de transição do art. 2.028 do CC vigente, na vigência do CC/1916, é vintenário o prazo prescricional, pois se trata de direito pessoal (art. 177, dispositivo, aliás, também tido por violado).*

*Ademais, ainda que observada a mencionada regra de transição do art. 2.028 do CC/2002, em vista da data em que foi ajuizada a ação, não transcorreu o prazo trienal, previsto no art. 206, § 3º, do CC, para a pretensão de reparação civil de danos oriundos dos alegados, na inicial (causa de pedir), atos ilícitos supostamente praticados pelos réus, alegadamente “em conluio”, mediante utilização, com afirmada má-fé e dolo para lesionar a parte autora, de procuração em causa própria pelo corréu ex-marido da recorrente.*

Em vista do que foi apresentado, penso que procede a tese da recorrente no sentido de que houve *error in procedendo* (cerceamento da ampla defesa, em vista do julgamento antecipado), porquanto não há falar em prescrição, sendo de rigor a anulação dos atos processuais a contar da decisão interlocutória que declarou a prescrição, para propiciar a regular tramitação e instrução do processo, permitindo o enfrentamento pelas instâncias ordinárias das várias teses fático-jurídicas constantes da exordial, após o regular contraditório.

6. Igualmente, procede a tese recursal, também suscitada em agravo retido, de que, na mesma decisão interlocutória, foi inadequado o entendimento de haver inépcia da inicial, por ser o narrado na inicial confuso, não permitindo a defesa dos réus, visto que não foi previamente conferido o prazo de 10 dias para promoção de emenda à inicial.

Isso porque, consoante a firme jurisprudência do STJ, ao receber a exordial, o juiz deve, *incontinenti*, examinar seus requisitos legais. Se necessário, deve discriminar o(s) vício(s) e determinar, desde logo, a regularização no prazo de 10 dias. Só na hipótese de o autor não sanar a(s) irregularidade(s) apontada(s), proceder-se-á à extinção do processo sem solução do mérito (art. 284, parágrafo único, do CPC/1973).

Verifique-se:

Processo Civil. Tributário. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Prévia oportunidade de emenda da inicial. Vício não sanado. Violação aos arts. 267 e 284 do CPC não caracterizada.

1. O art. 284, do CPC, prevê que: "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial."

2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor. Precedentes desta Corte: REsp 951.040/RS (DJ de 07.02.2008); REsp 901.695/PR (DJ de 02.03.2007); REsp 866.388/RS (DJ de 14.12.2006); REsp 827.289/RS (DJ de 26.06.2006).

[...]

(AgRg no REsp 1.089.211/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011)

Processual Civil. Divergência pretoriana. Paradigma colacionado. Decisão monocrática. Impossibilidade. Embargos de devedor. Inépcia da inicial. Regularização. Intimação. Decêndio. Art. 284 do CPC.

[...]

2. É cabível a abertura de prazo a fim de que o autor regularize a inicial dos embargos de devedor. *A extinção do processo, sem exame de mérito, somente poderá ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo.*

Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 830.112/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 455)

7. Com esse entendimento, fica prejudicada a apreciação das demais teses recursais, inclusive do pedido de reconhecimento de não fluir prescrição de fatos que devem ser apurados no juízo criminal, antes da respectiva sentença definitiva, visto que, a par de não ter sido confirmada ou infirmada pelas instâncias ordinárias a tese de estar havendo apuração dos mesmos fatos no âmbito criminal, já houve interrupção da prescrição com o ajuizamento da presente ação.

8. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e a decisão interlocutória de primeira instância, dando por superado o entendimento de ter havido prescrição e reconhecendo o direito da parte de ter oportunidade de emendar a inicial, para que o feito tenha regular instrução, propiciando o adequado enfrentamento das teses expostas na exordial, assim como o exercício da ampla defesa e do contraditório pelas partes litigantes.

É como voto.

---

Advogado: Sílvio Ronaldo Santos de Moraes e outro(s) - RS008938

Advogados: Cristiane de Medeiros Brito Chaves Frota - RJ085056

Acelio Jacob Roehrs - DF026753

Luciano Brust e outro(s) - RS062881

Recorrido: Urbania Comercio e Construcao Ltda - Massa Falida

Repr. por: Marcelo Machado Bertloluçi - Administrador

Advogados: Bonaparte Lazarini Jobim - RS005373

Marcio Felix Jobim - RS058452

Interes.: Urbania Comercio e Construcao Ltda

---

### EMENTA

Falência. Massa falida condenada por litigância de má-fé. Natureza. Custas. Encargos da massa. Art. 124, § 1º, I do Decreto-Lei n. 7.661/1945 c.c. art. 35 do CPC/1973. Encargos da massa que têm preferência sobre os créditos da falência. Desnecessidade de habilitação, observadas as ressalvas legais.

1. As dívidas da falida anteriores ao decreto falimentar e que justificam o concurso de credores, não se confundem com os encargos da massa, que se constituem após e em decorrência do próprio processo de falência.

2. Por força de expressa previsão contida no art. 35 do CPC/1973, as sanções impostas em consequência de litigância de má-fé serão contadas como custas judiciais e configuram encargos da massa na forma prevista pelo art. 124, § 1º, I, da LF/1945.

3. Os encargos da massa, por serem distintos dos débitos da própria falida, são preferenciais e não dependem de habilitação para serem satisfeitos, observadas as ressalvas legais do art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

4. Recurso especial provido.

---

### ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe

Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Dr(a). Acelio Jacob Roehrs, pela parte recorrente: Kaefe Engenharia e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Brasília (DF), 16 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 8.6.2021

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/1988, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ, fl. 910):

Agravo de instrumento. Pedido de habilitação. Indenização por litigância de má-fé. Ato do falido. Ilegitimidade passiva da massa falida. Pleito extinto *ex officio*. Agravo prejudicado.

Caso em que o crédito não pode ser habilitado na falência, pois oriundo de ato doloso praticado pelo falido. Assim, não se mostra correto prejudicar os credores da Massa Falida, habilitando-se na falência, uma penalidade sofrida pelo falido, de caráter pessoal, por ele provocada.

Pleito extinto *ex officio*, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

*Agravo prejudicado.*

Os embargos de declaração opostos foram parcialmente acolhidos por meio de aresto assim resumido (e-STJ, fls. 975):

Embargos de declaração. Efeitos infringentes quanto à parte do aresto embargado. Condenação da massa falida nas penas da litigância de má-fé. Habilitação em categoria própria, por não se tratar de encargo da massa. Inteligência do inc. I do § 1º do art. 124 do DL 7.661/45. Agravo de instrumento desprovido.

Atribuídos efeitos infringentes tão somente para aclarar o aresto embargado, declarando que efetivamente a condenação por litigância de má-fé, estabelecida na sentença proferida nos embargos de terceiro que a ora embargante opôs, foi imposta à Massa Falida, e não à empresa falida, retificando o “decisio” quanto à extinção do pedido de habilitação do crédito, por não deduzido.

A despeito de condenada a Massa Falida a indenizar a agravante, não há como considerar encargo da massa a sanção a ela imposta pela litigância de má-fé, porquanto não imputada no processo da falência, mas, isto sim, em embargos de terceiro em que a agravante restou vencedora, ação diversa daquela.

Diante disso, mostra-se como correta a decisão agravada ao determinar que o crédito seja habilitado em categoria própria, por não privilegiado com relação aos demais.

Por consequência, é de ser desprovido o agravo de instrumento interposto, mantendo-se a decisão recorrida ao determinar que a agravante aguarde o ingresso de ativo e o início dos pagamentos aos credores, para então habilitar-se em categoria própria.

*Embargos de declaração parcialmente acolhidos.*

Em suas razões (e-STJ, fls. 992/1021), a recorrente aponta dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 124, § 1º, I, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 e 35 do CPC/1973, alegando que a condenação por litigância de má-fé imposta à massa falida em embargos de terceiros configura encargo da massa e, portanto, deve ter preferência sobre os demais créditos habilitados na falência.

Colaciona julgado do TJPR buscando demonstrar que são encargos da massa a condenação em custas judiciais, ainda que em ação diversa da demanda falimentar.

Foram apresentadas as contrarrazões (e-STJ, fls. 1.041/1.049).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 1.077/1.085).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos reside na qualidade que se deve atribuir à pena imposta em ação de embargos de terceiro, na qual se imputou à massa falida a pecha de litigante de má-fé.

Defende a recorrente que, segundo o disposto no art. 35 da lei processual revogada, a sanção deve ser computada como custas processuais, traduzindo “encargo da massa”, na forma prevista pelo art. 124, § 1º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

A Corte local, sem afastar a natureza da pena imposta à aqui recorrida, concluiu que as custas qualificadas como encargos da massa são aquelas

estritamente relacionadas ao processo de falência, e não em outros feitos (e-STJ, fls. 981/983):

Isso posto, cumpre verificar se é admissível o imediato pagamento da condenação, por estar o crédito qualificado como encargos da massa de acordo com o sustentado pela agravante, enquadrando-se na hipótese do art. 124, § 1º, inc. I, do Decreto-Lei n. 7.661/45, e referindo ao art. 35 do Código Civil, por contemplar como custas as sanções impostas às partes em consequência de má-fé, sustentando sua aplicação, haja vista que a Lei de Falências não explicitou o conceito de custas.

Como se constata, em realidade, quis a agravante referir-se ao art. 35 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 35 - As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado.

O art. 124 do Decreto-Lei 7.661/45, sob o qual tramita o feito, assim dispõe:

Art. 124. Os encargos e dividas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos a falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125.

§ 1º São encargos da massa:

I - as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes das ações em que a massa fôr vencida;

Entretanto, não é esta a exegese dos mencionados artigos.

*No inc. I do § 1º do art. 124 **estão classificadas como encargos da massa as custas judiciais do próprio processo da falência e dos incidentes a ele opostos, e não, como sustenta a agravante, das ações em que a massa for vencida.** Isso porque, a despeito da redação truncada do inc. I, não consta a conjunção aditiva "e" antes da expressão "das ações", como equivocadamente acrescido pela agravante ao reproduzir o texto da lei (fl. 921). Ou seja, não existe a idéia de adição defendida pela agravante.*

Portanto, a despeito de condenada a Massa Falida a indenizar a agravante, não há como considerar encargo da massa a sanção a ela imposta pela litigância de má-fé, porquanto **não imputada no processo da falência, mas, isto sim, em embargos de terceiro em que a agravante restou vencedora, ação diversa daquela.**

Diante disso, tenho como correta a decisão agravada ao determinar que o crédito seja habilitado em categoria própria, por não privilegiado com relação aos demais.

Ante ao exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração para atribuir-lhe efeitos infringentes tão somente para aclarar o aresto embargado, declarando que efetivamente a condenação por litigância de má-fé, estabelecida na sentença proferida nos embargos de terceiro que a ora embargante opôs, foi imposta à Massa Falida, e não à empresa falida, retificando o *decisio* quanto à extinção do pedido de habilitação do crédito, por não deduzido.

Entretanto, diante da fundamentação expendida, é de ser desprovido o agravo de instrumento interposto, mantendo-se a decisão recorrida ao determinar que a agravante aguarde o ingresso de ativo e o início dos pagamentos aos credores, para então habilitar-se em categoria própria.

Não é a melhor solução, todavia.

De início, convém assinalar que os embargos de terceiro nos quais imposta a pena por litigância de má-fé foram opostos de forma incidental ao processo de falência, contra ato praticado pelo síndico da massa, que arrecadou bem imóvel da recorrente, indevidamente (e-STJ, fls. 980/981):

Como se constata da sentença (fls. 137-141 deste instrumento) o imóvel de propriedade da agravante foi arrecadado pelo Síndico, ato este imputado como ilegal. E, por isso, foi liberada a constrição judicial sobre o bem, restando a Massa Falida condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

No mencionado aresto, a sentença restou confirmada, sendo a então embargada averbada como litigante de má-fé, por ter sustentado, ao longo do feito, ter a embargante adquirido o imóvel da falida (ou de seu ex-procurador), o que não ocorreu. A apuração do valor da indenização foi remetida para liquidação de sentença por arbitramento (laudo às fls. 157-182 do instrumento). Os honorários advocatícios dos procuradores da embargante, por sua vez, foram majorados para R\$ 6.000,00.

Com efeito, tendo o imóvel sido arrecadado pelo Síndico, tal se deu no curso do processo falimentar, portanto. Além disso, o termo legal da quebra foi declarado como sendo 30-12-1982 (fls., 42/43 deste instrumento).

Assim, tem razão a agravante ao referir que no aresto que averbou a agravada como litigante de má-fé, prolatado em 01-08-1995, constou a Massa Falida como interessada apenas porque o processamento da concordata suspensiva se deu em 06-06-1991, sendo revogada em 02-09-1999, pela mencionada sentença (fls. 42/43).

Portanto, não há dúvida de que a condenação, efetivamente, foi imposta à Massa Falida, e não, como equivocadamente deduzido pelo signatário quando do julgamento do agravo de instrumento, à Urbânia Comércio e Construções Ltda.

Trata-se, portanto, de medida judicial que, a par de sua previsão no art. 1.046 e ss. do CPC/1973, tem fundamento na disposição contida no art. 79 da LF/1945:

Art. 79. Aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos obedecerão à forma estabelecida na lei processual civil.

§ 2º Da sentença que julgar os embargos, cabe apelação, que pode ser interposta pelo embargante, pelo falido, pelo síndico ou por qualquer credor, ainda que não contestante.

Sabidamente, “[o]s embargos de terceiro, que possuem natureza de ação incidental de conhecimento contra atos praticados na execução e que têm por finalidade proteger a posse ou a propriedade de bem objeto de constrição, são ajuizados em face do exequente ou do executado no processo executivo” (REsp 1.725.111/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018). Têm, portanto, estreita relação com a execução coletiva.

Isso, sem prejuízo de manifestar desde logo o entendimento de que as custas referidas no art. 124, § 1º, I, da LF/1945 são todas aquelas relacionadas a qualquer processo do qual a massa seja parte, não se afigurando razoável a distinção feita pelo Tribunal de origem.

No ponto, o STJ tem precedente no sentido de que “[a] lei falimentar estabeleceu como encargos da massa falida as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida, as quais compreendem taxas judiciárias, emolumentos, verbas dos peritos, publicações, entre outras” (REsp 1.070.149/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012).

Isso ponderado, conforme demonstra a recorrente em suas razões, o art. 35 do CPC/1973 enunciava que “[a]s sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária”, enquadrando-se, pois, na hipótese expressamente prevista na lei de falências revogada:

Art. 124. Os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos a falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125. § 1º São encargos da massa:

I – as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes das ações em que a massa fôr vencida;

(...)

Desse modo, o crédito da recorrente – proveniente da condenação da massa falida por litigância de má-fé, legalmente qualificada como “custas” – caracteriza-se como encargo da massa, pouco importando que a condenação tenha se dado no próprio processo falimentar ou em ação autônoma, pois, conforme lição de Rubens Requião, “[s]e a massa falida fôr condenada em ação judicial, por ela ou contra ela promovida, isto é, em que for vencida, são exigíveis como encargos da massa” (in Curso de Direito Falimentar, 1º Volume, Editora Saraiva, 17ª edição, p. 150).

José da Silva Pacheco, comungando desse entendimento, leciona que “[e]m qualquer ação proposta pela massa ou contra ela proposta, se ela for vencida e, por isso, condenada a pagar custas, estas constituem encargos” (in Processo de Falência de Concordata, Comentários à Lei de Falências, Doutrina - Prática - Jurisprudência, Editora Forense, 13ª edição, p. 542).

Vale lembrar que no processo falimentar há dois grupos de credores: os credores da falência propriamente dita e os credores da massa, que “são aqueles que têm créditos sobre a massa depois de a falência ter sido decretada. Esses credores, por não precisarem se habilitar, não estão sujeitos à verificação de créditos” (cf. Luiz Tzirulnik, Direito Falimentar, Editora RT, 5ª edição, pp. 218/219).

Por seu turno, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto (in Falências e Concordatas, Editora LTr, 3ª edição, p. 676/678) esclarecem que:

Consideram-se credores da massa (objetiva) aqueles cujos títulos de crédito tiveram origem em atos e fatos ocorridos após a declaração da falência, ao contrário de credores da falência que são aqueles cujos títulos se originaram de atos, negócios e fatos pertinentes às atividades negociais do falido.

Nas palavras de Gabriel de Rezende, p. 133, “em conseqüência da sentença declaratória da falência, os credores, formando uma coletividade jurídica, que os escritores denominam *massa*, assumem a administração do patrimônio do devedor, administração que é exercida pelos síndicos. Para o desempenho dessa representação, certas medidas, que acarretam despesas, sacrifícios de ordem pecuniária. Daí o aparecimento de dívidas novas, as quais, não tendo sido contraídas pelo falido, ficam estranhas ao processo da sua falência. Os respectivos credores, pois, não são credores do falido, mas sim da massa. Conseqüentemente,

não estão sujeitos à verificação; e, devendo ser pagos precipuamente, não ficam sujeitos à lei do dividendo". Df. Ferrara, p. 529; Carvalho de Mendonça, VIII, pp. 249 e ss.; Rubens Requião, I, pp. 326 e ss.; Sampaio de Lacerda, pp. 142 e ss.; Valverde, II, pp. 269 e ss.

Entretanto, os encargos e dívidas da massa só serão pagos após satisfeitos os créditos trabalhistas, por salários e indenizações (art. 102), notando-se que os créditos tributários e não tributários da Fazenda Pública não estão sujeitos à habilitação em falência, podendo ser cobrados separadamente (Lei n. 6.830/80, art. 29).

Os encargos são pagos de preferência sobre as dívidas da massa; em cada classe, efetua-se o rateio e as sobras irão para o pagamento da classe seguinte.

Encargos da massa são os inerentes ao processo de falência, custas e despesas processuais, com a administração da massa (objetiva), sua arrecadação e conservação, liquidação e distribuição do produto pelos credores, comissão do síndico, despesas com moléstia e enterro do falido (se morrer em indigência no curso do processo), impostos e contribuições a cargo da massa e exigíveis durante o processo, bem como indenizações por acidentes ocorridos no período de continuação do negócio do falido. (...)

Esses encargos caracterizam-se mesmo que não se considere a massa falida como um ente jurídico dotado de personalidade jurídica ou patrimônio de afetação (*Zweckvermogen*), ao contrário do que sustentava Bonelli (I, pp. 467 e ss.; II, pp. 620 e ss.).

As dívidas da massa são obrigações decorrentes de atos praticados pelo síndico, as obrigações provenientes de enriquecimento indébito da massa, além das custas pagas pelo credor requerente da falência.

No dizer de Sampaio de Lacerda (p. 209), *os encargos da massa são obrigações originárias das relações internas da massa falida, do andamento do processo e seus incidentes, ao passo que as dívidas da massa são obrigações que surgiram das relações dos órgãos da massa com terceiros com o mundo exterior*. No mesmo sentido: Valverde, II, p. 271.

No caso dos autos, a recorrente foi vencedora em ação que moveu contra a massa falida, sendo esta condenada por litigância de má-fé. Conjugando-se o art. 35 do CPC/1973 e art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, conclui-se que essa condenação é contada como custas e configura encargo da massa, que goza de preferência sobre os créditos do falido.

Dessa feita, respeitadas as ressalvas legais do próprio art. 124 do Decreto-Lei n. 7.661/1945 (créditos trabalhistas e créditos com garantia real), não há se falar em habilitação, já que, por expressa disposição legal, os encargos da massa são preferenciais com relação aos demais créditos da própria falência.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para, reformando o acórdão recorrido, determinar que o crédito da recorrente seja satisfeito independentemente de habilitação no concurso de credores da falência, respeitadas as ressalvas legais do art. 124, *caput* do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Invertem-se os ônus da sucumbência.

É como voto.

#### **VOTO-VOGAL**

O Sr. Ministro Raul Araújo: Tenho apenas ressalvas ao entendimento. Mas o voto do eminente Relator, a quem cumprimento, vem muito bem fundamentado e traz solução, parece-me, muito razoável.

Minha ressalva é que não me parece que a Lei Processual Civil, ao determinar a inclusão das sanções impostas às partes por litigância de má-fé, esteja a alterar a natureza jurídica dessas sanções. Porque o próprio dispositivo da lei processual segue referindo-se à sanções – tanto do Código anterior como do Código atual – impostas à parte por litigância de má-fé. Então, a natureza de sanção continua reconhecida na legislação processual.

Mas o que estamos fazendo é a conjugação com dispositivos da antiga Lei de Falências. Há possibilidade, então, de essas sanções serem contadas como custas judiciais, como encargos da massa falida.

Acho razoável essa solução, embora tenha alguma ressalva.

Estou acompanhando o eminente Relator.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.412.247-MG (2013/0351470-0)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Dalva Rita Gomes Guimarães

Advogado: Lenice Velloso e outro(s) - MG037714

Recorrido: Petrobrás Distribuidora S/A

Advogado: Leonardo de Almeida Sandes e outro(s) - MG085190

Agravante: Petrobrás Distribuidora S/A  
Advogado: Sueli de Carvalho Neves e outro(s) - MG104387  
Agravado: Dalva Rita Gomes Guimarães  
Advogado: Lenice Velloso e outro(s) - MG037714

---

### EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Indenização por morte. DPVAT. Seguro de vida. Identidade. Impenhorabilidade. CPC/1973, art. 649, VI (CPC/2015, art. 833, VI). Incidência. Recurso provido.

1. “O Seguro DPVAT tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres ou pela carga transportada, ostentando a natureza de seguro de danos pessoais, cujo escopo é eminentemente social, porquanto transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário em reparar danos a vítimas de trânsito, independentemente da existência de culpa no sinistro” (REsp 876.102/DF, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012).

2. Os valores pagos a título de indenização pelo “Seguro DPVAT” aos familiares da vítima fatal de acidente de trânsito gozam da proteção legal de impenhorabilidade ditada pelo art. 649, VI, do CPC/1973 (art. 833, VI, do CPC/2015), enquadrando-se na expressão “seguro de vida”.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

### ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão (Presidente), Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Brasília (DF), 23 de março de 2021 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe 29.3.2021

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Dalva Rita Gomes Guimarães* contra acórdão do TJMG assim ementado (e-STJ, fls. 221 (e-STJ)):

Embargos à execução. Prescrição intercorrente. Rejeição. Verba decorrente de seguro de vida. Impenhorabilidade. Prejudicial rejeitada. Recurso parcialmente provido.

Para que se configure o efetivo abandono da causa, impõe-se a prévia intimação pessoal da parte, para dar andamento ao feito, realizando o ato a seu cargo, na exegese teleológica do art. 267, § 1º, do CPC. Sem que seja tomada tal providência, não se inicia a contagem do prazo prescricional intercorrente.

O disposto no art. 649, do CPC é inaplicável aos valores decorrentes de indenização do Seguro DPVAT, visto que não há, nessa espécie de seguro, o caráter alimentar que o legislador objetivou amparar ao tornar o seguro de vida e o pecúlio impenhoráveis.

Da quantia aplicada no fundo “*Itauvest*” (R\$24.500,00), 73,02% (ou R\$17.889,90) eram compostos de recursos advindos do seguro de vida/pecúlio, enquanto os 26,98% (R\$6.610,10) remanescentes advinham da indenização do seguro DPVAT.

Transferindo tal proporção ao montante resgatado de tal investimento, para fazer face ao bloqueio judicial (R\$21.770,74), chega-se aos valores de R\$15.896,99 e R\$5.873,75, sendo que apenas o primeiro, relativo ao seguro de vida, é impenhorável.

Prejudicial rejeitada; Recurso parcialmente provido.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados (e-STJ, fls. 240/248, 262/265 e 267/284).

Nas razões do especial (e-STJ, fls. 287/294), a recorrente aponta violação do art. 649, VI, do CPC/1973, aduzindo a impenhorabilidade de indenização recebida pelo sistema do seguro DPVAT – “Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não” previsto na Lei Federal n. 6.194/1974 – em razão do falecimento de seu marido em acidente automobilístico.

Contrarrazões às fls. 322/336 (e-STJ).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ, fls. 338/339).

É o relatório.

**VOTO**

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): A controvérsia dos autos cinge-se a aferir se a indenização paga pelo sistema do seguro DPVAT – “Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não” disciplinado na Lei Federal n. 6.194/1974 –, em razão do falecimento do marido da beneficiária, enquadra-se na condição de impenhorabilidade prevista no art. 649, VI, do CPC/1973.

A resposta deve ser afirmativa.

Sob uma perspectiva teleológica da proteção conferida ao “seguro de vida” pelo art. 649, VI, do CPC/1973 (art. 833, VI, do CPC/2015), penso que os valores pagos pelo “seguro DPVAT” devem receber o mesmo tratamento, evidenciando cobertura que, conquanto obrigatória, em tudo se identifica com a indenização paga em razão do “seguro de pessoa” previsto pelo art. 789 e ss. do CC/2002.

De fato, a indenização paga pelo “seguro DPVAT”, sobretudo quando ocorre a morte da vítima do acidente automobilístico, também tem objetivo de atenuar os efeitos que a ausência do falecido pode ensejar às finanças de sua família, revelando indubitável natureza alimentar. Ouso afirmar que tanto um quanto outro (seguro de pessoa e seguro DPVAT) são espécies do mesmo gênero, que a lei processual teria unificado sob o singelo título “seguro de vida”. A distinção reside, em essência, no fato de que a submissão ao DPVAT é obrigatória, mas disso não resulta mudança substancial em sua natureza, tampouco na qualidade e finalidade da respectiva indenização.

A identidade entre as indenizações fica mais evidente quando se avalia a cobertura do seguro de pessoa previsto no CC/2002, “para o caso de morte” (arts. 794 e 797), ou ainda a “morte ou a incapacidade do segurado” (art. 799), comparando-a com os eventos cobertos pelo “DPVAT”:

*Lei Federal n. 6.194/1974:*

Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (...)

Por sua vez, “*ao instituir a impenhorabilidade do seguro de vida, quis o legislador assegurar a efetividade da proteção patrimonial que o segurado* [ou, no

caso do DPVAT, a própria lei instituidora] *desejou destinar aos beneficiários; o valor devido pela empresa seguradora a esse título não é penhorável por dívidas destes nem do espólio ou do autor da herança, porque em qualquer dessas hipóteses tal intuito estaria frustrado.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 355).

Na mesma linha:

O seguro de vida se presta a criar em favor do beneficiado um fundo alimentar, sendo decorrência dessa natureza a sua impenhorabilidade.

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1324)

A função de seguro de vida é criar em favor de terceiro (o beneficiário) “um fundo alimentar”. Dessa natureza jurídica é que decorre a impenhorabilidade do seguro de vida.

(THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 46ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2011, p. 287).

Com efeito, o seguro obrigatório para veículos automotores, embora originariamente concebido sob a perspectiva da responsabilidade civil do proprietário do automóvel – o denominado “RECOVAT”, então previsto na alínea “b” do art. 20 do Decreto-Lei n. 73/1966 –, afastou-se dessa característica quando foi reformulado em 1969 pelo Decreto-Lei n. 814, com enfoque para a proteção de danos pessoais, sem exame sobre a culpa do agente causador do dano, aproximando-se ainda mais do seguro de vida (ou de pessoa) disciplinado pela lei civil.

A legislação foi aprimorada em 1974, oportunidade em que também se procedeu à mudança na denominação do seguro, substituindo-se de seu título a expressão “responsabilidade civil” por “danos pessoais”, oportunidade em que o então “RECOVAT” recebeu a sigla utilizada até os dias de hoje: “DPVAT”. O histórico dessa evolução está em parte gravado na exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo, do qual resultou a Lei Federal n. 6.194/1974:

O Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, regula basicamente as operações de seguros no país, disciplinando toda a sistemática de tal atividade, inclusive, no seu Artigo 20, especificando a série de modalidades de seguros que são de contratação obrigatória. Entre eles, cumpre destacar, pela massificação que atingiu, o *Seguro de Responsabilidade Civil dos Proprietários de Veículos Automotores*

de Vias Terrestres (RCOVAT). Sua finalidade é dar cobertura à responsabilidade civil decorrente do uso de veículos, garantindo a reparação de danos a que a sociedade está sujeita, por força do intenso tráfego que o progresso torna inevitável.

A natureza desse seguro, sua extensão e definição, aparecem reguladas no Decreto-Lei n. 814, de 04 de setembro de 1969. Esta lei nasceu da necessidade de introduzir modificações no sistema então vigente, que não satisfazia por apresentar distorções que atingiam segurados, seus beneficiários e também as sociedades seguradoras. As alterações foram no sentido de eliminar protelações no pagamento de indenizações, estatuidando-se a pronta liquidação sem apuração de culpa e limitando a cobertura apenas a danos pessoais, com a revogação da anterior cobertura a danos materiais, que retardava o pagamento com apurações por vezes demoradas, além de ensejar processos de fraude, que precisavam ser escoimados. Assim, o Decreto-Lei 814/69 foi necessário e útil a seu tempo. Hoje já se impõem outras reformas.

Com efeito, aquele diploma legal, o Decreto-Lei 814, não deu solução adequada aos problemas em evidência. Conflitos de entendimentos aumentaram, em vez de desaparecerem. Prova é que as ações judiciais cresceram de número e, no Congresso, foram apresentados vários projetos de lei que, se justificáveis na sua essência, davam, todavia, soluções parciais às dúvidas, quando em verdade se fazia necessário estudar e resolver globalmente a matéria.

*Com o anteprojeto em causa, pretende o Governo conceituar em outros termos a cobertura do seguro. O objetivo passaria a ser o de cobrir **danos corporais**, garantindo-se, sem as discussões judiciais de hoje, o pagamento de indenizações nos casos de Morte e Invalidez Permanente e ocorrência de Despesas Médicas Suplementares. Assim, bastaria a existência do acidente de trânsito, com os danos mencionados, para que houvesse pagamento de indenização. Não se cogitaria de culpa, precisamente a figura jurídica que mais suscita controvérsias, até mesmo doutrinárias, com sustentação de teses ora envolvendo culpa objetiva, ora subjetiva.*

De fato, “[o] Seguro DPVAT tem a finalidade de amparar as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres ou pela carga transportada, **ostentando a natureza de seguro de danos pessoais**, cujo escopo é eminentemente social, porquanto transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário em reparar danos a vítimas de trânsito, independentemente da existência de culpa no sinistro” (REsp 876.102/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012).

Em tais circunstâncias, força concluir que o “seguro de vida” referido no art. 649, VI, do CPC/1973 (correspondente ao “seguro de pessoa” disciplinado nos arts. 789 e ss. do CC/2002) e o “seguro DPVAT” previsto nas Leis Federais n.

6.194/1974 e 8.374/1991, longe de evidenciar natureza e objetivos distintos, em verdade guardam estreita semelhança, sobretudo no que se refere à finalidade de sua indenização, motivo pelo qual é inafastável, tanto para um quanto para o outro, a impenhorabilidade ditada pela lei processual – *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Não se trata, pois, de aplicação analógica do dispositivo legal, senão o enquadramento do “seguro DPVAT” dentro da previsão contida na lei processual.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial interposto por *Dalva Rita Gomes Guimarães* para afirmar a impenhorabilidade dos valores recebidos a título de indenização, pelo “seguro DPVAT”, em razão da morte de seu marido.

Sucumbente na mínima parte de seus pedidos, atribuo à parte recorrida – *Petrobrás Distribuidora S.A.* – a responsabilidade exclusiva pelos encargos sucumbenciais (CPC/2015, art. 86, § ún.), mantido o arbitramento da verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado até a data de pagamento.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.539.056-MG (2015/0144640-6)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Recorrido: Lancaster Lucio Lima

Recorrido: ACI Imóveis Ltda

Advogados: Marco Aurélio Pereira Lara e outro(s) - MG054451

Sabrina de Melo Carabetti - MG086863

Soraia Pereira Lara - MG044858N

---

**EMENTA**

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. Alienação de terrenos a consumidores de baixa renda em loteamento irregular. Publicidade enganosa. Ordenamento urbanístico e defesa do

meio ambiente ecologicamente equilibrado. Concepção objetiva do dano extrapatrimonial transindividual.

1. O dano moral coletivo caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando um dever de reparação, que tem por finalidade prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória), punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica) e reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

2. Tal categoria de dano moral — que não se confunde com a indenização por dano extrapatrimonial decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos — é aferível *in re ipsa*, pois dimana da lesão em si a “interesses essencialmente coletivos” (interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*) que “atinga um alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais” (REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.02.2017, DJe 24.02.2017), revelando-se despicinda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo à integridade psicofísica da coletividade.

3. No presente caso, a pretensão reparatória de dano moral coletivo, deduzida pelo Ministério Público estadual na ação civil pública, tem por causas de pedir a alienação de terrenos em loteamento irregular (ante a violação de normas de uso e ocupação do solo) e a veiculação de publicidade enganosa a consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia.

4. As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta dos réus, que, utilizando-se de ardil e omitindo informações relevantes para os consumidores/adquirentes, anunciaram a venda de terrenos em loteamento irregular — com precárias condições urbanísticas — como se o empreendimento tivesse sido aprovado pela municipalidade e devidamente registrado no cartório imobiliário competente; nada obstante, o pedido de indenização por dano moral coletivo foi julgado improcedente.

5. No afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores — protegendo-os, de

forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas —, o CDC procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67), tipos penais de mera conduta voltados à proteção do valor ético-jurídico encartado no princípio constitucional da dignidade humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a permanência de profundas desigualdades, tal como a existente entre o fornecedor e a parte vulnerável no mercado de consumo.

6. Nesse contexto, afigura-se evidente o caráter reprovável da conduta perpetrada pelos réus em detrimento do direito transindividual da coletividade de não ser ludibriada, exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva, motivo pelo qual a condenação ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas e similares lesões.

7. Outrossim, verifica-se que o comportamento dos demandados também pode ter violado o objeto jurídico protegido pelos tipos penais descritos na Lei 6.766/1979 (que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos), qual seja: o respeito ao ordenamento urbanístico e, por conseguinte, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, valor ético social — intergeracional e fundamental — consagrado pela Constituição de 1988 (artigo 225), que é vulnerado, de forma grave, pela prática do loteamento irregular (ou clandestino).

8. A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presente), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 163-165). O *quantum* não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar os fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados.

9. Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, revela-se possível o emprego

do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso.

10. Recurso especial provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a incidência de juros de mora desde o evento danoso.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Sustentou oralmente o Dr. Marcos Tofani Baer Bahia, pela parte recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe 18.5.2021

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Em 14.12.2007, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em face de Lancaster Lúcio Lima e de ACI Imóveis Ltda., postulando a condenação dos réus ao cumprimento de obrigação de não fazer, “*consistente na abstenção de proceder, por si ou através da gestão de qualquer pessoa jurídica, a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público Municipal ou em desconformidade com o Plano Diretor de Betim ou a Lei de Uso e Ocupação dos Solos, sob pena de multa diária*” (fls. 15-16), e ao pagamento de indenização por danos morais individuais homogêneos e por dano moral coletivo decorrente da violação das normas de uso e ocupação do solo, bem como de contribuição para

a degradante favelização da cidade, devendo o *quantum debeatur* ser fixado em liquidação de sentença.

Na inicial, o *parquet* aduziu que, a partir de 2002, os réus — aproveitando-se do déficit habitacional, da desordenada ocupação da zona rural e da existência de loteamentos clandestinos — divulgaram, amplamente, no Município de Betim, a venda de imóveis urbanos em um loteamento denominado “Residencial Bela Vista”, localizado no Bairro Bandeirinhas, que fazia parte das “Chácaras Reunidas Guaracyaba”, informando que o citado condomínio encontrava-se devidamente “legalizado” perante a Prefeitura e registrado no cartório imobiliário competente.

Narrou que vários cidadãos do município, de boa-fé, adquiriram tais imóveis, mediante a celebração de contratos particulares de compromisso de compra e venda, acreditando na regularidade do loteamento.

Consignou que, após a efetivação dos pactos, os adquirentes — a maioria integrante da população de baixa renda — foram informados de que não era possível o registro dos respectivos bens no cartório imobiliário, pois o loteamento não havia sido aprovado pela prefeitura municipal, nem cumpria as exigências enumeradas na Lei 6.766/1979 (Lei de Uso e Ocupação do Solo).

Apontou grave ato de má-fé dos réus, que alienaram áreas rurais, maquiadas como se urbanas fossem, cientes da inviabilidade do registro de módulos artificialmente desmembrados, assim como da inexistência de procedimento administrativo voltado à regularização do loteamento.

Sustentou que, há mais de cinco anos, os compradores dos imóveis buscam, sem êxito, a regularização do “Residencial Bela Vista”, encontrando-se, outrossim, “*expostos a várias doenças e diversas espécies de epidemias, que são incrementadas pela baixa qualidade de vida gerada pela inexistência de infraestrutura básica, de responsabilidade dos requeridos*” (fl. 5).

Destacou que a defesa do consumidor é princípio constitucional, sobressaindo o dever qualificado do fornecedor de prestar informação correta e precisa acerca do produto disponibilizado ao consumo, notadamente quando destinado à população de baixa renda.

Afirmou que os consumidores do Município de Betim foram expostos, portanto, a uma publicidade enganosa e abusiva, na medida em que colocado à venda um produto diverso do anunciado, que frustrou a expectativa da casa própria dos consumidores, sendo de rigor a reparação dos danos morais individuais e coletivo causados.

Apesar de citados, os demandados não apresentaram contestação (fl. 623).

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida pelo Ministério Público estadual, condenando os réus ao pagamento de indenização por dano moral individual homogêneo no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) — a cada uma das pessoas cujo contrato se encontra nos autos —, mas considerando descabida a imposição da obrigação de fazer consistente na abstenção de proceder a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público municipal ou em desconformidade com o Plano Diretor de Betim ou com a Lei de Uso e Ocupação dos Solos, *negando também* o reconhecimento do dano moral coletivo alegado.

Interposta apelação pelo *Parquet*, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais negou provimento ao reclamo, em acórdão assim ementado:

Apelação. Ação civil pública. Condenação em obrigação de não fazer. Impossibilidade. Danos morais coletivos. Inexistência.

- O pedido de condenação em ação civil pública, requerido pelo Ministério Público, para que os réus sejam condenados na obrigação de não fazer “consistente na abstenção de proceder, por si ou através da gestão de qualquer pessoa jurídica, a qualquer loteamento ou parcelamento do solo sem prévia autorização do Poder Público Municipal ou em desconformidade como Plano Diretor de Betim ou com a Lei de Uso e Ocupação dos Solos”, não pode ser deferida, face à inutilidade do provimento pretendido pelo *parquet*, pois, para que um loteamento seja considerado licito, deverá, inequivocamente, preencher todos os requisitos supra citados, sem os quais será havido por ilegal. Assim, uma eventual decisão judicial nesse sentido, não teria nenhuma eficácia, uma vez que ou se atende às condições previstas no ordenamento jurídico, acarretando a legalidade do ato que criou e implementou o loteamento, ou, se ausentes referidas condições, o ato será ilícito, com as conseqüências previstas na lei.

- A vítima de um dano moral é necessariamente uma pessoa, pois não é compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (REsp 821.891/RS).

- Recurso não provido.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados na origem.

Nas razões do especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, o *Parquet* aponta violação dos artigos 535 do CPC de 1973; e 1º, inciso I, da Lei 7.347/1985.

Em síntese, sustenta: (i) a negativa de prestação jurisdicional, uma vez não suprida a omissão suscitada nos aclaratórios sobre o cabimento de condenação ao pagamento de dano moral coletivo à luz do disposto no artigo 1º da Lei 7.347/1985; e (ii) que o dano moral coletivo tem duplo efeito: “*reparar a lesão provocada no meio social em razão do descaso do recorrido no cumprimento das normas ambientais, frustrando a justa expectativa da sociedade de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida, e inibir futuras condutas que, movidas pelo intuito do lucro fácil, realizam empreendimentos sem qualquer preocupação com a preservação do meio ambiente*” (fl. 766).

O prazo para oferecimento de contrarrazões decorreu *in albis*.

O apelo extremo recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

Às fls. 804-808, consta parecer do Ministério Público Federal pugnando pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial. ACP. Dano decorrente de alienação de imóveis em loteamento irregular a inúmeros consumidores. Dano moral coletivo. Possibilidade. Parecer pelo provimento do recurso.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. Parecer por que seja provido o recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não comporta acolhida a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, por ter o Tribunal de origem dirimido as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse examinado um a um os argumentos expendidos pelas partes.

De fato, basta ao órgão julgador que decline os fundamentos jurídicos que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte, de modo específico, a determinados preceitos legais, conforme pleiteia o ora recorrente.

Não há falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC de 1973.

3. A controvérsia principal dos autos está em definir a ocorrência ou não de dano moral coletivo na hipótese de alienação de terrenos a consumidores de baixa renda em loteamento irregular, tendo sido veiculada publicidade enganosa sobre a existência de autorização do órgão público e de registro no cartório de imóveis.

O Tribunal de Justiça mineiro manteve a sentença de parcial procedência da ação civil pública, reconhecendo a publicidade enganosa e o dever de reparação dos danos individuais homogêneos causados aos adquirentes, mas afastando o dano moral coletivo alegado pelo Ministério Público estadual, pelos seguintes fundamentos (fls. 729-735):

Quanto aos danos morais coletivos, melhor sorte não assiste ao Apelante.

*O dano moral pode ser conceituado de maneira simples e precisa como sendo aquele que provoca uma lesão a um direito da personalidade. Assim, o dano moral, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, dignidade, a vida íntima e privada, além da atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.*

*O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. É o que se convencionou chamar de dano moral puro.*

*O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento francamente majoritário, a que se filia este Relator, no sentido de que não ser possível o instituto do dano moral coletivo.*

*Conforme a fundamentação do REsp 821.891, fica claro que a vítima de um dano moral é necessariamente uma pessoa, pois não parece ser compatível com o dano moral a idéia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando “**a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**” (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), “**tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado**” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2a ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).*

[...]

*Desta forma, a “ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único.*

*Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.*

*[...] A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se escorreita sob o aspecto técnico jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade.*

*Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.*

*Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo" (LEITE, José Rubens Morato, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1a ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854).*

*Portanto, não há que se falar em danos morais coletivos, uma vez que, de acordo com o demonstrado acima, o dano moral refere-se, exclusivamente, à pessoa, individualmente considerada, afastando-se, pois a idéia de sua transindividualidade.*

Em recurso apenas do Ministério Público, todo o restante, exceto quanto à matéria relacionada ao dano moral coletivo, é incontroverso.

4. Como de sabença, por força do artigo 21 da Lei 7.347/85, o Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, o “núcleo duro” do microsistema de tutela jurisdicional coletiva dos direitos ou interesses metaindividuais (ou coletivos *lato sensu*).

Nessa perspectiva, qualquer um dos legitimados enumerados no CDC (artigo 82) e na Lei 7.347/1985 (artigo 5º) pode ajuizar ação coletiva em defesa dos direitos dos consumidores; do meio ambiente; da ordem urbanística ou econômica; da criança e do adolescente; do idoso; do portador de deficiência; de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; do patrimônio público ou social; da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ou de qualquer outro interesse coletivo *lato sensu* (difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo).

A lesão a qualquer interesse metaindividual implica o dever de reparação efetiva dos danos causados, independentemente de serem eles materiais e/ou

morais, individuais ou coletivos (*stricto sensu*) e/ou difusos, *ex vi* do disposto nos artigos 6º do CDC, 1º da Lei 7.347/1985 e 944 do Código Civil, *in verbis*:

– *Código de Defesa do Consumidor*

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

[...]

– *Lei 7.347/1985*

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por *danos morais e patrimoniais causados*:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos;

VIII - ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

– *Código Civil*

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

O artigo 944 do *Codex Civil* foi objeto do Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual a expressão “dano” abrange não só os danos individuais (materiais ou imateriais), “*mas também os*

*danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.*

5. O dano moral transindividual — conhecido como “dano moral coletivo” — caracteriza-se pela prática de conduta antijurídica que, de forma absolutamente injusta e intolerável, viola valores éticos essenciais da sociedade, implicando um dever de reparação, que tem por escopo prevenir novas condutas antissociais (função dissuasória), punir o comportamento ilícito (função sancionatório-pedagógica) e reverter, em favor da comunidade, o eventual proveito patrimonial obtido pelo ofensor (função compensatória indireta).

Consoante bem assinala Leonardo Roscoe Bessa, tal categoria de dano moral — que não se confunde com a indenização por dano extrapatrimonial decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos — dimana da lesão em si a “interesses essencialmente coletivos” (interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*), independentemente de qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade, aproximando-se da perspectiva própria do direito penal, cujo escopo preventivo-repressivo exsurge da aferição de ofensa inaceitável a bem jurídico socialmente relevante, o que, “*invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, dá a distinção entre crimes material, formal e de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo*” (BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 78).

No mesmo diapasão, destaca-se excerto doutrinário no sentido de que a caracterização do dano extrapatrimonial coletivo — quando da ocorrência de injusta lesão a valores jurídicos fundamentais próprios das coletividades — prescinde da constatação de efeitos negativos concretos advindos da conduta ilícita:

*É acertado dizer que certas condutas antijurídicas atingem injustamente interesses de relevância social titularizados por certas coletividades, de maneira suficiente a produzir a reação do sistema jurídico quanto à repressão e sancionamento de tais atos.*

Saliente-se, por oportuno, que, mesmo não detendo personalidade - nos moldes clássicos concebidos pela teoria do Direito -, *as coletividades de pessoas possuem valores e um **patrimônio ideal** que gozam de proteção no âmbito do sistema jurídico.*

[...]

*É o que se verifica, por exemplo, conforme antes externado, em relação ao direito à preservação do meio ambiente sadio, à conservação do patrimônio histórico e*

*cultural, à garantia da moralidade pública, ao equilíbrio e equidade nas relações de consumo, à transparência e à honestidade nas manifestações publicitárias, à justiça e boa-fé nas relações de trabalho, à não-discriminação das minorias, ao respeito às diferenças de gênero, raça e religião, à consideração e proteção aos grupos de pessoas portadoras de deficiência, de crianças e adolescentes e de idosos.*

Esses destacados interesses, protegidos pelo ordenamento jurídico, inegavelmente, inserem-se na órbita dos valores *extrapatrimoniais* reconhecidos a uma coletividade. E, sendo assim, *qualquer lesão injusta a eles infligida, dada a sua incontestável relevância social, faz desencadear a reação do ordenamento jurídico, no plano da responsabilização, mediante a forma específica de reparação do dano observado.*

[...]

Afirma-se, então, que o reconhecimento do dano moral coletivo e da imperiosidade da sua adequada reparação traduz a mais importante vertente evolutiva, na atualidade, do sistema de responsabilidade civil, em seus contínuos desdobramentos, a significar a extensão do dano a uma órbita coletiva de direitos, de essência tipicamente extrapatrimonial, não subordinada à esfera subjetiva do sofrimento ou da dor individual. São direitos que traduzem valores jurídicos fundamentais da coletividade e que refletem, no horizonte social, o largo alcance da dignidade dos seus membros.

[...]

Resta evidente, com efeito, que, *toda vez em que se vislumbrar o ferimento a interesse não-patrimonial, do qual titular uma determinada coletividade (em maior ou menor extensão), configurar-se-á dano passível de reparação, sob a forma adequada a esta realidade jurídica peculiar aos direitos transindividuais, que se traduz em uma condenação pecuniária arbitrada judicialmente, reversível a um fundo específico, com o objetivo de **restituição dos bens lesados**, [...].*

É bem verdade, anote-se, que, *nesses casos de danos coletivos, não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos que o ato lesivo porventura venha a produzir, em relação a determinadas coletividades de pessoas atingidas, apreendidos em dimensão subjetiva, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, entre outras reações.*

*Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração.*

[...]

[...] *reafirma-se, a compreensão do dano moral coletivo não se conjuga diretamente com a ideia de demonstração de elementos como perturbação, aflição ou transtorno coletivo. Firma-se, sim, objetivamente, dizendo respeito ao fato que reflete uma violação intolerável de direitos coletivos e difusos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial. Essa violação, não podendo ser tolerada em um sistema de justiça social ínsito ao regime democrático, rendeu ensejo à previsão, no ordenamento jurídico, do meio e da forma necessários e adequados a proporcionar uma reparação devida, de maneira a sancionar o ofensor e inibir condutas ofensivas a tais direitos transindividuais, pela relevância social da sua proteção.*

*Nessa linha de raciocínio, faz-se imperioso salientar que o dano decorrente da conduta antijurídica, que lesa a esfera de interesses da coletividade, deve apresentar-se com real significância, ou seja, de maneira a afetar inescusável e intoleravelmente valores e interesses coletivos fundamentais.* (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 127/131)

O dano moral coletivo pode advir, outrossim, da “*identificação ou visualização de um padrão de conduta da parte, com evidente potencial lesivo à coletividade, em um universo de afetação difusa*”, conforme explica o supracitado autor:

[...] *ainda que, em determinado caso concreto, apenas imediatamente se observe que a conduta ilícita afete, de forma direta, somente uma ou mesmo poucas pessoas, nestas situações importa voltar-se o olhar para a conduta do ofensor, como um standard comportamental, verificando-se que, a princípio vista apenas sob o ângulo individual, a violação perpetrada enseja repercussão coletiva, exatamente por atingir, indistintamente, bens e valores de toda uma coletividade de pessoas.*

*Assim, uma conduta evada de grave ilicitude, a demonstrar uma linha de procedimento adotado de molde a ser reproduzido, independente do número de pessoas atingidas pela lesão, concretamente, em certo período, insere-se em um plano muito mais abrangente de alcance jurídico, a exigir necessária consideração para efeito de proteção e sancionamento, no âmbito da tutela de natureza coletiva.*

*É equivocado, portanto, nesta seara, valer-se de critério míope pautado simplesmente na verificação do quantitativo de pessoas atingidas, de maneira imediata, para eventual caracterização do dano moral coletivo e sua reparação. Posta-se, em realce, em tais hipóteses, que o sujeito passivo da violação é a coletividade, de maneira a ensejar a reparação devida pela prática da conduta ilícita.* (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Op. Cit.*, p. 131)

Nesse quadro, *sobressai a concepção objetiva do dano moral coletivo*, cuja configuração decorre da “*observação direta de lesão intolerável a direitos transindividuais titularizados por uma determinada coletividade*”, dispensada a

verificação de “qualquer elemento referido a efeitos negativos, próprios da esfera da subjetividade, que venham a ser eventualmente apreendidos no plano coletivo (sentimento de desapareço; diminuição da estima; sensação de desvalor, de repulsa, de inferioridade, de menosprezo, etc.)” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 136).

*Tal categoria de dano moral é aferível, portanto, in re ipsa*, ou seja, reclama a mera apuração de uma conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole valor ético-jurídico fundamental da sociedade, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

Nesse sentido é a orientação firmada em inúmeros precedentes desta Corte:

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. Direitos individuais homogêneos. Impossibilidade.

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

2. *Independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano moral coletivo deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais.*

[...]

5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.610.821/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15.12.2020, DJe 26.02.2021)

Recurso especial. Ação civil pública. Liberdade de comunicação e proteção à criança e ao adolescente. Responsabilidade civil da emissora de televisão. Exibição de filme em horário diverso daquele recomendado pela classificação indicativa. Ausência de observância obrigatória (ADI n. 2.404/DF). Danos morais coletivos por abuso de direito. Possibilidade, em tese. Hipótese não verificada no caso dos autos. Recurso especial desprovido.

[...]

4. *O dano moral coletivo se dá in re ipsa, contudo, sua configuração somente ocorrerá quando a conduta antijurídica afetar, intoleravelmente, os valores e interesses coletivos fundamentais, mediante conduta maculada de grave lesão, para que o instituto não seja tratado de forma trivial, notadamente em decorrência da sua repercussão social.*

5. É possível, em tese, a condenação da emissora de televisão ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, quando, ao exibir determinada

programação fora do horário recomendado, verificar-se uma conduta que afronte gravemente os valores e interesse coletivos fundamentais.

6. A conduta perpetrada pela ré no caso vertente, a despeito de ser irregular, não foi capaz de abalar, de forma intolerável, a tranquilidade social dos telespectadores, de modo que não está configurado o ato ilícito indenizável.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 1.840.463/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19.11.2019, DJe 03.12.2019)

Administrativo. Responsabilidade civil. Danos decorrentes de transporte de cargas com excesso de peso em rodovias federais. Responsabilidade configurada. Independência de instâncias. Dever de reparar os danos. Fixação de *astreintes* em caso de reincidência na prática. Acórdão em confronto com a jurisprudência do STJ.

[...]

XXI - *O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, dá-se quando a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (arts. 1º da Lei n. 7.347/1985, 6º, VI, do CDC e 944 do CC, bem como Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil).*

XXII - *Entenda-se o dano moral coletivo como o de natureza transindividual que atinge classe específica ou não de pessoas. É passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem, a sentimento e à moral coletiva dos indivíduos como síntese das individualidades envolvidas, a partir de uma mesma relação jurídica-base. “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp n. 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015).*

XXIII - *O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou coletividade como realidade massificada, que a cada dia reclama mais soluções jurídicas para sua proteção. Isso não importa exigir da coletividade “dor, repulsa, indignação tal qual fosse um indivíduo isolado, pois a avaliação que se faz é simplesmente objetiva, e não personalizada, tal qual no manuseio judicial da boa-fé objetiva. Na noção inclui-se tanto o dano moral coletivo indivisível (por ofensa a interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (por afronta a interesses individuais homogêneos)” (REsp n. 1.574.350/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 3/10/2017, DJe 6/3/2019). Nesse sentido também o precedente desta Segunda Turma: REsp n. 1.057.274, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 26/2/2010.*

[...]

XXIX - Recurso especial provido. (REsp 1.637.910/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03.09.2019, DJe 09.09.2019)

Recurso especial. Ação coletiva de consumo. Cobrança de tarifas bancárias. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Fases da ação coletiva. Sentença genérica. Ação individual de cumprimento. Alta carga cognitiva. Definição. *Quantum debeat*. Ministério Público. Legitimidade ativa. Interesses individuais homogêneos. Relevância e transcendência. Existência. Coisa julgada. Efeitos e eficácia. Limites. Território nacional. Prazo prescricional. Deficiência da fundamentação recursal. Súmula 284/STF. Dano moral coletivo. Valores fundamentais. Lesão injusta e intolerável. Inocorrência. Afastamento. *Astreintes*. Revisão. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ.

[...]

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

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

[...]

16. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1.502.967/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.08.2018, DJe 14.08.2018)

Assim, ressoa inequívoco que não basta a contrariedade à lei ou ao contrato para a caracterização do dano moral coletivo, mas sim a prática de conduta que “atinga um alto grau de reprovabilidade e transborde os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais” (REsp 1.473.846/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21.02.2017, DJe 24.02.2017).

Desse modo, independentemente do número de pessoas concretamente atingidas pela lesão em certo período, o dano decorrente da conduta antijurídica deve ser ignóbil e significativo, afetando de forma inescusável e intolerável os valores e interesses coletivos fundamentais.

6. No presente caso, a pretensão reparatória de dano moral coletivo — deduzida pelo Ministério Público estadual na ação civil pública — tem por causas de pedir a alienação de terrenos em loteamento irregular (ante a violação de normas de uso e de ocupação do solo) e a veiculação de publicidade enganosa a consumidores de baixa renda, que teriam sido submetidos a condições precárias de moradia.

As instâncias ordinárias reconheceram a ilicitude da conduta dos réus que, utilizando-se de ardil e omitindo informações relevantes para os consumidores/adquirentes, anunciaram a venda de terrenos em loteamento irregular — com precárias condições urbanísticas — como se o empreendimento tivesse sido aprovado pela municipalidade e devidamente registrado no cartório imobiliário competente; nada obstante, o pedido de indenização por dano moral coletivo foi julgado improcedente.

Malgrado a argumentação do *Parquet* se concentre no caráter ambiental do dano — sob a perspectiva da defesa da ordem urbanística —, não se pode olvidar que a relevância da transparência nas relações de consumo, observado o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável.

No afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores — protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas —, é que o Código de Defesa do Consumidor *procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa*. Confira-se:

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena. Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Os objetos jurídicos tutelados pelas citadas normas penais compreendem, como dito acima, os direitos de livre escolha e de informação adequada dos consumidores, cuja higidez da manifestação de vontade deve ser assegurada, de modo a atender o valor ético-jurídico encartado no princípio constitucional da dignidade humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a permanência de profundas desigualdades, tal como a existente entre o fornecedor e a parte vulnerável no mercado de consumo.

Ambos os crimes são de mera conduta, não reclamando a consumação do resultado lesivo — efetivo comprometimento da manifestação da vontade do consumidor —, do que se extrai, a meu ver, a *evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva*.

Nessa linha de entendimento, há julgados das Turmas de Direito Privado que, em hipóteses de publicidade enganosa ou abusiva, consideraram existente dano moral coletivo por lesão intolerável a valor ético-jurídico primordial da sociedade encartado nos direitos básicos de informação adequada (e clara) e de livre escolha do consumidor. Veja-se:

Recurso especial. Ação civil pública. Dano moral coletivo. *Divulgação de publicidade ilícita*. Indenização. Sentença que acolheu o pedido inicial do MPDFT fixando a reparação em R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais) e determinou a elaboração de contrapropaganda, sob pena de multa diária. Inconformismos das rés. Apelação parcialmente provida para reduzir o *quantum* indenizatório e excluir da condenação obrigação de fazer contrapropaganda, bem como a multa monitoria para a hipótese de descumprimento. Irresignação das rés. Ogilvy Brasil Comunicação Ltda. e da Souza Cruz S/A - e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

1. *Do Recurso Especial da Ogilvy Brasil Comunicação Ltda.*

[...]

1.4. Os fatos que ensejaram a presente demanda ocorreram anteriormente à edição e vigência da Lei n. 10.167/2000 que proibiu, de forma definitiva, propaganda de cigarro por rádio e televisão. Com efeito, quando da veiculação da propaganda vigorava a Lei n. 9.294/96, cuja redação original restringia entre 21h00 e 06h00 a publicidade do produto. O texto legal prescrevia, ainda, que a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo, portanto, ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores. Isso consta dos incisos II e VI do § 1º, art. 3º da referida lei.

1.5. O direito de informação está fundamentado em outros dois direitos, um de natureza fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, e outro, de cunho consumerista, que é o direito de escolha consciente. Dessa forma, a teor dos artigos 9º e 31 do CDC, todo consumidor deve ser informado de forma “ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto”.

1.5.1. A teor dos artigos 36 e 37 do CDC, nítida a ilicitude da propaganda veiculada. A uma, porque feriu o princípio da identificação da publicidade. A duas, porque revelou-se enganosa, induzindo o consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das conseqüências, teria condições de obter sucesso em sua vida.

[...]

1.5.3. *Em razão da inexistência de uma mensagem clara, direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica), reputa-se que a publicidade ora em debate, de fato, malferiu a redação do art. 36, do CDC e, portanto, cabível e devida a reparação dos danos morais coletivos.*

[...]

4. Recurso especial da Ogilvy Brasil Comunicação Ltda e da Souza Cruz S/A parcialmente providos e desprovido o recurso especial do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. (REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016)

Recurso especial. Ação civil pública. Danos morais coletivos causados aos consumidores de Cuiabá. Infidelidade de bandeira. *Fraude em oferta ou publicidade enganosa praticadas por revendedor de combustível.*

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

2. *No caso concreto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou ação civil pública em face de revendedor de combustível automotivo, que, em 21.01.2004, fora autuado pela Agência Nacional de Petróleo, pela prática da conduta denominada “infidelidade de bandeira”, ou seja, o ato de ostentar marca comercial de uma distribuidora (Petrobrás - BR) e, não obstante, adquirir e revender produtos de outras (artigo 11 da Portaria ANP 116/2000), o que se revelou incontroverso na origem.*

3. *Deveras, a conduta ilícita perpetrada pelo réu não se resumiu à infração administrativa de conteúdo meramente técnico sem amparo em qualquer valor jurídico fundamental. Ao ostentar a marca de uma distribuidora e comercializar combustível adquirido de outra, o revendedor expôs todos os consumidores à prática*

*comercial ilícita expressamente combatida pelo código consumerista, consoante se infere dos seus artigos 30, 31 e 37, que versam sobre a oferta e a publicidade enganosa.*

*4. A relevância da transparência nas relações de consumo, observados o princípio da boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio entre consumidores e fornecedores, reclama a inibição e a repressão dos objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízo à parte vulnerável.*

*5. Assim, no afã de resguardar os direitos básicos de informação adequada e de livre escolha dos consumidores, protegendo-os, de forma efetiva, contra métodos desleais e práticas comerciais abusivas, é que o Código de Defesa do Consumidor procedeu à criminalização das condutas relacionadas à fraude em oferta e à publicidade abusiva ou enganosa (artigos 66 e 67).*

*6. Os objetos jurídicos tutelados em ambos os crimes (de publicidade enganosa ou abusiva e de fraude em oferta) são os direitos do consumidor, de livre escolha e de informação adequada, considerada a relevância social da garantia do respeito aos princípios da confiança, da boa-fé, da transparência e da equidade nas relações consumeristas. Importante destacar, outrossim, que a tipicidade das condutas não reclama a efetiva indução do consumidor em erro, donde se extrai a evidente intolerabilidade da lesão ao direito transindividual da coletividade ludibriada, não informada adequadamente ou exposta à oferta fraudulenta ou à publicidade enganosa ou abusiva.*

*7. Nesse contexto, a infidelidade de bandeira constitui prática comercial intolerável, consubstanciando, além de infração administrativa, conduta tipificada como crime à luz do código consumerista (entre outros), motivo pelo qual a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas lesões à coletividade.*

[...]

11. Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, arbitrar a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a incidência de juros de mora, pela Taxa Selic, desde o evento danoso. (REsp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017)

Recurso especial. Processual Civil e Consumidor. Ação coletiva de consumo. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não verificação. *Publicidade abusiva*. Art. 37, § 2º, do CDC. Tema moralmente sensível. Dano moral coletivo. Lesão extrapatrimonial. Valores essenciais da sociedade. Hipótese concreta. Ocorrência.

1. Ação coletiva de consumo por meio da qual se questiona a *abusividade de publicidade que trata de tema moralmente sensível e na qual se pede seja vedada a veiculação da propaganda objurgada e compensados danos morais coletivos*.

[...]

3. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; e b) se, na hipótese concreta, a veiculação da publicidade considerada abusiva é capaz de configurar dano moral coletivo. [...]

5. *Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.*

6. *Ademais, os danos morais coletivos têm como função a repressão e a prevenção à prática de condutas lesivas à sociedade, além de representarem uma forma de reverter a vantagem econômica obtida individualmente pelo causador do dano em benefício de toda a coletividade.*

7. A publicidade questionada reproduz o seguinte diálogo: “- Posso trazer meu namorado para dormir em casa, passar a noite fazendo sexo selvagem e acordando a vizinhança toda? - Claro filhote! - Ai paizão, valeu! Sabia que cê ia deixar. - Ufa! Achei que ele ia me pedir o carro!”.

8. *Na hipótese concreta, tendo o acórdão recorrido reconhecido a reprovabilidade do conteúdo da publicidade, considerando-a abusiva, não poderia ter deixado de condenar a recorrida a ressarcir danos morais coletivos, sob pena de tornar inepta a proteção jurídica à indevida lesão de interesses transindividuais, deixando de aplicar a função preventiva e pedagógica típica de referidos danos e permitindo a apropriação individual de vantagens decorrentes da lesão de interesses sociais.*

9. Recurso especial parcialmente provido. Sentença reestabelecida. (REsp 1.655.731/SC, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação civil pública. Negativa de prestação jurisdicional. Rejeitada. Cerceamento de defesa. Inexistente. Segurança alimentar. Preocupação mundial com a alimentação adequada, saudável, de forma permanente e sustentável. Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Exposição a venda de produtos deteriorados em rede de supermercados. *Publicidade enganosa*. Sobreposição de etiquetas com alteração da data de validade do produto. Quebra da confiança da coletividade de consumidores. Vícios e defeitos. Danos morais coletivos. Configurados. Valor da indenização. Mantido. *Reformatio in pejus*. Inexistente. Matéria de ordem pública.

[...]

2. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de sociedade empresária que atua na rede de supermercados, em razão da *venda de produtos alimentícios com prazo de validade expirado, deteriorados e com sobreposição de etiquetas a enganar a data de perecimento, na qual requer o pagamento de compensação por danos morais coletivos.*

3. O propósito recursal consiste em dizer: i) da negativa de prestação jurisdicional; ii) do cerceamento de defesa; iii) da configuração de danos morais coletivos e do correspondente valor de seu arbitramento; iv) da *reformatio in pejus* decorrente da modificação em grau recursal da correção monetária e dos juros de mora fixados em sentença.

[...]

6. A proteção da comida é uma responsabilidade compartilhada mundialmente. No plano internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) consagrou a relevante missão para o Desenvolvimento Sustentável de alcançar a segurança alimentar. O Brasil adotou como política de Estado o respeito à soberania alimentar e a garantia do direito humano à alimentação adequada, inclusive com a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

7. *O Código de Defesa do Consumidor é enfático ao estabelecer que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, obrigando os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8º).*

8. *Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.*

9. O consumidor que se dirige ao supermercado tem a justa e natural expectativa de encontrar à disposição produtos alimentícios livres de vícios de qualidade que coloquem sua saúde em risco. Presume-se socialmente que o produto é considerado próprio ao consumo, levando em consideração a qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos expostos à venda.

10. *Na hipótese, as condutas ilícitas da recorrente, efetivadas em não apenas uma loja específica, mas como aparente política de venda comum em sua rede de supermercados, são indiscutivelmente causadoras de danos morais coletivos.*

11. *A publicidade comercial da recorrente inseria informações enganosas do preço dos produtos e anunciava mercadorias que sequer existiam nas suas prateleiras para venda, tudo para atrair o maior número de consumidores, que eram ludibriados pelas condições supostamente favoráveis do fornecedor.*

12. *Está evidenciada a total quebra de confiança na relação com o consumidor, porque a sobreposição de etiquetas, para falsamente postergar data de vencimento de produtos, e a exposição a venda de alimentos sabidamente deteriorados constituem grave e odiosa ofensa à garantia da segurança alimentar de todos que confiaram na qualidade da comida que compraram.*

13. Reconhecida a máxima gravidade da conduta ilícita praticada, mantém-se o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos morais coletivos.

[...]

*Recurso especial conhecido e não provido.* (REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 13.12.2019)

Recurso especial. Direito do Consumidor. Ação civil pública. *Propaganda enganosa*. Veículo automotor. Introdução no mercado nacional. Difusão de informações equivocadas. Itens de série. Modelo básico. Lançamento futuro. Dano moral difuso. Configuração. Reexame da matéria. Revolvimento de provas e fatos. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ.

[...]

5. *O sistema de tutela da publicidade trazido pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se assentado em uma série de princípios norteadores que se propõem a direcionar e limitar o uso das técnicas de publicidade, evitando, assim, a exposição do público consumidor a eventos potencialmente lesivos aos direitos tutelados pelo referido diploma legal. Dentre estes princípios, merecem destaque, os da identificação obrigatória, da publicidade veraz, da vinculação contratual e da correção do desvio publicitário.*

6. O acervo probatório carreado nos autos (que não pode ser objeto de reexame na via especial por força do que dispõe a Súmula n. 7/STJ) apontou para a existência de ação deliberada da fabricante com o propósito de levar a erro a imprensa especializada e, conseqüentemente, o público consumidor, ao repassar a veículos de comunicação especializados a respeito da indústria automotiva, a falsa informação de que a versão mais básica do automóvel Hyundai i30, seria comercializado no país contendo determinados itens de série que, mais tarde, se fizeram presentes apenas em versões mais luxuosas do referido veículo.

7. Impossível negar o intuito de ludibriar o consumidor, no comportamento adotado por empresa revendedora de automóveis que, meses antes do lançamento de determinado modelo no mercado nacional, inunda a imprensa especializada com informações falsas a respeito do mesmo, de modo a criar no imaginário popular a falsa impressão de que seria infinitamente superior aos veículos de mesma categoria oferecidos por suas concorrentes.

8. *O dano moral difuso, compreendido como o resultado de uma lesão a bens e valores jurídicos extrapatrimoniais inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, se dá quando a conduta lesiva agride, de modo injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na própria consciência coletiva. A obrigação de promover a reparação desse tipo de dano encontra respaldo nos arts. 1º da Lei n. 7.347/1985 e 6º, VI, do CDC, bem como no art. 944 do CC.*

9. A hipótese em apreço revela nível de reprovabilidade que justifica a imposição da condenação tal e qual já determinada pelas instâncias de origem. Além disso, a revisão das conclusões do acórdão ora hostilizado encontra,

também nesse ponto específico, intransponível óbice na inteligência da Súmula n. 7/STJ.

10. Recurso especial não provido. (REsp 1.546.170/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.02.2020, DJe 05.03.2020)

Sob a mesma ótica, destaca-se precedente da Segunda Turma — da relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin —, firmado por ocasião do julgamento do *Recurso Especial 1.828.620/RO*, segundo o qual “*enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade*”, por configurar prática flagrantemente antiética e ilegal que não poupa “*nem pobres nem vulneráveis, nem analfabetos nem enfermos*”.

O referido acórdão recebeu a seguinte ementa:

Processual Civil e Administrativo. Recursos especiais. Ação civil pública movida por associação de consumidores. Direito a informação. Princípio da transparência. Venda a crédito de veículos sem a devida prestação de informações aos consumidores. Arts. 37, 38 e 52, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Juros embutidos. *Publicidade enganosa*. Ocorrência. Dano moral coletivo de consumo. Acórdão recorrido em sintonia com o entendimento do STJ.

[...]

3. O direito de não ser enganado antecede o próprio nascimento do Direito do Consumidor, daí sua centralidade no microsistema do CDC. A oferta, publicitária ou não, deve conter não só informações verídicas, como também não ocultar ou embaralhar as essenciais. Sobre produto ou serviço oferecido, ao fornecedor é lícito dizer o que quiser, para quem quiser, quando e onde desejar e da forma que lhe aprouver, desde que não engane, ora afirmando, ora omitindo (= publicidade enganosa), e, em paralelo, não ataque, direta ou indiretamente, valores caros ao Estado Social de Direito, p. ex., dignidade humana, saúde e segurança, proteção especial de sujeitos e grupos vulneráveis, sustentabilidade ecológica, aparência física das pessoas, igualdade de gênero, raça, origem, crença, orientação sexual (= publicidade abusiva).

[...]

6. O dano moral coletivo encarna lesão a bens imateriais de grupo de pessoas, determinado ou não, causada por afronta a valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, entre os quais se incluem dignidade humana, paz e tranquilidade sociais, tratamento isonômico, respeito à diversidade, boa-fé nas relações jurídicas, probidade administrativa e cuidado com o patrimônio público, integridade do processo eleitoral, conservação das bases ecológicas da vida, verdade na produção e veiculação de informações.

7. Não se trata de dano hipotético ou fictício, pois reconhecido pelo ordenamento jurídico. Equivocado afastá-lo em reação à força retórica da crítica fácil à banalização e indústria do dano moral. Se trivialidade ou massificação ocorre, é no desrespeito a direitos básicos dos consumidores pelos agentes econômicos privados - sem falar do próprio Estado. Permissividade e tolerância que, historicamente, se apelidaram de ousadia empreendedora, exatamente o tipo de “normalidade” que identifica o capitalismo selvagem e predatório, sem ética nem freio - a antítese da verdadeira economia de mercado -, patologias que levaram precisamente à edição do CDC.

8. Nenhum instituto jurídico se acha imune a desvirtuamento. Eventuais excessos no uso de indenização por danos morais, coletivos ou não, e de outros remédios legais ou jurisprudenciais destinados a coibir e reparar atentados a direitos estatuidos, por um lado haverão de sofrer rígida disciplina judicial e, por outro, certamente empalidecem diante de abusos cotidianos nas práticas comerciais, que não poupam nem pobres nem vulneráveis, nem analfabetos nem enfermos.

9. Enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade. Reagir judicialmente contra o engano e o abuso na relação de consumo não revela faniquito exaltado ou mimimi ético, mas sim corresponde a acreditar em direitos conferidos pelo legislador - por meio de norma cogente de ordem pública e interesse social - e a judicializá-los quando desrespeitados.

[...]

12. Assim, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do STJ no sentido do cabimento de indenização por dano moral coletivo em Ação Civil Pública, sobretudo quando há clara violação do direito de informação previsto no CDC, diante de oferta e anúncios publicitários, não se exigindo, para tanto, dolo ou culpa na conduta, consoante a índole do microsistema. [...]

13. Recursos Especiais não providos. (REsp 1.828.620/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 05.10.2020)

7. No caso dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram que os réus veicularam publicidade (ou oferta) enganosa direcionada a consumidores de baixa renda, que, sequiosos da concretização do “sonho da casa própria”, celebraram negócios jurídicos para aquisição de terrenos em loteamento cuja irregularidade foi dissimulada e apenas descoberta por ocasião da tentativa de registro da compra no cartório imobiliário, após a quitação dos preços pactuados.

Nesse contexto, penso que se revela inequívoco o caráter ignóbil da conduta perpetrada pelos réus, tipificada como crime à luz do código consumerista, motivo pelo qual a condenação ao pagamento de indenização por dano

extrapatrimonial coletivo é medida de rigor, a fim de evitar a banalização do ato reprovável e inibir a ocorrência de novas e similares lesões à coletividade.

Outrossim, penso que não é apenas à luz do CDC que se observa a configuração de dano moral transindividual inaceitável causado pelos recorridos.

Com efeito, a *Lei 6.766/1979* — que dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos — tipifica, em seus artigos 50 e 51, como crimes contra a administração pública, sujeitos a pena de reclusão de um a quatro anos, os atos de:

Art. 50. [...]

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

[...]

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Os tipos legais (notadamente os contidos nos incisos I e II do *caput* do artigo 50) consubstanciam crimes de mera conduta, tendo por objeto jurídico o respeito ao ordenamento urbanístico e, por conseguinte, a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, valor ético social — intergeracional e fundamental — consagrado pela Constituição de 1988 (artigo 225), que é

vulnerado, de forma grave, pela prática do loteamento irregular (ou clandestino), consoante destaca importante lição de José Afonso da Silva:

*O loteamento clandestino constitui, ainda, uma das pragas mais daninhas do urbanismo brasileiro. Loteadores parcelam terrenos de que, não raros, não têm título de domínio, por isso não conseguem a aprovação de plano, quando se dignam apresentá-lo à prefeitura, pois, o comum é que sequer se preocupem com essa providência, que é onerosa, inclusive porque demanda a transferência de áreas de logradouros públicos e outras ao domínio público. Feito o loteamento, nessas condições, põem-se os lotes à venda, geralmente para pessoas de rendas modestas, que, de uma hora para outra, perdem seu terreno e a casa que nele ergueram, também clandestinamente, porque não tinham documentos que lhes permitissem obter a competente licença para edificar no lote.*

*Praticam-se dois crimes de uma vez, um aos adquirentes de lotes, e outro, aos princípios urbanísticos, porque tais loteamentos não recebem o mínimo de urbanificação que convenha ao traçado geral da cidade. Tais loteadores não são urbanificadores, mas especuladores inescrupulosos que carecem de corretivos drásticos. Eles criam áreas habitadas, praticamente sem serem habitáveis, por falta de condicionamento urbanístico, as quais se transformam num quisto urbano de difícil solução, dada a questão social que neles geralmente se envolvem. (SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 344)*

Entre os transtornos causados pela ocupação irregular do solo, pode-se enumerar “*a desarticulação do sistema viário, dificultando o acesso de ônibus, ambulâncias, viaturas policiais e caminhões de coleta de lixo; a formação de bairros sujeitos a erosão e alagamentos, assoreamento dos rios, lagos e mares; a ausência de espaços públicos para implantação de equipamentos de saúde, educação, lazer e segurança; o comprometimento dos mananciais de abastecimento de água e do lençol freático; as ligações clandestinas de energia elétrica, resultando em riscos de acidentes e incêndios; a expansão horizontal excessiva da malha urbana, ocasionando elevados ônus para o orçamento público*” (PINTO, Victor Carvalho. *Ocupação irregular do solo urbano: o papel da legislação federal*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2003, p. 3).

O relevante interesse público inserto na defesa da ordenação urbana conducente a uma cidade ecologicamente equilibrada tornou-se ainda mais evidente com a pandemia (ou sindemia) da covid-19, cuja disseminação acelerada nas metrópoles brasileiras não pode ser imputada a fatores meramente biológicos, mas também a aspectos sociais desfavoráveis ensejadores de uma maior vulnerabilidade e desigualdade socioeconômica, tais quais as moradias precárias da população de baixa renda, que, além de contar com espaço diminuto

para famílias numerosas, sofre, muitas vezes, com a falta de abastecimento de água potável e de um sistema de esgoto eficiente, entre outros serviços de saneamento básico.

Consequentemente, a meu ver, sendo clara a ofensa ao mínimo existencial da coletividade prejudicada pelo loteamento irregular — assim como a publicidade enganosa efetuada em detrimento dos consumidores —, tal conduta configura lesão intolerável a valor essencial da sociedade, o que torna a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos plenamente viável.

*Mutatis mutandis*, transcreve-se a ementa de acórdão da Segunda Turma que, no bojo de ação civil pública ajuizada em face do espólio do loteador e do Município, considerou cabida a indenização por dano moral coletivo:

Processo Civil e Ambiental. Ação civil pública. Ordem urbanística. Loteamento rural clandestino. Ilegalidades e irregularidades demonstradas. Omissão do poder público municipal. Dano ao meio ambiente configurado. Dano moral coletivo.

1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo.

3. A reparação ambiental deve ser plena. *A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual.* Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2012.

4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.).

5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que

o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/04/2015.

Recurso especial provido. (REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015)

8. Destarte, a meu juízo, uma vez reconhecido o cabimento do dano extrapatrimonial coletivo no caso concreto, incumbe a esta Corte quantificá-lo, aplicando o direito à espécie, *ex vi* do disposto no artigo 257 do RISTJ.

Na inicial, o Ministério Público pleiteou que as indenizações por danos morais individuais homogêneos e por dano moral coletivo fossem arbitradas na fase de liquidação de sentença.

A magistrada de piso, ao julgar procedente a pretensão reparatória apenas dos danos morais individuais, fixou-os em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos onze compradores apontados nos autos do processo.

De fato, a reparação adequada do dano moral coletivo deve refletir sua função sancionatória e pedagógica, desestimulando o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, um ônus financeiro capaz de inviabilizar a continuidade da atividade empresarial exercida pelo fornecedor (à época, corretor de imóveis).

É importante ressaltar, ademais, que a quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presente), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 163-165). O *quantum* não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar os fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados.

Em se tratando de dano moral individual, esta Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.473.393/SP — de minha relatoria —, adotou o mesmo entendimento da Terceira, no sentido da utilização de método bifásico para garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. Assim:

Na *primeira fase*, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o *interesse jurídico lesado*, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (*grupo de casos*). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na *segunda fase*, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as *circunstâncias particulares do caso* (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial. (REsp 1.152.541/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13.09.2011, DJe 21.09.2011)

Nesse passo, suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, creio ser possível o emprego do mesmo método bifásico para quantificação do dano moral coletivo.

Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo em razão de injusta violação de direitos básicos dos consumidores (de informação adequada, de escolha consciente, de proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva), *consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)*, o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado (REsp 1.546.170/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18.02.2020, DJe 05.03.2020; REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03.12.2019, DJe 13.12.2019; REsp 1.655.731/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.05.2019, DJe 16.05.2019; REsp 1.487.046/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.03.2017, DJe 16.05.2017; REsp 1.101.949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.05.2016, DJe 30.05.2016; e REsp 1.291.213/

SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30.08.2012, DJe 25.09.2012).

Em caso de situação similar à dos autos, a Segunda Turma arbitrou o dano moral coletivo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (*REsp 1.410.698/MG*, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 23.06.2015, DJe 30.06.2015).

Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto — conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de capacidade econômica mediana; proveito econômico no importe aproximado de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); recalcitrância no descumprimento do dever de informação adequada e na realização de outros loteamentos irregulares; e significativa reprovabilidade social da lesão —, *considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que, com a incidência de juros de mora desde a apuração do primeiro evento danoso em 28.10.1999 (no percentual de 6% ao ano até 10.1.2003 e de acordo com a Taxa Selic após o advento do Código Civil de 2002) alcança, nessa data, valor próximo a R\$ 219.403,30 (duzentos e dezanove mil, quatrocentos e três reais e trinta centavos).*

Quanto ao ponto da aplicação da Taxa Selic a dívidas civis, ressalvo apenas o posicionamento externado no julgamento do *Recurso Especial 1.795.982/SP*, de minha relatoria, no qual propus uma releitura dos *Embargos de Divergência 727.842/SP* (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 08.09.2008, DJe 20.11.2008), porém com resultado ainda indefinido diante de pedido de vista.

8. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, reconhecendo o cabimento do dano moral coletivo, fixá-lo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a incidência de juros de mora desde o evento danoso (no percentual de 0,5% ao mês até 10.1.2003 e de acordo com a Taxa Selic após o advento do Código Civil de 2002).

O ônus do pagamento das custas processuais deve ser imputado exclusivamente ao réu, não se revelando cabível condenação em honorários advocatícios, por simetria com a norma disposta no artigo 18 da Lei 7.347/85, consoante jurisprudência consolidada pela Corte Especial (*EAREsp 962.250/SP*, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 15.08.2018, DJe 21.08.2018).

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.626.997-RJ (2011/0268602-9)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Banco Santander Brasil S/A Incorporador do Banco ABN Amro Real S.A

Advogados: Jose Manoel de Arruda Alvim Netto e outro(s) - SP012363

Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s) - SP118685

Guilherme Pimenta da Veiga Neves - DF014230

Osmar Mendes Paixão Côrtes e outro(s) - DF015553

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

---

**EMENTA**

Recurso especial. Ação civil pública. Aventada abusividade de cláusula inserta em contrato de cartão de crédito na qual previsto, em caso de inadimplemento do titular, o débito direto em conta corrente do valor mínimo da fatura. Instâncias ordinárias que reputaram ilícita a prática e condenaram a demandada à restituição em dobro das quantias. Insurgência da ré.

*Hipótese:* Cinge-se a controvérsia principal em saber se, em contrato de cartão de crédito, é abusiva a cláusula contratual que permite o desconto do valor, referente ao pagamento mínimo da fatura em caso de inadimplemento, diretamente na conta corrente do titular do cartão.

1. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o Tribunal de origem entender adequadamente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado de forma documental.

1.1 No caso, a verificação da necessidade da produção de outras provas, faculdade adstrita ao magistrado, demanda revolvimento de matéria fática, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

2. Na linha da jurisprudência do STJ, o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública com o propósito de

velar direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis.

3. Não é abusiva a cláusula inserta em contrato de cartão de crédito que autoriza a operadora/financeira a debitar na conta corrente do respectivo titular o pagamento do valor mínimo da fatura em caso de inadimplemento, ainda que contestadas as despesas lançadas.

4. Inviável a devolução (em dobro) das quantias até então descontadas pela financeira, haja vista que o montante debitado diretamente na conta corrente do titular do cartão a título de pagamento mínimo de fatura está expressamente autorizado por cláusulas contratuais adequadamente redigidas que não redundam em constrangimento apto a denotar defeito na prestação do serviço, tampouco demonstram desprezo à vulnerabilidade do consumidor no mercado.

5. Recurso especial parcialmente provido para julgar improcedentes 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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, para julgar improcedentes os pedidos da inicial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 1º de junho de 2021 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe 4.6.2021

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Banco Santander Brasil S/A* incorporador do *Banco ABN Amro Real*

*S.A.*, fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, manejado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face da instituição financeira, objetivando, com amparo em inquérito civil (IC n. 28/04) intentado pela 3ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Niterói e Rio Bonito, a declaração de nulidade dos itens 1 e 4 da cláusula 14 e item 2 da cláusula 15 constantes de contrato de emissão de cartão de crédito, relativamente ao desconto automático em conta corrente de valor equivalente ao pagamento mínimo de fatura mensal de cartão de crédito em atraso, assim como a forma do respectivo estorno da quantia na hipótese de erro da administradora.

Eis os termos das cláusulas referidas conforme exposto pelo autor às fls. 8 e 9 do petítório inicial:

14.1 - Na hipótese do não pagamento da fatura mensal no dia do seu vencimento, o titular, quando correntista do emissor, desde logo autoriza que o valor equivalente ao pagamento mínimo nela estipulado, seja levado a débito em sua conta corrente de depósito à vista, desde que esta possua saldo disponível suficiente para acatá-lo.

14.4 - Na hipótese do titular ter efetuado o pagamento e este ainda não tiver sido processado, ocorrendo o débito em conta corrente nas situações previstas neste contrato, poderá o Titular requerer ao Emissor o respectivo estorno.

15.2 - Poderá o Emissor, a seu exclusivo critério e sem que tal procedimento constitua assunção de nova dívida, admitir que as faturas sejam pagas deduzidas as transações contestadas, desde que a contestação tenha sido feita no prazo acima assinalado.

Decisão às fls. 104, na qual indeferido o pedido de antecipação de tutela.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação às fls. 126-158.

Após a fase probatória, o magistrado (sentença às fls. 309-316) julgou procedente o pedido para declarar a nulidade das cláusulas 14.1, 14.2 e 15.2 do contrato de emissão de cartão de crédito, determinando que o réu se abstenha de efetuar os descontos automáticos nas contas de seus correntistas de dívidas por eles não reconhecidas e, em caso de duplo pagamento, efetue a devolução automática independentemente do requerimento de estorno por parte do consumidor. Condenou o demandado, ainda, no pagamento das custas

processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a serem revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual n. 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ n. 801, de 19.03.98.

Interposta apelação, o Tribunal Fluminense negou provimento ao reclamo em acórdão assim ementado (fls. 409-410):

*Apelação cível. Ação civil pública. Tutela de direito individual homogêneo. Desconto automático do valor mínimo da fatura de consumo de cartão de crédito dos correntistas da instituição financeira demandada. Alegação de ilegitimidade ativa que não se sustenta, pois abarca número determinado de pessoas, por uma origem comum e com um objeto determinado, revelando uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo, questionada como causa de pedir, com vistas à reparação de um dano fático. É o Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública, indisponível por contrato ou pela vontade das partes, dado seu imanente interesse social, dotado de função social, tendo em vista sua origem constitucional - artigos 5º, XXXII e 170, V, da Constituição da República. Diante disso, verifica-se que a previsão contratual se subsume à disposto no inciso IV, do artigo 51, do CDC, na medida em que estabelece obrigação iníqua, abusiva, por conseguinte, nula de pleno direito, ao colocar os consumidores em situação de desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e a equidade. Assim, ao lançar mão do valor mínimo da fatura de consumo do cartão de crédito, atua em exercício arbitrário, verdadeira penhora por via transversa de salário do devedor, que, por excelência, trata-se de bem absolutamente impenhorável, consoante dispõe o inciso IV, do artigo 649, do Código de Defesa do Consumidor. Desprovimento do recurso.*

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Nas razões do especial (fls. 263-286), o ora insurgente apontou, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 130, 330, 332, 336, 400, 649, IV, do CPC/73, 42, 51, IV, 81, parágrafo único, III, do CDC, 18 da Lei n. 7.347/85.

Sustentou, em síntese: (a) ocorrência de cerceamento de defesa, dada a impossibilidade de produzir as provas (oral e pericial) consideradas necessárias para comprovar que as cláusulas discutidas nos autos são comuns em contratos do gênero, não sendo, portanto, abusivas; (b) ilegitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a presente ação civil pública; (c) inexistência de abusividade quanto ao pagamento mínimo automático em caso de inadimplemento da fatura do cartão de crédito; (d) impossibilidade de atribuir ao pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito a natureza jurídica de penhora sobre salário; e (e) não cabimento da restituição em dobro, por ausência de má-fé, e conseqüentemente,

impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público.

Em juízo de admissibilidade (fls. 584-603), fora negado seguimento ao reclamo, tendo a parte interposto agravo em recurso especial visando destrancar a insurgência.

Este signatário, na deliberação de fls. 736-737, deu provimento ao agravo, determinando a sua conversão em recurso especial para melhor exame da controvérsia.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 754-758 pelo não conhecimento do reclamo.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo merece prosperar em parte.

Cinge-se a controvérsia principal em saber se, em contrato de cartão de crédito, é abusiva a cláusula contratual que permite o desconto do valor, referente ao pagamento mínimo da fatura em caso de inadimplemento, diretamente na conta corrente do titular do cartão.

De início, examinam-se as preliminares arguidas atinentes à ocorrência de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide e a alegada ilegitimidade ativa do órgão do Ministério Público para o ajuizamento da demanda.

### 1. A tese de cerceamento de defesa deve ser afastada.

Conforme entendimento desta Corte Superior, não há que se falar em cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de determinada prova em razão da existência, nos autos, de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.

Nesse sentido:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil e contrato bancário. Alienação fiduciária. Alegações de cerceamento de defesa não demonstrado. Onerosidade excessiva. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Provimento negado.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, com o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito.

2. O cerceamento de defesa fica afastado, ainda, quando a parte interessada não traz elementos que justifiquem o requerimento de produção probatória efetuada.

3. Relativamente à alegação de onerosidade excessiva - a qual teria acabado por tornar extremamente gravoso o cumprimento do contrato pela ora recorrente -, tal questão foi devidamente apreciada pela Corte a quo, de maneira que a inversão do que ficou decidido pelo Tribunal de origem, tal como propugnada nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no AREsp 422.082/MS, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 23/02/2015.

Ademais, esta Corte, em geral, só tem reconhecido o cerceamento de defesa, quando, indeferida determinada prova essencial ao julgamento do feito, o magistrado recorre à regra de distribuição do ônus da prova do art. 373 do NCPC, situação inócurrenente, na espécie.

Depreende-se da sentença (fl. 312) que o magistrado afirmou ser exclusivamente de direito a matéria controvertida, *“uma vez que o cerne da questão está em aferir a validade das cláusulas 14.1, 14.4 e 15.2 do contrato de fls. 31; que prevêem a possibilidade de o réu debitar, diretamente na conta corrente dos clientes, o valor mínimo indicado na fatura de seus cartões de crédito, sempre que caracterizado o atraso no pagamento desta, e houver saldo suficiente para tanto”*.

O Tribunal Fluminense (fl. 413), por sua vez, corroborou tal assertiva ao aduzir: *“sequer há falar em cerceamento de defesa, na alegada ausência de oportunidade para a demonstração da análise do teor das cláusulas 14.1, 14.2 e 14.4, constante do contrato de fls. 05, porquanto se trata de matéria de direito, que dispensa qualquer dilação probatória, tendo em vista que se trata da mera aferição objetiva de seu teor frente aos postulados da probidade e da boa-fé, com o intuito de aferir se efetivamente há lesão aos correntistas”*.

É entendimento assente nesta Corte Superior não ser possível, em recurso especial, o reconhecimento de suposto cerceamento de defesa na hipótese em que o Tribunal *a quo* entendeu que o feito se encontrava substancialmente

instruído a permitir o julgamento da causa sem a produção da prova requerida. Isso porque, em última análise, compete às instâncias ordinárias o exame da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste STJ.

De acordo com o art. 130 do CPC/73, atual 370 do NCPC, cabe ao julgador determinar as provas que entender pertinentes à instrução do processo, bem como indeferimento das que considerar inúteis ou protelatórias, em observância aos princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz.

Nesse sentido:

(...)

2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o Tribunal de origem entender adequadamente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente. No caso, a verificação da necessidade da produção de outras provas, faculdade adstrita ao magistrado, demanda revolvimento de matéria fática, inviável em recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 781.446/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 13/03/2019)

2. Quanto à apontada ilegitimidade ativa, melhor sorte não socorre o insurgente.

Na linha da jurisprudência do STJ, o órgão do Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública ou ação coletiva com o propósito de velar por direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis (AgInt no REsp n. 1.711.799/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 2/12/2019, DJe 10/12/2019).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Anulação de cláusulas consideradas abusivas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel. 1. Legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Reconhecimento. Precedentes. (...)

1. De fato, os arts. 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990 conferem legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor. Ainda que se trate de direito disponível, há legitimidade do órgão ministerial quando a defesa do consumidor de forma coletiva é expressão da defesa dos interesses sociais, nos termos do que dispõem os arts. 127 e 129 da Constituição Federal.

Precedentes desta Corte.

(...)

7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.508.585/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020)

Ação civil pública. Recurso especial. Legitimidade do Ministério Público Estadual para ajuizar ação coletiva com o propósito de velar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de consumidores. Existência. Multa contratual estabelecida apenas em benefício da incorporadora. Imposição de estipulação da mesma cláusula penal em benefício do consumidor ou, para contratos pretéritos, irredutível utilização como parâmetro indenizatório.

Lesividade ao consumidor. Cláusula de tolerância de 180 dias para entrega de imóvel "na planta". Razoabilidade. Pretensão de que o Estado-Juiz imponha que se faça constar cláusula penal em contratos. Inviabilidade.

1. A ação civil pública vindicando o reconhecimento de abusividade de cláusula de contratos presentes e futuros da incorporadora aborda questão de relevante interesse social, por envolver contratos com preços vultosos, abrangendo muitas vezes todas as economias de famílias e, no caso específico de compra e venda de imóvel em relação de consumo, o próprio direito de moradia. No caso concreto, há: I) direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles que firmaram contrato; II) direitos coletivos resultantes da suposta ilegalidade em abstrato de cláusula contratual de tolerância, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais da ré; III) direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

2. Na linha da jurisprudência do STJ, o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o propósito de velar direitos difusos, coletivos e, também, individuais homogêneos dos consumidores, ainda que disponíveis.

(...)

9. Recurso especial parcialmente provido, apenas para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

(REsp 1.549.850/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 19/05/2020)

Nessa linha de intelecção, foi editado pela Corte Especial do STJ o enunciado 601, o qual expressamente prevê: “*O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público*”.

Na hipótese ora em foco, inexistente dúvida quanto ao interesse jurídico tutelado decorrer de origem comum, por englobar assunto atinente a todos os consumidores de contrato de prestação de serviços e utilização do sistema de cartão de crédito pertencente à instituição financeira ora recorrente. Muito embora a tese de abusividade contratual possa gerar danos individuais, concretamente identificáveis em posterior liquidação, antecede essa discussão uma relação jurídica comum a todos os contratantes, estejam eles inseridos em ajustes de cartão de crédito finalizado, atualmente vigente ou futuro, que podem ou não vir a sofrer danos pela suposta prática abusiva identificada na presente ação.

Assim sendo, o caso se amolda ao conceito de interesses individuais homogêneos, previsto no inciso III, do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, pois abarca número determinado de pessoas, por uma origem comum e com um objeto determinado, revelando uma relação jurídica subjacente que une o respectivo grupo, questionada como causa de pedir.

Ademais, como cediço, em hipóteses como a ora em evidência, quando o interesse individual homogêneo possuir relevância social e transcender a esfera de interesses dos efetivos titulares da relação jurídica de consumo, tendo reflexos práticos em uma universalidade de potenciais consumidores que, de forma sistemática e reiterada, sejam afetados pela prática apontada como abusiva, a legitimidade ativa do Ministério Público estará caracterizada.

Importante frisar que a legitimação extraordinária do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos já foi, no passado, alvo de polêmica doutrinária, sendo certo que, hoje, não há mais qualquer dúvida acerca de sua legitimação, haja vista, inclusive, a presença do interesse social na defesa da tutela dos consumidores em questão, o que afasta a tese de ilegitimidade do *Parquet*.

3. Ainda assim, merece acolhida a irresignação da casa bancária quando aponta ausência de abusividade das cláusulas contratuais atinentes ao débito mínimo da fatura não adimplida na conta corrente do consumidor, bem como quanto ao modo de operação do estorno de valores pagos indevidamente.

Pois bem, a teor do quanto previsto no contrato de emissão e utilização do cartão de crédito, consoante cláusulas contratuais transcritas no relatório, em caso de não pagamento da fatura na data de seu vencimento ou cancelamento do cartão por inadimplemento, o titular autoriza o emissor a debitar em sua conta corrente o valor mínimo correspondente aos gastos por ele efetuados, caso haja saldo para tanto.

Em não havendo saldo, prevê, ainda, aludido pacto, a possibilidade do débito ser feito de forma parcelada, de acordo com o saldo existente na conta do titular, até que atinja o valor do débito mínimo, ou dos gastos totais.

Essa operação de débito direto do valor mínimo da fatura consiste em uma ferramenta apenas utilizada quando o cliente não realiza, esponte própria, o pagamento do montante devido no prazo contratual assinalado, sequer do valor mínimo expressamente acordado para manter o fluxo do contrato de cartão de crédito.

A prática do pagamento mínimo como opção do titular do cartão fora reconhecida como válida pelo Banco Central do Brasil, desde a edição da Resolução n. 3919/2010, art. 13, inciso V:

Art. 13. Os demonstrativos e/ou faturas mensais de cartão de crédito devem explicitar informações, no mínimo, a respeito dos seguintes aspectos:

I - limite de crédito total e limites individuais para cada tipo de operação de crédito passível de contratação;

II - gastos realizados com o cartão, por evento, inclusive quando parcelados;

III - identificação das operações de crédito contratadas e respectivos valores;

IV - valores relativos aos encargos cobrados, informados de forma segregada de acordo com os tipos de operações realizadas por meio do cartão;

V - valor dos encargos a ser cobrado no mês seguinte no caso de o cliente optar pelo pagamento mínimo da fatura; e

VI - Custo Efetivo Total (CET), para o próximo período, das operações de crédito passíveis de contratação.

A Circular 3.512, baixada pelo Banco Central do Brasil (BACEN) em 25/11/2010, que dispunha sobre o pagamento do valor mínimo da fatura de cartão de crédito e dava outras providências, estabelecia no artigo 1º e parágrafo único, que o valor mínimo da fatura de cartão de crédito a ser pago mensalmente não poderia ser inferior ao correspondente à aplicação, sobre o saldo total da

fatura, dos seguintes percentuais: 15%, a partir de 1º de junho de 2011; e 20%, com termo inicial em 1º de dezembro de 2011:

Art. 1º O valor mínimo da fatura de cartão de crédito a ser pago mensalmente não pode ser inferior ao correspondente à aplicação, sobre o saldo total da fatura, dos seguintes percentuais:

I - 15%, a partir de 1º de junho de 2011; e

II - 20%, a partir de 1º de dezembro de 2011.

Parágrafo único. As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil que emitam cartão de crédito devem divulgar aos seus clientes, a partir de 1º de março de 2011, o cronograma de pagamentos mínimos de que trata o caput.

Essa medida foi adotada visando a incentivar o uso racional do cartão de crédito pelos clientes, num contexto de elevadas taxas de juros da modalidade de crédito rotativo, contribuindo, assim, para a redução do endividamento das famílias.

Desde então, outras medidas foram aprovadas com o propósito de aprimorar as regras concernentes ao cartão de crédito, valendo citar a Resolução n. 4.549, de 26 de janeiro de 2017, que dispõe sobre o financiamento do saldo devedor da fatura de cartão de crédito e de demais instrumentos de pagamento pós-pagos, fixando prazo máximo de trinta dias para o financiamento do saldo devedor da fatura por meio da modalidade de crédito rotativo, e facultando, ainda, a contratação de linha de crédito para pagamento parcelado do saldo remanescente da fatura, desde que em condições mais vantajosas. O objetivo foi caracterizar o aludido crédito rotativo como uma linha de crédito de caráter eventual e emergencial, inadequada para ser utilizada como modalidade de financiamento de médio ou longo prazo.

Hodiernamente, não existe mais o pagamento mínimo obrigatório de determinado percentual do valor da fatura, mas, cada instituição financeira pode estabelecer com os consumidores o montante de adimplemento mínimo mensal, em função do risco da operação, do perfil do cliente ou do tipo de produto.

Conforme informação constante do sítio eletrônico do BACEN, disponível no endereço [https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq\\_cartao](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_cartao), acesso em 04/02/2021, para a pergunta constante do item 6 – “A instituição pode debitar em minha conta corrente valores relativos à fatura do cartão de crédito?”, o BACEN expressamente refere: “*Sim. Desde que*

*você tenha, previamente, solicitado ou autorizado, por escrito ou por meio eletrônico, a realização do débito. A referida autorização pode ser ou ter sido concedida no próprio instrumento contratual de abertura de conta e poderá ser cancelada a seu pedido”.*

Certamente, o pagamento mínimo previsto na modalidade contratual de cartão de crédito constitui uma mera liberalidade da operadora, que insere tal condição na contratualidade de maneira a conquistar e fidelizar o usuário, a fim de fortalecer o sistema de crédito na modalidade cartão.

A hipótese de débito do valor mínimo constitui uma das condições para que o recorrente conceda crédito aos titulares do cartão, possibilitando a estes últimos, o abatimento parcial do quanto devido e não adimplido. Trata-se, portanto, de uma espécie de garantia à continuidade do ajuste estabelecido entre as partes.

Com a facilidade do débito mínimo, condições vantajosas são experimentadas por ambas as partes da relação jurídica: a financeira mantém a continuidade e o fluxo do sistema e do serviço de cartão de crédito e garante o pagamento de parcela dos valores inadimplidos na data, sem a necessidade da realização de procedimentos executivos forçados; já o titular de cartão de crédito inadimplente mantém o saldo disponível do crédito do cartão para realizar outras despesas e realiza o pagamento parcial do débito com a amortização do quanto devido sem que ocorra o bloqueio da operação, deixando de se submeter às regras e encargos atinentes ao procedimento de execução forçada.

Inegavelmente, não há no ordenamento jurídico obrigação legal para a concessão de crédito sem garantia, nem mesmo vedação a tal prática, motivo esse que impede rotular como abusivo o débito de parcela mínima do total de gastos efetuados pelos titulares dos cartões de crédito.

Na mesma linha de inteligência, não é dado falar, tal como aduzido pelas instâncias ordinárias, que a operadora ao lançar mão do valor mínimo da fatura de consumo do cartão de crédito diretamente na conta corrente do titular esteja atuando em verdadeiro exercício arbitrário diante de suposto apoderamento de salário do devedor. Isso porque, não se trata de contratação com débito direto em conta salário, mas, sim, em conta corrente onde rubricas com as mais diversas origens são apresentadas. Ademais, a prática do pagamento mínimo, como visto, é legitimada pelo BACEN desde o ano de 2010 que, inclusive, naquela época, fez aumentar o percentual de retenção mínimo de 15 para 20% do valor total da fatura.

Portanto, não se reputa abusiva a cláusula inserta em contrato de cartão de crédito que autoriza a operadora/financeira a debitar na conta corrente do respectivo titular o pagamento do valor mínimo da fatura em caso de inadimplemento, porquanto tal ajuste não ofende o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, tampouco possui o condão de violar o equilíbrio contratual ou a boa-fé, haja vista que tal proceder constitui mero expediente para facilitar a satisfação do crédito com a manutenção da contratualidade havida entre as partes.

Não se pode olvidar, nesse contexto, que eventual entendimento em sentido oposto, isto é, que reconhece a alegada irregularidade de tal garantia – repita-se – expressamente pactuada, acabaria por provocar, em evidente prejuízo dos consumidores e da própria atratividade do negócio, a majoração dos custos do crédito para todos, mesmo aos bons pagadores, a fim de cobrir os riscos de inadimplência inerentes à operação.

Esta Corte Superior já se manifestou em hipótese similar acerca da não abusividade de cláusula contratual que prevê autorização para o débito em conta corrente de valor afeto a saldo devedor:

Direito do Consumidor. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Cláusula abusiva. Art. 51, IV, CDC. Não-caracterização. Recurso desacolhido.

I - Na linha da jurisprudência desta Corte, aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

*II - Não é abusiva a cláusula inserida no contrato de empréstimo bancário que versa autorização para o banco debitar da conta-corrente ou resgatar de aplicação em nome do contratante ou coobrigado valor suficiente para quitar o saldo devedor, seja por não ofender o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, seja por não atingir o equilíbrio contratual ou a boa-fé, uma vez que a cláusula se traduz em mero expediente para facilitar a satisfação do crédito, seja, ainda, por não revelar ônus para o consumidor.*

III - Segundo o magistério de Caio Mário, “dizem-se [...] potestativas, quando a eventualidade decorre da vontade humana, que tem a faculdade de orientar-se em um ou outro sentido; a maior ou menor participação da vontade obriga distinguir a condição simplesmente potestativa daquela outra que se diz potestativa pura, que põe inteiramente ao arbítrio de uma das partes o próprio negócio jurídico”. [...] “É preciso não confundir: a ‘potestativa pura’ anula o ato, porque o deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes. O mesmo não ocorre com a condição ‘simplesmente potestativa’”.

(REsp 258.103/MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 20/03/2003, DJ 07/04/2003, p. 289) - grifo nosso

Do mesmo modo, em todas as hipóteses nas quais o titular do cartão contestar a fatura, se não realizado o pagamento no prazo, tendo sido expressamente contratado e devidamente informado ao consumidor a ocorrência do débito do valor mínimo diretamente na conta corrente, não há falar em abusividade.

Certamente, quando ocorre contestação de fatura, a operadora realiza criteriosa análise interna a fim de averiguar a procedência ou não da pretendida glosa e, verificado que de fato a despesa impugnada não é devida, o valor é automaticamente estornado na sua totalidade, inclusive o percentual do valor mínimo eventualmente debitado na conta corrente do titular do cartão.

Para tanto, o contrato prevê prazo razoável para a reclamação, e, se no interregno estipulado no ajuste, as despesas não são contestadas, é razoável que pelo menos o pagamento mínimo seja efetuado, pois existe a possibilidade de ressarcimento das despesas após a criteriosa análise da impugnação do titular, a qual, quando efetiva, repita-se, é prontamente atendida, estornando-se o respectivo valor ao titular do cartão.

Além disso, o fato da previsão que permite ao titular do cartão solicitar estorno de valores eventualmente debitados quando a fatura for paga após o vencimento, ou seja, quando realizado um pagamento parcial pelo titular e um débito mínimo pela financeira, mesmo nessa hipótese de parcial pagamento, também não há falar em abuso e/ou lesividade ao titular do cartão, pois em que pese o duplo pagamento parcial, o titular continua com pendência em relação à obrigação principal (valor da fatura).

4. Nessa conjuntura, inviável falar na necessidade de devolução (em dobro) das quantias até então descontadas pela financeira, haja vista que o montante debitado diretamente na conta corrente do titular do cartão a título de pagamento mínimo de fatura está expressamente autorizado por cláusulas contratuais adequadamente redigidas, essas que diversamente do precursionado pelas instâncias ordinárias, não redundam em constrangimento apto a denotar defeito na prestação do serviço, tampouco demonstram desprezo à vulnerabilidade do consumidor no mercado.

5. Por fim, inexistindo amparo à tese engendrada pelo *Parquet* acerca da abusividade no desconto diretamente na conta corrente do titular do cartão de crédito inadimplente do montante fixado a título de pagamento mínimo da fatura, não há falar em condenação da demandada nas custas e honorários advocatícios, pois não há nos autos comprovação de abuso de direito, tampouco

de má-fé, pelo contrário, frise-se, os descontos foram efetuados com a prévia autorização do cliente e o reconhecimento de validação do procedimento pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional.

Ainda que assim não fosse, o entendimento do STJ acerca da questão é no sentido de que, “em favor da simetria, a previsão do art. 18 da Lei 7.347/1985 deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública. Assim, a impossibilidade de condenação do Ministério Público ou da União em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - impede serem beneficiados quando vencedores na ação civil pública”. (AgInt no AREsp 996.192/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/8/2017).

No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.531.504/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21/9/2016; AgInt no REsp 1.127.319/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/8/2017; AgInt no REsp 1.435.350/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31/8/2016; REsp 1.374.541/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 16/8/2017; AgInt no REsp 1.600.165/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017; REsp 1.438.815/RN, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 1º/12/2016; REsp 1.362.084/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 1º/8/2017; EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018.

6. Do exposto, ultrapassadas as preliminares, é de se dar parcial provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido e a sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Ausente a condenação da parte autora em custas e honorários advocatícios.  
É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.819.075-RS (2019/0060633-3)**

---

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Relator para o acórdão: Ministro Raul Araújo

Recorrente: Monica Dutczak  
Recorrente: Gyan Celah dos Santos  
Advogado: César Augusto Boeira da Silva e outro(s) - RS047002  
Assistente: Airbnb Ireland UC  
Advogados: André Macedo de Oliveira - DF015014  
Felipe Guimarães - RJ153005  
Pedro Oliveira da Costa - DF033652  
Felipe Evaristo dos Santos Galea - DF042847  
Maria Beatriz de Miranda Toledo - SP400827A  
Beatriz Alvares Romero - SP425101  
Vitor Augusto José Butruce - DF056670  
Recorrido: Condomínio Edifício Coorigha  
Advogados: Alexandre D'ávila - RS028450  
Lucas da Silva Teixeira - RS100337

---

#### EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Condomínio edilício residencial. Ação de obrigação de não fazer. Locação fracionada de imóvel para pessoas sem vínculo entre si, por curtos períodos. Contratações concomitantes, independentes e informais, por prazos variados. Oferta por meio de plataformas digitais especializadas diversas. Hospedagem atípica. Uso não residencial da unidade condominial. Alta rotatividade, com potencial ameaça à segurança, ao sossego e à saúde dos condôminos. Contrariedade à Convenção de Condomínio que prevê destinação residencial. Recurso improvido.

1. Os conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem.

2. Na hipótese, tem-se um contrato atípico de hospedagem, que se equipara à nova modalidade surgida nos dias atuais, marcados pelos fluxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação

e acesso proporcionadas pela rede mundial da *internet*, e que se vem tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhorios, e, de outro, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo.

3. Trata-se de modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados.

4. Embora aparentemente lícita, essa peculiar recente forma de hospedagem não encontra, ainda, clara definição doutrinária, nem tem legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, não se confunde com aquelas espécies tradicionais de locação, regidas pela Lei 8.245/91, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de aluguel por temporada (art. 48 da Lei de Locações).

5. Diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado de quartos existentes num imóvel para hospedagem de distintas pessoas estranhas entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias.

6. Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da rede tradicional provisora de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei 11.771/2008.

7. O direito de o proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à segurança, ao sossego e à saúde das demais

múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício.

8. O Código Civil, em seus arts. 1.333 e 1.334, concede autonomia e força normativa à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente. Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo destinação residencial, mostra-se indevido o uso de unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV).

9. Não obstante, ressalva-se a possibilidade de os próprios condôminos de um condomínio edilício de fim residencial deliberarem em assembleia, por maioria qualificada (de *dois terços das frações ideais*), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem atípica, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando o uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, querendo, incorporarem essa modificação à Convenção do Condomínio.

10. Recurso especial desprovido.

#### ACÓRDÃO

Após o voto-vista do Ministro Raul Araújo negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e os votos da Ministra Maria Isabel Gallotti e do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, decide negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto divergente do Ministro Raul Araújo. Vencido o relator. Votaram com o Sr. Ministro Raul Araújo a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti e o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Buzzi (Presidente).

Brasília (DF), 20 de abril de 2021 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. O Condomínio do Edifício Coorigha, situado à Avenida Carlos Gomes, 531-549, na cidade de Porto Alegre – RS, ajuizou ação cominatória em face de Mônica Dutczak e seu filho, Gyan Celah dos Santos, proprietários de duas unidades no prédio, objetivando a cessação da locação e serviços de hospedagem que realizavam. Segundo narrado, a atividade de disponibilização dos imóveis a terceiros é feita mediante pagamento e, por curto prazo, por meio de anúncio na rede mundial de computadores, incluindo a plataforma Airbnb. Como fundamento central, alega o Condomínio infringência à convenção decorrente da “*alteração da destinação residencial do edifício para comercial*” (fls. 01-07).

O pedido cominatório foi acolhido pelo Juízo de primeiro grau (fls. 481-492), o qual consignou que as atividades desenvolvidas pelos recorrentes não se amoldam ao contrato típico de locação, seja na modalidade residencial (artigo 47 da Lei n. 8.245/91), seja na modalidade por temporada (art. 48 do mesmo estatuto normativo), em razão do prazo máximo estabelecido para a locação por temporada (90 dias) e da disponibilização de serviços pela proprietária aos ocupantes do imóvel – serviços que não estão incluídos no rol dos direitos e deveres de locador e locatário (arts. 22 a 26 da Lei n. 8.245/91). Por oportuno, destacou o juízo sentenciante, ainda, que a abstenção imposta aos proprietários “*não atinge o direito de disposição do patrimônio da parte ré à locação disciplinada pela Lei 8.245/91, dentro dos parâmetros ali estabelecidos*”.

A sentença foi mantida pelo TJRS, que confirmou a proibição do exercício das atividades realizadas pelos recorridos.

A seguir a ementa do acórdão combatido:

Apelação cível. Condomínio. Ação de obrigação de não fazer. Abstenção de realizar atividade comercial de hospedagem no condomínio. *A ausência de vinculação entre os inquilinos, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas, a alta rotatividade de pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem.* No caso concreto, caracterizado o contrato de hospedagem, atividade comercial proibida pela convenção condominial, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pedido cominatório formulado pelo condomínio, ficando vedado aos réus exercerem o referido comércio. *Apelação desprovida.*

Irresignados, os proprietários réus interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição da República, sob a alegação

de ofensa aos arts. 47 e 48 da Lei n. 8.245/91, art. 1.335, I, do CC e art. 19 da Lei n. 4.591/64.

Alegam, em síntese, a inviabilidade do decreto de procedência da ação ajuizada pelo Condomínio, considerando a inexistência de afronta à convenção condominial. Com efeito, sustenta a recorrente a observância estrita às normas de convenção, ainda que relativa a “*locações de dormitórios de um mesmo imóvel*” ou “*locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos*”.

Em tal contexto, conclui que a manutenção da procedência do pleito proposto pelo condomínio recorrido viola os dispositivos legais supracitados, notadamente “*o direito de propriedade dos recorrentes de usar, fruir e livremente dispor de seus apartamentos, locando-os para fins residenciais ou por temporada*”.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fl. 595).

O recurso especial recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fls. 597-616), provido o respectivo agravo interposto (fls. 621-634) para determinar a sua conversão em especial (fls. 645/646).

É o relatório.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. De início, cumpre referir que *Airbnb Ireland UC* requer o ingresso nos autos, na qualidade de assistente simples dos recorrentes (fls. 652-870). Em síntese, fundamenta o pedido em razão do debate sobre a qualificação jurídica da relação contratual havida entre os recorrentes e pessoas que residem temporariamente em um dos imóveis, relação formada mediante plataformas como o Airbnb, que, embora não seja parte deste processo, não se pode negar que faz parte do roteiro do presente litígio. Expõe o interesse jurídico nos seguintes termos (fl. 655):

11. O interesse do Airbnb de auxiliar os Recorrentes na qualidade de assistente simples deriva do enquadramento fático e jurídico que as instâncias ordinárias conferiram à demanda: (a) os Recorrentes anunciam o aluguel por temporada de um de seus imóveis mediante a plataforma Airbnb e (b) o objeto desse recurso envolve a qualificação jurídica de contratos que os Recorrentes celebram com seus locatários mediante a plataforma.

Acerca da questão, é sabido que a interferência processual de terceiro se justifica, além da economia processual, na potencialidade de os efeitos da sentença refletirem sobre relações que, embora não deduzidas no processo, dependam do resultado favorável do litígio em prol de um dos litigantes.

Deveras, o assistente ingressa espontaneamente em lide alheia porque possui *interesse jurídico* em que a solução favoreça a posição jurídica da parte assistida, embora a relação parte-terceiro não seja objeto de discussão no processo. Noutras palavras, pressupõe um vínculo jurídico entre uma das partes e o assistente, não se admitido o interesse moral econômico ou de qualquer outra natureza (NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 412).

No atinente ao interesse jurídico apto à configuração da assistência simples, na forma do que prevê o art. 119 do CPC/15, Nelson Nery Junior assim delimita a questão:

4. Interesse jurídico. Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação. Há interesse jurídico do terceiro quando a relação jurídica da qual seja titular possa ser reflexamente atingida pela sentença que vier a ser proferida entre assistido e parte contrária. Não há necessidade que o terceiro tenha, efetivamente, relação jurídica com o assistido, ainda que isto ocorra na maioria dos casos. Por exemplo, há interesse jurídico do sublocatário em ação de despejo contra o locatário. [...]

(Código de Processo Civil Comentado/Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, pp.638)

Quanto ao ponto, a jurisprudência:

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Ação coletiva. Abusividade de cláusulas de contrato de licenciamento de tecnologia. Intervenção de terceiros. Interesses convergentes. Assistência. Admissão. Aplicação da Súmula 83/STJ.

1. Identificada a existência de interesses jurídicos relacionados ao objeto da lide, cabível a intervenção do terceiro na condição de assistente da autora.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 804.528/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 23/10/2018)

Processual Civil. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Pedido de ingresso na lide como terceiro prejudicado. Figura

processual da assistência litisconsorcial. Art. 119, parágrafo único, do CPC/2015. Ausência de interesse propriamente jurídico. Interesse econômico. Descabimento. Indeferimento. Embargos de declaração prejudicados.

1. A orientação desta Corte Superior é firme no sentido de que a lei processual admite o ingresso de terceiro na condição de assistente simples ou litisconsorcial apenas quando demonstrado seu interesse jurídico na solução da controvérsia. E tal situação se verifica, em concreto, quando existente uma relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo.

2. Nesse particular, a redação do art. 119 do CPC/2015 não alterou, em essência, o regime jurídico processual anterior, até porque continua a exigir que a admissão da assistência simples ou litisconsorcial somente pode ocorrer quanto houver “terceiro juridicamente interessado”.

(...)

5. Embargos de declaração prejudicados.

(EDcl nos EDcl no REsp 1.338.942/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 22/08/2018, DJe 28/08/2018)

Ainda no que respeita ao *interesse jurídico*, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, muito bem pontuou que “a jurisprudência desta Corte fixou a tese, em mais de uma oportunidade, que ‘o interesse jurídico que permite a assistência (art. 50 do CPC) surge quando o resultado do processo pode afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente’, ressaltando-se, contudo, que pode ‘haver casos em que esse interesse jurídico vem acompanhado de alguma repercussão econômica, mas essa circunstância não terá, necessariamente, o condão de desnaturá-lo’” (REsp n. 1.798.937/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 15/08/2019).

Na oportunidade, esclareceu o voto condutor, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi:

Em caráter preliminar, é correto concluir, pois, que o *interesse jurídico que justifica a intervenção do terceiro como assistente simples decorre do simples fato de ser possível, em tese, que do processo de que não participou resulte decisão que possa afetar a existência de um direito próprio de que é titular, admitindo-se, inclusive, a existência de repercussões econômicas como decorrência do interesse jurídico*.

Assim, embora realmente inexista a figura do “*interesse econômico com reflexo jurídico*” a que se referiu o acórdão recorrido, há, todavia, a figura do “*interesse jurídico com reflexo econômico*”, amplamente reconhecida pela jurisprudência

desta Corte, devendo ser examinado se a hipótese em exame se enquadra ou não nessa categoria.

Confira-se a ementa do acórdão:

Civil. Processual Civil. Ação revisional de contrato bancário. Liquidação de sentença pelo procedimento comum. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Questões suscitadas que foram examinadas. Interesse jurídico e interesse econômico. Conceitos individualizáveis. Interesse jurídico que pressupõe o risco de o processo afetar a existência ou inexistência de direito ou obrigação de quem pretende intervir. Repercussão econômica. Possibilidade. Fase de liquidação de sentença pelo procedimento comum em que se exerce atividade cognitiva complementar que admite, em tese, a extinção do direito aos honorários contratuais de êxito na hipótese de liquidação zero. Interesse jurídico do advogado destituído presente. Decisão interlocutória que reserva honorários contratuais em liquidação de sentença. Recorribilidade imediata. Possibilidade. Art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. Reexame da questão relacionada ao destacamento de honorários destituído. Legitimidade do assistido, mas não do adversário do assistido. Reserva dos honorários no bojo do processo em que atuou. Admissibilidade quando ausente litígio com o ex-cliente, dúvida sobre valor ou risco de tumulto ou formação de lide paralela. Ausência de prova. Dissenso jurisprudencial. Dessemelhança fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas.

[...]

*4 - A exata conceituação do interesse jurídico e a sua adequada distanciação do conceito de interesse econômico são questões de acentuada complexidade, pois é difícil estabelecer essa distinção em circunstâncias limítrofes e nas quais as diferenças entre o interesse jurídico e o interesse econômico, embora sabidamente existentes, sejam muito tênues, adotando essa Corte a tese de que o interesse jurídico que permite a assistência surge quando o resultado do processo pode afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente, sem prejuízo de o interesse jurídico vir acompanhado repercussões econômicas que não possuam o condão de desnaturá-lo. Precedentes.*

[...]

10 - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

(REsp 1.798.937/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 15/08/2019)

No caso em análise, sobressai evidente, a meu ver, o interesse jurídico da petionária em assistir a recorrente, uma vez que as interações jurídicas, tal qual o objeto deste recurso, realizam-se pela plataforma de sua titularidade, sendo

instintivo concluir que o posicionamento tomado por esta egrégia Turma acerca do tema repercutirá em outras centenas ou milhares de relações viabilizadas por essa modalidade na internet.

Nesses termos, defiro a participação do requerente como assistente simples, que recebe o processo no estado em que se encontra, nos termos do parágrafo único do art. 119 do CPC/2015.

3. No mérito, a questão dos autos está em definir se a disponibilização de imóveis a terceiros mediante contraprestação pecuniária, por curto período e envolvendo plataformas virtuais, pode ser considerada como atividade comercial passível de restrição imposta por condomínio residencial.

As instâncias ordinárias afastaram a existência de relação locatícia nos moldes da Lei n. 8.245/91, entendendo que os proprietários recorrentes conferiram efetivamente destinação “comercial” às unidades imobiliárias, mediante a celebração de contratos atípicos “de hospedagem”, em afronta à convenção. O Tribunal de origem manteve o entendimento exarado pelo Juízo de primeiro grau, sob o argumento de que “*a caracterização de relação capaz de configurar contrato de hospedagem afasta a aplicabilidade da Lei de Locação (Lei 8.145/91)*”.

A propósito, assim se manifestou o Tribunal gaúcho (fls. 540-558):

[...]

Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada *Mônica* reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um “hostel” fosse.

Ademais, admitiu fornecer serviço de lavanderia - lavava as roupas em sua residência e entregava posteriormente -, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de “agregar valor” a sua atividade.

Note-se que não há vinculação entre os “clientes” dos réus.

*Ora, a ausência de vinculação entre os “clientes”, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem, afastando a incidência de contrato de locação.*

*Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio.*

*Aliás, ainda que não haja qualquer ilícito em lucrar com a unidade condominial - vide a possibilidade da celebração de contrato de locação - o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial.*

*Relevante também o fato de que a questão foi abordada anteriormente em assembleias do condomínio (fls. 10-12 e 68), nas quais resta evidenciada a discordância dos demais condôminos com a espécie de negócio realizada pela demandada nas unidades condominiais de que é proprietária.*

*E, no cotejo entre os interesses individuais da parte-ré e o dos condôminos, deve prevalecer o interesse da coletividade, sobretudo no caso, em que, restou evidenciado desconforto com a situação narrada nos autos.*

*Ademais, inviável a destinação comercial de imóvel, cuja natureza deve ser apenas residencial, nos termos da convenção (art. 4Q - fl. 14).*

Note-se que não se está negando à demandada a livre disposição de suas unidades, art. 1.335 do CC e art. 19 da Lei Federal 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Porém, não há como ignorar que a disponibilização temporária e onerosa das unidades para terceiros, da forma como vinha sendo feita pela demandante - com o fornecimento de serviços e alta rotatividade de pessoas - é capaz de configurar a existência de contrato atípico de hospedagem, e não um contrato de locação, ainda que por temporada.

*Tal circunstância, repita-se, implica afronta à norma do condomínio quanto à destinação exclusivamente residencial das unidades.*

Não bastasse, a parte demandada sequer traz aos autos os alegados contrato de locação por temporada que estaria realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva.

*Saliento ainda que o Juiz de Direito prolator da sentença teve o cuidado de julgar procedente o pedido com a ressalva de que é plenamente possível à ré efetivar a locação de suas unidades, desde que observado o fim estritamente residencial, isto é, sem a configuração de atividade comercial.*

[...]

Por fim, saliento apenas que a fundamentação deduzida na apelação no sentido de insurgir contra deliberações em assembleias realizadas (fl. 331) não pode ser conhecida, tratando-se de inovação recursal inadmissível.

Nesse passo, para a exata compreensão do litígio, é mister referir como incontroverso nos autos que as atividades desenvolvidas pelos recorrentes, Mônica Dutczak e seu filho, Gyan Celah dos Santos, tiveram início ainda no

ano de 2011, mediante a disponibilização de dormitórios da unidade em que inicialmente residia a autora, como solução imediata para resolver problemas financeiros da família, “para pagar dívidas”.

A sentença, no ponto, anotou (fls. 481/492):

[...]

*“Aí me vi apertada, até que um, ‘porteiro, o seu Neto, que já não trabalha mais lá, me disse ‘tem um casal procurando um apartamento, e aí eu disse, ‘o apartamento não está pronto, e ele disse ‘mostra, não custa’.[...] E a gente virou muito amigo, ele viu a minha luta, inclusive quando ele viajou, não lembro mais pra onde ele foi, se pra Itália ou pra França, ele disse ‘tu não te esquece de botar o azulejo assim, e viu a minha luta, e tinha uma amiga da ex-namorada dele que também estava procurando um lugar pra alugar e ela acabou vindo pra lá, e disse assim pra mim: ‘Porque tu não aluga, não anuncia na PUC, porque ela trabalhava na PUC, e aí veio o primeiro francês e viram a **minha luta desenfreada pra tentar pagar aquele monte de dívida que estava acontecendo** e eles ‘porque tu não anuncia na PUC, aí eles mesmo fizeram a instalação da Internet, até a senha foi a guria que fez lá, e o tal francês esse primeiro que veio disse pra mim ‘liga para um hostel, e pediu para falar com alguém que falasse francês, e eles **me deram a ideia de dividir a sala, que era bem ampla, com uma divisória de escritório**, até porque eu ria, queria muito fazer isso, era uma coisa provisória pra tentar saldar dívida [...]”*

São também incontroversos os seguintes fatos: i) a disponibilização das respectivas unidades a terceiros para ocupação, por períodos variáveis, incluindo períodos “inferiores a doze meses”; ii) a contraprestação pecuniária (não necessariamente pelo sistema de “diárias”); iii) a intermediação das unidades por meio de anúncio na plataforma Airbnb; iv) a oferta de serviços aos ocupantes, como “*lavanderia e ‘internet’*”, de maneira circunstancial, não principal.

4. Diante desse cenário, penso que a solução do caso passa, portanto, pela análise primeira acerca de *eventual destinação comercial conferida aos imóveis pelos proprietários*.

O acórdão, conforme descrito, considerou a existência de “contrato atípico de hospedagem”, tendo em vista: i) “a ausência de vinculação entre os ‘clientes’; ii) a reforma do apartamento no sentido de criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços; iii) a alta rotatividade de pessoas; e iv) “o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial”.

Sobre o contrato de hospedagem, a Lei n. 11.771/2008, que estabelece normas sobre a Política Nacional de Turismo, contempla a modalidade de hospedagem para turismo com a seguinte previsão, no que interessa:

Art. 23. Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

[...]

3º Não descaracteriza a prestação de serviços de hospedagem a divisão do empreendimento em unidades hoteleiras, assim entendida a atribuição de natureza jurídica autônoma às unidades habitacionais que o compõem, sob titularidade de diversas pessoas, desde que sua destinação funcional seja apenas e exclusivamente a de meio de hospedagem.

4º Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.

Também a jurisprudência desta Corte delimita, de maneira clara e objetiva, o contrato de hospedagem, com destaque para o caráter preponderante de prestação de serviços (“*complexo de prestações*”).

Note-se:

Recurso especial. Consumidor. Ação coletiva de consumo. *Contrato de hospedagem*. Função social do contrato. Boa-fé objetiva. Período da diária. Art. 23, § 4º, da Lei 11.771/08. *Complexo de prestações*. Interesses dos consumidores e dos fornecedores. Compatibilização. Art. 4º, *caput*, e inciso III, do CDC. Precedente da 3ª Turma.

1. Ação coletiva de consumo, por meio da se questionam os valores das diárias do serviço de hotelaria, que deveriam ter como parâmetro a duração de 24 (vinte e quatro) horas, de acordo com a previsão do art. 23, § 4º, da Lei 11.771/2008.

2. Recursos especiais interpostos em: 25/05/2016 e 19/10/2016; conclusão ao Gabinete em: 18/04/2018; aplicação do CPC/15

3. O propósito recursal consiste em determinar se a previsão do art. 23, § 4º, da Lei 11.771/08 impõe aos serviços de hotelaria a obrigação de permitir aos hóspedes o acesso aos quartos e espaços de repouso individual pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

4. A função social do contrato define os limites internos do direito de contratar e, por conseguinte, a proteção jurídica das justas expectativas das partes contratantes no momento da celebração do acordo de vontades.

5. O *caput* e o inciso III do art. 4º do CDC acrescentam densidade normativa à função social do contrato, ressaltando que um dos objetivos das relações de consumo é compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico.

6. *O contrato de hospedagem encerra múltiplas prestações devidas pelo fornecedor hospedeiro ao consumidor hóspede, sendo o acesso às unidades de repouso individual, apesar de principal, apenas uma parcela do complexo de serviços envolvido em referido acordo de vontades.*

[...]

8. *Os serviços abrangidos pelo contrato de hospedagem devem ser oferecidos aos consumidores pelo prazo de 24 horas, entre os quais se inserem os de limpeza e organização do espaço de repouso, razão pela qual a garantia de acesso aos quartos pelo período integral da diária não é razoável nem proporcional.*

9. Recurso especial de *HM Hotéis e Turismo S A* provido. Recurso especial da *Associação Nacional de Defesa da Cidadania e do Consumidor* prejudicado.

(REsp 1.734.750/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019)

É bem de ver, portanto, que o contrato de hospedagem, a teor da previsão legal e do entendimento jurisprudencial sobre o tema, compreende a *prestação de múltiplos serviços*, sendo essa a tônica do contrato.

É contrato em que a prestação de serviços constitui elemento inerente à sua configuração, a exemplo dos serviços de portaria, segurança, limpeza, arrumação dos cômodos, entre outros, excluindo, ainda, qualquer utilização para fins residenciais.

Nesse sentido, penso não ser possível categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados da estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei.

Isso porque, para além das importantes questões formais previstas na legislação (por exemplo, adequação ao Plano Diretor do Município e recolhimento dos tributos devidos em caso de atividade empresarial), com vinculação da atividade a “*empreendimento ou estabelecimentos*”, no caso ora em exame, os proprietários, pessoas naturais, disponibilizam quartos de uma mesma

unidade, ora compartilhando a moradia, ora oferecendo a unidade inteira, mas sempre voltados à finalidade residencial, ainda que temporária.

Por sua vez, a apontada prestação de serviços, a exemplo de lavagem de roupas, revelou-se atividade circunstancial, não essencial, em nada se assemelhando, portanto, ao *plexo de serviços* exigidos à caracterização da hospedagem.

Em tal contexto, os fundamentos invocados pelo acórdão recorrido, em sua literalidade, não se revelam aptos à caracterização estrita do contrato de hospedagem.

Tais elementos e circunstâncias, é verdade, podem estar presentes em um contrato de locação, inclusive na locação por temporada, sem que isso descaracterize o instituto, nos termos da lei de regência.

Verifique-se o regramento da Lei n. 8.245/91:

Art. 48. Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

Parágrafo único. No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram.

Art. 49. O locador poderá receber de uma só vez e antecipadamente os aluguéis e encargos, bem como exigir qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 37 para atender as demais obrigações do contrato.

Art. 50. Findo o prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de trinta dias, presumir-se-á prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos.

Assim, a alegação de alta rotatividade de pessoas no imóvel, de ausência de vínculo entre os ocupantes e do suposto incremento patrimonial dos proprietários, no caso em exame, não demonstrada por provas adequadas, não serve, a meu sentir, à configuração de atividade de exploração comercial dos imóveis, sob pena de desvirtuar a própria classificação legal da atividade, pressupondo a atividade de empresário.

5. Nessa ordem de ideias, cumpre analisar se a natureza da atividade desenvolvida pelos recorrentes, considerando a intermediação das unidades

por plataformas virtuais, pode ser enquadrada em uma das formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente.

Afastada, portanto, a atividade comercial pelos proprietários recorrentes, faz-se necessário perquirir se as atividades desenvolvidas podem ser classificadas como de locação e, nessa hipótese, se há possibilidade da imposição de limitações pela convenção.

Por certo, o aluguel de imóveis envolvendo contratos de curta temporada ou referente a partes do imóvel (cômodos), em que não se evidencia o vínculo entre os ocupantes, até mesmo associado a prestação de serviços eventuais, sempre existiu.

Na verdade, questão nova trazida a debate é, por assim dizer, a potencialização do aluguel por curto ou “curtíssimo” prazo envolvendo, muitas vezes, uma única diária, decorrente da transformação econômica proporcionada pelo uso da internet, por meio de plataformas virtuais, capazes de promover a interligação entre pessoas – no caso, proprietário do imóvel e o pretendente à locação deste.

Desse modo, sobressai o incremento da realização de negócios entre as partes - que se vinculam por meio de plataformas digitais -, a evidenciar o contato quase que instantâneo entre os interessados na celebração do negócio.

Tais atividades estão inseridas na hoje denominada “*economia de compartilhamento*”. Como exemplo, vale citar, entre diversas outras, as plataformas de intermediação de serviços Airbnb, Booking, HomeAway e Uber.

Acerca do tema, os autores Carlos Affonso Pereira de Souza e Ronaldo Lemos, no artigo “Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança”, apresentam os principais delineamentos da matéria:

A chamada *economia do compartilhamento* constitui o que diversos autores caracterizam como uma *nova etapa no processo de desenvolvimento econômico*, simbolizado pela superação da lógica de consumo em massa e visando ao acúmulo de bens, típica do final do último século, por um momento em que o mercado, já saturado por crises financeiras e pautado por necessidades ligadas à sustentabilidade e ao uso racional dos bens, passa a privilegiar novas formas de acesso a bens e a serviços. Em última instância, *a economia do compartilhamento está baseada no uso de tecnologia da informação em prol da otimização do uso de recursos através de sua redistribuição, compartilhamento e aproveitamento de suas capacidades excedentes.*

**Ricardo Abramovay** lembra que a economia do compartilhamento horizontaliza as relações humanas, “descentraliza os instrumentos de produção e troca, abre caminhos para a cooperação direta ente indivíduos (conhecidas como peer to peer ou P2P) e empresas (business to business ou B2B) e contesta o uso indiscriminado dos direitos autorais como base da inovação”. Para o autor, as três principais transformações teóricas que a junção da lógica do compartilhamento com as mídias digitais possibilitam são (i) a *descentralização* das atividades impulsionadas pela rede; (ii) a redução dos *custos de transação*; e (iii) a emergência de uma *economia da atração* pautada na confiança existente em relações interpessoais. (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de Souza e LEMOS, Ronaldo, in Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n. 4. ISSN 2317-7721 pp. 1.757- 1.777)

De fato, o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar sobre o tema relativo à economia de compartilhamento com cada vez mais frequência.

Em recentíssimo julgamento, *RE n. 1.054.110/SP*, de relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, a Suprema Corte posicionou-se sobre as atividades que se enquadram na denominada *economia de compartilhamento*, envolvendo a atividade exercida pela *startup* Uber.

Pela lucidez dos apontamentos do preclaro relator, utilizados como fundamentos de sua decisão, que, a meu ver, transcendem o caso concreto, aplicando-se, *mutatis mutandis*, a situações assemelhadas como a dos autos, reproduz-se, abaixo, excerto do voto para corroborar a posição aqui apresentada. Confira-se:

Começo, Presidente, pela inovação e impactos sociais à inevitabilidade da mudança. Num livro que se tornou clássico, o historiador israelense Yuval Noah Harari identifica a ocorrência de três grandes revoluções que pautaram a história da humanidade: a revolução cognitiva, a revolução agrícola e a revolução científica.

[...]

E agora nós vivemos esta quarta revolução digital, em que a tecnologia mecânica e analógica é substituída pela tecnologia digital, que permitiu - e aí chegando ao nosso tema específico - a massificação do uso do computador, a massificação do uso do telefone celular e a conexão mundial das pessoas pela rede mundial de computadores, a *internet*.

[...]

Eu faço essa introdução para contextualizar um mundo que é completamente transformado nas últimas décadas.

[...]

A tecnologia, conhecimento e propriedade intelectual substituíram os bens materiais que faziam a riqueza de outra época. E, desse modo, não há como a velha economia não ser afetada, e é por isso mesmo que está todo mundo em busca de novos modelos de negócios.

[...]

Nós temos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias, de velhos modos de produção, por novas formas de produção, numa terminologia nova muitas vezes chamada de *inovação disruptiva*, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado.

Essa não é a única disputa que está ocorrendo entre novas tecnologias e mercados tradicionais: (i) o WhatsApp e as concessionárias de telefonia têm um contencioso próprio; (ii) o Netflix e as empresas de televisão a cabo; (iii) o *Airbnb* e as *redes de hotéis*; e, como retratado nesse recurso extraordinário, (iv) entre o serviço de transporte individual por aplicativo e os táxis.

Presidente, penso que nós temos de aceitar como uma inexorabilidade do progresso social o fato de que há novas tecnologias disputando mercado com as formas de tradicionais de oferecimento de determinados serviços.

Acho que é inócua tentar proibir a inovação ou preservar o *status quo*, assim como, com a destruição das máquinas de tear, no início do século XIX, por trabalhadores ingleses ou, pouco depois, na França, quando se começaram a vender roupas *prêt-à-porter*, em que os alfaiates também invadiram as grandes lojas, não foi possível frear a revolução industrial. O desafio do Estado está em como acomodar a inovação com os mercados pré-existentes, e penso que a proibição da atividade na tentativa de contenção do processo de mudança, evidentemente, não é o caminho, até porque acho que seria como tentar aparar vento com as mãos.

Encerrando a primeira parte do meu voto, digo que há um conjunto de novas tecnologias que se impõem e merecem uma demanda relevante da sociedade. Evidentemente, a melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem não é impedir o progresso, mas, sim, tentar produzir as vias conciliatórias possíveis.

[...]

Penso que nós estamos vivendo também, no Brasil, um processo importante de redução de uma das grandes discussões nacionais, que é o *oficialismo* - essa crença de que tudo que é relevante depende do Estado, das suas bençãos e/ou do seu financiamento.

[...]

A minha crença profunda hoje, analisando o Brasil, é de que nós precisamos é de mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimento social, e menos Estado;

[...]

Livre iniciativa não tem apenas uma dimensão econômica, tem uma dimensão de uma liberdade individual, de exercício dos direitos da personalidade. Ela transcende, portanto, o domínio puramente econômico, para significar as escolhas existenciais das pessoas, seja no plano profissional, seja no plano pessoal, seja no plano filantrópico.

Abaixo, ementa do acórdão:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Transporte individual remunerado de passageiros por aplicativo. livre iniciativa e livre concorrência.

1. Recurso Extraordinário com repercussão geral interposto contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibiu o transporte individual remunerado de passageiros por motoristas cadastrados em aplicativos como Uber, Cabify e 99.

2. A questão constitucional suscitada no recurso diz respeito à licitude da atuação de motoristas privados cadastrados em plataformas de transporte compartilhado em mercado até então explorado por taxistas.

3. As normas que proibam ou restrinjam de forma desproporcional o transporte privado individual de passageiros são inconstitucionais porque: (i) não há regra nem princípio constitucional que prescreva a exclusividade do modelo de táxi no mercado de transporte individual de passageiros; (ii) é contrário ao regime de livre iniciativa e de livre concorrência a criação de reservas de mercado em favor de atores econômicos já estabelecidos, com o propósito de afastar o impacto gerado pela inovação no setor; (iii) a possibilidade de intervenção do Estado na ordem econômica para preservar o mercado concorrencial e proteger o consumidor não pode contrariar ou esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos essenciais. *Em um regime constitucional fundado na livre iniciativa, o legislador ordinário não tem ampla discricionariedade para suprimir espaços relevantes da iniciativa privada.*

4. A admissão de uma modalidade de transporte individual submetida a uma menor intensidade de regulação, mas complementar ao serviço de táxi afirma-se como uma estratégia constitucionalmente adequada para acomodação da atividade inovadora no setor. Trata-se, afinal, de uma opção que: (i) *privilegia a livre iniciativa e a livre concorrência;* (ii) *incentiva a inovação;* (iii) *tem impacto positivo sobre a mobilidade urbana e o meio ambiente;* (iv) *protege o consumidor;* e (v) *é apta a corrigir as ineficiências de um setor submetido historicamente a um monopólio “de fato”.*

5. A União Federal, no exercício de competência legislativa privativa para dispor sobre trânsito e transporte (CF/1988, art. 22, XI), estabeleceu diretrizes regulatórias para o transporte privado individual por aplicativo, cujas normas não incluem o controle de entrada e de preço. Em razão disso, a regulamentação e a fiscalização atribuídas aos municípios e ao Distrito Federal não podem contrariar o padrão regulatório estabelecido pelo legislador federal.

6. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.

(RE 1.054.110, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019, Processo Eletrônico DJe-194 divulg 05-09-2019 public 06-09-2019)

No mesmo sentido, acórdão de relatoria do Ministro Luiz Fux:

Direito Constitucional, Administrativo e Regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto Constitucional das liberdades. Princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da livre concorrência (art. 170, *caput*), da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII). Impossibilidade de estabelecimento de restrições de entrada em mercados. Medida desproporcional. Necessidade de revisão judicial. Mecanismos de freios e contrapesos. ADPF julgada procedente.

(...)

5. O motorista particular, em sua atividade laboral, é protegido pela liberdade fundamental insculpida no art. 5º, XIII, da Carta Magna, submetendo-se apenas à regulação proporcionalmente definida em lei federal, pelo que o art. 3º, VIII, da Lei Federal n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e a Lei Federal n. 12.587/2012, alterada pela Lei n. 13.640 de 26 de março de 2018, garantem a operação de serviços remunerados de transporte de passageiros por aplicativos.

6. A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletivo grupo das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas.

7. O constitucionalismo moderno se fundamenta na necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado, sobrepondo-se o *Rule of Law* às iniciativas autoritárias destinadas a concentrar privilégios,

impor o monopólio de meios de produção ou estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade, por gerarem ambiente hostil à competição, à inovação, ao progresso e à distribuição de riquezas. Literatura: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam – As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad. Cristiana Serra. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

8. A teoria da escolha pública (*public choice*) vaticina que o processo político por meio do qual regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter, por essa via, proveitos superiores ao que seria possível em um ambiente de livre competição, porquanto um recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade. Literatura: STIGLER, George. “The theory of economic regulation”. in: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, No. 1 (Spring, 1971).

9. *O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional. Jurisprudência: RE n. 414.426 Relator(a): Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011; RE 511.961, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009.*

10. *O sistema constitucional de proteção de liberdades goza de prevalência prima facie, devendo eventuais restrições ser informadas por um parâmetro constitucionalmente legítimo e adequar-se ao teste da proporcionalidade, exigindo-se ônus de justificação regulatória baseado em elementos empíricos que demonstrem o atendimento dos requisitos para a intervenção.*

11. A norma que proíbe o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuiriam o mercado de atuação dos táxis.

12. O arcabouço regulatório dos táxis no Brasil se baseia na concessão de títulos de permissão a um grupo limitado de indivíduos, os quais se beneficiam de uma renda extraordinária pela restrição artificial do mercado, de modo que o ativo concedido não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental, sendo correto afirmar que os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, *caput*), da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e da livre concorrência (art. 173, § 4º) vedam ao Estado impedir a entrada de novos agentes

no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais. Jurisprudência: ADI 5.062, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016.

13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi.

14. A captura regulatória, uma vez evidenciada, legitima o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados, restando incólume a Separação dos Poderes ante a atuação dos freios e contrapesos para anular atos arbitrários do Executivo e do Legislativo.

15. A literatura do tema assenta que, *verbis*: “não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços” (POSNER, Richard A. “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. In: *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828). Em idêntico prisma: SHLEIFER, Andrei. *The Enforcement Theory of Regulation*. In: *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 18; GELLHORN, Walter. “The Abuse of Occupational Licensing”. In: 44 *U. Chi. L. Rev.* 6 1976-1977.

16. A evolução tecnológica é capaz de superar problemas econômicos que tradicionalmente justificaram intervenções regulatórias, sendo exemplo a sensível redução de custos de transação e assimetria de informação por aplicativos de transporte individual privado, tornando despicenda a padronização dos serviços de táxi pelo poder público. Literatura: MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

17. Os benefícios gerados aos consumidores pela atuação de aplicativos de transporte individual de passageiros são documentados na literatura especializada, que aponta, mediante métodos de pesquisa empírica, expressivo excedente do consumidor (*consumer surplus*), consistente na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago por ele, a partir da interação entre a curva de demanda e o preço de mercado, por isso que a proibição da operação desses serviços alcança efeito inverso ao objetivo de defesa do consumidor imposto pelos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição.

18. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e

potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente que a norma proibitiva nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 82/2014.

19. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei Municipal de Fortaleza n. 10.553/2016, por ofensa aos artigos 1º, IV; 5º, *caput*, XIII e XXXII; 22, IX, XI e XVI; 144, § 10, I; 170, *caput*, IV, V e VIII; e 173, § 4º, todos da Carta Magna.

(ADPF 449, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, Processo Eletrônico DJe-190 divulg 30-08-2019 public 02-09-2019)

No âmbito do STJ, em discussão relativa ao aplicativo de transporte Uber julgado no conflito de competência, *CC n. 164.544*, relator o Ministro Moura Ribeiro, assinalaram-se pontos igualmente relevantes para o deslinde desta lide.

Conflito negativo de competência. Incidente manejado sob a égide do NCPC. Ação de obrigação de fazer c.c. *reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo UBER. Relação de trabalho não caracterizada. Sharing economy. Natureza cível. Competência do Juízo Estadual.*

1. A competência *ratione materiae*, via de regra, é questão anterior a qualquer juízo sobre outras espécies de competência e, sendo determinada em função da natureza jurídica da pretensão, decorre diretamente do pedido e da causa de pedir deduzidos em juízo.

2. Os fundamentos de fato e de direito da causa não dizem respeito a eventual relação de emprego havida entre as partes, tampouco veiculam a pretensão de recebimento de verbas de natureza trabalhista. A pretensão decorre do contrato firmado com empresa detentora de aplicativo de celular, de cunho eminentemente civil.

3. *As ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente permitiram criar uma nova modalidade de interação econômica, fazendo surgir a economia compartilhada (sharing economy), em que a prestação de serviços por detentores de veículos particulares é intermediada por aplicativos geridos por empresas de tecnologia. Nesse processo, os motoristas, executores da atividade, atuam como empreendedores individuais, sem vínculo de emprego com a empresa proprietária da plataforma.*

4. Compete a Justiça Comum Estadual julgar ação de obrigação de fazer c.c. reparação de danos materiais e morais ajuizada por motorista de aplicativo pretendendo a reativação de sua conta UBER para que possa voltar a usar o aplicativo e realizar seus serviços.

5. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Estadual.

(CC 164.544/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 28/08/2019, DJe 04/09/2019)

Outrossim, especificamente sobre os *efeitos da atividade econômica relacionada exclusivamente à plataforma Airbnb*, em artigo publicado no Valor Econômico, a informação é que tal modalidade negocial acrescentou R\$ 2,5 bilhões ao PIB brasileiro no ano de 2016, segundo a Fipe. O estudo ainda aponta que o incremento da riqueza proporcionado pelo Airbnb à economia brasileira teria sido de 0,04% ante o PIB, correspondendo a R\$ 6,266 trilhões.

Aliás, os dados levantados retratam o impacto das atividades e seus efeitos em relação à geração de novos empregos e os ganhos obtidos em razão das atividades dos chamados “anfitriões”:

O resultado apurado pela Fipe levou em consideração o impacto econômico da renda extra obtida pelos anfitriões brasileiros com o aluguel de temporada e os gastos dos viajantes com alimentação, compras, passeios, atrações e transporte, entre outros.

*Essa movimentação econômica e seus efeitos indiretos e induzidos equivalem à geração de 70 mil novos empregos no país, calculou a Fipe.*

*O estudo mostrou que, fora os gastos com hospedagem, os viajantes que optam pelo Airbnb gastam, em média, três vezes mais que aqueles que se hospedam em hotéis. Esse comportamento fez com que os hóspedes que utilizam a plataforma tenham acrescentado R\$ 788,2 milhões a mais ao PIB brasileiro do que se tivessem se hospedado em hotéis ou pousadas, segundo estimativa da Fipe.*

*No Brasil, o Airbnb reúne 143 mil anúncios e registrou mais de um milhão de chegadas de hóspedes em 2016. A plataforma conta com quase 90 mil anfitriões no país. O ganho médio anual de um anfitrião brasileiro típico, no ano passado, foi de R\$ 6,07 mil.*

Segundo o estudo comparativo da Fipe, o número de pessoas que se hospedam por meio da plataforma representa 2,1% do total de hóspedes no Brasil. (<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2017/10/10/airbnb-acrescentou-r-25-bilhoes-ao-pib-brasileiro-em-2016-diz-fipe.ghtml>)

Nessa mesma linha, como forma de evidenciar a progressão da atividade, o Airbnb – denominado maior empresa global de compartilhamento de lares e experiências em viagens – anunciou, segundo levantamento realizado no ano de 2018, *estimativa do impacto econômico direto gerado, nesse ano, pela empresa e sua comunidade de anfitriões e hóspedes no Brasil de mais de R\$ 7,7 bilhões (92% a mais do que em 2017)*. O impacto econômico direto estimado é calculado com base na soma da renda total recebida pelos anfitriões com o gasto total dos hóspedes no país.

Por outro lado, a par do elevado impacto econômico da atividade, em relação à *definição e a funcionalidade do sistema*, a fim de retomar a análise das locações por curto prazo envolvendo a plataforma Airbnb, Sílvio Venosa, em artigo recente, manifestou-se no seguinte sentido:

Na ampla problemática dos condomínios e empreendimentos assemelhados como loteamentos fechados, avulta mais recentemente a questão da hospedagem curta proporcionada pelo sistema denominado Airbnb.

*Esse sistema consiste em uma plataforma on-line de hospedagem pela qual os interessados podem se hospedar em quarto ou imóvel inteiro (casa ou apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal, e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de cartão de crédito.*

O jurista, no ponto acerca do regramento legal da matéria, conclui pela ausência de norma específica ou mesmo de proibição expressa no âmbito do ordenamento jurídico envolvendo o Airbnb ou plataformas virtuais congêneres. Assevera que a modalidade negocial em tela, em razão de características específicas, não poderia ser regulada Lei n. 11.771/2008 (contrato de hospedagem) nem mesmo pela Lei n. 8.245/1991 (Lei de locações).

Nesse sentido:

*Não existe ainda uma regulamentação legal nem uma proibição expressa na lei para esse tipo de prática. Em princípio, o instituto seria regulado pela Lei n. 11.771/2008, que trata da hospedagem para turismo, mas essa lei está voltada para estabelecimentos de hotelaria. Não se amolda, em absoluto para conjuntos residenciais comuns. A Lei do Inquilinato (arts. 48 a 50 da Lei n. 8.245/1991) prevê a locação por temporada por até 90 dias, mas dirige-se a outra classe de inquilinos, e não a hóspedes. A locação por temporada se destina a lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras no imóvel do locatário e situações similares, como dispõe o art. 48. Porém, há que se ressaltar que na locação por temporada há locatários, e não hóspedes. Essa compreensão é fundamental. A locação por temporada somente se perfaz com contrato escrito, pois exige o prazo determinado, sendo incompatível o contrato verbal.*

[...]

*Não resta dúvida, contudo, que a questão é sensível e polêmica, exigindo pronta intervenção do intérprete.*

(<http://genjuridico.com.br/2019/02/22/condominios-e-airbnb/>)

A plataforma virtual Airbnb foi também objeto de interessante estudo realizado por Bianca Tavorari, no artigo “Economias de compartilhamento e o

direito”, em que ressalta, do mesmo modo, a ausência de legislação própria sobre o tema no ordenamento pátrio.

Veja-se:

[...]

É exatamente este tipo de relação que está no centro da popularização do Airbnb - *a possibilidade de alugar bens não reconhecidos pelo direito oficial*, por períodos de tempo que geralmente contrariam uma série de normas jurídicas, sejam elas de zoneamento ou regras tributárias.

A plataforma digital não permite apenas alugar quartos separados, mas também casas e apartamentos inteiros. *Se a ausência de parcelamento aproxima essas transações de um contrato típico de locação, as condições oferecidas pelo site revelam diferenças fundamentais.* Ao contrário de grande parte das normas jurídicas de locação em vários países, o Airbnb não exige título de propriedade ou a comprovação do direito de sublocação para anunciar e alugar esses imóveis. Além disso, é possível alugar cabanas, barracas, castelos, tendas indígenas, espaços para acampamento ou até mesmo iglus, pelo tempo que as partes - “hóspede” e “anfitrião”, na linguagem do site - combinarem. Essa característica é enfatizada na descrição da própria plataforma: “*Não importa se você precisa de um apartamento, por uma noite, um castelo por uma semana ou um condomínio (villa) por um mês: o Airbnb conecta as pessoas a experiências de viagens únicas, preços variados, em mais de 34.000 cidades e 190 países.*”

[...] *a fórmula de sucesso da plataforma estaria na combinação de três elementos: conectar pessoas e informações, gerando eficiência entre oferta e demanda; preços mais baixos se comparados aos praticados à rede hoteleira’ e a confiança produzida pelo site por meio dos feedbacks dos viajantes, pelo controle dos dados dos usuários e por uma série de ações de publicidade com o intuito de tornar atraente a ideia de se hospedar na casa de um desconhecido. Ou, na expressão-síntese utilizada pelo próprio Airbnb, não estaríamos diante de uma empresa ou de um serviço convencional, mas de um mercado comunitário confiável*, disponível em <<https://www.Airbnb.com/about/about-us>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

(TAVOLARI, Bianca, in Economias de Compartilhamento e o direito. Organização de Rafael A.F. Zanatta, Pedro C.B. de Paula, Beatriz Kira. Curitiba, Juruá, 2017)

6. No *campo legislativo*, é bem verdade, surgem as primeiras incursões sobre a matéria, embora com desenvolvimento ainda incipiente, mediante a proposição de alteração na lei de locações.

Encontra-se em trâmite projeto de lei (PL n. 2.474/2019, de autoria do Senador Angelo Coronel) que propõe a *alteração da Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991*, “*para disciplinar a locação de imóveis residenciais por temporada*”

*por meio de plataformas de intermediação ou no âmbito da economia compartilhada”, fazendo inserir o art. 50-A ao referido estatuto legal.*

Confira-se:

Art. 50-A. *É vedada a locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação em condomínios edilícios de uso exclusivamente residencial, salvo se houver expressa previsão na convenção de condomínio prevista no art. 1.333 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).*

No ponto, a despeito do conteúdo da norma, merece destaque o fato de que, na esfera legislativa, *o tratamento da matéria incursiona-se pela Lei de locações*, a evidenciar tendência a ser seguida pelo legislador.

No âmbito estadual e municipal, por sua vez, há regulamentações sobre o tema, mas apenas dois normativos legais – no caso, a *Lei n. 4.050/17* e a *LC n. 99/2017* – que regulamentam a atuação do Airbnb nos Municípios de Ubatuba–SP e Caldas Novas–GO, respectivamente.

Este último levantamento foi feito pela advogada Camila Oliveira, em artigo disponibilizado no CONJUR, no último dia 4 de março de 2019:

*Somente há duas normas específicas em vigor: a Lei 4.050/2017 e a Lei Complementar 99/2017, que regulamentam a atuação do Airbnb nos municípios de Ubatuba (SP) e Caldas Novas (GO), respectivamente.*

Caldas Novas, inclusive, foi a grande pioneira no assunto. A Lei Complementar 99/2017, no seu artigo 9º, determina que o proprietário do imóvel: *“deve informar ao fisco municipal, preferencialmente através de plataformas específicas on-line de comunicação, o recolhimento da taxa anual de funcionamento e do imposto sobre o serviço de qualquer natureza, decorrentes da prestação remunerada de seus imóveis residenciais”*[1].

Além disso, a *Lei Complementar 99/2017* também estabelece que **“a locação de imóveis residenciais por períodos inferiores a 90 (noventa) dias, rege-se-á pela Lei do Inquilinato”** (artigo 2º).

Ou seja, em Caldas Novas, as locações por temporada a partir de plataformas como o Airbnb estão sujeitas ao pagamento de impostos municipais e são **regidas pela Lei Federal 8.245/91** (mais especificamente os artigos 48 e 49, que tratam da locação residencial por temporada) e pela *Lei Complementar 99/2017*.

Já em Ubatuba, a *Lei 4.050/2017* é aplicável às hospedagens por período igual ou inferior a 45 diárias, conforme previsto em seu artigo 6º, *in verbis*. Art. 6º A *Municipalidade com amparo nos incisos I e VIII do artigo 30 da Constituição Federal, estabelece que as hospedagens Cama & Café e Residenciais por Temporada serão*

*regidas no Município de Ubatuba por esta Lei, assim consideradas para hospedagens realizadas no limite de até 45 diárias, de forma ininterruptas.*

O que chama atenção na Lei 4.050/2017 é que os imóveis disponibilizados para aluguel por temporada devem fixar em sua entrada “o certificado emitido pelo *Cadastur* e a referida licença de funcionamento emitida pela Municipalidade” (artigo 3º). Note-se que, *nesse ponto, a regulamentação dos aluguéis por temporada em Ubatuba está mais próxima da realidade em cidades de outros países, onde o registro do imóvel na prefeitura é uma exigência.*

Outro ponto que merece destaque é que ambas as leis se preocuparam em estabelecer que a locação do imóvel residencial por temporada deve ser autorizada na convenção de condomínio, e os “hóspedes” devem respeitar as normas do condomínio (artigo 7º da Lei 99/2017 e artigo 5º da Lei 4.050/2017).

(ConJur - Camila Oliveira: A regulamentação do Airbnb no Brasil e em outros países)

Nessas hipóteses, o legislador tratou a questão no âmbito das *relações locatícias*, com a inovação da fixação de prazos a caracterizar a referida modalidade, a exemplo do que se verifica em outros países.

Com apoio nas mencionadas legislações, extrai-se, ainda, a preocupação quanto às questões tributárias e de cadastramento prévio das unidades perante à administração pública, como a exigência do certificado do “*Cadastur*”.

Tais questões, contudo, ao menos da forma como se apresentam, não descaracterizam a natureza de locação da atividade. Ao revés, reforçam a natureza de contrato de locação por temporada.

7. No *direito comparado*, há diversidade de tratamento envolvendo o tema, ora definindo a atividade desenvolvida pela plataforma Airbnb como atividade locatícia, ora definindo-a como tipicamente comercial.

Levando em conta os estudos realizados, verifica-se que há ainda muitas legislações que acabam por conferir tratamento “híbrido”, por assim dizer, à atividade, considerando as diversas modalidades que comportam o sistema, como a destinação exclusiva do imóvel ao ocupante (ou ocupantes), o compartilhamento do imóvel com o proprietário, a destinação da área do local (se residencial ou comercial), entre outras.

Ponto comum, a toda evidência, é a crescente produção legislativa no intuito de regulamentar a matéria – com a definição da *abrangência e dos limites das atividades desenvolvidas* – em razão do aumento progressivo da sua utilização em todo o mundo, incluindo o Brasil, e da inquestionável insegurança advinda do vácuo legislativo.

Extraem-se do já referido artigo de Bianca Tavolari dados interessantes envolvendo o tema no âmbito internacional.

Outro ponto que chama a atenção no estudo realizado pela autora é que, não obstante a regulamentação, muitas vezes severa por parte dos respectivos Estados, conforme descrito, é que os proprietários e demais atores envolvidos nas atividades desenvolvidas pelas plataforma Airbnb parecem dar continuidade as suas atividades em inobservância a tais regramentos, evidenciando, em primeira análise, uma tendência à autorregulação na referida atividade.

Confira-se:

[...]

Em novembro de 2013, e sob a justificativa de que o acesso à moradia adequada estaria ameaçado na cidade, **Berlim** editou uma lei específica para proibir a alteração do uso de imóveis residenciais. Mudanças de uso, como locação ou sublocação para turistas ou visitantes esporádicos, têm de ser autorizadas pela prefeitura. Contrariar a lei pode levar a multas de até 50.000 euros. *Decisões do Landgericht de Berlim* têm entendido que sublocar imóveis - seja por inteiro ou uma fração - por meio do Airbnb e para fins comerciais constitui quebra de contrato passível de despejo imediato do locatário.

[...]

Diferentemente de Berlim, que seguiu o caminho da proibição da conversão de moradias para uso comercial, **São Francisco** optou por restringir o aluguel via Airbnb a 75 noites por ano, na muito debatida **Proposition F**. Além de limitar o tempo, a proposta também ampliava os direitos dos vizinhos para entrarem com ações judiciais contra anfitriões da plataforma digital que alugassem unidades em seus prédios. Submetida à votação popular, a *Proposition F* não foi aprovada, com 55% dos votos contrários à lei.

[...]

Diferentemente de Berlim e São Francisco, cujas propostas de regulação e proibição atingem apenas os usuários da plataforma, **Barcelona** está multando o próprio Airbnb por permitir que imóveis sem licença sejam cadastrados para aluguel em seu site. Para que as unidades possam ser listadas e alugadas, é preciso estar registrado na secretaria de turismo da Catalunha e pagar as taxas que correspondem aos hotéis. A prefeitura considera, portanto, o Airbnb como responsável direto pela relação estabelecida entre anfitrião e hóspede na plataforma.

[...]

**Quebec** seguiu um caminho semelhante a Barcelona, ainda que não tenha multado a empresa. *No final de 2015, a cidade propôs uma lei que equipara todos os*

*anfitriões que anunciam unidades no Airbnb à indústria hoteleira, pousadas, hostels e **bed and breakfasts** tradicionais". Segundo a proposta, normas tributárias e de zoneamento se aplicariam igualmente em todo o mercado de locação para turismo.*

[...]

*Já **Amsterdam** foi a primeira cidade a fazer uma parceria formal com o Airbnb. A empresa se comprometeu a fiscalizar e a impedir que hotéis ilegais usem sua plataforma, ficou responsável por atualizar a prefeitura com os dados sobre aluguel e compartilhamento de moradia na cidade e por coletar impostos por turista e repassá-los à administração municipal. Uma nova categoria de acomodação foi criada, intitulada "private rental", para regular o aluguel de unidades.*

Destarte, muito embora o tratamento conferido pelos demais países às atividades seja o mais variado, é inquestionável o ponto uniforme no sentido da delimitação ou regulamentação mínima para o seu exercício, como se evidencia pela exigência de cadastramento prévio, por exemplo, voltado sobretudo ao melhor controle da atividade.

Assim, não obstante o acerto ou desacerto acerca da categorização da atividade - como locatícia ou comercial -, as regulamentações apresentadas surgem como fator necessário ao bom desempenho das atividades, seja no âmbito da relação com o Estado, seja na relação com os demais condôminos.

Por óbvio, tais restrições apresentadas pelas legislações comparadas não se confundem com a *proibição da atividade dissociada de critérios de razoabilidade da norma*, a retirar do proprietário o seu legítimo exercício do direito de destinação econômica da propriedade.

8. De tudo quanto apresentado, penso que, no atual estágio, e, considerando a indiscutível multiplicidade de relações advindas da utilização de plataformas virtuais para locação de imóveis, não há como enquadrá-la em uma das rígidas formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente.

Isso porque, conforme demonstrado, os contratos relativos às negociações realizadas pelas plataformas encerram uma multiplicidade de modalidades negociais a serem definidas, portanto, pelo intérprete, de acordo com os contornos delineados na hipótese.

No caso em análise, contudo, há evidências de contratos de locação por temporada, alguns realizados pela plataforma Airbnb.

Penso que, na situação apresentada, em que os recorrentes se valem de cômodos de um mesmo imóvel e também de um segundo imóvel em sua totalidade, com o nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contraprestação pecuniária, ainda que por prazos de curta duração, as relações negociais mais se aproximam do contrato de locação por temporada.

Destaco que os contratos celebrados pelos recorrentes evidenciam uma das modalidades negociais mais comuns envolvendo a plataforma Airbnb, consistente na disponibilização pelo proprietário, pessoa natural, de um dos cômodos de seu imóvel por curto prazo.

Tais mecanismos, com base em alguns estudos realizados, foi concebido como forma de conectividade entre pessoas naturais, interessadas, de um lado, na disponibilização de seus imóveis e, de outro, na permanência no local para finalidade residencial, ainda que por curto prazo.

Não há aqui, conforme consignado pelas instâncias de origem, nenhuma evidência da prática de atividade de comércio.

Destaco, por fim, que, ainda que o contrato fosse realizado de maneira verbal, por curto prazo, tais circunstâncias não afastam a natureza predominante da finalidade residencial destinada aos imóveis.

A disponibilização dos imóveis foi realizada, conforme delimitado pela origem, tanto por períodos curtos quanto por períodos superiores a 12 meses, sendo certo que se manteve presente em todas as formas a finalidade residencial –, tônica dos contratos de locação dos imóveis urbanos, previstos nos arts. 47 e seguintes do Código Civil –, prática que, segundo consta dos autos, permanece até os dias de hoje.

*Sendo assim, cabe agora analisar os limites da restrição ao direito de propriedade por norma que rege as relações condominiais.*

O direito de propriedade, como se sabe, tem assento constitucional, sendo previsto pela legislação infraconstitucional a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, nos termos do art. 1.228 do CC. O mesmo dispositivo, em seu § 1º, estabelece as restrições ao exercício do referido direito.

Neste sentido, cite-se:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O direito de propriedade deve atender, portanto, à sua função social, compreendendo, nesse aspecto, questões relativas ao *aproveitamento racional e adequado da coisa, à qualidade de vida das pessoas*, notadamente quando se trata do uso do bem em relação à coletividade, bem assim do desenvolvimento de atividades econômicas por meio de seu uso.

A função social, nesse contexto, sobressai como elemento integrante da própria estrutura do direito de propriedade. Vale dizer, não reduz a noção de limitação da propriedade por si só, mas, ao contrário, deve valorizar as formas de utilização da propriedade que reforçam as questões relativas à solidariedade econômica, política, social e o pleno desenvolvimento da personalidade.

Todas essas funções, portanto, integram a essência do próprio direito de propriedade e, nessa linha de inteligência, *devem ser sopesadas na análise da legalidade das limitações a serem impostas ao proprietário*.

Nessa linha de entendimento, parte-se da ideia central de que, pelo atual ordenamento jurídico, não há que se falar em incompatibilidade entre o exercício da função social e a exploração econômica do bem.

A tônica é, ao revés, a compatibilização de tais direitos.

Sobre o tema, o insuperável Carvalho Santos discorre que *“a propriedade, no seu conceito moderno, está sujeita a restrições não só impostas pela utilidade pública e interesses da coletividade, mas também a outras, motivadas por interesses particulares, oriundas da solidariedade social”*. E explica: *“é que o Direito, antes de tudo, é essencialmente social. Preponderando o interesse geral, ou, quando não, os princípios de solidariedade social.”*

Ainda, no ponto específico relativo aos direitos de vizinhança, segue o autor:

O direito de propriedade sofre, assim, *as restrições que as necessidades da vida social determinam, em obediência ao velho axioma jurídico de que a ninguém é lícito lesar os direitos alheios. Entre as quais cumpre destacar as necessidades oriundas dos direitos de vizinhança, podendo-se, portanto, que o direito de propriedade de cada um é limitado pela proibição de causar dano ao direito igual do proprietário vizinho.*

[...]

Por fim, conclui o autor pela necessidade da conjugação de perfeita harmonia entre o direito de propriedade e o direito da coletividade, quando afirma:

*Ninguém pode usar de sua propriedade de um modo nocivo, estatui o Código, e com isso não fere nem arranha o direito do proprietário. Porque, convém lembrar, assim exige o interesse geral. E o interesse geral, como já escreveu alguém, não é a soma dos interesses individuais; ao contrário, é o seu corolário. O interesse individual, em sociedade, consiste em limitar a sua ação à justa liberdade de ação alheia e de sacrificar o seu interesse ao interesse coletivo nos seus justos limites. É um fenômeno de equilíbrio (AZEVEDO MARQUES, O sossego público em face do Direito, na Revista dos Tribunais, vol. 83, pag. 11)*

[...]

O mau uso da propriedade se traduz precisamente no ultrapassar aqueles limites.

O que é preciso observar é que o conceito do mau uso é todo relativo, dependendo, como adverte SÁ PEREIRA, de várias circunstâncias.

Escreve a respeito o acatado professor: *‘O ruído ensurdecedor e uma ou muitas forjas, certo que me perturba o sossego e me prejudica a atividade do espírito; entretanto eu terei ou não direito de impedi-lo, conforme as circunstâncias.*

[...]

*O critério, portanto, do mau uso é contingente e não se pode precisá-lo sem ter em conta tôdas as circunstâncias que ocorrem em cada caso particular.*

[...]

*Pelo que precisará o juiz levar em conta a natureza do lugar, distinguindo cidade de cidade, bairro de bairro, sobretudo levando em conta a anterioridade da posse, para bem decidir em cada caso, porque se queixaria sem razão do incômodo aquele proprietário que construíse nas proximidades de estabelecimentos incômodos e perigosos, já estabelecidos e em zona própria (Cfr. GIORGI, Teorie delle Obligazioni, vol. 5, pag. 424)*

(SANTOS, João Miguel de Carvalho. Código Civil Brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático, vol. VIII-15, ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988, pp. 05/08).

Por seu turno, Caio Mário da Silva Pereira, em sua clássica obra Instituições de Direito Civil, aponta, quanto às restrições ao direito de propriedade, que “o ponto de partida é a **consideração de ser o domínio um direito real de conteúdo virtualmente limitado**. A sua plenitude, todavia, não se revela incompatível com as limitações que se lhe impõem, conforme assinalam os mais modernos (Barassi,

*Publiatti, Natoli), e que, assim no plano histórico, como no direito positivo, encontram a mais segura fundamentação”.*

Assim, ainda que o sistema limite a utilização da propriedade e que a discussão envolvendo as restrições sobre o direito de propriedade sejam tão frequentes nos dias de hoje - sobretudo em razão do incremento do direito da coletividade -, não se pode perder de vista que o direito de propriedade reveste-se de um *núcleo rígido*, reconhecido pela jurisprudência desta Corte em diversas oportunidades, que há de ser preservado.

Com efeito, a jurisprudência do STJ já consignou que o direito de propriedade deve atender a sua função social, não consistindo mais, como anteriormente, em um direito absoluto e ilimitado, pois a relação de domínio, agora, possui configuração complexa - em tensão com outros direitos igualmente consagrados no ordenamento jurídico (REsp n. 1.616.038/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016)

Nessa perspectiva, diante da questão específica relativa ao confronto entre os limites do direito de propriedade - representado pela possibilidade de exploração econômica dos imóveis - e do direito dos demais integrantes do condomínio edilício, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a solução deve partir da *análise do caráter da norma restritiva, passando pelos critérios de legalidade, razoabilidade, legitimidade e proporcionalidade da medida de restrição ante o direito de propriedade*.

Por certo, esta Corte Superior já teve a oportunidade de se manifestar em diversos casos envolvendo a restrição imposta por norma condominial, a exemplo da restrição da criação e guarda de animais (REsp n. 1.783.076/DF, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, REPDJe 19/08/2019, DJe 24/05/2019), da restrição envolvendo o uso de áreas comuns pelo proprietário inadimplente (REsp n. 1.699.022/SP, de minha relatoria, julgado em 28/5/2019, DJe 0/7/2019), entre outros.

Em ambos os casos, embora apoiados em situações fáticas diversas, *afastou-se a restrição imposta pela norma condominial* sob a alegação comum de desarrazoabilidade da restrição imposta devido ao legítimo exercício ao direito de propriedade.

De modo a analisar o caso em julgamento, não se propõe uma análise sobre a questão fática principal examinada nos julgados invocados, mas sim a tese jurídica que se pode transplantar para o deslinde dessa questão, qual seja,

o afastamento de dessarrazoada proibição de uso e gozo da propriedade por convenção de condomínio.

No referido e emblemático caso envolvendo a restrição da guarda de animais pela convenção do condomínio (*REsp n. 1.783.076*, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva), a limitação foi afastada pela Terceira Turma desta Corte, sob o argumento de que a *restrição genérica* na hipótese - dissociada de demais elementos que evidenciassem qualquer racionalidade da norma, ainda que diante de aprovação pela convenção - *não pode ser tolerada*.

Nesse sentido, leia-se:

*Recurso especial. Condomínio. Animais. Convenção. Regimento interno. Proibição. Flexibilização. Possibilidade.*

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

2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio.

3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei n. 4.591/1964.

4. *Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade.*

5. *Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.*

6. *Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.*

7. Recurso especial provido.

(REsp 1.783.076/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 14/05/2019, REPDJe 19/08/2019, DJe 24/05/2019)



No recente julgamento do *REsp n. 1.699.022/SP*, esta Quarta Turma também se manifestou no sentido de que, em se tratando de condomínio edilício, o legislador, atento à realidade das coisas e ciente de que a convivência nesse ambiente especial tem muitas peculiaridades, promoveu regramento

específico, limitando o direito de propriedade, visto que *a harmonia exige espírito de cooperação, solidariedade, mútuo respeito e tolerância, que deve nortear o comportamento dos condôminos.*

Não obstante, foi reconhecida a ilegalidade da vedação imposta pelo condomínio edilício ao condômino inadimplente de frequentar as áreas comuns, por se entender caracterizada situação *de abuso de direito na regra restritiva.*

Nesse sentido, confira-se ementa do julgado:

Direito Civil. Recurso especial. Condomínio. Regulamento interno. Proibição de uso de área comum, destinada ao lazer, por condômino inadimplente e seus familiares. Impossibilidade. Sanções pecuniárias taxativamente previstas no Código Civil.

1. No condomínio edilício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício destes mesmos direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência em coletividade

2. O Código Civil, ao estabelecer um regramento mínimo sobre o condomínio edilício (arts. 1.332 e 1.334), determinou que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores” (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto, para tal mister, os deveres destes.

3. Segundo a norma, é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais copossuidores” (CC, art. 1.335, II). Portanto, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, já que a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum.

4. *É ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais. Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e dos demais moradores.*

5. *O legislador, quando quis restringir ou condicionar o direito do condômino, em razão da ausência de pagamento, o fez expressamente (CC, art. 1.335). Ademais, por questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.*

6. O Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino inadimplente: a) ficará automaticamente sujeito aos juros moratórios

convencionados ou, não sendo previstos, ao de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito (§ 1º, art. 1.336); b) o direito de participação e voto nas decisões referentes aos interesses condominiais poderá ser restringido (art. 1.335, III); c) é possível incidir a sanção do art. 1.337, *caput*, do CC, sendo obrigado a pagar multa em até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração; d) poderá haver a perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009/90, art. 3º, IV).

#### 7. Recurso especial provido.

Assim, conforme consignado pela Quarta Turma, ao fixar residência em um condomínio edilício, é automática e implícita a adesão às suas normas internas, a que se submetem todos para a manutenção da higidez das relações de vizinhança:

*O condômino que for residir em prédio de apartamento ou for utilizar-se de um conjunto de comercial sabe, perfeitamente, que terá de obedecer à convenção de condomínio e ao regulamento interno do edifício.*

*Esses dois instrumentos determinam todas as regras para o bom funcionamento do prédio, contendo normas e proibições que possibilitem uma convivência harmônica entre os condôminos. É salutar que sejam respeitados os artigos da convenção, de forma preventiva, pois se, cada vez que houver uma transgressão aos preceitos ali estabelecidos, o condômino tiver de recorrer ao Judiciário, o convívio torna-se insuportável. Existem situações tão graves, principalmente no que tange às vagas de garagem, que os condôminos chegam às vias de fato, com agressões físicas. Morar em apartamento requer uma grande tolerância em relação aos vizinhos e importa uma limitação ao direito de propriedade. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179 e 180)*

O “microssistema condominial” - convenção de condomínio, regimento interno, regulamentos, entre outras regras internas - tem como objetivo precípua tanto definir as normas de regência para a organização e a administração do condomínio quanto nortear os condôminos em seus direitos e deveres (arts. 1.335 e 1.336), sempre levando em consideração que, “por se tratar de ato de autonomia da vontade, a convenção poderá abranger também outras estipulações, que servirão para preencher as lacunas da lei e para melhor adaptar as regras legais às necessidades peculiares do condomínio em concreto” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 687).

Dessarte, em relação aos *direitos dos condôminos*, assim prevê o art. 1.335 do CC:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;

I - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;

III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.

A seguir, o art. 19 da Lei n. 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias:

Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, *condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*

Neste ponto é que reside a controvérsia em exame: definir se, no âmbito da autonomia privada de vontade do condomínio edilício, pode a convenção prever a proibição da atividade de locação, por curto prazo, por plataforma virtual.

É bem de ver que, na forma como foi apresentada pela Corte de origem, a vedação teve como fundamento a finalidade comercial que teria sido conferida aos imóveis. A propósito, invocou o Tribunal local norma da convenção que prevê o caráter residencial exclusivo do edifício.

Vê-se, portanto, que o fundamento adotado para a restrição é genérico (“finalidade residencial” do imóvel), não havendo, ainda, qualquer restrição expressa quanto às atividades realizadas pelos recorrentes.

Por sua vez, embora também invocado pelo Tribunal, não constam dos autos as deliberações levadas a efeito na alegada Assembleia de Condomínio, que teria tratado das atividades relativas aos recorrentes, estando alheia tal questão, portanto, à discussão dos autos.

Não bastasse *a ausência de qualquer lei que limite tal comportamento dos requeridos (princípio da legalidade)*, há que se ressaltar que os recorrentes realizam as atividades de disponibilização de seus imóveis, na forma como apresentado, desde o ano de 2011, sem que tenha havido oposição, ao menos pelo que evidencia, de *insurgência dos demais condôminos em relação a tais atividades.*

Tampouco há prova alguma ou elemento indiciário de quebra ou vulneração de segurança quanto ao convívio no condomínio. Ao revés, há mesmo uma ideia de que a locação realizada por tal método (plataforma virtual) é até mais seguro - tanto para o locador quanto para a coletividade que com o locatário convive, porquanto fica o registro de toda a transação financeira e os dados pessoais deste e de todos os que vão permanecer no imóvel, inclusive com históricos de utilização do sistema.

As instâncias ordinárias, nesse passo, acabaram por conferir interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, a meu juízo, em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade dos recorrentes.

Nessa linha de intelecção, penso ser ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica,

Como é sabido, por uma questão de hermenêutica jurídica, as normas que limitam direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.

Confira-se:

Administrativo. Delegado de Polícia Federal aposentado. Inscrição na OAB. Impedimento do art. 30, I, da Lei 8.906/1994. Inaplicabilidade.

1. Controverte-se a respeito da decisão proferida pela OAB/Seção de Santa Catarina, que deferiu, com a restrição prevista no art. 30, I, da Lei 8.906/1994, o pedido de inscrição em seus quadros, formulado por Delegado de Polícia Federal aposentado.

2. A limitação ao exercício profissional possui o seguinte teor: "Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora".

3. A recorrente defende a tese de que o legislador não delimitou o termo "servidores" e que, ademais, a aposentadoria, por si só, não retira "do interessado sua condição de servidor público" (fl. 238, e-STJ). Por essa razão, a norma deve ser interpretada no sentido de que inclui tanto os ativos como os inativos.

4. A interpretação conferida, *data venia*, é destituída de juridicidade e de razoabilidade.

5. Em primeiro lugar, por questão de hermenêutica: as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, o que, aplicado ao caso concreto, recomenda que o impedimento parcial do exercício da advocacia incida apenas em relação aos servidores ativos.

6. Ademais, o dispositivo legal em análise visa a evitar conflito de ordem moral e ética que haveria se o servidor pudesse se valer das informações a que tem acesso, pela sua condição, e, simultaneamente, atuasse no sentido de promover suas atividades profissionais como órgão integrante do Poder Público e de, contraditoriamente, patrocinar causas contra o respectivo ente federativo.1471391

7. A extinção do vínculo estatutário, decorrente da aposentadoria, faz cessar esse conflito. Nesse sentido, reporto-me ao entendimento adotado à unanimidade pelo próprio Conselho Federal da OAB: Recurso n. 0140/2003/PCA-SC, Relator Conselheira Ana Maria Morais (GO), DJ 24.04.2003, p. 381, S1.

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.471.391/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

Na hipótese em análise, o uso regular da propriedade, em inseparável exame da função social a ser destinada ao caso, permite concluir pela possibilidade da exploração econômica dos imóveis pelos recorrentes – sempre também como fator de completude à função social da propriedade –, em estrita observância aos direitos dos demais condôminos. Ou seja, nos limites da lei, o condomínio poderá, se for o caso, adotar outras medidas adequadas para a manutenção da regularidade de seu funcionamento (por exemplo, cadastramento dos novos hóspedes na portaria), mas creio que não poderá impedir a atividade, uso e o gozo do proprietário, tal como pretendeu judicialmente.

9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido inicial deduzido na origem. Inverto os honorários advocatícios arbitrados na sentença.

É o voto.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Não tenho muito mais a acrescentar depois de tão substanciosos votos, mas, a meu ver, com a devida vênua do eminente Relator, realmente não se trata de uma destinação meramente residencial do imóvel; foge, portanto, ao permitido na convenção de condomínio, à qual estão vinculados todos os condôminos, inclusive os ora recorrentes.

Assim como o Ministro Raul Araújo, penso que, em se tratando de casas, o proprietário terá liberdade bem mais ampla para destinar o imóvel com propósitos apenas residenciais ou comerciais, terá flexibilidade em relação à

entrada e saída dos moradores e ao emprego do imóvel, do que acontece em condomínio, no qual os condôminos são vinculados aos termos da convenção e há questões como a segurança e também as atividades dos servidores do condomínio, que podem ser impactados com o modelo de negócios do Airbnb.

Portanto, com a devida vênua do eminente Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Raul Araújo.

### VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, parece-me que a controvérsia destes autos não extrapola os limites da mera avaliação jurídica sobre a suposta contraposição entre os poderes da convenção de condomínio e o exercício do direito de propriedade.

No caso concreto, conforme se extrai do acórdão recorrido, a agora recorrente *“reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um ‘hostel’ fosse”,* admitindo ainda *“fornecer serviço de lavanderia - lava-va as roupas em sua residência e entregava posteriormente -, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de ‘agregar valor’ a sua atividade”* (e-STJ, fl. 547).

Não se discute aqui, penso eu, a modalidade pela qual é feita a publicidade ou ainda a contratação do negócio desempenhado pela recorrente (na hipótese, por intermédio de um aplicativo), que pelas peculiaridades do caso concreto está sendo compreendido como atividade comercial, um “contato de hospedagem atípico” segundo a expressão gravada no voto do em. Ministro *Raul Araújo*.

De fato, a tese e a antítese sustentadas pelas partes litigantes tratam, exclusivamente, da qualificação dos serviços fornecidos pela recorrente, discussão que não sofre influência pela forma com que são oferecidos ou contratados, se por meio de aplicativo ou mesmo por qualquer outra modalidade (imobiliária, anúncio em jornais, panfletagem etc.).

Portanto, creio que haveria um equívoco se este julgamento fosse divulgado de modo a vincular seu resultado à atividade desempenhada pelas empresas de aplicativos, como é o caso do assistente admitido nestes autos, o “AirBNB”.

É dizer: na medida em que a controvérsia reside apenas na qualificação jurídica que recai sobre os serviços prestados pela recorrente, o resultado do

juízo não seria diverso se ela oferecesse seu imóvel por meio de anúncio em jornal escrito, no quadro de avisos do condomínio ou de qualquer outra forma.

Sob outra perspectiva, se acaso estivéssemos afirmando que os vínculos entre a recorrente e os usuários de seu apartamento deram-se sob a forma de locação residencial, mesmo que para temporada, o mero fato de haver sido formalizada por intermédio de um aplicativo não a transformaria em “atividade comercial”, proibida pela convenção do condomínio.

Se tratássemos aqui de uma locação para temporada pura, sem a oferta de qualquer serviço adicional, ainda que avençada por meio de um aplicativo, possivelmente não teria a mesma sorte este recurso, ao menos sob a minha compreensão, ressalvada a hipótese de expressa vedação na convenção condominial, o que não se noticia neste caso.

É por esse motivo que entendo não ser este o processo mais adequado para que dele se possa extrair uma abrangência maior e criar precedente específico sobre a questão envolvendo os aplicativos pelos quais os usuários oferecem seus imóveis para uso temporário (locação para temporada).

Isso porque existem diversas formas e modalidades para a disponibilização do bem a terceiros, podendo ser alugada apenas uma parte imóvel – como no caso sob exame – ou ainda o seu todo, com ou sem a oferta de serviços adicionais. É indiferente o meio pelo qual ele é divulgado ou a forma com que é feita a contratação, se por intermédio de um aplicativo, imobiliária, anúncio em jornal ou até mesmo contato pessoal.

Cada condomínio tem suas características e peculiaridades próprias. Aqueles situados em locais turísticos, próximos a universidades e hospitais, por exemplo, tendem a atrair investidores e proprietários cujo interesse predominante seja o de locar seus apartamentos para temporada (com ou sem a oferta de serviços). Por sua vez, um condomínio puramente residencial, e com determinadas características, pode demandar cuidados adicionais em relação à segurança e à privacidade de seus moradores, mitigando o interesse na disponibilização da unidade para uso de terceiros.

Por isso, creio que cabe à convenção de condomínio – estatuto que traduz a vontade da maioria absoluta dos coproprietários, e cujos termos aplicam-se a todos os moradores, indistintamente – disciplinar o uso das unidades condominiais, sem que daí resulte indevida restrição ao direito de propriedade.

Naturalmente, eventuais abusos ou exageros das normas da convenção poderão ser levados para o exame casuístico do Poder Judiciário.

Em tais circunstâncias, consigno e reafirmo meu entendimento pessoal de que a contratação realizada por meio de aplicativos em plataformas como o “AirBNB” não implica transformar, por si, a locação do imóvel em atividade comercial. São as características dos serviços prestados, aferidas caso a caso, que podem ensejar o reconhecimento da prestação de serviços de hospedagem, desqualificando a mera locação para temporada (prevista nos arts. 48, 49 e 50 da Lei do Inquilinato).

O caso sob julgamento, portanto, resume-se a definir a utilização conferida aos imóveis da recorrente, porque o uso comercial da unidade é proibido pelo estatuto condominial. E como muito bem demonstrado pelo voto divergente, a situação descrita nos autos caracteriza uma modalidade atípica de hospedagem, evidenciando o uso comercial.

Entendo que a convenção de condomínio tem poderes para disciplinar e vedar essa espécie de uso não residencial do imóvel.

Feitas essas considerações e rogando vênias a Vossa Excelência – sem embargo de cumprimentá-lo pelo primoroso voto –, subscrevo o voto do em. Ministro *Raul Araujo* para *negar provimento* ao recurso especial.

É como voto.

#### VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Raul Araújo: Relembro o caso.

O especial vem interposto por *Monica Dutczak* e *Gyan Celah dos Santos*, mãe e filho, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em *Ação de Obrigação de Não Fazer com Preceito Cominatório* proposta, em face dos ora recorrentes, pelo *Condomínio Edifício Coorigha*, no qual os réus são proprietários de dois apartamentos, *visando obstar o exercício da atividade de hospedagem remunerada de pessoas em suas unidades residenciais*.

O pedido foi julgado procedente para impor aos requeridos se absterem de “*exercer a atividade de alojamento e/ou hospedagem nas unidades 205 e 303, mediante locação de quartos e prestação de serviços, sem prejuízo da locação das mesmas unidades para fins residenciais e nos moldes da legislação pertinente*” (e-STJ, fl. 491).

A *sentença foi confirmada* pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Condomínio. Ação de obrigação de não fazer. **Abstenção de realizar atividade comercial de hospedagem no condomínio.** *A ausência de vinculação entre os inquilinos, a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas, a alta rotatividade de pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem.* No caso concreto, caracterizado o contrato de hospedagem, atividade comercial proibida pela convenção condominial, impõe-se a manutenção da sentença de procedência do pedido cominatório formulado pelo condomínio, ficando vedado aos réus exercerem o referido comércio. *Apelação desprovida.* (e-STJ, fl. 541)

Inconformados, Monica Dutczak e *Gyan Celah dos Santos* interpuseram recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 47 e 48 da Lei 8.245/91, 1.335, I, do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, bem como divergência jurisprudencial com acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alegam que, diversamente do consignado no acórdão recorrido, as circunstâncias apontadas não alteram a destinação residencial dos imóveis ou desnaturam a relação locatícia, configurando violação ao direito de propriedade a proibição que lhes foi imposta.

Afirmam, outrossim, que *“inexiste proibição expressa na convenção do condomínio para locações de dormitórios de um mesmo imóvel, tampouco para que sejam feitas locações por temporada, em períodos curtos, com alguma rotatividade maior de inquilinos”* (e-STJ, fl. 572) e que *“somente estaria configurado o uso comercial se os recorrentes ou seus inquilinos passassem a desenvolver atividade comercial, como um escritório ou similar e com atendimento de clientes externos de forma constante, o que definitivamente não é o caso”* (e-STJ, fl. 573), não havendo que se falar em contrato de hospedagem.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fl. 595).

Negou-se seguimento ao recurso especial no eg. Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ e pela ausência de confronto analítico entre os julgados invocados (fls. 597 a 616 e-STJ).

Os recorrentes apresentaram agravo em recurso especial (fls. 621 a 634), o qual não foi contra-arrazoado.

O relator do recurso, eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*, deu provimento ao agravo, viabilizando a apreciação do especial (fls. 645 a 646 e-STJ).

Posteriormente, com a petição de fls. 652 a 681, instruída com dois Pareceres doutrinários de fls. 683 a 728 e 731 a 812, além de outros documentos, a *Airbnb Ireland UC*, sociedade empresária irlandesa, solicitou admissão no feito.

Em seu cuidadoso voto, o relator *deferiu a participação da requerente*, como *assistente simples* dos recorrentes, nos termos do art. 119, parágrafo único, do CPC/2015. No mérito, *deu provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido inicial*, fundamentando seu judicioso voto, resumidamente, nas seguintes premissas:

a) impossibilidade de “*categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados de estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei*”;

b) o caráter meramente circunstancial dos serviços prestados pelos recorrentes, não se assemelhando ao plexo de serviços exigidos no contrato de hospedagem;

c) “*o aluguel de imóveis envolvendo contratos de curta temporada, ou referente a parte do imóvel (cômodos), em que não se evidencia o vínculo entre os ocupantes, ou mesmo associado a prestação de serviços eventuais, sempre existiu*”, inserindo-se nesse universo, como elemento novo, “*a potencialização do aluguel por curto, ou curtíssimo prazo, envolvendo a permanência, muitas vezes, de uma única diária, decorrente da transformação econômica proporcionada pelo uso da internet, por plataformas virtuais*”;

d) a atividade se insere no que hoje se denomina economia de compartilhamento, cuja relevância vem sendo reconhecida em razão dos impactos positivos na economia do país e na geração de novos empregos;

e) inexistência de norma específica ou de proibição expressa acerca da atividade, que, por suas características, “*não poderia ser regulada pela Lei 11.771/2008 (contrato de hospedagem) nem mesmo pela Lei 8.245/91 (Lei de locações)*”, não havendo como enquadrá-la “*em uma das rígidas formas contratuais existentes no ordenamento jurídico vigente*”;

f) no caso, “*em que os recorrentes se valem de cômodos de um mesmo imóvel e também de um segundo imóvel em sua totalidade, com o nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contraprestação pecuniária, ainda que por prazos de curta duração, as relações negociais mais se aproximam ao contrato de locação*”

*por temporada”, não havendo “nenhuma evidência da prática de atividade de comércio”;*

*g) “a disponibilização dos imóveis foi realizada, conforme delimitado pela origem, tanto por períodos curtos como por períodos superiores a 12 meses, mas certo é que presente se manteve em todas as formas a finalidade residencial – tônica dos contratos de locação dos imóveis urbanos, previstos nos artigos 47 e seguintes do Código Civil”;*

*h) “o fundamento adotado para a restrição é genérico (‘finalidade residencial’ do imóvel) não havendo, ainda, qualquer restrição expressa quanto às atividades realizadas pelos recorrentes”;*

*i) as instâncias ordinárias conferiram interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, “em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade”;*

*j) é “ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica”;* e

*k) “o uso regular da propriedade, em inseparável análise da função social a ser destinada no caso, permite concluir pela possibilidade da exploração econômica dos imóveis pelos recorrentes” e, nesse contexto, “o Condomínio poderá, se for o caso, adotar outras medidas adequadas para manutenção da regularidade de seu funcionamento (v.g. cadastramento dos novos hóspedes na portaria), mas (creio que) não poderá impedir a atividade, uso e gozo do proprietário, tal como pretendeu judicialmente”.*

Passo a apresentar o voto-vista.

Inicialmente, mostra-se de interesse para o exame do caso relembrar algumas conceituações acerca de *domicílio*, *residência*, *morada* e *hospedagem*, de modo a que se possa concluir se as contratações impugnadas pelo promovente, ora recorrido, nos moldes em que realizadas pelos recorrentes, segundo reconhecido pelas instâncias ordinárias, desvirtuam ou não a finalidade residencial prevista para o Condomínio.

O Código Civil de 2002, ao tratar do *domicílio* da pessoa natural, dispõe nos seguintes termos:

Art. 70. O *domicílio* da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural *tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

Art. 72. *É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*

Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Art. 73. Ter-se-á por domicílio da pessoa natural, *que não tenha residência habitual, o lugar onde for encontrada.*

Art. 74. Muda-se o domicílio, *transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar.*

Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.

Portanto, nos termos da legislação civil, os conceitos de *residência* e de *domicílio* se relacionam, estando, ambos, em maior ou menor grau, ligados às concepções de *permanência habitual* e de *definitividade anímica*, afastando-se das ideias de *eventualidade* ou *transitoriedade*.

Como explica, didaticamente, o ilustre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

O Código Civil brasileiro, assim como já o havia feito o de 1916, encontrando esta tríple caracterização doutrinária, propendeu na conceituação para a concepção suíça e formulou uma definição (o que, aliás, habitualmente não faz), dizendo, no art. 70, que *o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo. Conjugou, portanto, dois elementos: um material, outro psíquico, e, para o direito brasileiro, o conceito de domicílio resulta da apuração de duas ordens de ideias: uma externa, a residência, e outra interna, a intenção de permanecer.*

**Que é, então, residência? É o lugar de morada normal, o local em que a pessoa estabelece uma habitação.** Fazendo distinção que auxilia a compreender, Ruggiero instituiu uma gradação, morada, residência, domicílio. **Aproveitando em parte seu raciocínio, vemos na residência a morada de quem chega e fica; não é pousada eventual de quem se abriga em um lugar para partir de novo. O que aluga uma casa em uma zona de praia, para passar o verão, tem ali a morada, mas não tem residência. Esta pressupõe estabilidade, que pode ser maior ou menor. Estabilidade relativa.** Na técnica de Ruggiero, como na dos irmãos Mazeaud, a residência se coloca a meio caminho entre a morada e o domicílio, mas não podemos perfilhar-lhes a doutrina, porque pressupõe a vinculação jurídica abstrata entre a pessoa e o lugar do estabelecimento principal dos negócios. Também Cunha Gonçalves distingue, nesta gradação, a morada como a casa da presença real ou habitual; e domicílio a residência permanente.

A gradação é efetivamente de notar-se, não, porém, na conclusão final, de vez que, para o direito brasileiro, não é o fato material de ser permanente que faz da residência um domicílio, mas o fator psicológico, o ânimo definitivo. Aliás, o que é fundamental na distinção entre a escola francesa e a do Código brasileiro é que, para este, o domicílio assenta na ideia de residência, pois que é onde se situa a morada com ânimo definitivo. Para a escola francesa, residência e domicílio são ideias totalmente dissociadas: a residência é uma circunstância de fato, e o domicílio de direito; um indivíduo pode ter várias residências, mas possui, em princípio, um só domicílio; a residência, como habitação efetiva, perde-se desde que é deixada, enquanto o domicílio, como centro de atividades, pode subsistir, ainda que ali não resida nunca a pessoa.

*Assentado, então, o fato externo, residência, como a morada habitual, a morada estável e certa, para convertê-la em domicílio será necessário introduzir-lhe o elemento psíquico: intenção. É o propósito de permanecer. Não é qualquer residência que faz o domicílio, porém a residência definitiva.* O conceito de domicílio, para o direito brasileiro, seria de quase total insegurança, se dependesse da verificação do fator psíquico de uma apuração exclusivamente subjetiva, isto é, se a definitividade da residência ficasse na decorrência da manifestação anímica do indivíduo. *Admitindo-se que a importância da intenção está nas suas repercussões exteriores, o fato interno é de apuração objetiva, pois se verifica do conjunto de circunstâncias.* Mas não se ausentam da noção as duas ideias fundamentais: a sede principal da morada e dos negócios. O lar, o teto, a habitação do indivíduo e de sua família, o abrigo duradouro e estável – eis a residência; as relações sociais, e extensão das atividades profissionais, o desenvolvimento das faculdades de trabalho, a radicação no meio, a filiação às entidades locais, a aquisição de bens – eis algumas das circunstâncias que autorizam a concluir pela existência do ânimo definitivo de ficar. *E da conjugação destes fatores, morada habitual ou residência e o animus manendi, fez o legislador, repitamos, a noção de domicílio, compreendendo uma ideia simples e prática. É a aliança da residência e da intenção de tê-la como definitiva que autoriza a dizer que nem sempre a residência e o centro das atividades atuais compõem a ideia jurídica do domicílio: um estudante que passa um ano na Europa, recebendo bolsa de estudos, não tem ali seu domicílio, muito embora lá resida e faça o centro de suas atividades estudantis; um funcionário, enviado pelo serviço a que pertence, a uma outra localidade, para executar uma tarefa ainda que por largo tempo, tem uma residência, e dedica-se ao seu trabalho, mas nem por isso ali se domicilia. É que falta a intenção de permanecer, incompatível com a temporariedade da missão.* (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017; p. 309-310 - grifos acrescidos)

FLÁVIO TARTUCE, por sua vez, ressalta a distinção entre *residência e domicílio*, de um lado, e *habitação ou moradia*, de outro, acentuando o *caráter de transitoriedade* dos últimos em contraste com o *ânimo de permanência* exigível nos primeiros:

*A concepção do domicílio, dessa forma, relaciona-se com outros conceitos, como o de residência e de moradia.*

*O domicílio, em regra, é o local em que a pessoa se situa, permanecendo a maior parte do tempo com ânimo definitivo. Por regra, pelo que consta do art. 70 do CC o domicílio da pessoa natural é o local de sua residência. Eventualmente, de acordo com o art. 71 do Código Civil em vigor, a pessoa pode possuir dois ou mais locais de residência, onde, alternadamente, viva, considerando-se seu domicílio qualquer um desses locais (pluralidade domiciliar).*

[...]

***O conceito de habitação ou moradia é distinto dos de domicílio e de residência. Na moradia, há uma mera situação de fato, tratando-se do local onde a pessoa é encontrada ocasionalmente, não havendo ânimo de permanência.*** Desse modo, nos termos do art. 73 do CC, ter-se-á como domicílio da pessoa natural que não tenha residência habitual o lugar onde for encontrada. O comando tem incidência para nômades, peregrinos, ciganos e circenses.<sup>1</sup>

(in Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; MÉTODO, 2021).

Como se vê, os conceitos de domicílio e residência (CC/2002, arts. 70 a 78), centrados na ideia de permanência e habitualidade, não se coadunam com as características de transitoriedade, eventualidade e temporariedade efêmera, presentes na hospedagem, particularmente naqueles moldes anunciados por meio de plataformas digitais de hospedagem.

Nas palavras de SÍLVIO VENOSA, a hospedagem destina-se à *habitação temporária* (Lei do Inquilinato Comentada / doutrina e prática: Sílvio de Salvo Venosa. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2020 - p. 33), o que, portanto, se afasta do conceito de residência previsto na lei civil.

Não se desconhece, por certo, a possibilidade, sempre aventada pela doutrina, de que a hospedagem possa realizar-se, também, de forma mais permanente, a ponto de poder constituir, eventualmente, residência ou domicílio do hóspede, conforme muito bem lembrado pelo grande jurista PONTES DE MIRANDA:

*A hospedaria pode ser a residência ou o domicílio do hóspede. O hóspede de passagem, que permanece alguns dias no hotel como poderia ter preferido outro, ou que nêle está porque não encontrou outro, não reside nêle. Mora, não reside. (Tomo I, § 73, 2.; cf. §§ 71, 72 e 73, 1). A morada é fáctica; a residência é ato-fato jurídico (Tomo II, § 159, in fine). A constituição de domicílio é ato jurídico stricto sensu. São fatos, êsses, dignos de tôda a atenção. O que só se pode passar no domicílio, e não*

na residência, ou na morada, somente se tem por válido ou eficaz se no domicílio foi feito. [...]

*Pode-se somente morar, pode-se residir e pode-se ter domicílio no hotel, ou na estalagem, ou no albergue, ou na casa de pensão, ou no pouso. (Direito das obrigações: contrato de seguro (continuação), seguro... /Pontes de Miranda; atualizado por Bruno Miragem. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. - (coleção Tratado de Direito Privado: parte especial; 46 – p. 379)*

Não é essa, contudo, a hipótese debatida nos autos.

Com efeito, o que se discute no caso é justamente o caráter efêmero e transitório das hospedagens realizadas pelos recorrentes, sendo certo que a queixa do Condomínio refere-se expressamente à “*alta rotatividade de pessoas*”, conforme expressamente referido pelo v. acórdão recorrido:

*O condomínio, queixando-se da alta rotatividade de pessoas e da existência de anúncios na internet divulgando serviço de hospedagem em unidade condominial, aduz a ilegalidade da atividade exercida pela ré.*

[...]

*Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada **Mônica** reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um “hostel” fosse.*

[...]

*Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio. (e-STJ, fls. 547/548)*

A solução da controvérsia prende-se, portanto, ao exame atento das circunstâncias do caso concreto, nos termos em que delimitados pelas instâncias ordinárias.

Na r. sentença de fls. 481/492, os fatos da causa foram definidos nos seguintes termos:

*Condomínio do Edifício Cooriga, já qualificado, ajuizou a presente ação de obrigação de fazer em desfavor de Mônica Dutczak e Gyan Celah dos Santos, alegando, em síntese, que os réus são titulares das unidades 303 e 205, respectivamente, sendo que há mais de um ano passaram a hospedar pessoas, inclusive de outros países, as quais era dada a chave do portão. Relata que, ao serem abordados, os hóspedes informaram a existência de anúncio na “internet divulgando serviço de hospedagem mediante pagamento de diárias. Sustenta que a atitude dos réus infringe o art. 4º da Convenção, que determina o caráter residencial do*

edifício. Aponta que Assembléia Geral Extraordinária concluiu por não permitir que as unidades privativas funcionem como hospedaria.

[...]

A ré Mônica, por sua vez, ofertou contestação alegando *não ter infringido as normas condominiais, especialmente o art. 26, "n", da Convenção*, na medida em que procedeu na identificação dos ocupantes de sua unidade. *Informa que loca o apartamento 303 a quatro pessoas, não sendo o número de ocupantes excessivo e não havendo desvio do uso da unidade, porquanto destina-se à residência dessas pessoas. Entende inexistir ilicitude na conduta, uma vez que a Convenção não explicita a proibição da locação de parte do imóvel. Informa que há no Condomínio autor outras locações, inclusive por temporada para estudantes.* Requer a improcedência do feito. Acosta documentos.

[...]

*Restou incontroverso nos autos que a parte ré disponibiliza a terceiros a utilização de suas unidades **para residência destes**, mediante pagamento, **acomodando em cada uma delas aproximadamente quatro pessoas sem vínculo entre si**. Sustenta o demandante que tal atitude configura serviço de hospedagem, o que contraria a Convenção Condominial, dada a alteração da destinação residencial do edifício para comercial. Por outro lado, defende a parte demandada a disponibilização do bem para locação, ainda que em partes, como exercício de seu direito de propriedade.*

*A solução da questão, portanto, passa pelo exame da natureza da relação jurídica entabulada pela parte ré com estes terceiros, a qual é explicitada no depoimento pessoal da demandada Mônica (fls. 124/134).*

J: (...). A senhora pode nos esclarecer esse problema em relação ao condomínio, a senhora e seu filho Gyan? D: Eu quero ser o mais sucinta possível, eu quero explicar, assim, o que foi que me levou a começar a alugar os dormitórios? Eu comprei um imóvel, esse que comprei no nome do meu filho que não está aqui, mas é meu, só comprei no nome do meu filho por causa do financiamento, porque ele não tem escada, e a minha mãe tem problema de quadril e eu também, e eu comprei por esta razão, fiz financiamento, fiz empréstimo, é um apartamento muito antigo, (...), e aí então ele começou a fazer a obra e ia terminar, comprei acho que em final de outubro e ele ia terminar em dezembro. E aí eu ia alugar, ou ia morar e alugar o outro, enfim, eu ia ter como pagar as minhas dívidas. E só que o condomínio começou a impedir o andamento da obra e eu acabei tendo que pagar o material que eu comprei no Visa, as coisas que eu comprei pro Paulinho, pra pagar a mão de obra dele, o condomínio desse novo apartamento, o IPTU desse novo apartamento, e o financiamento. Aí me vi apertada, até que um, porteiro, o seu Neto, que já não trabalha mais lá, me disse 'tem um casal procurando um apartamento, e aí eu disse, 'o apartamento não está pronto, e ele disse 'mostra, não custa'. Aí eu procurei

o rapaz e ele me *explicou que morava com a namorada e morava ali no condomínio mesmo, é que ele estava procurando um quarto pra ele que a ex-namorada ia morar com o atual namorado da época e que ele precisava de um quarto porque a proprietária estava pedindo o apartamento, (...)*. E a gente virou muito amigo, ele viu a minha luta, inclusive quando ele viajou, não lembro mais pra onde ele foi, se pra Itália ou pra França, ele disse 'tu não te esquece de botar o azulejo assim, e viu a minha luta, e *tinha uma amiga da ex-namorada dele que também estava procurando um lugar pra alugar e ela acabou vindo pra lá, e disse assim pra mim: 'Porque tu não aluga, não anuncia na PUC, porque ela trabalhava na PUC, e aí veio o primeiro francês e viram a minha luta desenfreada pra tentar pagar aquele monte de dívida que estava acontecendo e eles 'porque tu não anuncia na PUC, aí eles mesmo fizeram a instalação da Internet, até a senha foi a guria que fez lá, e o tal francês esse primeiro que veio disse pra mim 'liga para um hostel, e pediu para falar com alguém que falasse francês, e eles me deram a ideia de dividir a sala, que era bem ampla, com uma divisória de escritório, até porque eu ria, queria muito fazer isso, era uma coisa provisória pra tentar saldar dívida (...)'*" (fls. 124/126).

7: Quantas pessoas alugam? D: São cinco quartos, cinco pessoas, num deles moro eu.

J: Cinco pessoas por apartamento? D: Isto.

J: O apartamento originalmente é de quantos quartos? D: Três. A sala foi dividida em dois.

J: Desde quando a senhora aluga assim? D: Desde que eu comprei o outro apartamento que eu acho que foi em dois mil e onze, acho que está fazendo três ou quatro anos agora.

J: Isso trouxe algum transtorno para o condomínio? D: Bom, várias coisas foram alegadas, primeiro foi porque assim, vou explicar. Eu tenho três filhos e meu ninho ficou vazio. Isso ficou complicado, mas aí Deus encheu a minha casa e eu sou muito feliz com isso. *E para agradar eu comecei a lavar roupa, eles mesmos me disseram, isso agrega valor, e eu falei pra uma vizinha que estava lavando roupa e tal, (...)'* (fls. 128/129).

J: (...) PA: A depoente referiu o apartamento 205 e 307? D: 303.

PA: O 307 ela também está locando atualmente? D: Bom, na verdade eu estou no trezentos e sete agora, e o trezentos e sete não é assunto aqui, pelo que entendi eu estou sendo processada pelo 303 e o 205, é isso?

J: A senhora está locando o 307 também? D: Não, eu estou morando nele.

PA: **Qual a rotatividade das pessoas nesse quarto, é uma vez por mês, é uma vez a cada seis meses?** D: Eles copiaram e está escrito na ata de

assembleia, **eu tenho um anúncio no site, e é exigido um mínimo de doze meses, e eu tenho contrato de doze meses, e isso não impede uma pessoa por algum motivo resolver ir morar com outra e sair, aí é uma coisa que foge da minha alçada. Se tu alugar um apartamento pra uma pessoa por trinta meses e a pessoa sair, ela saiu, isso não impede.**

J: Mas isso gera rotatividade de inquilino para a senhora? D: Quando saem assim, que saem juntos?

J: Não, tem gerado rotatividade de inquilinos, se mantém? D: Por eu ter contrato, lá no anúncio a pessoa diz assim, dá pra ser período menor, **dependendo da situação eu posso vir a alugar por menos de doze meses** (..)" (fls. 130/131).

"PA: Na época da copa então todas as pessoas que estiveram lá, se tiveram pessoas na época da copa lá? D: Claro que teve.

PA: E ficaram quanto tempo essas pessoas? D: O tempo da copa. **É uma coisa isolada.**" (fl. 133).

Como visto acima, a ré Mônica, inicialmente, pretendia locar um dos dois imóveis, como fonte de renda. No entanto, em razão de atrasos nas obras de reforma - os quais a demandada imputa a responsabilidade do condomínio demandante, em represália às denúncias por ela efetuadas contra a administração à época - viu-se endividada, enxergando na disponibilização onerosa de parte do imóvel, isto é, dos dormitórios, a solução imediata para seus problemas financeiros.

Em razão disso, através de um ocupante e mediante contato com um "hostel", obteve auxílio no sentido de reestruturar o bem, com a divisão de um dos cômodos e sua transformação em mais dois dormitórios, além da instalação de internet. Outrossim, passou a ofertar a lavagem de roupas, que, em suas palavras, "agrega valor" (fl. 128).

No decorrer dos anos, isto é, a partir de 2011 até 2015 (época em que tomado seu depoimento pessoal), a demandada passou a disponibilizar nos mesmos moldes as unidades 205 e 303, transferindo sua residência para o apartamento 307, o que evidencia a ampliação da atividade com conotação continuada e permanente e, indiretamente, a melhora na situação financeira inicialmente descrita. No tópico, considerando a confissão da requerida Mônica, no sentido de que não mais reside na unidade 205, cai por terra o argumento em que se funda a defesa do réu Gyan.

Com efeito, o contrato de locação é contrato típico, regido pelas disposições contidas na Lei 8.245/91. Muito embora não conste nos autos minuta do contrato ofertado pela ré Mônica a terceiros - ou mesmo o anúncio por ela divulgado na "Internet" - seu depoimento pessoal, no ponto, revela algumas características, quais sejam: **prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes; e o oferecimento de serviço de lavanderia e "Internet"**.

Não obstante os argumentos trazidos na defesa, tenho que **o negócio jurídico proposto pela requerida Mônica a terceiros não se amolda à locação residencial** (art. 47 da Lei de Locações) **ou mesmo à locação por temporada** (art. 48 e ss, do mesmo diploma legal retro mencionado). A um, **porque esta última estabelece prazo máximo de 90 dias**; a dois, **porque o oferecimento de serviços não está incluído no rol de direitos e deveres de locador e locatário** (arts. 22 a 26 da Lei 8.245/91).

Nesse passo, respeitado posicionamento em contrário, *entendo que a relação jurídica analisada é atípica, assemelhando-se ao contrato de hospedagem [...].*

[...]

Assim, assiste razão à parte autora quanto à *descaracterização da finalidade exclusivamente residencial das unidades condominiais, porquanto o negócio proposto pela ré Mônica assemelha-se à atividade de hospedagem, a qual reflete, inclusive, na seara administrativa e tributária, podendo ser caracterizada como comercial.*

Importante, aqui, esclarecer que *não há óbice à locação dos imóveis de propriedade da ré, dado o exercício do direito de propriedade. O que não pode ser admitido, em face da expressa disposição da Convenção Condominial (art. 4º - fl. 14), é a alteração do contrato típico em comento, a qual restou evidenciada pela prova coligida aos autos. Dito de outro modo, a abstenção que ora se reconhece não atinge o direito de disposição do patrimônio da parte ré à locação disciplinada pela Lei 8.245/91, dentro dos parâmetros ali estabelecidos.* (e-STJ, fls. 481/489; grifou-se).

O Tribunal de origem, por sua vez, confirmando integralmente a r. decisão de primeiro grau, decidiu nos seguintes termos:

*A caracterização de relação capaz de configurar contrato de hospedagem afasta a aplicabilidade da Lei de Locação (Lei Federal n. 8.245/91).*

No caso, o cerne do litígio consiste em *definir se a parte-ré conferiu destinação comercial a imóvel residencial, em afronta à convenção do condomínio.*

**O condomínio, queixando-se da alta rotatividade de pessoas e da existência de anúncios na internet divulgando serviço de hospedagem em unidade condominial, aduz a ilegalidade da atividade exercida pela ré.**

*A parte-ré, por sua vez, defende não ter dado destinação comercial ao imóvel, tratando-se apenas de contratos de locação por temporada, o que não implica qualquer afronta às normas do condomínio demandante.*

Não assiste razão à parte-ré, ora apelante.

*Embora peculiar a situação narrada nos autos, o importante para a solução da lide é que a própria demandada **Mônica** reconhece ter utilizado as unidades condominiais de que é proprietária como se um "hostel" fosse.*

Ademais, *admitiu fornecer serviço de lavanderia - lavava as roupas em sua residência e entregava posteriormente -, sendo que também efetivou modificações estruturais no apartamento (fl. 61 e 64) para poder alojar um número maior de pessoas, além de disponibilizar serviço de conexão à internet como forma de "agregar valor" a sua atividade.*

Note-se que *não há vinculação entre os "clientes" dos réus.*

Ora, *a ausência de vinculação entre os "clientes", a reforma do apartamento no sentido criar novos quartos e acomodar mais pessoas e o fornecimento de serviços é suficiente para caracterizar contrato de hospedagem, afastando a incidência de contrato de locação.*

*Não bastasse, a alta rotatividade de pessoas também é indício da alegada hospedagem, o que não é permitido pela convenção do condomínio.*

Aliás, ainda que não haja qualquer ilícito em lucrar com a unidade condominial - vide a possibilidade da celebração de contrato de locação - o fato de a demandada ter conseguido adquirir em curto espaço de tempo mais um apartamento, o qual também foi destinado à mesma atividade, *apenas reforça a tese de que a ré estaria realizando uma exploração comercial.*

*Relevante também o fato de que a questão foi abordada anteriormente em assembléias do condomínio (fls. 10-12 e 68), nas quais resta evidenciada a discordância dos demais condôminos com a espécie de negócio realizada pela demandada nas unidades condominiais de que é proprietária.*

E, *no cotejo entre os interesses individuais da parte-ré e o dos condôminos, deve prevalecer o interesse da coletividade, sobretudo no caso, em que, restou evidenciado desconforto com a situação narrada nos autos.*

Ademais, *inviável a destinação comercial de imóvel, cuja natureza deve ser apenas residencial, nos termos da convenção (art. 4º - fl. 14).*

Note-se que não se está negando à demandada a livre disposição de suas unidades, art. 1.335 do CC e art. 19 da Lei Federal 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Porém, não há como ignorar que *a disponibilização temporária e onerosa das unidades para terceiros, da forma como vinha sendo feita pela demandante - com o fornecimento de serviços e alta rotatividade de pessoas - é capaz de configurar a existência de contrato atípico de hospedagem, e não um contrato de locação, ainda que por temporada.*

*Tal circunstância, repita-se, implica afronta à norma do condomínio quanto à destinação exclusivamente residencial das unidades.*

*Não bastasse, a parte-demandada sequer traz aos autos os alegados contratos de locação por temporada que estaria realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva.*

Saliento ainda que o Juiz de Direito prolator da sentença teve o cuidado de julgar procedente o pedido com a ressalva de que *é plenamente possível à ré efetivar a locação de suas unidades, desde que observado o fim estritamente residencial*, isto é, sem a configuração de atividade comercial.

No mais, a *prova documental e testemunhal produzida nesta ação de obrigação de fazer foi diligentemente examinada pelo Juiz de Direito, Dr. Fernando Antonio Jardim Porto, na sentença, cujos fundamentos merecem ser transcritos como razão de decidir*, evitando desnecessária tautologia:

(...)

Com efeito, o contrato de locação é contrato típico, regido pelas disposições contidas na Lei 8.245/91. *Muito embora não conste nos autos minuta do contrato ofertado pela ré Mônica a terceiros - ou mesmo o anúncio por ela divulgado na "Internet" - seu depoimento pessoal, no ponto, revela algumas características, quais sejam: **prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes; e o oferecimento de serviço de lavanderia e "Internet"**.*

Não obstante os argumentos trazidos na defesa, tenho que **o negócio jurídico proposto pela requerida Mônica a terceiros não se amolda à locação residencial** (art. 47 da Lei de Locações) **ou mesmo à locação por temporada** (art. 48 e ss, do mesmo diploma legal retro mencionado). *A um, porque esta última estabelece prazo máximo de 90 dias; a dois, porque o oferecimento de serviços não está incluído no rol de direitos e deveres de locador e locatário* (arts. 22 a 26 da Lei 8.245/91). (e-STJ, fls. 547/554)

Conforme se constata do panorama fático descrito pelas instâncias ordinárias e acima reproduzido em grande parte, o Condomínio autor, ora recorrido, não se volta propriamente contra a possibilidade de os réus realizarem contratação de aluguel de longa ou regular duração com terceiros. O Condomínio se diz prejudicado é pela específica prática dos ora recorrentes de disponibilizarem a terceiros hospedagem remunerada e de curta duração, de franca rotatividade, perturbando a rotina de um condomínio edilício residencial e trazendo insegurança àquela coletividade.

A inicial confirma a configuração acima. Veja-se:

Os requeridos são condôminos titulares respectivamente da *unidade 303 e 205 do Condomínio autor, sendo que há cerca de um ano, a conduta dos mesmos entrou em rota de colisão com os interesses da coletividade dos demais proprietários. Observaram os moradores e constatou o serviço de portaria do condomínio que nas unidades em questão era frequente a rotatividade de pessoas que se diziam estar lá hospedadas, inclusive, algumas delas de outros países. Logo, tais hospedes, com*

*chave da portão de ingresso do condomínio, passaram a adentrar nos horários mais diversos, alguns inclusive na madrugada, o que causou apreensão principalmente em relação a segurança.*

Assim o serviço de portaria do condomínio, sentiu-se no dever de solicitar mais algumas informações a estes *hospedes, que esclareceram, alguns estar de passagem pela cidade, outros, que estavam de transferência para cá, todos referindo que atendendo anúncios da internet, localizaram o serviço de hospedagem oferecidos pelos requeridos, pelo qual pagavam diárias ou valores por semana para lá residirem. Registre-se que em mais de uma oportunidade, hospedes da Sra. Monica, inicialmente desconhecidos, tentaram adentrar no condomínio, sequer identificando-se na portaria.*

A princípio informalmente, a Sra. Monica, genitora do segundo requerido, e quem administra a ocupação das referidas unidades, *negou a atividade comercial, ora afirmando que tratavam-se de amigos de seu filho, ora tratar-se de intercambio estudantil, inclusive sentindo-se supostamente ofendida, por alguns de seus convidados estarem sendo identificados quando do ingresso no condomínio.* Como, cada unidade tem a capacidade de residir quatro a cinco pessoas, tendo inclusive o apartamento 205 sido recentemente remodelado para acomodar mais pessoas, com o passar do tempo e a rotatividade de "amigos" ficou insustentável para Sra. Monica, manter a alegação de que não estava mantendo no local uma atividade comercial de hospedaria. Então devidamente orientada (cópia em anexo) passou a afirmar que apenas alugava quartos para complementar a sua renda e que tal atividade não constituía ilegalidade, pois outros condôminos alugavam apartamentos, e também ela estava exercendo o seu direito a propriedade.

Assim a Sr. Monica quis *passar por idênticas situações inteiramente distintas, qual seja a locação de apartamentos e serviço de hospedaria. A palavra hospedagem é derivada de hospedar, do latim hospitari, que significa residir temporariamente. (...)* Já o contrato de locações residenciais tem prazo maior (normalmente 30 meses) e via de regra formalizado por contrato expresso acompanhado de documentos e assegurado por garantias, onde cede-se o uso e gozo do imóvel, sendo que não poderá se reaver o bem neste período sendo tudo é regido por lei especial (Lei 8.245/91).

Mais do que a distinção formal de ambas as situações *os demais moradores do Condomínio Coorigha, passaram a sentir os prejuízos advindos dos serviços prestados pelos réus a terceiros, mormente no tocante a segurança.* É inquestionável que a vida dos condôminos, no que diz a segurança e paz de espírito, está sendo afetada com as constantes perturbações causadas pela utilização dada pelos condôminos requeridos à sua propriedade, *que impede os demais condôminos de desfrutarem da tranquilidade dentro da área condominial. Sentir-se lesado quando a cada curto período, existam novos os transeuntes nos corredores de acesso ao seu lar, nos dias de hoje com a insegurança que graça, longe de xenofobia, é prudência.* (v. fls. 2 a 3 stj; grifou-se).

Assim, nos termos do apurado pelas instâncias ordinárias, tem-se que os recorrentes, proprietários de duas unidades imobiliárias no condomínio edilício autor, *estariam promovendo, de modo informal e simplificado, a locação parcial desses dois apartamentos, alugando separadamente, por curtas temporadas, quartos ali existentes para diferentes pessoas sem vínculo entre si, em geral jovens em busca de hospedagem*. Alegam os promovidos, sem apresentar os contratos, celebrarem com aqueles terceiros *locação por temporada, com “prazo determinado, inicialmente de doze meses, o qual pode ser diminuído por acordo entre as partes”*, incluindo, em alguns casos, *“o oferecimento de serviço de lavanderia e ‘Internet’* (conf. sentença: e-STJ fl. 487, e acórdão, fl. 553).

No contexto, portanto, a hipótese dos autos se *equipara à nova modalidade de hospedagem, surgida nos dias atuais marcados pelos influxos da avançada tecnologia e pelas facilidades de comunicação e acesso proporcionadas pela rede mundial da internet, e que se vem tornando bastante popular, de um lado, como forma de incremento ou complementação de renda de senhores, e, de outro lado, de obtenção, por viajantes e outros interessados, de acolhida e abrigo de reduzido custo*.

Trata-se de *modalidade singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de estrutura típica residencial familiar, exercida sem inerente profissionalismo por aquele que atua na produção desse serviço para os interessados, sendo a atividade comumente anunciada por meio de plataformas digitais variadas, tais como Airbnb, Alugue Temporada (Home Away), Vrbo, Booking e outros. As ofertas são feitas por proprietários ou possuidores de imóveis de padrão residencial, dotados de espaços ociosos, aptos ou adaptados para acomodar, com certa privacidade e limitado conforto, o interessado, atendendo, geralmente, à demanda de pessoas menos exigentes, como jovens estudantes ou viajantes, estes por motivação turística ou laboral, atraídos pelos baixos preços cobrados*.

Essa peculiar recente *forma de hospedagem* não encontra, ainda, clara definição doutrinária ou mesmo legislação reguladora no Brasil, e, registre-se, *não se confunde* com aquelas espécies tradicionais de locação, nem mesmo com aquela menos antiga, genericamente denominada de *aluguel por temporada*.

Tampouco a nova modalidade de hospedagem se enquadra dentre os usuais tipos de hospedagem ofertados, de modo formal e profissionalizado, por hotéis, pousadas, hospedarias, motéis e outros estabelecimentos da *rede tradicional provisora de alojamento, conforto e variados serviços à clientela, regida pela Lei 11.771/2008*.

Atentas a tais aspectos, frise-se, as instâncias ordinárias afastaram expressamente a hipótese de *locação por temporada*, sob o fundamento de que “*esta última ‘estabelece prazo máximo de 90 dias’*” (e-STJ, fl. 554 - acórdão), o que não teria sido verificado no caso concreto.

Ao contrário, nos termos do assinalado pelo eg. Tribunal de Justiça, ao referirem a prazo superior ao máximo admitido na lei para o aluguel por temporada, os ora recorrentes não teriam apresentado “*os alegados contratos de locação por temporada que estariam realizando com terceiros, prova de fácil produção e que poderia eventualmente levar ao acolhimento da tese defensiva*” (e-STJ, fl. 549).

Portanto, nos termos do consignado no v. acórdão recorrido, não obstante tenham os réus invocado, em sua defesa, a tese de que os contratos realizados seriam por temporada, deixaram de produzir a respectiva prova. E não o fizeram porque, certamente, as contratações que celebram são variadas e realizadas de modo informal, ajustadas às necessidades de hospedagem de cada contratante, especialmente quanto ao curto tempo de duração da estadia.

De fato, os réus, ora recorrentes, afirmam no recurso especial que “*alugam dormitórios para estudantes em um dos imóveis (locações continuadas pelo prazo de doze meses) e, no outro, locam o apartamento através de plataformas virtuais de aluguel de imóveis, como o Airbnb (locações por temporada)*” (e-STJ, fl. 567).

Ocorre que a divergência entre os litigantes não está em que os ora recorrentes possam alugar regularmente seus apartamentos por período de tempo mais duradouro a determinados inquilinos, mas sim na prática frequente e continuada de, mediante remuneração, admitirem e acolherem terceiros, estranhos entre si, em cômodos existentes nos apartamentos, por curtos períodos de tempo, com considerável rotatividade de ocupantes, ameaçando potencialmente a segurança das moradias situadas no edifício residencial.

Sobre a locação por temporada, estabelece o art. 48 da Lei de Locações, Lei 8.245/91:

Art. 48. *Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.*

Parágrafo único. No caso de a locação envolver imóvel mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios que o guarnecem, bem como o estado em que se encontram.

Como se vê, diferentemente do caso sob exame, a locação por temporada não prevê aluguel informal e fracionado, de quartos existentes num imóvel, para hospedagem de distintas pessoas sem vínculo entre si, mas sim a locação plena e formalizada de imóvel adequado a servir de residência temporária para determinado locatário e, por óbvio, seus familiares ou amigos, por prazo não superior a noventa dias.

Acerca dos contratos de locação por temporada, ensina o ilustrado Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

*Como existe um prazo determinado para essa modalidade de locação, noventa dias, há necessidade de contrato escrito. A locação verbal não pode reger esta situação, já que fica subordinada ao art. 47. [...] Na prática, porém, como se trata de locação excepcional e a prazo certo, se toma incompatível com o contrato verbal. Deve ao menos existir prova escrita de que se trata de locação por temporada.*

*(in Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei 8.245, de 18-10-1991 / Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 232/234).*

Assim, mostra-se correto o entendimento das instâncias ordinárias de que os negócios jurídicos realizados pelos recorrentes não se enquadram nas hipóteses de locação previstas na Lei 8.245/91, configurando, na prática, *contrato atípico de hospedagem*.

*Contrato atípico de hospedagem* porque também inexistente, nas peculiares circunstâncias em que se dá a prestação do serviço, qualquer estrutura ou profissionalismo suficiente, exigidos na legislação pertinente, para a caracterização da atividade como empresarial e, assim, atrair a incidência da Lei 11.771/2008, referente ao turismo e à atividade de hospedagem típica.

Mas adiante, se examinará se a circunstância, corretamente reconhecida pelas instâncias ordinárias, caracteriza destinação contrária à Lei ou à convenção condominial, que prevê destinação residencial para os apartamentos.

Com efeito, a própria Lei do Inquilinato, Lei 8.245/91, ao delimitar seu campo de aplicação, exclui expressamente de seu alcance algumas espécies de locação, nos seguintes termos:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;

2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;

3. de espaços destinados à publicidade;

4. em *apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que **prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;***

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades.

Por sua vez, a Lei 11.771/2008, ao dispor sobre a Política Nacional do Turismo e outras disposições correlatas, refere ao turismo e à atividade de hospedagem, nos seguintes termos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se *turismo as atividades realizadas por pessoas físicas durante viagens e estadas em lugares diferentes do seu entorno habitual, por um período inferior a 1 (um) ano, com finalidade de lazer, negócios ou outras.*

Parágrafo único. As viagens e estadas de que trata o caput deste artigo *devem gerar movimentação econômica, trabalho, emprego, renda e receitas públicas, constituindo-se instrumento de desenvolvimento econômico e social, promoção e diversidade cultural e preservação da biodiversidade.*

Art. 21. *Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo:*

I - meios de hospedagem;

II - agências de turismo;

III - transportadoras turísticas;

IV - organizadoras de eventos;

V - parques temáticos; e

VI - acampamentos turísticos.

Parágrafo único. Poderão ser cadastradas no Ministério do Turismo, atendidas as condições próprias, as sociedades empresárias que prestem os seguintes serviços:

Art. 22. *Os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.*

§ 1º As filiais são igualmente sujeitas ao cadastro no Ministério do Turismo, exceto no caso de estande de serviço de agências de turismo instalado em local destinado a abrigar evento de caráter temporário e cujo funcionamento se restrinja ao período de sua realização.

§ 2º O Ministério do Turismo expedirá certificado para cada cadastro deferido, inclusive de filiais, correspondente ao objeto das atividades turísticas a serem exercidas.

§ 3º *Somente poderão prestar serviços de turismo a terceiros, ou intermediá-los, os prestadores de serviços turísticos referidos neste artigo quando devidamente cadastrados no Ministério do Turismo.*

§ 4º O cadastro terá validade de 2 (dois) anos, contados da data de emissão do certificado.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica aos serviços de transporte aéreo.

Art. 23. *Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.*

§ 1º *Os empreendimentos ou estabelecimentos de hospedagem que explorem ou administrem, em condomínios residenciais, a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equipadas, bem como outros serviços oferecidos a hóspedes, estão sujeitos ao cadastro de que trata esta Lei e ao seu regulamento.*

§ 2º Considera-se prestação de serviços de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

§ 3º Não descaracteriza a prestação de serviços de hospedagem a divisão do empreendimento em unidades hoteleiras, assim entendida a atribuição de natureza jurídica autônoma às unidades habitacionais que o compõem, sob titularidade de diversas pessoas, desde que sua destinação funcional seja apenas e exclusivamente a de meio de hospedagem.

§ 4º *Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, no período de 24 (vinte e quatro) horas, compreendido nos horários fixados para entrada e saída de hóspedes.*

Comentando as transcritas disposições da Lei do Inquilinato, com reflexos na Lei de Turismo acima, esclarece o Professor SÍLVIO VENOSA:

*A Lei é expressa em excluir de seu alcance os apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados. São novas formas jurídicas que vicejam principalmente nos grandes centros. Os chamados apart-hotéis têm forma de ocupação diferenciada da locação.*

*A própria Lei especifica que assim se entendem aqueles locais que **prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.** Essa nova forma de locação está a merecer atenção do legislador. Cuida-se de contrato de hospedagem, com princípios próprios, mormente se de longa duração.*

Os apart-hotéis, também denominados flat services, surgem para uma porção diferenciada da população, de maior poder aquisitivo. *Servem para atender necessidade de estada mais ou menos longa, podendo até mesmo caracterizar moradia, residência ou domicílio do usuário, mas sem a conotação de locação para a Lei do Inquilinato. A natureza e destinação desses prédios é que os coloca fora da Lei do Inquilinato. Esses serviços de que fala a Lei são os usuais do ramo hoteleiro, com maior ou menor sofisticação, de acordo com o nível apresentado. No entanto, a Lei exige que para a caracterização desse fenômeno existam os serviços, tais como fornecimento de refeições, limpeza diária e arrumação da unidade, portaria, mensageiros etc. postos efetivamente à disposição dos hóspedes. O contrato que une o usuário do flat e a administração ou proprietário é de hospedagem e não de locação. E uma hospedagem diferenciada dos hotéis em geral, mas não é locação. **Um imóvel desse tipo deve ser legalmente autorizado a funcionar. Ademais, em se tratando de prédio com unidades autônomas, a convenção de condomínio deve especificar a finalidade, ou então ato posterior aprovado em assembleia.** Quando o edifício pertence a um só proprietário, é ele quem fixa sua destinação. Normalmente as unidades de um apart-hotel pertencem a proprietários diversos que outorgam a um administrador o relacionamento hoteleiro com terceiros, ou seja, os hóspedes. Nada impede, contudo, que uma unidade seja diretamente administrada pelo proprietário sem que com isso se lhe retire a finalidade. *Importa examinar as condições do caso concreto para que não haja abusos, nem por parte do morador de um imóvel nessas condições, pretendendo levar a relação jurídica para a Lei do Inquilinato, que o protege, nem por parte do proprietário do bem, buscando a situação contrária. Desse modo, não é pelo simples fato de o prédio ser um flat ou apart-hotel que se exclui sumariamente a aplicação da Lei do Inquilinato. Quando existe na relação um contrato típico de locação de imóveis para fim residencial, pode ser aplicada a presente lei, incluindo a ação de despejo. De outra forma, estaria acobertada a fraude, com a fuga intencional das partes a uma lei cogente. Importa sempre verificar as condições do caso concreto.**

Nesse diapasão, manifesta-se **Francisco Antonio Casconi**, em obra coletiva, de autoria de membros magistrados do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Se, contudo, se verificar que a moradia é o ponto fulcral da relação jurídica, com animus de continuidade (ocupação da unidade pela

mesma pessoa por vários meses) difícil afastar a lei inquilinária, pelo menos quanto a possibilidade de adotar-se a ação de despejo e não a reintegração de posse para sua retomada. Inarredável a necessidade de impedir que empreendimentos utilizem as vantagens advindas do ajuste atípico e, concomitantemente, a legislação locatícia, ao interesse pessoal e econômico de cada um. Há que definir até que ponto o aspecto hospedagem e hotelaria predomina ou se, do contrário, a finalidade precípua é efetiva moradia com serviços mais diferenciados do que aqueles postos à disposição em condomínios puros, para, então, aplicar-se a legislação civil ou especial, o que não dispensa a ação de despejo (Casconi-Amorim, coord., 2004:71).

*O contrato de hospedagem, atípico, se caracteriza pela exploração de um imóvel ou parte dele destinado a dar habitação temporária. Jorge Mosset Iturraspe (1988:61) entende que esse contrato deve reunir as seguintes características: o imóvel destinado deve ser hábil para a finalidade ou ter a correspondente autorização legal de funcionamento; deve dar aos ocupantes ou hóspedes, além do uso das unidades predeterminadas, serviços tais como luz, telefone, camareira, água corrente, mobília, utensílios de toalete, roupa de cama, portaria e limpeza. Além desses serviços os hotéis residenciais oferecem também cozinha equipada. Há pois nesses estabelecimentos um plus àquilo que ordinariamente é oferecido pelos hotéis: enquanto nos hotéis geralmente as unidades se compõem unicamente de dormitório e banheiro, os ditos flats oferecem um apartamento completo. Fora esse aspecto material, formalmente o contrato de hospedagem entre uma e outra modalidade não se diferencia. Denomina-se também contrato de hotelaria. Nesse contrato existe o depósito necessário das bagagens dos viajantes (art. 649, CC/02). No entanto, como nos apart-hotéis há serviços e utilizações diferenciadas, a tendência é considerar o contrato de apart-hotel como forma diversa de contrato atípico, distinta do contrato de hotelaria em geral, a qual está a merecer disciplina legal.*

(in Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei n. 8.245, de 18-10-1991 / Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2014, p. 17/19).

Nesse mesmo sentido é a lição do festejado Professor SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA:

*O critério aferidor da exceção é a prestação regular de serviços aos usuários, tais como, por exemplo, lavanderia, arrumação dos quartos, restaurantes, central de recados, sala de jogos ou reuniões etc. Deve haver uma conjugação de dois contratos típicos, um de locação de coisa, e outro de prestação de serviços, a gerar um terceiro, que não se subordina à legislação inquilinatória.*

.....

*Além da prestação de serviços regulares aos usuários, é preciso, para caracterizar o apart-hotel ou equiparado, que tenha sido autorizado a funcionar como tal, o que reduz, ainda mais, a possibilidade de fraude. Aplica-se, aqui, a legislação disciplinadora das atividades turísticas. O apart-hotel residencial ou flat, bem como os equiparados, terão de estar regularmente registrados na Embratur, e terão de ser administrados obrigatoriamente por uma empresa hoteleira, como tal regularizada no órgão competente. A locação das unidades, mesmo aquelas pertencentes a pessoas naturais, é feita por um pool, administrado pela empresa hoteleira. (in A Nova Lei do Inquilinato Comentada / Sylvio Capanema de Souza. - Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 12).*

Na hipótese, mostrou-se incontroverso, como já afirmado, que os recorrentes, proprietários de três unidades imobiliárias no condomínio edifício recorrido estariam promovendo a locação fracionada, parcial, de dois de seus imóveis – alugando, separadamente, para distintas pessoas, quartos existentes em cada unidade habitacional, disponibilizando serviço de *internet* e de lavanderia (conf. sentença: e-STJ, fl. 487).

*Esse contexto, data venia, descaracteriza a locação por temporada e configura contrato de hospedagem, na modalidade atípica já tratada.*

É também o entendimento de SÍLVIO VENOSA, em seus comentários à Lei 8.245/91:

*Esta lei amplia consideravelmente a compreensão da locação por temporada. Vem a situação corretamente disciplinada em título autônomo. Não se exige mais que o locatário resida em outra cidade. A temporada no imóvel pode ser decorrente, por exemplo, de reforma em seu próprio imóvel ou, embora se tratando de locação no mesmo domicílio, para realização de curso ou tratamento de saúde próximo ao estabelecimento de ensino ou hospitalar. Essa inovação não constava do projeto original, que se restringia à forma clássica de lazer (prédios situados na orla marítima ou estação climática), com prazo de locação de apenas dois meses.*

*Essa ampliação foi positiva e vem em socorro de situações transitórias, para atender a interesses tanto do locador como do locatário nessas condições. A própria lei dá ao julgador instrumentos para coibir eventual fraude com base no dispositivo.*

Como existe um prazo determinado para essa modalidade de locação, noventa dias, há necessidade de contrato escrito. A locação verbal não pode reger esta situação, já que fica subordinada ao art. 47. A redação original remetida à Câmara continha a exigência expressa de contrato escrito. Melhor seria que se mantivesse a exigência no texto. *Na prática, porém, como se trata de locação excepcional e a prazo certo, torna-se incompatível com o contrato verbal. Deve ao menos existir prova escrita de que se trata de locação por temporada. A jurisprudência deve usar*

da devida temperança na exigência dessa prova, como um recibo bem elaborado, em que conste a finalidade da temporada, o que poderá ser suficiente para sua comprovação, acrescentando-se a isso as circunstâncias fáticas dessa avença. Ademais, o parágrafo único do dispositivo refere-se ao rol de móveis e utensílios que devem integrar o contrato, o que reforça a necessidade de pacto por escrito. Deve, aliás, constar do contrato qual a finalidade da locação, se lazer, estudos, tratamento de saúde etc., porque isso poderá ter influência na resilição, como examinaremos no comentário ao art. 50.

**Lembre-se do que falamos no capítulo 1 desta obra sobre a hospedagem de curta duração no sistema Airbnb ou congêneres. Nessa modalidade de cessão do imóvel, por meio de plataforma digital, a situação prende-se a uma modalidade de hospedagem e não se coaduna com a locação por temporada, na forma presente nesta lei. De qualquer modo, há necessidade de legislação específica para essa modalidade de hospedagem que vem se tornando cada vez mais usual nas últimas décadas. De plano, contudo, diga-se que na hospedagem, a qualquer título, o meio processual de retomada é a ação possessória, e não a ação de despejo.**

[...]

Em razão da natureza excepcional e do curto prazo nesta modalidade de locação, o aluguel de todo o período pode ser exigido antecipadamente, não tipificando a contravenção do art. 43, III, já examinado. Como estampado no artigo anterior, não pode o preço cobrado exceder a noventa dias. Cobrança superior a esse período descaracteriza a temporada e torna a locação residencial, como regra geral.

(Lei do Inquilinato Comentada / doutrina e pratica: Sílvio de Salvo Venosa. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2020 - p. 304-306)

Realmente, ainda que se verifique a existência de vários contratos concomitantes, escritos ou não, relativos a partes do mesmo imóvel residencial, conforme o número de quartos alugados a pessoas distintas, e com prazos de estada diferentes, assim como o oferecimento ou disponibilização de singelos serviços de lavanderia e *internet*, não se pode falar em *contrato típico de hospedagem*, ao menos nos termos em que definido pela legislação vigente, mas sim de *contrato atípico*, conforme consignado no v. acórdão recorrido.

Como registram GUSTAVO TEPEDINO e CARLOS NELSON KONDER ao discorrerem sobre a *classificação dos contratos*:

A classificação dos contratos em *típicos* e *atípicos* diz respeito à aptidão do contrato para ser reconduzido a determinado modelo previsto pelo legislador, que lhe reserva normas específicas. A esse modelo teórico dá-se a denominação

de tipo, noção frequentemente utilizada no âmbito dos contratos para facilitar o processo de qualificação, com a conseqüente determinação das normas aplicáveis. Dessa forma, os contratos que puderem ser incluídos em um determinado modelo abstrato são considerados típicos, o que conduz à aplicação das normas específicas para aquele tipo contratual. Isso não afasta a liberdade para celebrar contratos que não possam ser assimilados em um modelo geral preexistente, como prevê o art. 425 do Código Civil. Observados os requisitos e princípios gerais aplicáveis aos contratos, serão eles válidos e igualmente vinculantes, não havendo, nessas hipóteses, indicação *a priori* de normas específicas aplicáveis.

.....

Sem retirar o papel importante que tem o legislador nesse processo de tipificação deve-se reconhecer que a maioria dos tipos tem origem em construções sociais espontâneas, fruto da riqueza da vida cotidiana, da diversidade de interesses em jogo e da complexidade das operações econômicas, que conduzem os particulares, no exercício de sua autonomia, a recorrerem a novos modelos e formas que se revelem mais adequados para a satisfação das finalidades que buscam atingir. Assim, a grande maioria dos tipos contratuais já existiu como praxe social antes de sua expressa previsão legislativa. Alude-se, por tal circunstância, à tipicidade social do contrato, ao lado de sua tipicidade legal. O legislador por vezes se antecipa, como forma de atuar a função promocional do direito junto à realidade social, mas normalmente os tipos, ao menos na sua versão inicial, são obtidos por indução, de modo que o catálogo de modelos normatizados não é criado *ex novo*.

(in Contratos – Fundamentos do Direito Civil, vol. 3, Forense, Gen, 2020, p. 67 a 69).

No caso dos autos, tem-se um *contrato atípico de hospedagem*, expressando uma nova modalidade, singela e inovadora de hospedagem de pessoas, sem vínculo entre si, em ambientes físicos de padrão residencial e de precário fracionamento para utilização privativa, de limitado conforto, exercida sem inerente profissionalismo por proprietário ou possuidor do imóvel, sendo a atividade comumente anunciada e contratada por meio de plataformas digitais variadas.

Apreciando essa *nova modalidade de negócio*, o ilustrado Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, em artigo recente, publicado em 19/fev/2019 - *também referido no voto do eminente relator* -, destaca sua operação por via de plataforma virtual digital, aduzindo:

(...) Esse sistema consiste em uma *plataforma on line de hospedagem* pela qual os interessados podem se *hospedar* em quarto ou imóvel inteiro (casa ou

apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de crédito.

(<https://www.migalhas.com.br/depeso/296505/condominios-e-airbnb>)

De fato, termos como *hospedagem*, *acomodação*, *anfitrião*, *viajante*, *hóspedes*, e outros, parecem mesmo fazer parte da concepção desse novo tipo de negócio, conforme destacado pela própria empresa *Airbnb*, que, em seu sítio eletrônico (*site*), apresenta-se ao público e anuncia o negócio, que incrementa e apoia, nos seguintes termos:

O Airbnb é uma plataforma de acomodação que conecta viajantes a pessoas ou empresas que têm espaço disponível para aluguel (<https://www.airbnb.com.br/help/article/2588/hospedagem-respons%C3%A1vel-no-brasil>)

*Embarque em uma nova aventura*

Ao hospedar, você pode aproveitar a flexibilidade de ser seu próprio chefe, ganhar uma renda extra e criar laços para a vida toda.

Explore o mundo das hospedagens

*Hospede com confiança*

Temos de tudo para que você seja um sucesso: atendimento 24h, uma comunidade de anfitriões prestativa, ferramentas personalizadas, informações relevantes, material educativo, e muito mais.

Como ajudamos os anfitriões

Assim, o *contrato atípico de hospedagem* sob exame configura atividade aparentemente lícita, desde que não contrarie a Lei de regência do contrato de hospedagem típico, regulado pela Lei 11.771/2008, como autoriza a norma do art. 425 do Código Civil, ao dizer: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Cabe agora examinar se o *contrato atípico de hospedagem* caracterizaria destinação comercial ou não residencial aos imóveis, contrariando a convenção condominial, que prevê destinação residencial para os apartamentos.

Como se viu, pretende o Condomínio autor da ação obstar que os recorrentes, proprietários das unidades autônomas em questão, aluguem seus imóveis de forma fracionada, por curtas temporadas, para pessoas diversas, sem vínculo entre si, sob o fundamento de que tal forma de locação viola a Lei e a convenção condominial, alterando a destinação residencial do imóvel.

Nos termos do art. 1.228 do Código Civil de 2002, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor livremente da coisa, desde que em consonância com suas finalidades econômicas e sociais.

No caso específico de unidade condominial, devem ser observadas as regras dos arts. 1.332 a 1.336 do CC/2002, que, por um lado, reconhecem ao proprietário o direito de usar, fruir e dispor livremente de sua unidade e, de outro, impõem o dever de observar sua destinação e usá-la de maneira não abusiva, com respeito à Convenção Condominial, nos seguintes termos:

Art. 1.332. *Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:*

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

Art. 1.333. *A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.*

Parágrafo único. *Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.*

Art. 1.334. *Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:*

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.

§ 1º *A convenção poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular.*

§ 2º *São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.*

Art. 1.335. *São direitos do condômino:*

I - *usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;*

II - *usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;*

III - *votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite.*

Art. 1.336. *São deveres do condômino:*

I - *contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;*

II - *não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;*

III - *não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;*

IV - *dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.*

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

Nesse mesmo sentido é o art. 19 da Lei 4.591/64, que dispõe:

Art. 19. *Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.*

Como se vê, o proprietário de imóvel em condomínio edilício pode, em princípio, usar e fruir de sua unidade da forma como melhor lhe aprouver, desde que em consonância com a legislação e as regras e convenções condominiais.

De fato, cabe lembrar, são de aplicação geral a todos os proprietários de imóveis, de quaisquer natureza, aquelas *limitações* inerentes aos *direitos de vizinhança*, que caracterizem *uso anormal da propriedade*, como dispõe o Código Civil em seus:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio *tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.*

Parágrafo único. *Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.*

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis.

É de fácil compreensão, pois decorre do contexto conjugado com outros em que necessariamente situado o imóvel em condomínio vertical, que as possibilidades de uso e fruição do bem pelo proprietário serão algo menos amplas (ou mais restritas) que aquelas tocantes ao proprietário de imóvel de construção horizontal e mais afastada de outros prédios vizinhos, pertencentes a terceiros. Veja-se, por exemplo, que a realização de obras, as simples mudanças de posicionamento de móveis e utensílios que guarnecem a casa, a fixação de quadros em paredes, e outras atividades ordinárias de uso e gozo de um imóvel horizontal mais isolado da vizinhança, poderão ser realizadas a qualquer tempo, segundo as conveniências do proprietário, enquanto num apartamento residencial ou mesmo numa sala comercial em condomínio edilício essas atividades, que afetam o sossego, estarão submetidas a dia e horário próprios, preestabelecidos na convenção.

Do mesmo modo, o transitar de pessoas, entrando e saindo, de uma moradia em prédio horizontal e isolado poderá fazer-se com a liberdade que ditar o proprietário, enquanto que num imóvel situado em condomínio edilício essas movimentações, que afetam a segurança, deverão observar as cautelas e formalidades razoavelmente dispostas nas normas condominiais.

Atento a esses aspectos inerentes, o Código Civil, nos artigos transcritos, concede **autonomia e força normativa** à convenção de condomínio regularmente aprovada e registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Assim, o direito do proprietário condômino usar, gozar e dispor livremente do seu bem imóvel, nos termos dos arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64, deve harmonizar-se com os direitos relativos à

segurança, ao sossego e à saúde das demais múltiplas propriedades abrangidas no Condomínio, de acordo com as razoáveis limitações aprovadas pela maioria de condôminos, pois são limitações concernentes à natureza da propriedade privada em regime de condomínio edilício.

Conforme leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

*A Convenção de Condomínio, como direito estatutário da comunidade (Gurvitch) ou direito corporativo (Planiol, Ripert et Boulanger), contém precipuamente as disposições que condizem com o particular interesse dos condôminos, que têm liberdade de estipular o que melhor lhes convenha, desde que não transponha as disposições imperativas ou proibitivas da lei. Se eventualmente alguma disposição ofender um mandamento legal, não obriga, nem pode gerar consequências (Marcelo Andreolli). Como, entretanto, uma vez aprovada, adquire força obrigatória, cabe ao interessado em que não prevaleça a norma contraveniente à lei prover a sua invalidação pela via judicial' (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil - Vol. IV / Atul. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho - 25. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 186).*

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

Condomínio edilício. Recurso especial. Quorum para alteração do Regimento Interno de Condomínio. Matéria que deve ser disciplinada pela Convenção de Condomínio, com a vigência da Lei n. 10.931/2004, que alterou a redação do art. 1.531 do Código Civil, conferindo, no ponto, liberdade para que a convenção condominial discipline a matéria. Admissão de alteração do regimento interno por maioria simples dos condôminos, em inobservância à norma estatutária. Descabimento.

1. O art. 1.333 do Código Civil, ao dispor que a convenção que constitui o condomínio edilício torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção, não tem, assim como toda a ordem jurídica, a preocupação de levantar paredes em torno da atividade individual. É intuitivo que não pode coexistir o arbítrio de cada um com o dos demais, sem uma delimitação harmônica das liberdades, por isso, na verdade, o direito delimita para libertar: quando limita, liberta. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64)

2. Com efeito, para propiciar a vida em comum, cabe aos condôminos observar as disposições contidas na convenção de condomínio, que tem clara natureza estatutária. Nesse passo, com a modificação promovida no art. 1.351 Código Civil, pela Lei n. 10.931/2004, o legislador promoveu ampliação da autonomia privada, de modo que os condôminos pudessem ter maior liberdade no que tange à alteração do regimento interno; visto que, à luz dos arts. 1.334, III e V, do Código Civil e art. 9º da Lei n. 4.591/1964, é matéria a ser disciplinada pela convenção de condomínio.

3. No caso em julgamento, a pretendida admissão de quorum (maioria simples), em dissonância com o previsto pelo estatuto condominial - que prevê maioria qualificada (dois terços dos condôminos) -, resultaria em violação da autonomia privada, princípio constitucionalmente protegido

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.169.865/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe de 02/09/2013)

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCP. *Condomínio. Convenção condominial devidamente registrada. Natureza jurídica institucional normativa. Cláusula compromissória arbitral. Novo condômino. Subordinação à Convenção. Incompetência do Juízo estatal. Doutrina. Precedentes. Recurso especial não provido.*

1. O recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCP, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A matéria discutida no âmbito da Convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino.

3. *Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem.*

4. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1.733.370/GO, Rel. p/ acórdão Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe de 31/08/2018)

A propósito da possibilidade de restrição do uso das unidades em condomínios estritamente residenciais para fins de hospedagem por meio de plataformas digitais, anota o ilustre Professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, naquele referido artigo recentemente divulgado na publicação especializada eletrônica Migalhas:

*Na ampla problemática dos condomínios e empreendimentos assemelhados como loteamentos fechados, avulta mais recentemente a questão da hospedagem curta proporcionada pelo sistema denominado Airbnb.*

*Esse sistema consiste em uma plataforma on line de hospedagem pela qual os interessados podem se hospedar em quarto ou imóvel inteiro (casa ou apartamento) por curta temporada. Utiliza um imóvel normal e não uma pousada ou local específico para hospedagens. O sistema possui uma classificação do hóspede por estrelas. Os pagamentos são realizados por plataforma de cartão de crédito.*

*O maior entrave para a utilização generalizada dessa modalidade diz respeito aos condomínios estritamente residenciais. Esta, como inúmeras inovações sociais trazidas nesta contemporaneidade, gera inquietação aos moradores, principalmente pela quebra de segurança, sem falar na interferência do sossego e no eventual tumulto da vida condominial.*

*Não existe ainda uma regulamentação legal e nem uma proibição expressa na lei. Em princípio o instituto seria regulado pela Lei 11.771/08, que trata da hospedagem para turismo, mas essa lei está voltada para estabelecimentos de hotelaria. Não se amolda, em absoluto, para conjuntos residenciais comuns. A lei do inquilinato (arts. 48 a 50 da Lei 8.245/91) prevê a locação por temporada por até noventa dias, mas dirige-se a outra classe de inquilinos e não a hóspedes. A locação por temporada se destina a lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras no imóvel do locatário e situações símiles, como dispõe o art. 48. Porém, há que se ressaltar que na locação por temporada há locatários e não hóspedes. Essa compreensão é fundamental. A locação por temporada somente se perfaz com contrato escrito, pois exige o prazo determinado, sendo incompatível o contrato verbal.*

*Nos condomínios a situação do Airbnb e congêneres, que certamente surgirão no mundo globalizado, o "hospedeiro" está locando não apenas sua unidade, mas toda parte comum do condomínio. A primeira questão já se posta para esses hospedes no tocante à utilização dos bens de uso comum como piscinas, salão de festas, sala de ginástica etc. Já aqui surge uma inquietação compreensível dos condôminos em sua vida social e não apenas sob o aspecto da segurança.*

*O zelador e o síndico não são recepcionistas hoteleiros e não estão preparados para tal, não sendo esse seu mister.*

*Os condomínios estritamente residenciais não têm permissão para explorar comercialmente suas unidades, caracterizando essa hospedagem como um desvio de finalidade, para dizer o mínimo.*

*Os condôminos atingidos por essa situação devem decidir em assembleia sobre a proibição, até que se faça expressamente menção do fato em alteração da convenção, embora tecnicamente não nos pareça necessário, ainda que seja mais conveniente para espargir dúvidas, pois não se sabe por ora para onde baloçam exatamente os ventos dos tribunais.*

*Não resta dúvida, contudo, que a questão é sensível e polêmica, exigindo pronta intervenção do intérprete.*

*Caberá ao síndico a primeira palavra no sentido de impedir a entrada e saída de pessoas, que irão certamente tumultuar a vida condominial. Uma deliberação assemblear para respaldar o síndico será, em princípio, a primeira medida, com ampla divulgação aos partícipes da vida condominial.*

*Note que essa discussão não causa problemas apenas entre nós, mas também no exterior.*

*Se levarmos a questão para o nível constitucional, tudo girará em torno da função social da propriedade. Mormente nos condomínios de apartamentos e assemelhados, os poderes do proprietário encontram maiores restrições legais e de equidade, pela própria natureza dessa modalidade de propriedade. Cada propriedade deve ser utilizada de acordo com sua função social.*

*Destarte, parece-nos evidente que a utilização desses condomínios não pode ter função de hotelaria, por sua própria natureza, por não estar destinado a tal, porque não tem mínimas condições de atuar nesse ramo, que tem finalidade lucrativa. Todavia, por vezes o caso concreto terá particularidades que mereçam melhor estudo, o que não deve alterar a regra geral que aqui expomos, com o devido respeito às vozes dissonantes. A aplicação do Direito exige sempre bom senso e equilíbrio, mormente levando-se em conta que a acomodação legislativa desse fato social ainda levará algum tempo.*

*A solução mais eficiente nos parece ser a previsão ou proibição de hospedagem pela natureza do condomínio na sua convenção. A verdade patente é que o condomínio estritamente residencial não se amolda e esse tipo de hospedagem.*

*A insistência em utilizar essa hospedagem sem o aval do condomínio é infração à sua finalidade, acarretando ao condômino recalcitrante a tipificação de antissocial, sujeitando-o às penalidades definidas no CC (arts. 1.226, 2º e 1.337). Analisamos detidamente essas hipóteses e penalidades em nossa obra *Direitos Reais* (cap. 15).*

*A convivência em edifícios e condomínios é muito mais complexa do que simples direitos de vizinhança. Os primeiros julgados sobre o tema têm sufragado majoritariamente a opinião aqui exposta. Alentado parecer da OAB/SP - Comissão Especial de Direito Condominial, é da mesma opinião.*

*Aguardemos que as partes que eventualmente conflitem nessa área consigam a melhor solução.*

(<https://www.migalhas.com.br/depeso/296505/condominios-e-airbnb>)

Portanto, existindo na Convenção de Condomínio regra impondo *destinação residencial*, mostra-se indevido o uso das unidades particulares que, por sua natureza, implique o desvirtuamento daquela finalidade residencial (CC/2002, arts. 1.332, III, e 1.336, IV).

Não obstante isso, ressalva-se a possibilidade de que os próprios condôminos de um condomínio edilício residencial deliberem em assembleia, por maioria qualificada (de *dois terços das frações ideais*), permitir a utilização das unidades condominiais para fins de hospedagem, por intermédio de plataformas digitais ou outra modalidade de oferta, ampliando seu uso para além do estritamente residencial e, posteriormente, incorporem essa modificação à Convenção do Condomínio.

Na hipótese, a regra do art. 4º da Convenção do Condomínio autor - expressamente mencionada no v. acórdão recorrido - prevê a finalidade residencial das unidades condominiais, nos seguintes termos:

Art. 4º - As unidades autônomas destinam-se a fins residenciais. (fl. 14)

Com isso, fica o condômino obrigado a “*dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação*” (CC, art. 1.336, IV), ou seja, *destinação residencial*, carecendo de expressa autorização para dar destinação diversa, inclusive para a relativa à hospedagem remunerada, por via de contrato atípico.

Nessa linha de intelecção, procede a pretensão do Condomínio Edifício autor de, com base na Convenção condominial, vedar o uso das unidades condominiais para fins de hospedagem remunerada, com múltipla e concomitante locação de aposentos existentes nos apartamentos, a diferentes pessoas, por curta temporada.

A forma de utilização do imóvel pretendida pelos recorrentes altera a finalidade residencial do Edifício, exigindo relevantes adaptações na estrutura de controle de entrada e saída de pessoas e veículos do prédio, sob pena de ensejar potencial ameaça à segurança e ao sossego de todos.

Apenas para ilustrar e facilitar a compreensão, exemplifica-se: o ingresso equivocado de pessoas, devido a compreensível engano do porteiro pela dificuldade de controle de movimentação de entrada e saída, disponibiliza para aproveitadores oportunidade para arrombamento fácil de apartamentos fechados em razão de viagem de condômino ou para outras formas de roubo, até mais violentas. Sem falar em outros crimes.

Com essas considerações, peço vênica para divergir, *negando provimento ao recurso especial*.

É o voto.