



Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL N. 1.726.804-RJ (2018/0018687-8)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: J&F Investimentos S.A

Advogados: José Carlos Vaz e Dias - RJ147683

Thiago Lombardi Campos da Costa - RJ174834

Raphael Falcão Argôlo - RJ160755

Recorrido: Dragao Quimica Industria e Comercio Ltda

Advogados: Eliane Yachouh Abrão - SP028250

Pedro Pereira de Alvarenga Neto e outro(s) - SP275935

EMENTA

Recurso especial. Civil. Processual Civil. Recurso manejado sobre a égide do NCPC. Ação inibitória. Violação a direito de marca. Imitação de *trade dress*. Concorrência de desleal. Inocorrência. Ausência de ineditismo, confusão ao consumidor ou desvio de clientela. Reconhecimento pelo Tribunal Carioca. Revolvimento da matéria fática. Óbice da Súmula 7, STJ. *Supressio*. Perda do direito de apropriar-se da roupa, por carência de *animus*. Convivência harmônica entre as marcas, há mais de quarenta anos. Recurso improvido. Majoração dos honorários. Art. 85, § 11, NCPC.

1. Recurso interposto na vigência do NCPC, 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. Para a caracterização da infringência de marca, não é suficiente que se demonstrem a semelhança dos sinais e a sobreposição ou afinidade das atividades. É necessário que a coexistência das marcas seja apta a causar confusão no consumidor ou prejuízo ao titular da marca anterior, configurando concorrência desleal. Precedentes.

3. A doutrina criou parâmetros para a aplicação do 124, XIX, da Lei n. 9.279/96 ao caso concreto, listando critérios para a avaliação da possibilidade de confusão de marcas: a) grau de distintividade intrínseca delas; b) grau de semelhança entre elas; c) legitimidade e fama do suposto infrator; d) tempo de convivência delas no mercado; e) espécie dos produtos em cotejo; f) especialização do público-alvo; e g) diluição.

4. Com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela inoccorrência de concorrência desleal pela marca *Tratex* em relação a marca *Neutrox*, já que convivem desde os anos 70.

5. Falta de originalidade/pioneirismo e vulgarização das roupagens utilizadas, que seguiram as tendências de mercado, como outras tantas marcas do mesmo segmento, não havendo se falar em confusão ou má-associação entre os consumidores.

5. A revisão do entendimento firmado na instância ordinária atrai a incidência da Súmula n. 7 do STJ.

6. Hipótese que se subsume a *supressio*, por carência de *animus* na defesa do *trade dress*. Inércia que culminou na perda do próprio direito de apropriação do conjunto-imagem.

7. Convivência harmônica entre as marcas há mais de quarenta anos, sem notícias de litígio ou conflito, no período. Ausência de concorrência real entre as marcas.

8. Não provimento do recurso, com majoração dos honorários, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC, não sendo aplicável, no caso, o limite previsto no § 2º do mesmo artigo porque a verba honorária foi fixada com base em equidade (art. 20, 4º do CPC/73).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o indeferimento do adiamento do julgamento requerido por meio da petição número 00844268/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, com majoração de honorários, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 29.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: A questão aqui tratada pode ser assim emoldurada: a dona da marca *Neutrox* não quer mais que a da marca *Tratex* continue a usá-la, apesar do tempo decorrido, diante da concorrência desleal perpetuada.

Por isso, *J&F Participações S. A. (J&F)* ajuizou ação inibitória por violação a direito de marca e prática de concorrência desleal, cumulada com indenização por perdas e danos e antecipação de tutela contra *Dragão Química Indústria e Comércio Ltda. (Dragão)*, a fim de compelir esta última a se abster de usar os produtos e materiais informativos ou publicitários que contenham o sinal *Tratex*, idênticos ao produto *Neutrox*, além de condená-la ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes do uso indevido da marca.

Os pedidos foram julgados procedentes (e-STJ, fls. 650/654).

Dragão interpôs apelação que foi parcialmente provida, conforme a seguir ementado (e-STJ, fls. 796/811):

Direito Empresarial. Trade dress. Parasitismo comercial. Inocorrência. Inexistência de imitação servil a configurar ato de concorrência desleal. Tendência de mercado. Ausência de ineditismo e de direito à exclusividade na utilização dos sinais/elementos que formam o conjunto visual dos produtos. Ausência de ilicitude. Inocorrência de danos morais e materiais. Provimento parcial do recurso.

As partes opuseram embargos de declaração que foram rejeitados (e-STJ, fls. 861/866 e 861/866).

Irresignada, *J&F* interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, violação aos arts. 130, III e 195, III, da Lei n. 9.279/96 e ao art. 373 do NCPC, ante a comprovação, nos autos, da notoriedade e anterioridade no uso da marca e *trade dress* de

Neutrox, a autorizar a proteção legal contra a concorrência desleal praticada por *Dragão*, em relação ao uso e exploração comercial da marca *Tratex* (e-STJ, fls. 868/892).

Dragão ofertou contrarrazões alegando, preliminarmente, (1) prescrição da pretensão de obrigação de não fazer (não utilização do *trade dress*) e da pretensão indenizatória; e (2) perda superveniente do objeto, tendo em vista que, no curso da lide, J&F alterou a embalagem do produto, ora *sub judice*. No mérito, arguiu, em resumo, (3) litigância de má-fé; (4) ausência de pré-questionamento do art. 130, III, da Lei 9.279/96; (5) incidência da Súmula 7 do STJ ao caso; (6) inocorrência de violação da marca e, conseqüentemente, (7) do dever de indenizar (e-STJ, fls. 930/977).

O recurso foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 981/983), sobrevivendo o presente agravo em recurso especial, ao argumento da desnecessidade de reanálise da matéria fático-probatória para o conhecimento do apelo excepcional (e-STJ, fls. 1.004/1.020).

Para melhor examinar as controvérsias suscitadas, conheci do agravo para determinar a sua autuação como recurso especial (art. 253, II, d, do Regimento Interno do STJ – e-STJ, fls. 1.082/1.083).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): De plano, vale pontuar que o recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, 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.

Nas razões deste recurso, J&F sustentou *violação ao artigo 130, III da Lei 9.279/96, na medida em que o Tribunal 'a quo' exigiu, para a configuração da prática de concorrência desleal, requisitos que o legislador brasileiro não previu* (e-STJ, fls. 879).

Salientou que o fato de outras marcas possuírem conjunto-imagem semelhante a *Neutrox*, no passado, não significa um *aval eterno* para violações,

especialmente, em razão da relevância que vem sendo dada ao direito de propriedade industrial, ao longo dos tempos.

E concluiu que a *notoriedade da embalagem foi devidamente reconhecida nas instâncias ordinárias, assim como reconhecido o uso (indevido) das mesmas características da embalagem Neutrox – corpo cilíndrico amarelo e a tampa vermelha – pelo produto Tratex. Apesar disso, em razão de interpretações incorretas dos dispositivos elencados, não se reconheceu a existência de concorrência desleal no caso sob-análise* (e-STJ, fl. 879).

A pretensão recursal reside em aferir: (1) se os critérios utilizados na análise do conjunto-imagem dos produtos *Tratex* e *Neutrox*, pertencentes, respectivamente, a *Dragão* e *J&F*, violaram a legislação federal apontada (art. 130, III e 195, III, da Lei de Propriedade Industrial e art. 373, NCPC); e (2) a existência de comprovação dos atos ilícitos atribuídos a recorrida.

(1) Da alegada concorrência desleal

Inicialmente, relevante ponderar que a proteção jurídica que se dá ao *trade dress* decorre da necessidade de se combater a utilização indevida de elementos e caracteres que, adstritos a marca, *personalizam e distinguem* produtos e serviços ofertados no mercado, a exemplo de embalagens, cores, *designs*, desenhos, decorações, dentre outros – os quais, por vezes, não integram o registro dessa marca, mas possuem alto poder de influência na liberdade volitiva dos consumidores.

E a finalidade precípua de tal amparo legal é coibir confusão e má associação por parte do público consumidor, garantindo, por outro lado, o exercício da livre concorrência.

Conforme leciona o em. Min. Waldemar Zveiter:

Ao tratar da questão concorrencial, temos que atentar para o fato de que a livre-concorrência, erigida à categoria de princípio constitucional balizador da ordem econômica, não representa, necessariamente, uma ameaça aos princípios norteadores da ordem jurídica; ou seja, *quando se fala em concorrência, há que se distinguir o ato concorrencial praticado no âmbito da livre-iniciativa, daquele praticado ilicitamente, sem o respaldo do ordenamento jurídico.*

O livre mercado proporciona competitividade, fator relevante na formação dos preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado da economia de escala.

De um lado, os agentes econômicos competem, isto é, são rivais, mas, de outro, dentro da concorrência, produzem também comportamentos estimulantes da

criatividade humana que repercutem tanto no campo científico, quanto no campo artístico.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa: 30 anos do STJ. Brasília: STJ, págs. 137/138, fonte: bdjur.stj.jus.br – sem destaque no original)

Sob essa ótica, o art. 124, em seu inciso VIII, da Lei de Propriedade Industrial dispõe que não são passíveis de registro de marca: *cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo* – sem destaque no original.

E o inciso XIX da referida norma, estabelece que também não são passíveis de registro de marca, a *reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.*

Trazendo para o campo do conjunto-imagem, pois, como dito, tais componentes, muitas vezes, nem sequer constam do registro da marca, JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, ensina:

Na falta de registro, a imitação ou reprodução de invólucro ou recipiente pode constituir fundamento de ação por concorrência desleal tendente a criar *confusão entre os produtos, salvo quando o invólucro ou o modo de embalagem ou acondicionamento é comum*, como acontece em certas indústrias. É o que se verifica, por exemplo, com os pacotes de velas, as caixas e pacotes de fósforos, os papéis de agulhas, as latas de azeite, e outros artigos. Essas embalagens, geralmente, imitadas de artigos importados, quando sua fabricação se introduziu no país, vulgarizaram-se de tal modo, que se tornaram comuns a todos os comerciantes ou industriais do ramo. *A proteção legal, nesses casos, não pode ser invocada senão para os característicos que distingam as embalagens de cada fabricante.*

(Tratado da Propriedade Industrial, vol. I, Rio de Janeiro: ed. *Lumen Juris*, 2012, 3ª edição, 2ª tiragem, p. 308 – sem destaque no original).

Dessa forma, para a caracterização da infringência de marca, por usurpação ou arremedo de sua “roupagem”, não é suficiente que se demonstrem a mera semelhança de cores, embalagens, sinais, sobreposição ou afinidade das atividades.

É necessário que o ato apontado como desleal seja de tal relevância que a coexistência das marcas, em decorrência da identidade de suas trade dresses, cause

confusão no consumidor ou prejuízo ao titular da marca anterior, a impor uma ação do Estado a fim de reprimir a conduta.

A esse respeito, o STJ já se posicionou:

Propriedade industrial e Processual Civil. *Colisão de marcas. Possibilidade de confusão afastada pelo Tribunal a quo. Convivência de marcas admitida nas instâncias ordinárias. Matéria fática. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.*

I. Com base nos elementos fático-probatórios dos autos o Tribunal local concluiu que “as marcas apresentam-se distintas e inconfundíveis”, de sorte que a revisão dessa conclusão atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte. Precedentes.

II. “Segundo o princípio da especialidade ou da especificidade, a proteção ao signo, objeto de registro no INPI, estende-se somente a produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, desde que haja possibilidade de causar confusão a terceiros” (REsp 333.105/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro).

III. Recurso especial não conhecido.

(REsp 900.568/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 3/11/2010 – sem destaques no original)

Processo Civil. Recurso especial. Propriedade industrial. Marca. Comercialização de cerveja. Lata com cor vermelha. Art. 124, VIII, da Lei n. 9.279/1996 (LPI). *Sinais não registráveis como marca. Prática de atos tipificados no art. 195, III e IV, da LPI. Concorrência desleal. Descaracterização. Ofensa ao direito de marca. Não ocorrência. Condenação indenizatória. Afastamento. Recurso conhecido e provido.*

1. Por força do art. 124, VIII, da Lei n. 9.279/1996 (LPI), a identidade de cores de embalagens, principalmente com variação de tons, de um produto em relação a outro, sem constituir o conjunto da imagem ou trade dress da marca do concorrente - isto é, cores “dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo” -, não é hipótese legalmente capitulada como concorrência desleal ou parasitária.

2. A simples cor da lata de cerveja não permite nenhuma relação com a distinção do produto nem designa isoladamente suas características - natureza, época de produção, sabor, etc. -, de modo que não enseja a confusão entre as marcas, sobretudo quando suficiente o seu principal e notório elemento distintivo, a denominação.

3. Para que se materialize a concorrência desleal, além de visar à captação da clientela de concorrente, causando-lhe danos e prejuízos ao seu negócio, é preciso que essa conduta se traduza em manifesto emprego de meio fraudulento, voltado tanto para confundir o consumidor quanto para obter vantagem ou proveito econômico.

4. O propósito ou tentativa de vincular produtos à marca de terceiros, que se convencionou denominar de associação parasitária, não se configura quando inexistente ato que denote o uso por uma empresa da notoriedade e prestígio mercadológico alheios para se destacar no âmbito de sua atuação concorrencial.

5. A norma prescrita no inciso VIII do art. 124 da LPI - Seção II, "Dos Sinais Não Registráveis como Marca" - é bastante, por si só, para elidir a prática de atos de concorrência desleal tipificados no art. 195, III e IV, do mesmo diploma, cujo alcance se arrefece ainda mais em face da inexistência de elementos fático-jurídicos caracterizadores de proveito parasitário que evidenciem que a empresa, por meio fraudulento, tenha criado confusão entre produtos no mercado com o objetivo de desviar a clientela de outrem em proveito próprio.

6. Descaracterizada a concorrência desleal, não há falar em ofensa ao direito de marca, impondo-se o afastamento da condenação indenizatória por falta de um dos elementos essenciais à constituição da responsabilidade civil - o dano.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.376.264/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 4/2/2015 – sem destaques no original)

Recurso especial. Propriedade intelectual e concorrência desleal. Ação de abstenção de uso e indenizatória. Peças de vestuário íntimo feminino. Possibilidade, em tese, de incidência da Lei 9.610/98. Direito Autoral. Ausência de violação. *Originalidade não constatada. Concorrência desleal. Violação de trade dress. Distintividade. Ausência. Confusão no público consumidor não verificada.* Súmula 211/STJ. Súmula 284/STF. Súmula 7/STJ.

1. Ação ajuizada em 11/5/2017. Recurso especial interposto em 11/3/2021. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 22/6/2021.

2. O propósito recursal consiste em definir se a recorrida deve se abster de comercializar peças de vestuário que se assemelham à linha de produtos fabricada pelas recorrentes, bem como se tal prática é causadora de danos indenizáveis.

3. São passíveis de proteção pela Lei 9.610/98 as criações que configurem exteriorização de determinada expressão intelectual, com ideia e forma concretizadas pelo autor de modo original.

4. O rol de obras intelectuais apresentado no art. 7º da Lei de Direitos Autorais é meramente exemplificativo.

5. O direito de autor não toma em consideração a destinação da obra para a outorga de tutela. Obras utilitárias são igualmente protegidas, desde que nelas se possa encontrar a exteriorização de uma "criação de espírito". Doutrina.

6. Os arts. 95 e 96 da Lei 9.279/96 não foram objeto de deliberação pelo Tribunal de origem, de modo que é defeso o pronunciamento desta Corte Superior quanto a seus conteúdos normativos (Súmula 211/STJ).

Ademais, as recorrentes sequer demonstraram de que modo teriam sido eles violados pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

7. A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao *trade dress*, é inegável que o arcabouço legal brasileiro

confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua imitação encontra óbice na repressão à concorrência desleal. Precedentes.

8. *Para configuração da prática de atos de concorrência desleal derivados de imitação de trade dress, não basta que o titular, simplesmente, comprove que utiliza determinado conjunto-imagem, sendo necessária a observância de alguns pressupostos para garantia da proteção jurídica (ausência de caráter meramente funcional; distintividade; confusão ou associação indevida, anterioridade de uso).*

9. Hipótese concreta em que o Tribunal de origem, soberano no exame do conteúdo probatório, concluiu que (i) há diferenças significativas entre as peças de vestuário comparadas; (ii) o uso de elementos que constam da linha estilística das recorrentes revela tão somente uma tendência do segmento da moda íntima feminina; e (iii) não foi comprovada a prática de atos anticoncorrenciais que pudessem ensejar confusão no público consumidor.

10. Não sendo cabível o revolvimento do acervo fático e das provas produzidas nos autos em sede de recurso especial, a teor do entendimento consagrado na Súmula 7/STJ, é de rigor o desacolhimento da pretensão recursal.

Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp n. 1.943.690/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 22/10/2021 – sem destaques no original)

A possibilidade de associação indevida e confusão entre as marcas deve ser analisada diante de cada caso concreto, cujos parâmetros a doutrina buscou definir, de forma a viabilizar a interpretação da norma legal.

FILIPE FONTELES CABRAL e MARCELO MAZZOLA, em estudo que teve como base o direito comparado, a doutrina e a jurisprudência, listaram *sete critérios para a avaliação da possibilidade de confusão de marcas, por eles denominado “Teste 360°”*:

- I. Grau de distintividade intrínseca das marcas;
- II. Grau de semelhança das marcas;
- III. Legitimidade e fama do suposto infrator;
- IV. Tempo de convivência das marcas no mercado;
- V. Espécie dos produtos em cotejo;
- VI. Especialização do público-alvo;
- VII. Diluição.

(O Teste 360° de Confusão de Marcas, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, n. 132, set/out de 2014, p. 14/22).

Segundo os autores, nenhum desses elementos deve se sobrepor aos demais, sendo certo que o resultado da avaliação de um critério isoladamente não confirma nem elimina a colidência das marcas sob exame. (...) **O grau de relevância de cada item do teste só poderá ser sopesado pelo examinador diante do caso concreto** (op. cit., pág. 17 – sem destaques no original)

Aqui se verifica que o Tribunal carioca utilizou a metodologia acima referida, conforme trecho a seguir transcrito (e-STJ, fls. 796/811):

Se nos utilizarmos dos sete critérios indicados no Teste 360º, podemos concluir que:

1. As marcas possuem alto grau de distintividade, tendo em vista o alto renome da marca da apelada, Neutrox, que não se diluiu no tempo mesmo após diversas cessões de uso; e, por outro lado, embora não goze do mesmo renome, a marca da apelante se encontra consolidada em algumas regiões do mercado nacional há quase quarenta anos;

2. Embora possuam semelhanças quanto ao formato e a cor, as embalagens possuem altura e largura distintas, reentrância exclusivamente na embalagem da apelante; tamanho da tampa também distinto; e, enquanto a embalagem atual da apelada é opaca e possui rótulo destacado, a da apelante é translúcida e seu rótulo impresso diretamente na embalagem;

3. Considerando tudo quanto foi demonstrado nestes autos, não se pode afastar a legitimidade da apelante em continuar utilizando a embalagem na forma atual, pois não se verifica ausência de boa-fé em quem apenas seguiu uma tendência de mercado em seu surgimento e que se manteve ao longo de algumas décadas, ainda que a maioria dos concorrentes tenha modificado definitivamente suas embalagens, como a própria apelada o fez nas outras linhas do produto Neutrox, e a apelante nas suas outras sete linhas de produtos Trutex;

4. O tempo de convivência das marcas é relevante ao deslinde do presente, pois, o uso concomitante de roupagem similar ao longo das décadas revela que o consumidor está acostumado com ambas as marcas, tornando inimaginável qualquer suposta confusão, seja ela direta, indireta, por associação ou mesmo no pós-venda;

5. Embora se trate de produtos da mesma espécie, o mercado interno é reconhecido como um dos maiores consumidores de produtos de higiene pessoal, principalmente aqueles para cuidado com os cabelos, o que permite a convivência harmônica de centenas de condicionadores em embalagens das mais variadas formas e cores, muitas similares, como algumas do produto Neutrox, que é similar aos produtos da marca Elseve6, que não se confundem em razão de sua marca nominativa, independentemente dos sinais que carregam (...);

6. No quesito público alvo, não se pode negar que ambas as marcas atendem às classes C, mas a apelada não tem inserção em todo o mercado nacional, apenas em algumas de nossas regiões;

7. Considerando que não há qualquer evidência de enriquecimento ilícito da apelante, que comercializa sua marca de condicionador de cabelo há quase quarenta anos com a mesma roupagem, e que não há qualquer evidência de violação à unicidade ou reputação da apelada, não há falar em diluição da marca/ trade dress objeto da demanda.

Ponderando os critérios de avaliação do Teste 360° considerados acima, **não há falar em concorrência desleal por violação de “trade dress”!**

Dito isso, quer pela ausência de prova de uso exclusivo, ineditismo/pioneirismo e distinção, quer pela vulgarização da roupagem, quer pela falta de identidade visual da embalagem dos litigantes, que não pode conduzir à confusão e desvio de clientela, a recorrente faz jus ao atendimento parcial de sua pretensão recursal, de modo a ser reconhecida a inexistência de contrafação de “trade dress” – sem destaque no original.

Assim, com amparo no contexto fático-probatório e nos mencionados critérios legais (art. 124, VII e XIX, da Lei 9.279/96) e doutrinários já expostos, o TJRJ decidiu que, apesar das características de notoriedade e similaridade entre os produtos comercializados pelas partes, **não houve prática de concorrência desleal por parte da DRAGÃO em relação a J&F**, seja por falta de originalidade e pioneirismo seja pela própria vulgarização da roupagem utilizada, *não havendo se falar em confusão ou má-associação entre os consumidores.*

Alterar esse entendimento implicaria a análise do acervo fático e probatório dos autos, o que se mostra inadmissível diante do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte.

Isto porque, *é preciso fazer uma distinção entre a verificação da ocorrência do fato e o exame dos efeitos jurídicos do fato certo ou inconteste. Saber se ocorreu ou não, ou como ocorreu certo fato, é matéria própria da análise da prova; é o que tecnicamente se denomina ‘questão de fato’, que não se inclui no âmbito do recurso especial. Quando, porém, a controvérsia gira não em torno da ocorrência do fato, mas da atribuição dos efeitos jurídicos que lhe correspondem, a questão é ‘de direito’, e, portanto, pode ser debatida no especial* (THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Forense, 55ª ed., págs. 967/968).

A propósito, confirmam-se:

Recurso especial. Direitos autorais. Ação indenizatória e de abstenção de uso de obra arquitetônica. Cerceamento de defesa. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Plágio de projeto arquitetônico. Provas valoradas adequadamente pelo Tribunal de origem. Utilização indevida de conjunto-imagem (trade dress). Inocorrência.

1- Ação distribuída em 25/9/2009. Recurso especial interposto em 18/11/2013 e atribuído à Relatora em 25/8/2016.

2- Controvérsia que se cinge em definir se houve cerceamento ao direito dos recorrentes de produzir as provas que entendiam necessárias à comprovação de suas teses, bem como se houve reprodução indevida de obra arquitetônica apta a ensejar o pagamento de indenização.

3- A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema.

4- *O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.*

5- No que se refere à atividade do arquiteto, este Tribunal tem entendido que a proteção ao direito autoral abrange tanto o projeto e o esboço confeccionados por profissional legalmente habilitado como a obra em si, materializada na construção edificada (REsp 1.562.617/SP, Terceira Turma, DJe 30/11/2016).

6- A reprodução de obra substancialmente semelhante a outra preexistente é vedada pelo ordenamento jurídico.

7- A Lei de Direitos Autorais, contudo, permite que sejam reproduzidos pequenos trechos, ou mesmo a obra integral, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e não prejudique a exploração normal da obra reproduzida ou cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, VIII).

8- *Hipótese em que a Corte de origem, soberana no exame do conteúdo fático-probatório, apesar de reconhecer a identidade parcial de dois elementos arquitetônicos - dentre os 19 analisados -, concluiu que eles traduzem leituras singulares de concepções comuns à arquitetura moderna, inserindo-se no contexto de um projeto inteiramente diverso e que segue uma linguagem de inspiração própria, não causando confusão no público consumidor.*

9- Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.645.574/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 16/2/2017 – sem destaques no original)

Recurso especial. *Ação inibitória. Proteção da marca e concorrência desleal. Preliminares. Negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa, em razão de julgamento antecipado da lide. Não ocorrência. Mérito. Colidência entre as marcas. Confusão no público consumidor. Violação ao direito de marca. Não ocorrência. Marcas gráfica e foneticamente distintas inseridas no mesmo seguimento mercadológico. Verificação. Trade dress. Proteção destinada a evitar a concorrência desleal. Apresentação dos produtos. Distinção. Entendimento obtido da análise do conjunto fático-probatório reunido nos autos. Reexame. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7 desta Corte. Alegação de dissídio jurisprudencial. Ausência de similitude fática. Recurso especial improvido.*

I - Na hipótese dos autos, ainda que se considerasse possível, nessa via especial, proceder ao cotejo entre as marcas 'vanish' e 'vantage', cujos respectivos produtos encontram-se inseridos no mesmo seguimento de alvejantes, tal inferência redundaria exatamente na mesma conclusão a que chegou as Instâncias ordinárias.

Efetivamente, seja no que diz respeito à grafia, seja no que se refere à fonética dos vocábulos em confronto, não se constata qualquer similaridade, apta a induzir a erro o consumidor;

II - No ponto, as ora recorrentes, apegam-se ao fato de que os vocábulos em cotejo possuem as três primeiras letras iguais, o que, em sua compreensão, gráfica e foneticamente em muito os aproximaria.

Esta tênue identidade, entretanto, não tem a abrangência perseguida pelas recorrentes. Primeiro, é certo que a propriedade da marca 'vanish', não confere ao seu titular o domínio de qualquer outra palavra que, igualmente, inicie-se com as três letras 'van', notadamente se forem nitidamente distintas, como é o caso dos autos.

Além disso, os vocábulos em cotejo, ambos de origem inglesa, possuem significados incontrovertidamente diversos ('vantage' = benefício, ganho, vantagem; 'vanish' = sumir, desaparecer), com a grafia (remanescente), bem distinta, não se podendo, por conseguinte, antever, por parte das recorridas, a intenção de relacionar os produtos entre si. Aliás, decompondo-se em sílabas os vocábulos, percebe-se que as três primeiras letras, no vocábulo 'vantage', integram a primeira sílaba, enquanto na palavra 'vanish', diversamente, a primeira sílaba é composta apenas pelas duas primeiras letras 'va'. Tal constatação, é certo, tem relevância na própria fonética dos vocábulos, cuja distinção, da mesma forma, revela-se bem evidenciada na compreensão deste Relator, quando se pronuncia: "Vénichi" e "Vântage".

III - as Instâncias ordinárias deixaram assente, sempre com esteio nos elementos de prova reunidos nos autos, que o conjunto de elementos que identificam o produto da marca 'vantage', distinguem-se daquele que individualiza o produto da marca 'vanish', não conduzindo, por conseguinte, o consumidor a erro. Reconheceu-se, como visto, a diversidade de cores das respectivas embalagens, em acolhimento, portanto, a tese sustentada pelas recorridas, no sentido de que, na linha 'vantage', predomina o roxo em tom escuro e, na linha vanish, predomina a cor rosa em tom claro. Assentou-se, também, a irrelevância, para o efeito de colidência das marcas confrontadas, a forma como o logotipo encontra-se disposto na embalagem que, é certo, não é isoladamente passível de registro.

Nesse contexto, a incidência do retrocitado óbice sumular (Enunciado n. 7 da Súmula do STJ), é, na compreensão deste Ministro, incontornável;

IV - Recurso especial improvido.

(REsp n. 1.284.971/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe de 4/2/2013 – sem destaques no original)

(2) *Da supressio*

De outra parte, percebe-se que as questões trazidas nestes autos se conjugam perfeitamente ao instituto da *supressio*, pela qual o não exercício de certo direito, por parte de seu titular, em considerável lapso temporal, infunde a crença real e efetiva de que esse direito não mais será perseguido, criando na outra parte um verdadeiro sentimento de confiança de que não há sequer interesse daquele em pleiteá-lo.

Segundo o autor alemão WERNER FLUME, *o conceito de 'supressio' pode ser sintetizado por meio da ideia de que ninguém pode fazer valer um direito ou uma posição jurídica quando, em razão da sua conduta anterior, o exercício deles se mostra contrário à boa-fé e, com isso, contrário ao Direito* (El Negocio Jurídico – Parte general del Derecho Civil, Tomo II, 4ª edição, Tradução espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundacion Cultural del notariado, Madrid, 1998, p. 158 e 160).

Se assim não for, então o caso é de protraimento desleal do exercício de um direito que FERNANDO NORONHA, secundado na lição do doutrinador patricio MENEZES CORDEIRO, chama de *supressio: a situação do direito que não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo, por, de outra forma, contrariar a boa-fé* (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 185).

Ou como nos ensina JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES, remetendo-se a SHAKESPEARE, em sua obra “O Mercador de Veneza”:

Ao ver que a garantia não presta, Shylock deseja retroceder em sua escolha, no que é impedido por Pórcia. *Aqui, Pórcia aplicou um conceito conhecido no Direito inglês: o “Estoppel”. Tendo previamente recusado um direito, manifestando-se de determinada forma, Shylock fica impedido de reclamar esse mesmo direito, impedindo-se uma conduta contraditória* (Medida por Medida – O Direito em Shakespeare, Rio de Janeiro: 2013, ed. GZ, 2ª edição, p. 132).

Dessa forma, ao contrário do que alegou J&F, o fato de no passado as marcas se valerem de *trade dresses* similares, sem apresentação de óbices, não lançou um *aval eterno* para a prática ilícita, mas a própria generalização da vestimenta indevida e implicou, conseqüentemente, a extinção do direito a sua apropriação.

No caso, a ausência de defesa, embaraço ou irresignação na utilização da *trade dress*, por décadas – *frise-se, o TJRJ consignou que desde os anos 70 as*

referidas marcas utilizam tais conjunto-imagens (e-STJ, fls. 800/802) – importou o falecimento do interesse na defesa desse direito, por carência de *animus* por parte da J&F.

Segundo leciona DENIS BORGES BARBOSA:

Como já mencionamos, ao tratar da diluição de marcas não notórias, o artigo 130, III, da Lei 9.279/96 dá ao titular da marca o direito de zelar pela sua integridade física e moral. *A função social desse tipo de propriedade leva em consideração o interesse coletivo de livre expressão com o uso dos signos; ressurgem, assim, o interesse do titular confrontado com o interesse coletivo.*

Assim como ocorre na exurgência de interesse privado contratante com o de um titular, na posse de coisas, com a eventual prevalência do usucapiente, aqui o contraste de interesses, ambos com respaldo constitucional, exige do titular a ação em defesa; não temos a simples faculdade de agir, mas um dever positivo em face do interesse coletivo.

(...)

Quando os titulares das marcas tiverem conhecimentos de que suas marcas estão sendo utilizadas pelos concorrentes de forma indevida, como se referindo à marca como sendo o próprio produto (ex. recipiente de isopor), o titular deverá imediatamente tomar providências para evitar o uso inadequado da marca. Estas providências poderão ser extrajudiciais, como notificações, judiciais como ações, ou esclarecimentos em âmbito geral para o público.

(Proteção das Marcas – Uma perspectiva semiológica, Rio de Janeiro: 2017, ed. *Lumen Juris*, pág. 111).

E, conforme assentado no acórdão recorrido (e-STJ, fls. 804/805):

Destas observações e das provas trazidas aos autos, tanto pela autora quanto pela ré, podemos concluir que a roupagem defendida pela proprietária da *Neutrox* carece de ineditismo e de caráter distintivo da marca. Isso ocorre porque *restou demonstrada a existência concomitante de diversas marcas de condicionador de cabelo que utilizavam, ou ainda utilizam, embalagem cilíndrica com corpo ou conteúdo amarelo, carregando nome, sinais e tampa na cor vermelha, anterior e concomitantemente a ré, bem como aos seus antecessores* (...).

Como dito antes, em que pese a maioria dos documentos trazidos se refira à publicidade em língua estrangeira, também constam nos autos propagandas desde a década de 80 do produto *Restaurex*, da antiga *Niasi* (fls. 273), cuja reputação não se discute diante de seu alto renome, e ainda a fotografia da década de 90 (fls. 373, acautelada em cartório), que demonstra embalagem da própria apelante com o mesmo “trade dress” que se discute (fls. 262). *Assim, restou demonstrada a vulgarização do “trade dress” objeto da presente demanda, em razão de seu uso concomitante por outras marcas ao longo das décadas.*

(...) o Sr. Nelson Cápua, da Cápua Assessoria de Vendas, que afirmou conhecer o condicionador *Tratex* no mercado nacional, desde os anos 70, sempre com as mesmas características de embalagem (fls. 361 e 747, índice eletrônico); ou, ainda, do Sr. Emanuel Paulo Rodrigues de Faria, representante dos empresários fornecedores das embalagens, que narrou toda a trajetória de ambas as marcas, in fine:

(...) Na época os produtos mais conhecidos e fabricados no mercado brasileiro, era o *Creme Rinse* e como ele mesmo dizia, seria apenas mais um se fabricasse *Creme Rinse*, que tinha como grande produtora, líder de mercado, a *Bozzano* de São Paulo com quem não tinham como competir, assim *segundo a tendência* da *Wella* com o produto *WellaMed*, nasceu no Rio de Janeiro, o *Neutrox* e o *Kolene* que nessa época era branco mas em pouco tempo ficou também amarelo. Segundo ele mesmo não podia registrar o produto (cor e embalagem) pois ele seguiu a tendência da *WellaMed* desde 1958, com embalagem de mercado. (...) Mais ao menos na mesma época 1978 (+ou-) baseado na mesma tendência internacional, *WellaMed*, apareceu em São Paulo o produto *Tratex* com a mesma embalagem de mercado 30, 100ml, praticamente sem se cruzarem, pois a *Neutrox* começou no Rio de Janeiro e o *Tratex* em São Paulo, ambos procurando evitar confronto com a grande na época, a grande *Bozzano* com o *Creme Rinse*, mas seguindo a *WellaMed*, que não se incomodou nem com um nem com outro. (...) Fornecemos durante todos estes anos os dois grupos, sem qualquer problema de parte a parte. Durante todos estes anos, vários produtos surgiram e se seguiram na mesma tendência como *Restaurex*, *Jojotrox*, *Vigorex*, *Hennatrox* e tantos mais que no momento não me recordo. Nunca existiram confrontos ou incômodos entre as duas empresas, *Coper* e *Dragão*, pois eram bem conhecedoras das suas origens e que em momento nenhum se prejudicariam, antes pelo contrário, o Diretor da *Dragão* foi convidado para alguns eventos da *Coper* e vice-versa, nem muito menos se as embalagens de mercado, que eram produzidas pelos mesmos transformadores – se, destaques no original.

Depreende-se do aresto que tanto a *Neutrox* como a *Tratex* adotaram em suas “roupagens” as tendências de mercado ditadas pela empresa líder da época, mantendo tais características em seus produtos, desde os anos 70, sem litígio, desvio de clientela ou confusão por parte do público consumidor – até porque tais marcas não se destinavam ao mesmo público, pois *Neutrox* se estabeleceu no Rio de Janeiro e *Tratex*, em São Paulo.

Sobre concorrência desleal, DENIS BORGES BARBOSA orienta:

O primeiro elemento a se considerar, ao pesar uma hipótese de concorrência, é se ela ‘existe’. No caso específico da repressão à concorrência desleal, a existência de concorrência é um ‘*prius*’ inafastável: **não há lesão possível aos parâmetros adequados da concorrência se nem competição existe.**

Mais ainda: esta competição tem de estar sendo efetivamente exercida para ser relevante. Dois competidores nominais que não se agridem não podem alegar

deslealdade na concorrência. (BARBOSA, Denis Borges, Tratado da Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro: 2013, ed. *Lumen Juris*, 1ª edição, 2ª tiragem, pág. 457).

Ora, na hipótese dos autos não se verifica ocorrência de competição real entre as marcas, que conviveram harmonicamente desde os idos de 1970.

Portanto, é evidente a generalização das *trade dresses* examinadas que, embora similares, valeram-se de elementos e caracteres de domínio comum, seguindo a *tendência de mercado* ditada pela líder internacional (*WellaMed*) - *embalagem cilíndrica com corpo ou conteúdo amarelo, carregando nome, sinais e tampa na cor vermelha* - ao longo de todo esse período, sem notícias de confusão ao consumidor ou desvio de clientela, até porque, repise-se, nem sequer se destinavam ao mesmo público.

Desse modo, não há que se falar em concorrência desleal ou ofensa a direito marcário ou a propriedade industrial, intelectual e autoral, razão pela qual não merece reparos a decisão recorrida.

Assim sendo, *nego provimento* ao recurso especial.

Majoro os honorários advocatícios anteriormente fixados em desfavor de *J&F Participações S/A* de R\$ 15.000,00 para R\$ 25.000,00, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC. Ressalte-se não ser aplicável, no caso, o limite previsto no § 2º do mesmo artigo porque a verba honorária foi fixada com base em equidade (art. 20, 4º do CPC/73).

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.751.631-PR (2018/0162087-2)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Deise Vasques da Cunha

Advogados: Luís Ogedes Zamarian - PR042446

Nalú Alves Silveira Gonçalves e outro(s) - PR039246

Recorrido: Unimed de Foz do Iguaçu Cooperativa de Trabalho Médico

Advogado: Waldemar Ernesto Feiertag Junior e outro(s) - PR015937

EMENTA

Recurso especial. Direito Societário. Cooperativa de serviços médicos. Ação de cobrança conjugada com inexigibilidade de débito. Sócio retirante. Rateio de prejuízos. Arts. 80 e 89 da Lei n. 5.764/1971. Possibilidade. Valores provisionados. Impossibilidade.

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 saber se o provisionamento de dívidas, mesmo que legitimamente incluído no balanço patrimonial de determinado exercício, pode ser considerado no rateio proporcional de prejuízos e cobrado do cooperado que se demite da sociedade cooperativa.

3. A Lei n. 5.764/1971 admite o rateio, entre cooperados, apenas dos prejuízos verificados no decorrer do exercício, ou seja, das perdas apuradas em balanço relativo ao exercício findo, e somente na hipótese de insuficiência dos recursos provenientes do Fundo de Reserva.

4. Hipótese em que, por deliberação assemblear, pretendeu-se ratear entre os cooperados quantia provisionada para saldar obrigações que, embora derivadas de eventos passados, dependiam de uma condição ainda não implementada e que não correspondia aos prejuízos verificados no decorrer do exercício.

5. A Assembleia Geral dos associados, nos termos do art. 38 da Lei n. 5.764/1971, é o órgão supremo da sociedade, tendo poderes para decidir os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções convenientes ao desenvolvimento e defesa desta, mas deve agir dentro dos limites legais e estatutários. Precedentes.

6. Ainda que seja obrigatório o registro de provisões no balanço patrimonial de sociedades cooperativas de serviços médicos, não apenas por determinação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mas também para fins de adequação às normas de contabilidade, não é possível incluir no rateio entre cooperados, sobretudo daqueles que se demitiram da sociedade, valores que não digam respeito a prejuízos verificados no decorrer do exercício em que se dá a retirada.

7. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 30.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Deise Vasques da Cunha*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

Apelação cível. Ação de cobrança c/c declaratória de inexistência de débito. Novo Código de Processo Civil. Aplicação imediata da norma processual, respeitado o ato jurídico perfeito. Incidência da teoria do isolamento dos atos processuais. Cooperativa. Desligamento do cooperado. Balanço patrimonial deficitário. Decisão unânime e soberana em assembleia geral ordinária. Rateio dos prejuízos entre os cooperados. Utilização do fundo de construção. Obrigação da autora a arcar com sua parte do rateio. Inteligência da Lei n. 5.764/71 e do Estatuto Social da Cooperativa. Improcedência dos pedidos iniciais. Sucumbência invertida. Sentença reformada. Razões de recurso adesivo prejudicadas. Recurso de apelação provido e recurso adesivo prejudicado (e-STJ fls. 1.373-1.374).

Os sucessivos embargos de declaração opostos na origem foram rejeitados.

Em suas razões recursais (e-STJ fls. 1.477-1.490), a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 13, 36, 38 e 80, *caput* e parágrafo único, inciso I, da Lei n. 5.764/1971, alegando, em síntese, que: a) deliberações assembleares não podem prevalecer sobre a letra da lei e o próprio estatuto da cooperativa; b) os débitos provisionados ainda não tinham sido judicialmente exigidos da cooperativa recorrida por ocasião do seu desligamento e c) eventuais

perdas só podem ser atribuídas ao cooperado depois de judicialmente exigidas da cooperativa.

Decorrido o prazo para apresentação das contrarrazões (e-STJ fl. 1.509), e admitido o recurso na origem, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação merece prosperar.

Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela ora recorrente contra *Unimed de Foz do Iguaçu Cooperativa de Trabalho Médico* visando ao recebimento, em virtude do seu desligamento, da quantia referente à sua quota-capital e de valores descontados a título de “fundo de construção”, além da declaração de inexigibilidade do débito que lhe está sendo exigido.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar a ré

(...) a restituir à autora o valor da quota capital integralizada, corrigida monetariamente pela média aritmética do INPC/IGP-DI, a partir da integralização e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês desde 29 de fevereiro de 2007, na forma da fundamentação.

(...)

a restituir à autora o aportado a título de fundo de construção, corrigido monetariamente pela média aritmética do INPC/IGP-DI, a partir de cada aporte e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação (e-STJ fls. 1.274-1.275).

Na sequência, contudo, a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná deu provimento ao recurso de apelação interposto pela demandada e julgou prejudicado o recurso adesivo da autora, declarando, assim, a improcedência da demanda, nos termos da seguinte fundamentação:

(...)

Primeiramente, cumpre destacar que *resta incontroversa a discussão acerca da legalidade das contas prestadas pela Cooperativa, referentes ao ano contábil de*

2006, razão pela qual não há que se rediscutir a pertinência ou não do cômputo dos provisionamentos dentre as contingências passivas.

Assim sendo, **parte-se da premissa que o balanço da Cooperativa no ano de 2006 encerrou, de fato, com um déficit de R\$ 229.526,25.**

(...)

Note-se que o Estatuto Social da Unimed estabelece que a Cooperativa se constitui em uma *sociedade de responsabilidade limitada*, o que se verifica pelo seu artigo 8º e está em consonância com o artigo 11 da Lei n. 5.764/71.

Contudo, *ao mesmo tempo, prevê que as perdas e prejuízos aferidos no balancete aprovado em Assembleia Geral Ordinária, se não cobertos pela utilização do Fundo de Reserva, serão rateados proporcionalmente entre os cooperados, como se verifica no artigo 91 do mesmo Estatuto. Tal dispositivo coaduna com o disposto nos artigos 80 e 81 da Lei n. 8.764/71 e no artigo 1.095, parágrafo 1º do Código Civil.*

Apurado o déficit no balanço patrimonial do exercício de 2006, o qual foi aprovado na prestação de contas realizada perante a Assembleia Geral Ordinária de 29/02/2007 (fls. 145 e ss.), estando o mesmo incontroverso nos autos, é justo e lícito que seja rateado dentre os cooperados que faziam parte da cooperativa quando os débitos foram adquiridos.

(...)

Estabelecida a necessidade de rateio, na Assembleia Geral Ordinária referida (datada de 29/02/2007) foi decidido unanimemente que: 1) o rateio seria proporcional à produção, considerando o fato gerador ano a ano; e 2) seria utilizado o Fundo de Construção para amortizar os valores que cada cooperado devia (fl. 149).

Da mesma forma, foi ratificado que “os cooperados que pediram saída até 31-12-2006, vão utilizar o fundo de construção e cota do capital para fazer o encontro de contas, sendo que o saldo remanescente, se houver, deverá ser quitado à vista, da forma como manda a legislação” (fl. 150).

Restou comprovado nos autos, principalmente através da perícia realizada na fase instrutória, que, do total devido proporcionalmente pela apelada após o rateio, subtraídos os valores relativos à sua quota-capital e à sua parte no fundo de construção, o valor apurado foi de fato R\$ 10.081,26 (fls. 618 e ss.).

Possuindo as decisões tomadas em Assembleia Geral Ordinária caráter genérico e soberano, bem como considerando as características específicas de sociedade cooperativas, deve a apelada arcar com sua parte nos déficits patrimoniais da apelante, pois, caso contrário, estaria a prejudicar os demais cooperados (e-STJ fls. 1.380-1.385 - grifou-se).

Cinge-se a controvérsia a saber se o provisionamento de dívidas, mesmo que legitimamente incluído no balanço patrimonial, pode ser considerado no

rateio proporcional de prejuízos e cobrado do cooperado que se demite da sociedade.

De início, é preciso esclarecer que, no ordenamento infraconstitucional, naquilo que não contrariar os arts. 1.093 a 1.095 do Código Civil de 2002, as sociedades cooperativas permanecem regidas pela Lei n. 5.764/1971, aplicando-se, na hipótese de omissão legal, as disposições referentes à sociedade simples, a teor do disposto no art. 1.096 do mesmo Código.

Disso resulta que a norma do art. 13 da Lei n. 5.764/1971, segundo a qual “*a responsabilidade do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa*”, por não confrontar com nenhuma disposição do Código Civil de 2002, permanece em pleno vigor, mas não tem nenhuma pertinência para a solução da presente controvérsia, tendo em vista que não se está a tratar da responsabilidade do cooperado para com terceiros, mas da sua responsabilidade perante a própria sociedade e os demais sócios pelo prejuízo verificado nas operações sociais.

Pelo mesmo motivo, também é irrelevante para a solução do litígio o fato de o Estatuto Social da Cooperativa dispor que a responsabilidade do cooperado pelas obrigações sociais assumidas com terceiro é subsidiária e somente pode ser invocada depois de judicialmente exigida da Cooperativa.

Quanto ao *rateio de prejuízos entre cooperados*, que não se confunde com o rateio das despesas gerais da sociedade, sua disciplina está prevista nos arts. 80, 81 e 89 da Lei n. 5.764/1971:

Art. 80. As *despesas da sociedade* serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços.

Parágrafo único. A cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer:

I - *rateio*, em partes iguais, das *despesas gerais da sociedade* entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto;

II - *rateio*, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou **dos prejuízos verificados no balanço do exercício**, excluídas as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.

Art. 81. A cooperativa que tiver adotado o critério de separar as despesas da sociedade e estabelecido o seu rateio na forma indicada no parágrafo único do artigo anterior deverá levantar separadamente as despesas gerais.

Art. 89. Os **prejuízos verificados no decorrer do exercício** serão cobertos com recursos provenientes do Fundo de Reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do artigo 80. (grifou-se)

No Estatuto Social da ora recorrida (e-STJ fls. 63-99) há semelhante previsão normativa dispondo que “(...) o cooperado se obriga a pagar sua parte **nas perdas apuradas em balanço**, na proporção das operações que houver realizado com a cooperativa, **se o Fundo de Reserva Legal não for suficiente para cobri-las**” (art. 7º, VI - grifou-se), persistindo a responsabilidade do cooperado demitido até a data de aprovação, pela Assembleia Geral, do balanço e das contas do exercício em que ocorrer a demissão (art. 13).

Na hipótese dos autos, o valor que se pretendeu ratear entre cooperados resultou da inclusão, no balanço do exercício de 2006, de “*provisão para contingências fiscais, trabalhistas e cíveis*”, conforme documento encaminhado à autora pela própria Cooperativa (e-STJ fls. 148-152).

Do referido documento, consta que:

(...)

● Através do Ofício n. 2.962/2003, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS determinou que, fossem registrados no balanço anual da Cooperativa “todas as obrigações de natureza cível, trabalhista e tributária, inclusive juros e outros encargos, quando aplicável, que até a presente data não tenham sido provisionadas por esta operadora”. Tal notificação se deu em decorrência da Norma de Procedimento de Contabilidade - NPC n. 22, de 03 de outubro de 2005, emanada pelo Instituto Brasileiro dos Auditores Independentes - IBRACON que foi adotada pela ANS para as operadoras de plano de saúde, obrigando a provisionar valores tributários ainda em discussão judicial.

● Assim, tais valores, mesmo ainda não sedimentados em decisão final, tiveram que ser incluídos como perdas para efeito de provisionamento, de acordo com o que dispõe o artigo 80 e 89 da Lei 5.764/1971, *in verbis*:

(...)

● Portanto, a inclusão dos valores se deu por exigência da Agência reguladora dos planos de saúde, a qual, pelo conteúdo da Lei 9.961/2000 possui atribuição sobre as operadoras de plano de saúde, sendo que o não atendimento implicaria em pesadas multas e até a liquidação da Unimed Foz do Iguaçu e da sua carteira de clientes.

(...)

● Os passivos constituídos como provisão de contingências fiscais, Pis, Cofins, IRPJ e Contribuição Social, contingências Trabalhista e Contingência Civil, são os abaixo demonstrados:

Total Contingências Fiscais 6.567.906,89

Total Contingências Trabalhistas 230.000,00

Total Contingências Civil 250.000,00

Provisão Contingências Contabilizadas (967.167,14)

Total de Contingências a ser provisionado 6.080.739,75

Saldo Fundo Reserva (455.723,26)

Saldo Provisão a ser amortizado 5.625.016,49

Perda Exercício 2006 a ser amortizado 229.526,25

Total a ser amortizado pelos cooperados 5.854.542,74

● Apesar de citado nas assembleias realizadas em anos anteriores - desde o ano de 1998, que a Unimed Foz já vinha sofrendo autuações fiscais por parte da Receita Federal - os cooperados em nenhum momento aceitaram fazer frente a um *provisionamento para provável perda destas ações* (questões debatidas nas assembleias).

● Diante do montante o qual estava se formando tais contingências a partir do ano 2004 a cooperativa iniciou um planejamento tributário e começou a efetivar provisionamento destas contingências que no ano findo de 2006 apresentou a monta de R\$ 967.167,14, valor este já abatido do total conforme quadro acima (grifou-se).

Para efeitos contábeis, *provisões* não se confundem com os denominados *passivos contingentes*, como bem esclarecem Ariovaldo dos Santos, Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins e Ernesto Rubens Gelcke:

(...)

Conforme o CPC 25 – Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes, *as provisões são **obrigações presentes, derivadas de eventos passados**, em que existe uma **expectativa provável** de saída de recursos para a liquidação da obrigação e que possam ser mensuradas com confiabilidade. Em sua essência, portanto, as **provisões atendem ao conceito de passivo** e, conseqüentemente, **devem ser reconhecidas nas demonstrações contábeis como tal.***

Na verdade, *as provisões são passivos com prazos ou valores incertos*. Portanto, as provisões se diferenciam dos demais passivos, como impostos a pagar ou fornecedores, porque **há incerteza sobre o prazo ou o valor do desembolso futuro necessário para a sua liquidação**. Essa incerteza, todavia, não descaracteriza a existência de uma obrigação que deve ser reconhecida no Passivo. Podemos citar como exemplos as provisões para riscos fiscais, trabalhistas e cíveis, as provisões para danos ambientais, as provisões para reestruturação, para limpeza de sítios, entre outros.

(...)

Por fim, *é importante também diferenciar as provisões dos passivos contingentes, já que as primeiras são contabilizadas e os últimos são apenas divulgados em nota*

explicativa. Conforme o item 13(b) do CPC 25, os passivos contingentes não são reconhecidos como passivos porque são obrigações em que a probabilidade de saída de recursos é apenas possível e não provável ou porque não pode ser feita uma estimativa suficientemente confiável do seu valor. Portanto, os passivos contingentes devem ser apenas divulgados em nota explicativa.

O que diferencia a probabilidade que leva à classificação como provável ou possível para o fim discutido é simplesmente: mais provável que sim do que não, ou o inverso. Dessa forma, a provisão só assume essa natureza se for mais provável que haverá o futuro desembolso do que não.

(...)

Alinhadas com as definições expostas, são definidas três condições que devem ser satisfeitas para o reconhecimento das provisões (item 14 do CPC 25):

- a) a entidade tem uma obrigação presente (legal ou não formalizada) como resultado de um evento passado;
- b) seja provável que será necessária uma saída de recursos que incorporem benefícios econômicos para liquidar a obrigação; e
- c) possa ser feita uma estimativa confiável do valor da obrigação.

(...)

Os passivos contingentes são definidos pelo CPC 25, item 10, como “uma obrigação possível que resulta de eventos passados e cuja existência será confirmada apenas pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos não totalmente sob controle da entidade” ou como uma obrigação presente que resulta de eventos passados, mas que não é reconhecida porque não é provável que uma saída de recursos seja necessária para sua liquidação ou porque o seu valor não pode ser mensurado com confiabilidade. Ou seja, se a probabilidade de não haver o desembolso for maior do que a de haver, tem-se o passivo contingente (a não ser que a probabilidade chegue ao ponto de ser considerada remota).

Os passivos contingentes, portanto, não devem ser reconhecidos como obrigações nas demonstrações contábeis, sendo necessária, todavia, a sua divulgação em notas explicativas. Entretanto, quando a possibilidade de saída de recursos for remota, a divulgação não será exigida.

(...)

Em resumo, as obrigações presentes tratadas neste capítulo devem ser avaliadas e classificadas, segundo a probabilidade de saída de recursos, em: (a) provável; (b) possível; ou (c) remota. Sendo, respectivamente: (a) uma provisão; (b) um passivo contingente divulgado; e (c) um passivo contingente não divulgado. Quando a obrigação for classificada como provável, mas não existir estimativa confiável, divulga-se um passivo contingente. (*Manual de contabilidade societária: aplicável a todas as sociedades: de acordo com as normas internacionais e do CPC, 4ª ed., Barueri [SP]: Atlas, 2022 - págs. 259-261 - grifou-se*)

Para os fins que aqui interessam, basta saber que, na *apuração do balanço do exercício de 2006*, valores identificados como “**provisão para contingências fiscais, trabalhistas e cívicas**” foram contabilizados como *passivo*, e não mencionados em simples notas explicativas, vindo a corroborar o acerto de tal proceder o fato, devidamente extraído dos autos (e-STJ fls. 672-677), de que a Cooperativa, no ano de 2009, aderiu ao Programa de Recuperação Fiscal criado pela Lei n. 11.941/2009 (Refis Federal), efetuando o pagamento à vista dos tributos provisionados, valendo-se, para tanto, de empréstimos bancários.

É preciso observar, todavia, que *tanto a lei quanto o Estatuto somente admitem o rateio, entre cooperados, dos prejuízos verificados no decorrer do exercício, ou seja, das perdas apuradas em balanço relativo ao exercício findo, mas, ainda assim, restrito à hipótese de insuficiência dos recursos provenientes do Fundo de Reserva.*

E quanto ao ponto, o Órgão Julgador foi categórico ao consignar que “(...) o balanço da Cooperativa no ano de 2006 encerrou, de fato, com um déficit de R\$ 229.526,25” (e-STJ fl. 1.380 - grifou-se), fato confirmado tanto pelo documento encaminhado à autora pela própria Cooperativa (e-STJ fls. 148-152), já anteriormente reproduzido, quanto pelo laudo pericial, do qual se transcreve o seguinte excerto:

(...)

Quesito 02 - O balanço fiscal do ano 2006 foi negativo ou positivo? Queira o Sr. Perito especificar a quantia;

Resposta: O resultado operacional do exercício de 2006 foi negativo (deficitário) em (R\$ 229.526,25) (Duzentos e vinte e nove mil, quinhentos e vinte e seis reais e vinte e cinco centavos), conforme documento denominado “Demonstrativo do Resultado Operacional Comparativo”, apensado às fls. 116.

(...)

Quesito 05 - O relatório anual anexo aos autos - relatório do exercício de 2006 - apresenta um resultado operacional negativo de R\$ 229.526,25. Tal valor fora coberto pelo Fates/Fundo de Reserva existente? Se negativa ou positiva a resposta, demonstre por cálculos e cópias de documentos contábeis a operação realizada pela Requerida para “zerar” o balanço operacional do ano de 2006 da cooperativa.

Resposta: O resultado operacional no ano de 2006 foi negativo em (R\$ 229.526,25) (Duzentos e vinte e nove mil e quinhentos e vinte e seis reais e vinte e cinco centavos).

(...)

Quesito 06 - Qual o valor que deve ser imputado à Requerente diante da apresentação do resultado operacional negativo efetivamente contabilizado de R\$ 229.526,25 apresentado? É possível responder com os documentos fornecidos ou trazidos aos autos pela requerida?

Resposta: Especificamente quanto ao resultado operacional negativo do exercício encerrado em 31/12/2006, que foi de (R\$ 229.526,25), se fosse somente esse valor a ser coberto, não haveria necessidade de imputar à requerente, já que o mesmo poderia ser suportado pelo fundo de reserva (e-STJ fls. 657-687 - grifos no original).

Esse mesmo fato também foi registrado na sentença de primeiro grau de jurisdição (e-STJ fl. 1.269) e na Ata da 18ª Assembleia Geral Ordinária, realizada em 29/2/2007:

(...)

O Presidente da Cooperativa voltou a presidir a mesa diretora, e então, passou-se ao 3º item da pauta: *Definição do rateio das perdas*. O Dr. Cordoni convidou a contadora, Sra. Rosinéia, para apresentar a posição das contingências de natureza cível, trabalhistas e fiscais, em 31-12-2006. Com a palavra a Sra. Rosinéia apresentou que *o total das contingências fiscais é de R\$ 6.567.906,89* (seis milhões quinhentos e sessenta e sete mil novecentos e seis reais e oitenta e nove centavos), e esclareceu que essas contingências foram feitas com base no planejamento tributário da Prospecta Auditores na base de cálculo entendida pela cooperativa, em conformidade com o fisco; *o total das contingências trabalhistas é R\$ 230.000,00* (duzentos e trinta mil reais), com base no relatório e parecer da assessoria jurídica trabalhista, Dra. Soraya Sotomayor Justus; *total de contingências de natureza cível é de R\$ 250.000,00* (duzentos e cinquenta mil reais), feita com base no relatório do assessor jurídico Dr. Waldemar Ernesto Feiertag Júnior; *a provisão de contingências provisionados no decorrer dos anos de 2004 e 2005 e contabilizadas, a ser diminuído do total, é de R\$ 967.167,14* (novecentos e sessenta e sete mil cento e sessenta e sete reais e quatorze centavos); *total de contingências a ser provisionado R\$ 6.080.739,15* (seis milhões e oitenta mil e setecentos e trinta e nove reais e quinze centavos); ***o saldo do fundo de reserva, a ser diminuído do total, é de R\$ 455.723,26*** (quatrocentos e cinquenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e vinte e seis centavos), saldo da provisão a ser amortizado R\$ 5.625.016,49 (cinco milhões seiscentos e vinte e cinco mil reais e dezesseis reais e quarenta e nove centavos), mais ***a perda do exercício de 2006 de R\$ 229.526,25*** (duzentos e vinte e nove mil e quinhentos e vinte e seis reais e vinte e cinco centavos), *totalizando o valor de R\$ 5.854.542,74* (cinco milhões oitocentos e cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e dois reais e setenta e quatro centavos) *para ser amortizado através de rateio entre os cooperados* (e-STJ fls. 161-162 - grifou-se).

Diante desse contexto, não poderia a assembleia impor o *rateio* da quantia de R\$ 5.854.542,74 (cinco milhões oitocentos e cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e dois reais e setenta e quatro centavos) entre os cooperados, pois não correspondente aos *prejuízos verificados no decorrer do exercício de 2006*, limitados a R\$ 229.526,25 (duzentos e vinte e nove mil quinhentos e vinte e seis reais e vinte e cinco centavos), sobretudo porque o saldo do Fundo de Reserva (R\$ 455.723,26 - quatrocentos e cinquenta e cinco mil setecentos e vinte e três reais e vinte e seis centavos) era suficiente para cobri-los.

Consoante já decidido por esta Corte Superior,

(...)

Embora a *Assembleia Geral dos associados*, nos termos do art. 38 da Lei 5.764/71, seja o *órgão supremo da sociedade*, tendo poderes para decidir os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções convenientes ao desenvolvimento e defesa desta, e suas deliberações vinculam a todos, ainda que ausentes ou discordantes, *ela deve fazê-lo sempre dentro dos limites legais e estatutários* (REsp n. 1.303.150/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/3/2013, DJe de 8/3/2013 - grifou-se).

Assim, ainda que seja obrigatório o registro de provisões no balanço patrimonial de sociedades cooperativas de serviços médicos, não apenas por determinação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mas também para fins de adequação às normas de contabilidade, não era possível incluir no *rateio* entre cooperados, sobretudo daqueles que se demitiram da sociedade, valores que não diziam respeito a *prejuízos verificados no decorrer do exercício em que se deu a retirada*.

Nada impedia que a Assembleia Geral decidisse pela formação de um fundo para saldar as obrigações que deram ensejo às provisões realizadas, mas só poderia exigir a respectiva contrapartida financeira dos cooperados que ainda permaneciam vinculados à sociedade.

Ainda que por fundamentação distinta, esta Terceira Turma já teve a oportunidade de manter o entendimento adotado em acórdão que, *em caso idêntico*, decidiu que o *rateio* pretendido pela Cooperativa não poderia ser imposto à autora da ação sem a efetiva saída dos recursos provisionados.

Confira-se:

Recurso especial. Ação de cobrança. Cooperativa. Negativa de prestação jurisdicional. Rejeitada. Controvérsia fática em que houve pronunciamento pelo acórdão recorrido. Omissão. Inexistente. Fragilidade do equilíbrio econômico-

financeiro de operadora de plano de saúde constituída na forma de cooperativa. Perícia da ANS. Contingência passiva. Associado retirante. Cobrança judicial prévia. Assembleia geral. Previsão estatutária. Observância necessária. Interpretação de dispositivo do Estatuto Social da Cooperativa em recurso especial. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência.

1. Ação ajuizada em 13/6/17. Recurso especial interposto em 29/11/16. Autos conclusos ao gabinete em: 11/12/17. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal consiste em dizer: i) da negativa de prestação jurisdicional do Tribunal de origem; ii) da violação dos arts. 1.094, VII, do CC, 38, 89, da Lei 5.764/71; iii) da configuração de dissídio jurisprudencial.

3. A recorrente se volta contra os fatos que foram delimitados de maneira soberana pela convicção firmada no acórdão recorrido na análise das provas dos autos, o que não dá ensejo ao vício de omissão no julgamento.

4. *O próprio Estatuto Social estabelece que a responsabilidade subsidiária dos associados somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa e perdura até a aprovação, pela Assembleia Geral, das contas do exercício em que se registrou o seu desligamento.*

5. *Diante de referida disposição estatutária, o acórdão recorrido entendeu que a cooperativa queria compensar valores com os cooperados retirantes, **sem que realmente tivesse ocorrido uma efetiva cobrança ou exigência judicial**, e quanto aos fatos registrou que até a aprovação das contas que se deu na Assembleia Geral realizada no ano seguinte, não foi demonstrada a existência de quaisquer débitos que tenham sido exigidos judicialmente.*

6. Este raciocínio não contraria os dispositivos legais indicados como violados pela recorrente, pois os poderes relativos à Assembleia Geral da entidade devem ser exercidos dentro dos limites legais e estatutários.

7. Inadmissível em recurso especial se definir qual a interpretação que deve prevalecer sobre o alcance de dispositivo do estatuto social da cooperativa, por não ser hipótese de contrariedade à lei federal, nos termos da alínea "a" do permissivo constitucional.

8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.* (REsp 1.746.237/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 7/11/2019 - grifou-se).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, na forma estabelecida na parte dispositiva da sentença.

Proferida a sentença na vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendo que a verba honorária deve ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, devendo a parte demandada arcar integralmente com os ônus sucumbenciais, haja vista o decaimento mínimo da autora.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.845.508-RJ (2019/0045821-9)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda
Advogados: Jacques Labrunie - RJ055594
 João Vieira da Cunha - RJ127926
 Vicente de Moura Rosenfeld - SP286838
 Jaddy Maria Alves Pereira Messias - SP400938
Recorrido: Instituto Nacional da Propriedade Industrial
Recorrido: Geolab Indústria Farmacêutica Ltda
Advogados: Augusto César Rocha Ventura - GO012539
 Samuel Martins Gonçalves - GO017385
 Rodrigo Gonçalves Montalvão - GO023441
 Rogério Santos Beze - RJ113058
 Mariana Gonçalves Albuquerque - GO045796

EMENTA

Recurso especial. Direito Empresarial. Direito da Propriedade Industrial. Marcas. Ação de nulidade da marca nominativa Vitacin, com pedido de abstenção de uso. Art. 124, XIX, da LPI. Prévio registro, na mesma classe, da marca Vitawin. Alegada violação dos arts. 124, XIX, 129 e 130 da LPI. Não ocorrência. Marca Vitawin que configura marca altamente sugestiva do produto a que se refere (suplemento multivitamínico). Marca fraca. Exclusividade restrita ao uso literal do signo como registrado. Impossibilidade de apropriação do nome genérico. Art. 124, VI, da LPI. Consequente inviabilidade da

proteção almejada, que acabaria por conferir ampla proteção a nome praticamente igual ao genérico.

1. Ação proposta com o objetivo de anulação, com fundamento no art. 124, XIX, da LPI, do registro da marca *Vitacin*, diante do prévio registro da marca *Vitarwin* na mesma classe de produtos, bem como de condenar a ré a se abster de utilizar referido nome ou qualquer outro signo que se assemelhe à marca anteriormente registrada.

2. A verificação da impossibilidade de registro de uma marca em razão de possível conflito com marca anteriormente registrada, como regra, demanda o exame (i) do grau de semelhança entre os sinais; (ii) do grau de semelhança entre os produtos; (iii) da possibilidade de confusão ou de associação no público consumidor.

3. Caso concreto, porém, que apresenta a peculiaridade de a marca anterior, *Vitarwin*, ser altamente sugestiva dos produtos a que se refere (suplementos multivitamínicos), sendo quase idêntica ao nome genérico em inglês “vitamin”.

3. Se, de acordo com o art. 124, VI, da LPI, não é possível o registro de sinal genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo que tenha relação com o produto ou serviço a que se refere, também não é possível que o registro de marca praticamente idêntica ao nome genérico possa se valer de ampla proteção, sob pena de se permitir, por via transversa, aquilo que a própria lei busca evitar: a apropriação, por particulares, de nome comumente utilizado em determinado segmento mercadológico.

4. Eventual semelhança fonética e gráfica entre as marcas em questão que não se mostra relevante para fins de proteção da marca anterior, uma vez que ambas são evocativas dos produtos a que se referem.

5. Tratando-se de marca muito fraca, a exclusividade conferida pelo registro deve ser restrita ao uso literal da marca como registrada, o que não é o caso.

6. Possibilidade de confusão ou de associação indevida que não ficou demonstrada, sobretudo considerando a diferença ideológica existente entre as marcas em questão. Impossibilidade de reexame dos fatos. Súmula 7/STJ.

7. *Recurso especial desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrich votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2022 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 13.6.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Versam os autos acerca de ação proposta por *Sanofi* contra o *Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI* e contra *Geolab Indústria Farmacêutica Ltda*, com o objetivo de ver reconhecida a nulidade do registro da marca nominativa *Vitacin*, registrada sob o n. 825719208, na classe NCL(8) 05 (medicamento para medicina humana – vitamina C), com a condenação da segunda ré a se abster de utilizar a expressão *Vitacin* ou qualquer outra que se assemelhe à expressão *Vitarwin* para assinalar vitaminas e quaisquer outros produtos farmacêuticos, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O juízo de origem indeferiu a liminar e, posteriormente, julgou improcedentes os pedidos da inicial (e-STJ fls. 272-280), por entender que há possibilidade de convivência entre as marcas *Vitarwin* e *Vitacin*, já que não há identidade gráfica e fonética entre elas, que ambos os signos apresentam caráter evocativo e que não há elementos que permitam concluir pela possibilidade de confusão ou de falsa associação no consumidor quanto à origem dos produtos identificados por cada uma dessas marcas.

Interposto recurso de apelação por *Sanofi* (e-STJ fls. 283-303), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região a ele negou provimento, mantendo integralmente a sentença, por ter concluído que a marca *Vitarwin* é marca fraca e que, portanto, a ela deveria ser imposto o ônus da coexistência pacífica com outras marcas semelhantes da mesma natureza (e-STJ fls. 366-372).

A ementa do acórdão recorrido foi redigida nos seguintes termos (e-STJ fls. 372):

Propriedade industrial: marca. Colidência. "Vitawin". "Vitacin". Registro. Mitigação do direito a exclusividade.

I - Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes. Precedentes do STJ.

II - As marcas "Vitacin" e "Vitawin" não possuem identidade gráfica e fonética, porque a pronúncia "cin" é diferente de "win", e têm clara distinção ideológica - uma deriva de vitamin e traz a ideia de vitamina C e a outra advém de vitória em inglês (win) -, o que afasta a possibilidade de confusão ou falsa associação quanto à origem dos produtos identificados por ambas, ainda que tais produtos estejam enquadrados no mesmo segmento de mercado - farmacêutico -

III - O prefixo "Vita" é evocativo de vitamina e integra diversos conjuntos marcários que foram concedidos a diversos titulares, implicando na mitigação da regra de exclusividade do registro.

IV - Apelação conhecida e não provida.

Em seu recurso especial (e-STJ fls. 376-396), fundado apenas na alínea *a* do permissivo constitucional, *Sanofi* alega a violação dos arts. 124, XIX, 129 e 130, III, da Lei n. 9.279/96, afirmando: a) que basta a semelhança passível de causar confusão ou associação para fins de aplicação do art. 124, XIX, da LPI; b) que, ainda que se entenda pela evocatividade de determinadas marcas, não se pode permitir a convivência de marcas praticamente idênticas, diferenciadas por uma única letra, em detrimento de seus direitos de propriedade industrial e dos consumidores, que podem ser levados a erro diante da flagrante proximidade entre as marcas; c) que, além da flagrante similaridade gráfica e fonética, as marcas *Vitawin* e *Vitacin* designam os mesmos produtos, vendidos lado a lado nas prateleiras de farmácias, destinados ao mesmo público alvo; d) que detém o direito ao uso exclusivo da sua marca *Vitawin* e de suas variações, para designar suplementos vitamínicos, em todo o território nacional, além de lhe ser assegurado o direito de zelar pela integridade material de sua marca e reputação; e) que a mera substituição da letra W pela letra C não tem o condão de distanciar os signos em questão, não conferindo caráter distintivo à marca da recorrida e, ao contrário, reforçando a imitação fraudulenta; f) que detém a anterioridade marcária, tendo em vista que o seu primeiro depósito data do ano de 2000, enquanto a marca da recorrida foi depositada apenas em 2003; g) que o conjunto formado pela associação do termo *Vita* ao sufixo IN está presente em ambas as marcas, o que as aproxima demasiadamente, causando a mesma impressão visual e memória fonética; h) que não deve ser aplicada a teoria

da distância, tendo em vista que não há qualquer marca próxima a *Vitarwin* convivendo no mercado, com exceção da marca da recorrida.

O Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI apresentou as contrarrazões (e-STJ fls. 468-474).

O recurso especial foi inadmitido pelo Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (e-STJ fls. 481-483).

Interposto agravo (e-STJ fls. 486-501), dele conheci para não conhecer do recurso especial (e-STJ fls. 537-543).

Interposto agravo interno (e-STJ fls. 548-555), em juízo de retratação, tornei sem efeito a decisão agravada e determinei a reautuação do agravo como recurso especial, para melhor exame da controvérsia (e-STJ fls. 582-583).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas, não merece provimento o presente recurso especial.

A controvérsia diz respeito a verificar se o prévio registro da marca *Vitarwin* poderia ensejar a invalidação, nos termos do art. 124, XIX, da Lei n. 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), do registro da marca *Vitacin* na mesma classe de produtos, relativa a, dentre outros, preparações farmacêuticas e suplementos alimentares.

O Tribunal de origem manteve integralmente a sentença de improcedência, tendo concluído que, diante da natureza evocativa da marca *Vitarwin*, seu titular deveria arcar com o ônus de sua convivência pacífica com signos semelhantes.

Em suas razões, a recorrente alega que o caráter evocativo de sua marca não pode levar à conclusão de que marcas praticamente idênticas, utilizadas para os mesmos produtos, devem coexistir. Afirma que deve ser garantida a proteção que lhe é conferida pelos arts. 129 e 130, III, da Lei de Propriedade Industrial, de modo que deve ser reconhecido seu direito de impedir o registro de marca semelhante para os mesmos produtos, diante da possibilidade de confusão ou de associação.

Não lhe assiste razão.

A recorrente busca, por meio da presente ação, a anulação da marca nominativa *Vitacin*, depositada em 01/09/2003 e cujo registro foi concedido

pelo INPI em 09/03/2011, para designar medicamentos para medicina humana (vitamina C).

A pretensão anulatória tem por fundamento o art. 124, XIX, da LPI, que assim dispõe:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

(...)

XIX - reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia;

Da norma acima mencionada, depreende-se que a análise da possibilidade de registro de uma marca que, ao menos em tese, conflite com outra marca anteriormente registrada, pressupõe, como regra, o exame de três elementos: (i) o grau de semelhança entre os sinais; (ii) o grau de semelhança entre os produtos; (iii) a possibilidade de confusão ou de associação no público consumidor.

Conforme já tive a oportunidade de registrar em julgado anterior (REsp 1.847.987/MS, julgado em 23/11/2021, DJe 09/12/2021), em casos de dupla identidade – isto é, quando há identidade não apenas entre os sinais, mas também entre os produtos por eles designados – presume-se a possibilidade de confusão ou de associação indevida, sendo desnecessária a sua aferição *in concreto*.

O presente caso, porém, apresenta algumas peculiaridades que, por serem relevantes, devem ser necessariamente levadas em consideração para a correta solução da lide.

Em primeiro lugar, não se trata de caso de dupla identidade. Nem as marcas em questão nem os produtos a que se referem guardam completa identidade entre si, ainda que haja elevado grau de semelhança.

Em segundo lugar, conforme reconhecido na sentença e no acórdão recorrido – e não impugnado nas razões recursais –, a marca *Vitarwin* é evocativa dos produtos a que se refere.

1. Da marca evocativa e seu reduzido grau de distintividade:

Para que uma marca possa ser registrada, ela deve, como é cediço, preencher o requisito da distintividade, exigido pelo art. 122 da Lei de Propriedade Industrial.

Justamente por este motivo, o art. 124, VI, do mesmo diploma legal proíbe o registro de sinais:

de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva. – g.n.

O sinal que seja meramente descritivo do produto ou do serviço por ele designado carece de distintividade e não pode, por conseguinte, ser registrado como marca.

Seria inviável, por exemplo, o registro, como marca relacionada a suplementos vitamínicos, do nome *Suplemento Vitamínico* ou *Vitamina*, ou qualquer outro sinal que se limite a descrever o produto.

Cito, por oportuno, trecho de obra especializada (Propriedade Industrial Aplicada: Reflexões para o Magistrado. Brasília: CNI, 2013, p. 81):

Os signos genéricos, necessários, comuns, vulgares ou simplesmente descritivos não podem ser registrados como marca porque lhes falta distintividade. Trata-se, pois, de signos que não são capazes de distinguir e individualizar determinado produto ou serviço dos seus congêneres no mercado.

Portanto, são signos que não podem ser apropriados por um único particular. Caso contrário, os demais empresários ver-se-iam impedidos de utilizarem tais expressões, o que, em última instância, acarretaria sérios desequilíbrios concorrenciais.

(...)

Por exemplo, a expressão “Automóvel” é genérica para assinalar automóveis. Logo, nenhum fabricante de veículos pode adquirir direitos de exclusividade sobre a referida expressão.

Por outro lado, uma expressão pode ser genérica para determinado segmento mercadológico e ser inerentemente distintiva para outro ramo de indústria e comércio. Exemplifica-se: a palavra “Diesel” é perfeitamente registrável como marca quando utilizada para distinguir roupas e artigos do vestuário em geral. Trata-se de um signo genérico e não registrável quando utilizado em meio a serviços de fornecimento de combustível. – g.n.

Note-se que a distintividade, conforme amplamente reconhecido na doutrina, manifesta-se em diferentes graus.

De um lado do espectro, mal ultrapassando a barreira da registrabilidade, encontram-se as marcas evocativas, também chamadas de sugestivas, que, embora não sejam meramente descritivas, fazem clara referência aos serviços ou aos produtos por elas designados.

São as chamadas *marcas fracas*, que, conquanto apresentem distintividade, carregam consigo a indicação do tipo de produto ou serviço a que se referem. O consumidor, ao se deparar com a marca, identifica quase que instantaneamente qual o seu objeto. São marcas minimamente inventivas, que não demandam, como regra, grandes investimentos na construção de identidade perante o mercado consumidor.

Confira-se, por oportuno, a lição de Denis Barbosa (*in Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 817):

Reservadas em muitos países a um registro secundário, certas marcas sem maior distintividade são aceitas, embora tenham relação com o produto ou serviço a ser designado. Tal relação não pode ser direta (denotativa), por exemplo, “impressora” para impressoras, mas indireta ou conotativa, como por exemplo, as que evoquem o elemento marcado. (...)

De outro lado, a marca fraca é muito mais sujeita à presença de competidores e menos defensável num caso de contrafação, exceto nas hipóteses em que, por longo uso, o signo tenha conseguido uma “significação secundária”. – g.n.

No extremo oposto da escala, gozando do mais alto grau de distintividade, encontram-se marcas fantasiosas, com nomes completamente inventados, que não remetem o consumidor, sequer minimamente, aos produtos e serviços a que se referem.

São as chamadas *marcas fortes*, que, por configurarem signos inovadores, gozam de uma proteção de maior alcance, oponível até mesmo contra marcas com menor grau de semelhança. Justamente por não fazerem alusão a qualquer produto ou serviço, são marcas que exigem do seu titular maior investimento na construção do vínculo signo-produto na mente do consumidor.

No presente caso, conforme reconhecido na sentença e no acórdão recorrido, a marca *Vitawin* é claramente sugestiva dos produtos por ela designados.

Com efeito, ao mesmo tempo em que o signo remete a vitamina, mais especificamente ao inglês *vitamin*, ela é utilizada justamente para designar suplementos multivitamínicos.

Note-se que eventual marca denominada *Vitamin* para designar suplementos multivitamínicos evidentemente não seria registrável, por ausência de distintividade. Já a marca *Vitawin*, ainda que registrável, é inegavelmente fraca, considerando que apenas uma letra lhe confere distintividade.

Ressalto que a letra W poderia ser perfeitamente concebida como um M invertido, o que levaria à conclusão de que toda a palavra *vitamin* – e somente a palavra *vitamin* – foi reproduzida na marca nominativa, apenas com uma letra invertida.

Irretocável, pois, a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que a marca da recorrente é altamente sugestiva dos produtos que designa. Apresenta, portanto, reduzido grau de distintividade.

Partindo dessa premissa, passo ao exame dos três elementos necessários à verificação da possibilidade de registro de marca *Vitacin*.

2. Do Grau de Semelhança entre os Sinais:

A recorrente, em seu recurso, buscou demonstrar que os sinais são praticamente idênticos, sendo que a marca *Vitacin* configura reprodução praticamente integral da sua marca *Vitawin*, tendo havido a mera substituição da letra W pela letra C.

À primeira vista, é possível perceber, de fato, a similaridade gráfica e fonética entre as marcas em questão.

Cumprido ressaltar, porém, que elas se assemelham justamente naquilo que evoca os produtos aos quais se referem, isto é, justamente naquilo que não é apropriável, nos termos do já mencionado art. 124, VI, da LPI.

A semelhança entre *Vitawin* e *Vitacin* decorre do fato de que ambos os signos são fortemente indicativos dos produtos a que se referem. São signos semelhantes pelo simples fato de serem ambos reproduções quase integrais da palavra inglesa *vitamin*, indicativa de seus produtos.

Sendo a marca *Vitawin* muito próxima do nome genérico do produto ao qual se refere, sua proteção deve estar restrita ao uso literal do próprio signo. Vale dizer, o direito de exclusividade conferido quando do registro da marca *Vitawin* deve ser restrito à possibilidade de impedir que terceiros reproduzam precisa e literalmente o seu signo, sob pena de se conferir à recorrente, por via transversa, o direito ao uso exclusivo da palavra *vitamin* e de suas variações, o que, nos termos do art. 124, VI, da LPI, não é possível.

Com efeito, se a ninguém é dado registrar o nome genérico, não pode a recorrente, valendo-se de um nome muito próximo ao genérico, pretender impedir outros de registrarem nomes semelhantes.

Conforme ilustra Denis Barbosa (*in Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 814):

Pois cercar uma praça e construir nela uma casa para uso privado é tão absurdo quanto querer apropriar-se de uma expressão de uso comum para proveito de uma pessoa só. É claro que o Direito – seja o brasileiro, seja o de qualquer país – não vai dar a alguém o uso exclusivo de uma expressão que era antes de uso comum, necessário, uma expressão que o povo precisa para se comunicar.

Nesse contexto, se a diferença entre o nome genérico *vitamin* e a marca *Vitawin* reside, quando muito, em uma letra, não pode a recorrente pretender impedir a recorrida de registrar marca semelhante alegando que apenas uma letra a diferencia da sua.

Ademais, conforme bem afirmado nas instâncias de origem, a marca da recorrida apresenta clara diferença ideológica em relação à marca da recorrente, o que lhe garante suficiente distinção.

Nesse sentido, cito trecho da sentença, reproduzido no acórdão recorrido (e-STJ fls. 370):

Verifica-se que o termo *Vitacin* da Ré procura aglutinar o termo “vitamin” (vitamina em inglês) com a letra “c” (um tipo de vitamina), formando assim ao termo sugestivo “vitacin”. Já a Autora mesclou “vitamin” com o termo inglês “win”, cujo significado é vencer, ganhar, formando “vitawin”. Como se vê, há clara distinção ideológica (uma traz a ideia de vitamina C, outra a ideia de vitória) entre as marcas. (...) Nesse cenário, conclui-se que as marcas em litígio são suficientemente distintas e individualizadas.

Ressalto, outrossim, que, consoante também bem notado nas instâncias de origem, há inúmeras outras marcas registradas com a expressão “*Vita*” como indicativo de vitamina, o que não poderia deixar de ser, considerando que tal partícula, quando referente ao próprio produto designado pela marca, não pode ser apropriada por quem quer que seja.

Isso é o que se verifica do seguinte trecho do acórdão recorrido, em que novamente reproduz a sentença (e-STJ fls. 370):

Ademais, em pesquisa realizada à consulta à base de dados do INPI (www.inpi.gov.br.), esse Juízo verificou que o prefixo *Vita*, parte comum às marcas em

litígio *Vitacin* e *Vitawin*, é comumente utilizado no ramo mercadológico no qual atuam a Autora e a Ré. Dentre os registros de marcas concedidos destacam-se: *Vitamiles* (002187078); *Vitaminer* (002304074); *Vitasais* (002350831); *Vitanutri* (003514366); *Vitamix* (730131963); *Vitanatur* (750013010); *Vitaflora* (811398307); *Vita E* (812057864); *Vitabronc* (812357035); *Vitatonico* (812623851); *Vitamilk* (813162602); *Vitahervas* (813360560) e *Vita Lab* (814333109). Faço especial destaque também para *Vitaking* (registro n. 820274631), cuja pronúncia em inglês (“vitaquim”) é semelhante à das marcas em cotejo (“vitacim” e “vitauim”). Apesar da semelhança, todas essas as marcas podem coexistir pacificamente, ao evocar o termo vitamina.

Relembro, ainda, que, conforme já decidido por esta Terceira Turma, em casos de conflitos de marcas, é possível utilizar como parâmetro a Teoria da Distância, segundo a qual não se pode exigir que a marca examinada guarde distância desproporcional em relação ao grupo de marcas semelhantes já registradas e em uso no respectivo mercado.

Nesse sentido:

Recurso especial. Propriedade industrial. Ação de nulidade de registro de marca e de abstenção de uso. *Elle / Elle Ella*. Possibilidade de convivência. Ausência de risco de confusão. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Teoria da distância.

1. Ação ajuizada em 18/12/2015. Recurso especial interposto em 4/7/2018. Autos conclusos à Relatora em 20/5/2019.

2. O propósito recursal é verificar a higidez do ato administrativo que concedeu a marca *Elle Ella* à recorrida.

3. Para que fique configurada a violação de marca, é necessário que o uso dos sinais distintivos impugnados possa causar confusão no público consumidor ou associação errônea, em prejuízo ao titular da(s) marca(s) supostamente infringida(s). Precedentes.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, marcas dotadas de baixo poder distintivo, formadas por elementos de uso comum, evocativos, descritivos ou sugestivos, podem ter de suportar o ônus de coexistir com outras semelhantes.

5. O fato de existirem diversas marcas em vigor também formadas pela expressão *Elle* atrai a aplicação da teoria da distância, fenômeno segundo a qual não se exige de uma nova marca que guarde distância desproporcional em relação ao grupo de marcas semelhantes já difundidas na sociedade.

6. O reexame de fatos e provas é vedado em recurso especial. Súmula 7/STJ.

7. Diante do contexto dos autos, portanto, e a partir da interpretação conferida à legislação de regência pela jurisprudência consolidada nesta Corte,

impõe-se concluir que as circunstâncias fáticas subjacentes à hipótese - grau de distintividade/semelhança, ausência de confusão ou associação errônea pelos consumidores, tempo de coexistência, proximidade entre marcas do mesmo segmento - impedem que se reconheça que a marca registrada pela recorrida deva ser anulada.

Recurso especial não provido.

(REsp 1.819.060/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/02/2020, DJe 26/02/2020) – **g.n.**

No presente caso, considerando i) que a semelhança fonética e gráfica existente entre as marcas se dá apenas quanto a elementos não apropriáveis; ii) que há diferença ideológica entre os signos, bem como iii) que a marca da recorrida não se distancia de outras já existentes no mercado de suplementos vitamínicos, não há semelhança suficiente para lhe impedir o registro.

3. Do Grau de Semelhança entre os Produtos:

No presente caso, ambas as marcas são registradas na Classe 5 da Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice (NCL), que se refere a, dentre outros, preparações farmacêuticas e suplementos alimentares.

Os produtos em questão não são exatamente idênticos, embora trate-se de suplementos vitamínicos. Enquanto o produto comercializado sob a marca *Vitarwin* refere-se a suplementos multivitamínicos, o produto designado pela marca *Vitacin* é suplemento apenas de vitamina C.

De todo modo, é inegável que se trata de produtos, no mínimo, semelhantes.

Como regra, para se reduzir significativamente a possibilidade de confusão ou de associação entre duas marcas, o grau de semelhança entre os signos deve ser inversamente proporcional ao grau de semelhança entre os produtos ou serviços a que se referem. Vale dizer, quanto mais semelhantes forem os signos, mais distintos devem ser os produtos ou os serviços a que se referem.

O presente caso, porém, representa uma exceção.

A recorrente, titular de marca nominativa muito sugestiva, quase idêntica ao nome comum do produto a que se refere, pretende impedir o registro de outra marca que também guarda grande semelhança com o nome genérico.

Sendo assim, tratando-se do conflito entre duas marcas altamente evocativas, elas logicamente irão se referir a produtos que são, no mínimo, semelhantes ou afins. Em casos como o presente, portanto, o grau de semelhança

entre os produtos configura pressuposto da própria lide, não devendo, por si só, ser levado em consideração para fins de impossibilitar o registro da marca da recorrida.

Acerca da impossibilidade de rigor no exame do conflito de marcas pertencentes ao mercado farmacêutico, cito lição clássica de Gama Cerqueira (in Tratado da Propriedade Industrial. V 1. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1946, p. 409-410):

Na composição das marcas desse gênero, sobretudo na indústria farmacêutica, é comum o emprego de radicais tirados de palavras de uso comum, de prefixos e sufixos, para com eles formar nomes originais por meio dos processos linguísticos de justaposição e aglutinação. Outras vezes, procede-se pela supressão de letras ou sílabas de palavras conhecidas ou pela intercalação ou transposição desses elementos.

(...)

Todos esses radicais, prefixos e sufixos, sendo de uso comum, não podem constituir objeto de direito exclusivo. Isto, entretanto, não significa que se deva conceder o registro de marcas suscetíveis de confusão com outras já registradas, sob a alegação de serem compostas de elementos vulgares, porque o direito de usá-los não exclui a necessidade de evitar condusão entre as marcas e os produtos. É certo que o número limitado desses elementos não permite a formação de marcas absolutamente distintas, havendo certa semelhança entre as que se compõem com os mesmos radicais e sufixos. *Daí resulta que as questões entre marcas dessa espécie não podem ser examinadas com o mesmo rigor que se justificaria em relação a denominações inteiramente arbitrarias. No que toca, principalmente, aos produtos farmacêuticos, uma relativa semelhança é inevitável e injusto seria o rigor de apreciação nesses casos, sob pena de se tolher a liberdade de comércio de um concorrente em favor de outro. Se o comerciante adota marcas desse gênero, por lhe parecer útil e vantajoso indicar a qualidade essencial do produto ou a sua composição, deve suportar, como ônus correspondente a essa vantagem, a relativa semelhança de outras marcas com as suas. – g.n.*

Portanto, especificamente no presente caso, a semelhança entre os produtos não tem o condão de impedir o registro da marca da recorrida.

4. Possibilidade de confusão ou de associação no público consumidor:

Não sendo o caso de dupla identidade, mostra-se imprescindível a aferição, no caso concreto, da possibilidade de confusão ou de associação no público consumidor, cujo ônus da prova era, nos termos do art. 373, I, do CPC, da autora, ora recorrente.

Note-se que, a este respeito, o Tribunal de origem consignou que não há, nos autos, elementos bastantes para se concluir pela possibilidade de confusão ou de associação, *verbis* (e-STJ fls. 279):

Pelo que se vê, há possibilidade de convivência entre as marcas em tela, ficando afastada a possibilidade de confusão para o público consumidor, haja vista que *não há elementos que permitam concluir que o público poderia ser levado a uma associação equivocada quanto à origem dos produtos ou serviços ou ter a impressão de que se trata de uma aparente família de marcas.* – g.n.

A recorrente, instada a se manifestar sobre as provas que desejava produzir, requereu o julgamento antecipado do mérito, presumindo que a possibilidade de confusão ou de associação decorreria diretamente da semelhança entre as marcas e entre os produtos, o que, no entanto, não é verdade, sobretudo em casos como o presente, em que uma marca evocativa busca impedir o registro de outra marca também evocativa.

A possibilidade de confusão ou de associação deve ser objeto de prova, produzida, por exemplo, por meio de pesquisas de mercado ou de laudos periciais que demonstrem que, especificamente no caso concreto, a convivência entre os signos não seria possível, o que não foi realizado.

Note-se que a alteração do entendimento a que chegou o Tribunal de origem, para se concluir que pela possibilidade de confusão ou de associação no público consumidor, demandaria o reexame das provas constantes dos autos, o que não se mostra possível nesta instância especial, à luz da Súmula 7/STJ.

Ressalto que, em casos semelhantes, envolvendo marcas evocativas de produtos farmacêuticos, este Superior Tribunal já teve a oportunidade de afirmar a inexistência de confusão ou de associação indevida no público consumidor.

Confram-se, a este respeito, os seguintes julgados:

Recurso especial. Ação de nulidade de registro de marca cumulada com abstenção do uso e indenização. Nomeclatura. Composição do medicamento. Marca evocativa. Cunho fraco. Convivência. Possibilidade. Confusão do consumidor. Inexistência. Recurso provido.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, marcas compostas por elementos descritivos, evocativos ou sugestivos podem ser obrigadas a coexistir com outras de denominação semelhante (Precedentes).

2. No caso dos autos, a semelhança entre os nomes das marcas "Nebacimed" e "Nebacetin" decorre do fato de que o início de suas

denominações advém da reunião dos prefixos de seus princípios ativos “Sulfato de NEomicina” e “BACitracina Zíncica”. Portanto, pode-se afirmar que se trata de nomenclaturas sugestivas de sua composição, o que caracteriza a marca como de cunho fraco, tendo em vista ser desprovida de originalidade.

3. “A questão acerca da confusão ou associação de marcas deve ser analisada, em regra, sob a perspectiva do homem médio (*homo medius*), ou seja, naquilo que o magistrado imagina da figura do ser humano dotado de inteligência e perspicácia inerente à maioria das pessoas integrantes da sociedade” (REsp 1.336.164/SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 07/11/2019, DJe 19/12/2019).

4. Não obstante a semelhança no início da nomenclatura, a escrita e a fonética se diferenciam em razão dos sufixos “*Cetin*” e “*Cimed*”, ocasionando uma sonoridade perceptivelmente distinta entre ambas, o que dificulta a indução do homem médio a erro.

5. Considerando não ser a fabricante do “*Nebacetin*” proprietária exclusiva dos prefixos que compõem os nomes dos princípios ativos do medicamento, tampouco havendo circunstância real apta a ensejar erro por parte do público consumidor, deve ser mantido o registro no INPI da marca “*Nebacimed*”.

6. Recurso especial provido para julgar improcedente a ação de nulidade de registro de marca, cumulada com pedido de abstenção de uso e de indenização.

(REsp 1.848.654/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/05/2021, DJe 21/06/2021) – **g.n.**

Recurso especial. Ação de nulidade de ato administrativo praticado pelo INPI quanto ao indeferimento de pedido de registro marcário de medicamento por aventada semelhança na utilização de radicais que compõem marca anteriormente registrada. Magistrado *a quo* que julgou improcedente o pedido. Tribunal que, em sede de apelação, por maioria, acolheu o pleito e determinou a expedição do certificado. Deliberação reformada em sede de embargos infringentes providos, por maioria. Irresignação do laboratório farmacêutico autor, invocando a inexistência de colidência entre os produtos por conterem suficiente forma distintiva, a ausência de concorrência desleal e desvio de clientela, a inoportunidade de confusão aos consumidores e a impossibilidade de exclusividade atinente à marca evocativa *Hipótese: Cinge-se a controvérsia em aferir a registrabilidade, ou não, junto ao INPI, da marca nominativa **Sinvastacor**, diante da aventada colidência com a marca anteriormente registrada **Sinvascor**, de titularidade de outro laboratório farmacêutico.*

1. Para configurar eventual violação de marca anteriormente registrada, afigura-se imprescindível que o uso dos sinais distintivos impugnados possa ensejar concorrência desleal, desvio de clientela e causar confusão no público

consumidor ou associação errônea, em prejuízo ao titular da marca supostamente infringida. Precedentes.

2. Consoante entendimento desta Corte Superior, marcas dotadas de baixo poder distintivo, formadas por elementos de uso comum, evocativos, descritivos ou sugestivos, podem ter de suportar o ônus de coexistir com outras semelhantes. Precedentes.

3. Na hipótese, os radicais “Sinvas” e “Cor”, que compõem a marca Sinvascor, não são apropriáveis, de modo exclusivo, quando utilizados separadamente, mas apenas quanto ao todo da marca nominativa, uma vez que o primeiro é designativo do componente ativo principal do produto farmacológico (sinvastatina) e o segundo atinente ao órgão do corpo humano ao qual se destina a finalidade terapêutica do medicamento (coração), sendo esse modo de designação de fármacos prática comum na indústria farmacêutica.

4. Inviável afirmar que as nomenclaturas “Sinvascor” e “Sinvastacor”, apesar de possuírem certa semelhança, não apenas de escrita, mas também de fonética, possam causar equívoco ou incerteza ao consumidor, dada a absoluta distinção entre as embalagens dos produtos, de só serem vendidos mediante prescrição de profissionais qualificados da área de saúde e de já coexistirem no mercado há mais de duas décadas.

5. Assim, em que pese a existência de registro marcário antecedente, não é possível admitir a apropriação em caráter exclusivo de radicais ou afixos que remetam, total ou parcialmente, ao princípio ativo de qualquer medicamento, ou órgão do corpo humano, sob pena de concessão de monopólio reprovável, de uso de expressões que a todos interessa por seu caráter descritivo, associando o produto à finalidade terapêutica.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1.908.170/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/12/2020, DJe 18/12/2020) – **g.n.**

Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Registro de marca. Nome que indica a natureza e a destinação do produto. Termo evocativo. Público alvo distinto. Possibilidade de convívio no mercado de consumo. Entendimento em harmonia com a jurisprudência do STJ. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. Recurso não provido.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os 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. É entendimento desta Corte Superior que marcas tidas como fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca

originalidade e sem suficiente força distintiva atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes (AgInt no REsp n. 1.281.282/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 29/6/2018).

3. Na espécie, o termo “Nutri” contido nas marcas Nutriport e Nutrisport designa a natureza do produto, ou seja, deve ser considerado evocativo, comum a todos os demais alimentos destinados à nutrição, razão pela qual a semelhança entre os nomes não é suficiente para se impedir o registro das marcas.

4. Não ficou comprovada que a marca *Nutrisport* possui distintividade significativa pelo uso continuado e massivo do produto ou do serviço, capaz de lhe garantir exclusividade, além disso, ela é destinada à nutrição esportiva; quanto a outra, *Nutriport*, é voltada para o uso clínico.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1.395.389/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04/05/2020, DJe 11/05/2020) – **g.n.**

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Considerando que o Tribunal de origem fixou a verba honorária em 15% sobre o valor atualizado da causa, majoro os honorários devidos para 18%, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.878.651-SP (2019/0072171-3)

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: TAM Linhas Aereas S/A

Advogados: Guilherme Rizzo Amaral - RS047975

Patricia Vasques de Lyra Pessoa Roza - DF020213

Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu e outro(s) - RS083887

Julia Pereira Klarmann - SP326408

Rodrigo Ustarroz Cantali - RS096857

Isabela Boscolo Camara - SP389625

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Direito do Consumidor. Direito Civil. Recurso especial. Irresignação manejada sob a égide do NCPC. Ação civil pública. Prestação de serviço. Regulamento de plano de benefício. Programa TAM Fidelidade. Violação ao disposto no art. 1.022 do NCPC. Inexistência. Cláusula 1.8 do Regulamento do mencionado programa. Contrato de adesão. Art. 51 do CDC. Necessidade de demonstração da abusividade ou desvantagem exagerada. Inexistência. Contrato unilateral e benéfico. Consumidor que só tem benefícios. Obrigação *intuitu personae*. Ausência de contraprestação pecuniária para a aquisição direta dos pontos bônus. Interpretação restritiva. Art. 114 do CC/02. Consumidor que pode optar por não aderir ao plano de benefícios e, mesmo assim, utilizar o serviço e adquirir os produtos ofertados pela TAM e seus parceiros. Validade da cláusula que proíbe a transferência dos pontos bônus por ato *causa mortis*. Verba honorária. Modificação. Inteligência do art. 85, § 2º, do NCPC. Recurso especial provido.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os 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. Não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional (violação do art. 1.022 do NCPC), quando a fundamentação adotada pelo Tribunal Estadual é apta, clara e suficiente para dirimir integralmente a controvérsia que lhe foi apresentada.

3. Inexistindo ilegalidade intrínseca, nos termos do art. 51, IV do CDC, as cláusulas constantes de contrato de adesão só serão declaradas nulas quando estabelecerem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

4. Deve ser considerado como contrato unilateral e benéfico a adesão ao Plano de Benefícios que dispensa contraprestação pecuniária do seu beneficiário e que prevê responsabilidade somente ao seu instituidor. Entendimento doutrinário.

5. Os contratos benéficos, que por sua natureza são *intuitu personae*, devem ser interpretados restritivamente, consoante disposto no art. 114 do CC/02.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

DJe 7.10.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: *Pro Teste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Pro Teste)* propôs ação civil pública contra *TAM Linhas Aéreas S. A. (TAM)* em virtude de cláusulas abusivas no contrato de adesão que regula o “Programa TAM Fidelidade”.

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente para a) *Condenar* a TAM a incluir nos contratos de fidelidade que toda e qualquer modificação contratual que implique a *restrição a direitos* seja feita mediante comunicação prévia ao consumidor de, no mínimo, 90 (noventa) dias; e que, no caso de extinção do programa, seja dada alternativa aos consumidores de transferência de seus pontos (sem restrições) para outro programa de fidelidade, ou sejam ressarcidos os consumidores em dinheiro, pela quantidade de pontos que detenham no programa na data da extinção; determinar, ainda, que, no caso de suspensão do programa, a posterior retomada seja amplamente divulgada, com a recomposição das partes ao estado que gozavam durante a vigência do contrato; b) *Declarar* a nulidade das cláusulas 4.5 e 4.6 do regulamento com vigência a partir de 1º junho de 2013 – Microfilme n. 3479897 e 3481506,

para que a validade dos bilhetes emitidos passe a ser de um ano; c) *Declarar* a nulidade da cláusula 1.8 do *Regulamento* com vigência a partir de 1º junho de 2013 – Microfilme n. 3479897 e 3481506 para que os pontos acumulados não mais sejam cancelados com o falecimento do titular, para beneficiar os consumidores que perderam milhas em razão do cerceamento do direito de herança; d) *Declarar* a nulidade da cláusula 3.3 do atual contrato, estendendo-se a validade dos pontos de milhagem para o prazo de cinco anos; e) *Fixar*, para o caso de descumprimento de qualquer uma das obrigações acima impostas, multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por evento, valor este que deverá ser atualizado pela Tabela Prática do TJ a partir da publicação desta sentença e que deverá ser destinada, em caso de execução, ao Fundo Especial de Defesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, conforme disposto no art. 13 da Lei n. 7.347/85, regulamentado pela Lei Estadual n. 6.536/89; e f) *Condenar* a TAM ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

A apelação interposta pela TAM foi parcialmente provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para reconhecer a validade da cláusula 3.3 do regulamento do Programa TAM Fidelidade e, por conseguinte, do prazo de dois anos nela fixado para fins de utilização da pontuação pelos clientes participantes, em acórdão a seguir ementado:

Processual. Prestação de serviços. Ação civil pública. Tutela de interesses coletivos. Alegada nulidade da r. sentença, por falta de fundamentação, bem como por inobservância de precedentes invocados em contestação. Descabimento. Decisão que abordou de forma fundamentada todas as questões relevantes ao litígio. Irrelevância da ausência de alusão nominal a cada uma das teses defensivas, na medida em que afastada em seu conjunto tal argumentação pelas razões de decidir explicitadas no julgado. Precedentes mencionados pela ré, por seu turno, que não possuem caráter vinculativo, ostentando influência meramente persuasiva. Adoção de solução divergente que dispensa assim fundamentação específica a partir do confronto para com as soluções anteriores. Nulidades não reconhecidas. Apelação da ré não provida nessa parte. Ação civil pública. Programa TAM Fidelidade. Questionamento em torno da validade de cláusulas previstas no regulamento do plano de milhagem instituído pela ré. Pontuação que constitui aspecto accidental, com características de bonificação, de contratos de consumo onerosos celebrados pelos clientes-participantes junto à ré ou a empresas integrantes de programas de recompensa parceiros. Interesse econômico indireto envolvido na criação do programa de fidelização, por outro lado, que não tem o condão de alçar os vínculos dele derivados à condição de relações de consumo. Milhas, em si, que não constituem objeto central das

relações de consumo estabelecidas entre os beneficiários e a companhia aérea. Ausência de comutatividade que, além de legitimar tratamento mais brando no tocante à viabilidade de fixação de restrições para resgate de pontos, acaba por mitigar a sugestão de desvantagem exagerada aos clientes advinda de tais limitações. Prazo de validade de bilhetes de passagens aéreas emitidas por meio do plano de recompensas. Fixação, no regulamento, de prazo de 360 dias. Lapso inferior ao prazo legal de um ano, previsto no art. 228 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86). Abusividade caracterizada, a despeito de se tratar de regime normativo voltado à disciplina de passagens aéreas adquiridas mediante contratos onerosos. Dever de informação da ré quanto às disposições regulamentares do plano fidelização, por seu turno, não afastado pela maior liberdade para estipulação de restrições em torno da utilização das milhas. Impugnações direcionadas contra cláusula vedatória da transmissão hereditária da pontuação, bem como em face de disposição estipuladora do prazo de dois para resgate dos pontos. Necessidade de cautela a fim de evitar ingerências nocivas nas relações econômicas. Tutela dos direitos dos consumidores que se presta ao combate de ofensas a garantias a eles asseguradas e não à legitimação de intervenções em busca do que lhes seria mais conveniente. Proibição de transferência *mortis causa* das milhas que, no entendimento deste Relator designado, não se afigura abusiva, constituindo decorrência lógica do caráter personalíssimo atribuído aos pontos e da vedação de transferência da pontuação mediante ato *inter vivos*. Posição da turma julgadora todavia no sentido da ilegitimidade da vedação. Inexistência de abuso, por outro lado, quanto à estipulação do prazo de dois anos para utilização, pelo cliente, da milhagem por ele acumulada. Lapso bienal que não se mostra incompatível para com a utilidade da bonificação. Invalidez da disposição contratual correspondente afastada. Sentença reformada apenas quanto a esse aspecto. Ação civil pública parcialmente procedente. Apelação da ré parcialmente provida (e-STJ, fl. 913/915).

Os embargos de declaração opostos pela TAM foram rejeitados (e-STJ, fls. 962/966).

Inconformada, a TAM interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a, da CF, alegando a violação dos arts. 141, 489, § 1º, IV, 1.022, I, II, e parágrafo único, II e 1.025, todos do NCPC; 4º, III, 6º, V, 39, V, e 51, IV, do CDC; 112, 114, 813 e 884, do CC, ao sustentar que (1) os autos devem retornar ao Tribunal Estadual para que lá sejam analisadas as teses que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foram enfrentadas (omissão, contradição e ausência de fundamentação); (2) a Cláusula 1.8 do regulamento deve ser declarada válida pois a) inexistente abusividade em virtude de a pontuação obtida no programa TAM Fidelidade não ser transmitida aos herdeiros do participante falecido (proibição de sucessão causa mortis dos pontos); b) ao ser anulada mencionada cláusula, o programa de pontuação por

fidelidade será desvirtuado pois passará a beneficiar não necessariamente seus clientes fiéis, mas sim os herdeiros deles; c) os pontos oriundos do Programa TAM Fidelidade não possuem natureza patrimonial, pelo simples motivo de que não podem ser caracterizados como espécie de pagamento antecipado; e d) a declaração de sua nulidade afeta diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do Programa; (3) para que as normas de proteção do CDC sejam aplicadas ao contrato de adesão benéfico, é necessário que haja efetivo abuso da posição do proponente, assim como efetivo prejuízo ao consumidor, onerosidade excessiva, além de desproporção nas prestações, o que não foi demonstrado no caso dos autos; (4) os negócios jurídicos benéficos devem ser interpretados estritamente; e, (5) o acórdão recorrido extrapolou o pedido formulado na inicial por causar, como consequência, a nulidade da cláusula 1.6, que é clara ao estabelecer que os pontos envolvidos no mencionado programa são de sua propriedade, independente de haver pedido nesse sentido.

O apelo nobre foi admitido por força do provimento de agravo interno (e-STJ, fls. 1.170/1.174).

Em petição acostada às e-STJ, fls. 1.185/1.189, *TAM Linhas Aéreas S. A. (TAM)* e *Pro Teste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Pro Teste)*, por meio de seus advogados, Drs. Guilherme Rizzo Amaral e Marli Aparecida Sampaio, respectivamente, informaram que se compuseram para colocar fim ao litígio, requerendo, para isso, a intimação do Ministério Público Federal a fim de que, como fiscal da lei, opinasse sobre o acordo.

Diante da manifestação exarada pelo ilustre representante do Ministério Público Federal opinando pela não homologação do acordo, reconheci a desistência da presente ação por parte da *Pro Teste* e admiti a sucessão do órgão ministerial no polo ativo da presente demanda (e-STJ, fls. 1.202/1.203).

Às e-STJ, fls. 1.217/1.220, o Ministério Público do Estado de São Paulo assumiu a titularidade da ação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso especial merece provimento.

De plano vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante

os 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.

(1) *Da necessidade de retorno dos autos ao Tribunal Estadual por ofensa ao art. 1.022 do NCPC*

Nas razões do seu apelo nobre, TAM alegou a violação dos arts. 489 e 1.022, ambos do NCPC sustentando que o v. acórdão recorrido foi omissivo ao não analisar as alegações a) de ofensa da sentença ao disposto no artigo 489, § 1º, inciso II, do CPC; b) da natureza do contrato celebrado entre os usuários do Programa TAM Fidelidade e a TAM, com consequente ofensa ao disposto no artigo 51 do CDC e no artigo 813 do CC; c) de ausência de demonstração de interpretação do contrato de acordo com o artigo 114 do CC; e d) de ausência de análise quanto à incidência do artigo 112 do CC ao caso concreto.

Sobre os temas, o v. acórdão recorrido, ao julgar os embargos de declaração opostos pela TAM, pontuou que:

O v. acórdão embargado, a respeito da transferência mortis causa, foi claro e coerente ao assentar que, apesar da possibilidade em abstrato de fixação, pela instituidora do programa de fidelidade, de limitações à utilização da pontuação o que abrange, por evidente, a isenção abordada no art. 813 do Código Civil -, a proibição de transmissão hereditária acaba por colocar os clientes em desvantagem exagerada ao simplesmente impedir a utilização dos pontos por parte de seus herdeiros, tolhendo a possibilidade de gozo, pelos sucessores, de utilidades cuja fruição e não a propriedade, daí a impertinência da alusão à cláusula 1.6 do regulamento já tinham sido colocadas em momento anterior ao alcance, ainda que meramente potencial, do *de cuius*.

Por outro lado, quanto aos alegados vícios por ausência de apreciação do caso concreto de acordo com as regras dos arts. 112 e 114 do Código Civil, nota-se que a embargante pretende, a rigor, a revisão do critério de julgamento adotado pelo *decisum*, com claro viés impugnativo, estranho como já dito à natureza dos embargos declaratórios.

[...]

Prosseguindo, no que tange à suposta nulidade da sentença por ausência de explicitação da pertinência dos conceitos jurídicos indeterminados em seu bojo invocados, observa-se que o v. acórdão apontou as razões pelas quais entendeu satisfatória a fundamentação do julgado monocrático, com a exposição dos

motivos norteadores da solução por ele engendrada e a remissão, reputada suficiente pela turma julgadora, a preceitos jurídicos dados dos adequados à espécie

Assim, não há falar em omissão do acórdão recorrido.

A TAM ainda pontuou que o acórdão foi contraditório porque o voto vencedor se baseou em duas premissas diametralmente opostas ao considerar, de um lado, que a natureza dos pontos é estritamente negocial e, de outro, que a natureza seria de pagamento antecipado.

Também não há que se falar no alegado vício pois a contradição apta a macular o julgado tem que ser aquela interna, entre proposições do próprio julgado e sua fundamentação, o que não se verifica no caso em que apesar do voto mencionar a opinião pessoal do julgador em sentido contraditório, pontuou que esta posição é isolada, passando, logo em seguida, a fundamentar o acórdão com a posição da maioria que, com o devido respeito, se mostra coerente com o resultado por ele adotado.

Em síntese, não vislumbro violação ao disposto nos arts. 489 e 1.022, ambos do NCPC.

(2) Da Cláusula 1.8 do Regulamento; (3) Da necessidade de efetivo abuso para a incidência do CDC; e (4) Da interpretação dos negócios jurídicos benéficos

Antes de se adentrar ao tema propriamente dito da validade ou não da Cláusula 1.8 do Regulamento, importante destacar que, atualmente, existem duas formas de acúmulo de pontos.

A primeira pode ser entendida como aquela em que o consumidor *ganha os pontos, a título gratuito*, como um bônus por sua fidelidade na aquisição de um produto ou serviço diretamente contratado com a TAM ou seus parceiros comerciais. Ou seja, os pontos funcionam como meio de prestigiar o consumidor fiel.

Já a segunda, deve ser compreendida como aquela adquirida pelo consumidor, *de maneira onerosa*, ao se inscrever em programa de aceleração de acúmulo de pontuação e outros benefícios, que, no caso da empresa TAM, é denominado de Clube Latam Pass.

Sendo assim, porque o pedido inicial não cuida deste segundo tipo de pontuação (pontos adquiridos de forma onerosa) *os efeitos deste julgamento devem se limitar àqueles pontos recebidos de forma gratuita pelo consumidor.*

Feita a diferenciação, passa-se à análise do tema posto em julgamento.

Em seu apelo nobre, a TAM pontuou que a Cláusula 1.8 do Regulamento do Programa TAM Fidelidade deve ser declarada válida pois a) inexistente abusividade em virtude de a pontuação obtida no programa TAM Fidelidade não ser transmitida aos herdeiros do participante falecido (proibição de sucessão causa mortis dos pontos); b) ao ser anulada mencionada cláusula, o programa de pontuação por fidelidade será desvirtuado pois passará a beneficiar não necessariamente seus clientes fiéis, mas sim os herdeiros deles; c) os pontos oriundos do Programa TAM Fidelidade não possuem natureza patrimonial, pelo simples motivo de que não podem ser caracterizados como espécie de pagamento antecipado; e d) a declaração de sua nulidade afeta diretamente o equilíbrio econômico-financeiro do Programa.

Ainda defendeu que para que as normas de proteção do CDC sejam aplicadas ao contrato de adesão benéfico, é necessário que haja efetivo abuso da posição do proponente, assim como efetivo prejuízo ao consumidor, onerosidade excessiva, além de desproporção nas prestações, o que não foi demonstrado no caso dos autos.

Também alegou que os negócios jurídicos benéficos devem ser interpretados estritamente.

Inicialmente, não há dúvida que a adesão ao Regulamento do Programa de benefícios instituído pela TAM deve ser considerada como contrato de adesão pois nos termos do art. 54 da Lei n. 8.078/90, *contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.*

Nos dizeres de FLÁVIO TARTUCE e DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *o contrato de adesão é aquele imposto pelo estipulante, seja ele um órgão público ou privado, geralmente o detentor do domínio ou poderio contratual. Restam ao ao aderente duas opções, quais sejam aceitar ou não o conteúdo do negócio (take-itor-leave-it)* (Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. 8ª ed. Volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 332).

Contudo, também não desconheço que nos contratos de adesão não existe ilegalidade intrínseca, razão pela qual só serão declaradas abusivas e, portanto, nulas, aquelas cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, que tragam

desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico, que frustrem os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, nos termos do art. 51, IV do CDC.

No tocante aos contratos de adesão, há que se ter em mente que existem casos em que é possível reconhecer uma cláusula como abusiva se vista isoladamente, mas não se analisada no todo daquele contrato, como é o caso dos presentes autos.

Nesse sentido, para CLÁUDIA LIMA MARQUES *a atividade do intérprete para reconhecer a abusividade das cláusulas é, portanto, crucial e deve se concentrar na visão dinâmica e total dos contratos. Segundo a nova Diretiva da Comunidade Europeia, a abusividade deve ser observada não na leitura isolada da cláusula, mas na leitura do todo do contrato, na função da cláusula no contrato como está redigido, na repercussão da cláusula naquela espécie de contrato, pois cada contrato tem objetivos e finalidades diferentes, possui características essenciais suas, desperta e envolve outros tipos de interesses e expectativas entre os contratantes* (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 158).

No caso dos autos, apesar de estarmos diante de um contrato de adesão, penso ser importante destacar que este contrato também deve ser considerado unilateral, em seus efeitos, pois gera obrigações somente à TAM, instituidora do programa.

Sobre o tema, a doutrina do mestre ORLANDO GOMES segue no sentido de que *o contrato é unilateral se, no momento em que se forma, origina obrigação, tão-somente, para uma das partes - ex uno latere. A outra parte não se obriga. O peso do contrato é todo de um lado, os efeitos são somente passivos de um lado, e somente ativos de outro* (Contratos. 26ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 85).

No mesmo sentido, o professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, defende que são considerados unilaterais aqueles *contratos que, quando de sua formação, só geram obrigações para uma das partes* (Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2º vol., 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 424).

Não discrepa desse entendimento as lições de FLAVIO TARTUCE para quem *o contrato unilateral é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro (...). Percebe-se, assim, que nos contratos unilaterais, apesar da presença de duas vontades, apenas uma delas será devedora, não havendo*

contraprestação (Direito Civil: teoria dos contratos e contratos em espécie. 3º vol. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23).

Assim, porque só a TAM, instituidora do programa, assume obrigações, não há como se dizer que a impossibilidade de transferência dos pontos gratuitos acumulados pelo consumidor, após o seu falecimento, acarreta, aos seus sucessores, excessiva desvantagem apta a ser coibida pelo Poder Judiciário.

Além de ser considerado como um contrato de adesão e unilateral, em seus efeitos, a adesão ao Regulamento do Programa de benefícios instituído pela TAM também deve ser considerada como sendo um contrato gratuito/benéfico, pois ao passo que gera obrigações somente à instituidora do programa, o consumidor que pretende a ele aderir e dele se beneficiar, não precisa desembolsar nenhuma quantia. Ou seja, pelo fornecimento do serviço de acúmulo de pontos não há uma contraprestação pecuniária do consumidor.

E, em sendo contrato gratuito, deve ser interpretado de forma restritiva, nos termos do disposto no art. 114 do CC/02, que é claro ao pontuar que *os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente*.

Sobre esse tema, PAULO NADER lecionada que

Nos contratos gratuitos, também denominados benéficos, apenas uma parte auferir vantagem, tira utilidade (*utilitas unius versatur*), como no comodato. Tal modalidade encerra sempre uma liberalidade.

A distinção apresenta efeitos práticos. O art. 114 do Código Civil impõe a interpretação estrita em relação aos negócios jurídicos benéficos. Os contratos gratuitos possuem esta qualidade, como os de comodato e de doação pura. O espírito do dispositivo legal é vedar a interpretação ampliadora, que aumente a obrigação do devedor (Curso de Direito Civil: Contratos. 3º vol., 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37).

Também nesse sentido, o já mencionado professor SÍLVIO DE SALVO VENOSA, ainda acrescenta que os contratos gratuitos são *intuitu personae*, ao defender que

Nos contratos gratuitos, toda carga de responsabilidade contratual fica por conta de um dos contratantes; o outro só pode auferir benefícios do negócio. Daí a denominação também consagrada de contratos benéficos. (...) a pessoa do contratante beneficiado nos contratos gratuitos é tida como essencial. Por isso, tais contratos são intuitu personae (o que não impede que existam contratos onerosos personalíssimos, como é curial). (...) Essa classificação é de muita importância, porque cada categoria terá regras próprias. A começar

pela interpretação, os contratos benéficos, por disposição do Código, sofrem interpretação restritiva (art. 114; antigo, art. 1.090). Na dúvida, não se amplia o alcance de um contrato benéfico (idem. p. 433/434).

Ainda que assim não fosse, não se pode esquecer que o direito à propriedade deve ser analisado sob a ótica do poder de disposição e do poder de fruição, sendo que este segundo deve prevalecer no presente caso pois, na lição de PIETRO PERLINGIERI,

[...] entre fruição e disposição não existe uma correlação necessária: se é verdade que a propriedade é definida pelo Código como faculdade ou poder de fruir e dispor, é também verdade que se verifica em mais de uma hipótese uma dissociação, uma separação entre estes dois poderes, a tal ponto que alguns são titulares da fruição e outros do poder de disposição. Sob outro perfil, a dissociação se apresenta no sentido de que nem sempre o proprietário tem o poder de dispor do bem, de criar situações subjetivas favoráveis a terceiros, nem de dispor materialmente da propriedade ou de escolher livremente a destinação econômico-social do bem. Nesta atividade de disposição, o poder é às vezes controlado, e às vezes integrado pela participação de outros, de modo que a faculdade de disposição não é absoluta, nem muito menos arbitrária (O Direito Civil na Legalidade Constitucional. tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 932).

Sendo assim, porque o Regulamento do Programa TAM Fidelidade, como já visto, só pode ser considerado um contrato unilateral, gratuito - que deve ter suas cláusulas interpretadas restritivamente - e *intuitu personae*, e porque o direito de propriedade, no presente caso, deve ser analisado sob o enfoque do poder de fruição, não há como fugir do entendimento de que a Cláusula 1.8, ora impugnada, não se mostra abusiva, ambígua e nem mesmo contraditória pois é clara ao estabelecer que *A Pontuação obtida na forma deste Regulamento é pessoal e intransferível, sendo vedada sua transferência para terceiros, a qualquer título, inclusive por sucessão ou herança, dessa forma, no caso de falecimento do Cliente titular do Programa, a conta-corrente será encerrada e a Pontuação existente e as passagens prêmio emitidas serão canceladas.*

Deve-se ter em mente, inclusive, que quando houve a adesão ao Programa, a cláusula era clara ao informar que os pontos eram pessoais, intransferíveis e que no caso de falecimento do titular, a conta seria encerrada, e extinto o saldo de pontos e eventuais passagens-prêmio emitidas.

Além disso, porque os pontos são bonificações gratuitas concedidas pela instituidora do programa àquele consumidor pela sua fidelidade com os serviços

prestados por ela ou seus parceiros, não parece lógico falar em abusividade ao não se permitir que tais pontos bônus sejam transmitidos aos seus herdeiros, por ocasião de seu falecimento, herdeiros que muitas vezes nem sequer são clientes e muito menos fiéis à companhia instituidora do programa.

Entender de forma contrária, porque, como já visto não há ilegalidade e nem sequer abusividade na mencionada estipulação, corresponderia a premiar aquele consumidor que, quando do ingresso no programa de benefícios ofertados, frise-se, gratuitamente, era sabedor das regras do jogo e com elas concordou em detrimento do fornecedor, o que não se pode admitir pois *a proteção da harmonia e do equilíbrio, da mesma forma, não impõe ao fornecedor gravames excessivos, mas exclusivamente aqueles vinculados à natureza de sua atividade e à proteção dos interesses legítimos dos sujeitos da relação* (MIRAGEM, BRUNO. Curso de Direito do Consumidor. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 162).

Assim, inexistindo ilegalidade ou abusividade, se o consumidor não concorda com as regras do programa de benefícios, era só a ele não aderir. E se aderiu, deve prevalecer a cláusula *rebus sic stantibus*, porque nas lições de ORLANDO GOMES não se pode concluir como livre a intervenção judicial na aplicação das regras consumeristas pois, para ele, se assim fosse,

a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder juiz - poder moderador - deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável, até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão (Contratos. 26ª ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 147).

De forma resumida, de se considerar que (1) como o consumidor nunca foi obrigado a se cadastrar no mencionado programa de benefícios e tal fato não o impede de se utilizar dos serviços, dentre eles o de transporte aéreo oferecidos pela TAM, ou seus parceiros; (2) quando se cadastrou, de livre e espontânea vontade, era sabedor das regras benéficas que, diga-se de passagem, são claras em relações aos direitos, obrigações e limitações; e, (3) como benefício por ele concedido nada paga e nem sequer assume deveres em face de outros, não há mesmo como se admitir o reconhecimento de abusividade da cláusula que impede a transferência dos pontos bônus após a morte do seu titular.

Fica prejudicada a análise do item (5) em razão do provimento do recurso no sentido de reconhecer a validade da Cláusula 1.8 do Regulamento.

Diante do exposto, pelo meu voto, *dou provimento* ao apelo nobre interposto para declarar válida a Cláusula 1.8 do Regulamento do Programa TAM Fidelidade.

RECURSO ESPECIAL N. 1.909.276-RJ (2019/0300693-7)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Gerard Andres Fischgold

Recorrente: Maria Cristina Fischgold

Advogados: Bruno Fischgold - DF024133

Bruna Cavalcante Drubi Burger - RJ138185

Recorrido: Getulio Costa da Silva

Recorrido: Elza Maria Amaral Vieira da Silva

Advogado: Carlos Augusto Barbosa Conceicao - MA013874

EMENTA

Recurso especial. Civil. Direito das coisas. Alteração fática substancial. Natureza. Posse. Transmutação. Possibilidade. *Animus domini*. Caracterização. Propriedade. Metade. Imóvel. Usucapião constitucional. Reconhecimento. Usucapião extraordinária. Prazo. Curso do processo. Contestação. Interrupção. Não ocorrência.

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 (i) falha a prestação jurisdicional; (ii) a aquisição de metade do imóvel usucapiendo caracteriza a propriedade de outro imóvel, impedindo o reconhecimento da usucapião constitucional; (iii) o ajuizamento de ação cautelar de vistoria pode ser considerada como oposição à posse, impedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária e (iv) o caráter original da posse pode ser transmudado na hipótese dos autos.

3. O fato de os possuidores serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo não recai na vedação de não possuir “outro imóvel” urbano, contida no artigo 1.240 do Código Civil.

4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser admissível a usucapião de bem em condomínio, desde que o condômino exerça a posse do bem com exclusividade.

5. A posse exercida pelo locatário pode se transmutar em posse com animus domini na hipótese em que ocorrer substancial alteração da situação fática.

6. Na hipótese, os possuidores (i) permaneceram no imóvel por mais de 30 (trinta) anos, sem contrato de locação regular e sem efetuar o pagamento de aluguel, (ii) realizaram benfeitorias, (iii) tornaram-se proprietários da metade do apartamento, e (iv) adimpliram todas as taxas e tributos, inclusive taxas extraordinárias de condomínio, comportando-se como proprietários exclusivos do bem.

7. É possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva ainda que o prazo exigido por lei se complete apenas no curso da ação de usucapião. Precedentes.

8. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.

9. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Gerard Andres Fischgold* e Outra, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a”, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Usucapião. Tendo os réus demonstrado a prática de atos em busca da salvaguarda de sua propriedade, além de incomprovados os requisitos para aquisição do bem, nos moldes dos artigos 1.238, 1.240 e 1.242, todos do Código Civil, não há que se cogitar de interversão da posse, decorrente de contrato de locação, no qual figuram autores e réus, respectivamente, como locatários e locadores. Sentença de improcedência do pedido que se mantém. Desprovimento do recurso (fl. 728, e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 753/755, e-STJ).

No recurso especial, os recorrentes apontam violação dos seguintes dispositivos, com as respectivas teses:

(i) artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil - porque se estabeleceram no apartamento, utilizando-o como moradia habitual desde 1984, sem nunca manter nenhum tipo de contato com os recorridos, salvo uma citação em ação cautelar de vistoria proposta em 1991 e abandonada em 1992, a qual não pode ser considerada como oposição à sua posse. Ressaltam que buscavam, com a ação cautelar, apenas vistoriar o imóvel para antecipar provas para ações futuras que jamais foram propostas. Acrescentam, ainda, ser possível a alteração do caráter originário da posse, inclusive em casos de vínculo locatício, afirmando:

(...) Ora, como vincular indefinidamente a natureza da posse dos Recorrentes a um contrato locatício de 12 meses, assinado em 1983, se há 35 anos nele residem no imóvel sem pagamento de aluguéis e arcam com todos os custos de conservação do bem? (fl. 782, e-STJ).

(ii) artigo 493 do Código de Processo Civil de 2015 - porque abandonada a medida cautelar em 1992, ou caso se considere como última tentativa de contato em 1996, como fez o acórdão guerreado, o fato é que os recorridos apenas ingressaram nos presentes autos em 2010, com o que se completou, no curso do processo, o prazo para a usucapião;

(iii) artigo 1.240 do Código Civil - porque não passaram a ser proprietários de outro imóvel mas, sim, registraram a arrematação de 50% (cinquenta por cento) do próprio apartamento objeto da lide. Asseveram que, nos termos da lei,

ser proprietário de outro imóvel significa ser proprietário de um segundo imóvel e não de parte do próprio apartamento que se pretende usucapir, como entendeu a Corte recorrida. Destacam que o apartamento é um bem indivisível, o que reforça a impossibilidade de ser considerado com um segundo imóvel. Ademais, fazem menção ao artigo 1.040-A do Código Civil como vetor interpretativo, e

(iv) artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015 - porque o Tribunal de origem negou provimento a seu apelo sem considerar a maior parte dos elementos constantes dos autos, rejeitando a usucapião com fundamento apenas no depoimento pessoal do primeiro recorrido, sem esclarecer quais foram os atos de defesa praticados pelos réus até o ano de 1996, além de não ter se manifestado quanto ao cumprimento do prazo da prescrição aquisitiva no curso do processo, bem como acerca da possibilidade de interversão da posse e dos efeitos da revelia.

Requerem o provimento do recurso especial para que seja reconhecida a usucapião extraordinária em seu favor, ou a usucapião especial, e, subsidiariamente, que seja anulado o acórdão recorrido diante da negativa de prestação jurisdicional.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 803, e-STJ).

O recurso foi inadmitido na origem (fls. 811/819, e-STJ), tendo sido determinada sua reatuação pela decisão de fls. 918/919 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo presente recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

Cinge-se a controvérsia a definir se (i) falha a prestação jurisdicional; (ii) a aquisição de metade do imóvel usucapiendo caracteriza a propriedade de outro imóvel, impedindo o reconhecimento da usucapião constitucional; (iii) o ajuizamento de ação cautelar de vistoria pode ser considerada como oposição à posse, impedindo o reconhecimento da usucapião extraordinária e (iv) o caráter original da posse, na hipótese dos autos, pode ser transmudado.

1. Breve histórico

Colhe-se dos autos que os recorrentes, Gerard Andres Fischgold e Maria Cristina Fischgold ajuizaram a presente ação de usucapião urbana contra

Getúlio Costa da Silva e Elza Maria da Silva em 3.12.2003, alegando estarem há mais de 5 (cinco) anos na posse mansa e pacífica do imóvel situado na Rua Marquês de São Vicente, n. 324, apartamento 101, bloco 2, na comarca do Rio de Janeiro, destacando preencherem todos os requisitos do artigo 1.240 do Código Civil.

Relatam que há mais de 10 (dez) anos pagam todos os tributos e despesas condominiais, ordinárias e extraordinárias, incidentes sobre o bem, esclarecendo, também, que adquiriram metade do imóvel em hasta pública, com o que também preencheriam os requisitos do artigo 1.242 do Código Civil.

Expedidos ofícios a vários órgãos, não foi possível localizar o endereço dos réus que, citados por edital, não compareceram aos autos, sendo decretada sua revelia (fl. 345, e-STJ).

Em 22.3.2010 os réus compareceram aos autos (fls. 358/360), afirmando a impossibilidade jurídica do pedido, por serem os autores proprietários de metade do imóvel, além de afirmarem que

(...)

Idosos e sem condições de permanecerem neste estado do Rio de Janeiro os demandados e os réus acordaram que estes residiriam no imóvel, contudo se responsabilizariam pelo pagamento total dos débitos carreados pelo uso do imóvel e seus tributos, em vez de pagar os aluguéis correspondentes à metade do imóvel. E que oportunamente, ambas as partes em melhores condições financeiras tratariam da extinção do condomínio.

Dessa forma combinados com os Autores, o casal passou a residir no estado de Pernambuco, porém, jamais perderam o contacto (*sic*) com os ora demandantes, mantendo-se informados da regularidade da situação do imóvel, e assim, confiavam, eis que afinal, os arrematantes, residentes garantiam aos réus a normalidade e a manutenção do acordo.

O pedido foi julgado improcedente sob o fundamento da impossibilidade de ser usucapido imóvel por coproprietário que se encontre em condomínio *pro indiviso* (sentença de fls. 383/386, e-STJ).

A apelação interposta pelos autores, ora recorrentes, foi provida para determinar a anulação da sentença e o prosseguimento do feito, sob entendimento de que é possível ao condômino usucapir desde que prove exercer a posse exclusiva sobre o imóvel. Ademais, foi afastada a revelia, diante da contestação do curador especial, determinando-se a abertura de prazo para a especificação de provas (fls. 437/441, e-STJ).

Realizada a oitiva de testemunhas de ambas as partes, foram juntados documentos.

Em sequência, veio a sentença, julgando (i) extinto o feito sem resolução de mérito quanto ao pedido de usucapião da parte do imóvel pertencente aos autores por perda superveniente de interesse e (ii) improcedente o pedido de usucapião da parte do imóvel pertencente aos réus.

A apelação interposta pelos ora recorrentes não foi provida, sobrevindo o recurso especial.

2. Da violação dos artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015

Da atenta leitura do aresto recorrido é possível extrair os elementos necessários ao julgamento do presente recurso especial, de modo que resta prejudicado o pedido de análise subsidiária da violação dos artigos 489, § 1º, incisos IV e VI, 1.022, incisos I e II, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015.

3. Da violação do artigo 1.240 do Código Civil

A usucapião constitucional ou especial urbana apresenta os seguintes requisitos para o seu reconhecimento: (i) área urbana não superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados); (ii) posse mansa e pacífica de 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*; (iii) imóvel utilizado como moradia do possuidor ou de sua família, e (iv) o possuidor não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, não lhe tendo sido deferida a usucapião especial urbana em outra ocasião.

Na hipótese dos autos, a Corte de origem entendeu que os recorrentes não cumpriram um dos requisitos para a aquisição da propriedade com fundamento na usucapião constitucional, qual seja, não possuir outro imóvel urbano. Isso porque eles seriam proprietários da outra metade do imóvel que pretendem usucapir.

Eis os termos do acórdão:

(...) Delineados os limites da ação proposta, denota-se que houve a perda superveniente do interesse de agir quanto à pretensão de usucapir a meação do imóvel adquirido em hasta pública, porquanto, no curso da lide, lograram os Autores registrar a carta de arrematação - Index 487, fls. 425/430 -, *acarretando*,

por via transversa a impossibilidade de declaração da aquisição do domínio da área usucapienda, concernente à meação da segunda ré, com esteio na usucapião constitucional, por lhes faltar um dos requisitos legais, qual seja, não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano - artigo 1.240 do Código Civil (fl. 730, e-STJ - grifou-se).

Quanto ao ponto, vale esclarecer que os autores, ora recorrentes, enquanto residiam no imóvel, adquiriram 50% (cinquenta por cento) de sua propriedade em hasta pública, no ano de 1984. Tiveram dificuldade para registrar a carta de arrematação diante da existência de gravames na matrícula, ainda que prescritos, motivo pelo qual ingressaram com o pedido de declaração de propriedade da totalidade do imóvel.

Durante a tramitação do feito, conseguiram registrar a carta de arrematação, de modo que desapareceu o interesse processual no que diz respeito à metade do imóvel adquirida em leilão.

A controvérsia, portanto, gira em torno de definir se o fato de os recorrentes serem proprietários de metade do imóvel usucapiendo corresponde a possuir “outro imóvel” urbano, faltando-lhes um dos requisitos do artigo 1.240 do Código Civil.

Como enfatiza Arnaldo Rizzardo, os constituintes, ao delinarem a usucapião especial urbana, tinham como preocupação contemplar as pessoas sem moradia própria, daí a exigência de não ser proprietário de outro imóvel. (Direito das Coisas. RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Ebook. 9788530990886. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990886/>. Acesso em: 31 ago. 2022).

Sob essa perspectiva, o fato de os recorrentes serem proprietários da metade ideal do imóvel que pretendem usucapir não parece constituir o impedimento de que trata o art. 1.240 do Código Civil, pois não possuem moradia própria, já que eventualmente teriam que remunerar o co-proprietário para usufruir com exclusividade do bem.

Vale destacar, no ponto, que o legislador criou a chamada usucapião familiar entre ex-cônjuges e ex-companheiros (art. 1.240-A do Código Civil), cujo reconhecimento *também exige que o possuidor não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.*

Comentando referida norma, explica Francisco Eduardo Loureiro:

(...)

O preceito diz que o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Evidente que a propriedade da metade ideal do próprio imóvel usucapiendo não compromete o pedido, caso contrário a norma seria inoperante. *A expressão "outro" indica propriedade de um segundo imóvel, além daquele cuja metade se pretende usucapir* (Peluso, Cezar. Coord. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 16ª ed. Editora Manole, 2022 - grifou-se)

Cumpra assinalar, ademais, que é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de ser admissível a usucapião de bem em condomínio, desde que o condômino exerça a posse do bem com exclusividade.

Confirmam-se:

Direito Civil. Agravo interno no recurso especial. Usucapião extraordinária. Condomínio. Posse. Usucapião. Possibilidade. Tribunal *a quo* concluiu pela precariedade da posse originária. Ausência de *animus domini*. Mera permissão dos coproprietários. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo não provido.

1. *"O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários"* (REsp 668.131/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/8/2010, DJe de 14/9/2010).

2. O Tribunal de origem, ao analisar os elementos informativos do processo, concluiu que a autora exercia posse precária e sem *animus domini* sobre o bem cujo reconhecimento de usucapião se buscava, uma vez que decorrente de atos de mera permissão dos demais coproprietários.

3. No caso, a pretensão de alterar esse entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.787.720/CE, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/9/2021, DJe de 3/11/2021 - grifou-se)

Civil e Processual Civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação de extinção de condomínio. Exceção de usucapião. Limites do pedido. Interpretação lógica e sistemática. Fundamento legal diverso do indicado pela parte. Possibilidade. *Iura novit curia*. Bem em condomínio. Posse exclusiva. Usucapião. Admissibilidade. Harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Agravo interno não provido.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os 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. Não ocorre julgamento extra petita quando a decisão é proferida nos limites do pedido formulado pela parte, devendo o pedido ser interpretado de forma lógica e sistemática, a partir de ampla e detida análise dos fatos pelo juiz. Precedentes.

3. Diante dos fundamentos da causa, o magistrado pode motivar sua decisão em fundamento legal diverso do indicado pela parte, considerando a premissa iura novit curia, sem que se configure julgamento extra petita. Precedente.

4. *Admite-se a usucapião de bem em condomínio quando um condômino exerce posse exclusiva do imóvel, sem oposição do outro. Precedentes.*

5. A questão da má-fé da agravada não foi suscitada no recurso especial, inviabilizando que seja levantada em agravo interno, por configurar inovação recursal.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.472.974/RS, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/2/2020, DJe de 19/2/2020 - grifou-se)

No caso dos autos, vale lembrar que transitou em julgado a decisão proferida em apelação que entendeu pela possibilidade da usucapião por coproprietário de imóvel que exerça a posse exclusiva do bem. Transcreve-se o seguinte trecho da decisão proferida na apelação:

(...)

A sentença recorrida fundamenta seu entendimento em julgado do Tribunal Regional Federal - 1ª Região, publicado em 29/07/2005, *todavia, em consulta ao site do Superior Tribunal de Justiça, encontramos posicionamento mais recente em sentido totalmente contrário, tal como citado na peça de apelo.*

Nas palavras do Ministro Sidney Beneti, a Corte Superior "firmou entendimento no sentido de ser possível ao condômino usucapir se exercer posse exclusiva sobre o imóvel" (AgRg no Ag 731.971/MS - Órgão Julgador - Terceira Turma - Data do Julgamento: 23/09/2008).

Seguindo a mesma linha:

(...)

Portanto, diante do entendimento acima exposto, revela-se prematura a extinção do feito sem o devido exame de mérito (fls. 439/440, e-STJ - grifou-se).

Diante disso, parece esbarrar na coisa julgada a conclusão de que os recorrentes não poderiam ver reconhecida a usucapião constitucional por serem

proprietários da metade do imóvel, em outras palavras, por serem condôminos juntamente com os recorridos.

Superada essa questão, mostra-se necessário verificar a natureza da posse exercida pelos recorrentes.

Com efeito, é fato incontroverso que os recorrentes firmaram contrato de locação com os recorridos em 1983, tendo ingressado na posse do imóvel como locatários. No ano seguinte, adquiriram metade do imóvel em hasta pública, sendo que a última providência dos recorridos para salvaguardar seu patrimônio remontaria a 1996, conforme se extrai do seguinte excerto do aresto recorrido:

(...) por ter o primeiro Autor afirmado, em seu depoimento pessoal, que passara a ocupar o imóvel, de propriedade dos Réus, em 1983, na condição de locatário e antes da arrematação da metade do imóvel - Index 476 -, cujo contrato por ele firmado com a segunda Ré se encontra às fls. 514/517 - Index 564 -, fato esse não ventilado na exordial, o que lhe conferia a posse direta sobre o imóvel, mas não como animus domini, sendo certo que a posterior arrematação de parte do imóvel não teve o condão de rescindir o contrato de locação, mas apenas de restringir o seu objeto à outra metade do bem. Some-se a isso a circunstância de a segunda Ré ter comprovado que sempre esteve em busca da defesa de seu patrimônio ao ajuizar, nos idos de 1991, ação cautelar de vistoria ad perpetuam em desfavor do primeiro Autor - Index 564, fls. 500/502 -, na qual postulava vistoriar o imóvel, na qualidade de locadora, sob o argumento que, desde 1983, não tinha acesso às dependências do imóvel, que estava guarnecido de armários e eletrodomésticos, daí porque se fazia necessária a inspeção para verificação e arbitramento de eventuais danos causados. O primeiro autora, regularmente citado na mencionada demanda, reconheceu, inclusive, que contra si a segunda Ré também já havia distribuído ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis e encargos - Index 564, fls. 526, item - 2 -, o que reforça, como já dito, a intenção da meeira em salvaguardar o seu patrimônio, ainda que manifestada de forma equivocada, ou seja, sobre a totalidade do imóvel, tendo em vista que ambos, requerente e requerido, à época, já haviam se tornado coproprietários do bem. (...) Neste contexto, evidenciado que os Réus não abandonaram o imóvel, não se vislumbra a interversão da posse, cabendo ponderar, por fim, a inaplicabilidade do artigo 1.238 do Código Civil à hipótese, considerando-se que, nos termos do depoimento pessoal prestado pelo primeiro Réu, Index 478 -, em consonância com a prova produzida, concernente à data de propositura da medida cautelar de vistoria, que tramitara, ao menos, até o ano de 1992, revela-se consentânea e lógica a sua afirmativa de que até o ano de 1996 praticara atos de defesa de sua propriedade (...) (fls. 730/731, e-STJ - grifou-se)

A conclusão de que não ocorreu a interversão da posse diante desses fatos não parece correta.

No caso em análise, a situação fática alterou-se substancialmente desde o início da posse. Em um primeiro momento, é certo que a posse era exercida pelos recorrentes na qualidade de locatários, que firmaram com os recorridos, em 1983, contrato de locação pelo prazo de 12 (doze) meses. Porém, no caso, não é possível concluir que o contrato de locação por prazo determinado foi prorrogado, como fez a Corte local.

Nos termos do artigo 46, § 1º, da Lei n. 8.245/1991, na hipótese de prorrogação da locação por prazo determinado, o prazo passa a ser indeterminado, sendo mantidas as demais cláusulas e condições do contrato (art. 46, § 1º, da Lei n. 8.245/1991).

No caso em apreço, porém, o próprio objeto da locação se alterou, já que se restringiu à metade do imóvel, o que determinaria, ainda, a redução do valor da locação, indicando que não se pode falar propriamente em prorrogação do contrato de locação.

Acrescenta-se que, a signatária do contrato de locação, administradora do bem, teve sua insolvência decretada, com conseqüente cessação do mandato (art. 682, III, do CC). Apesar disso, os locadores não se preocuparam em constituir outro mandatário, não sendo possível, da leitura do instrumento, nem sequer identificar quem eram os proprietários.

Transcreve-se, no ponto, trecho do bem lançado parecer do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

(...)

Conforme consta da cópia do referido contrato, o mesmo foi firmado no ano de 1983, no dia 20 de maio (fls. 514/519; Indexador 000564).

Ocorre que em 1984, a administradora do bem, Sóbria Administração Ltda., teve contra si distribuída uma ação de insolvência n. 1984.001.505817-69 (n. 0017591-32.1984.8.19.0001) em 16/08/1984 que tramitou no Juízo da 06ª Vara Empresarial da Capital, com sentença de mérito em 25/05/2005.

Houve a efetiva baixa em sua inscrição junto ao Ministério da Fazenda em fevereiro de 2015 (fl. 553; indexador 0000617).

A insolvência da administradora do bem imóvel, de certo, acarretou o fechamento de seu único ponto comercial, então situado no Largo do Machado, n. 29, Ed. Condor, nesta cidade do Rio de Janeiro, comprometendo, inequivocamente, a administração do bem objeto da lide, dentre todos os outros componentes de sua carteira.

Neste exato momento, ou seja, *com a instauração do processo de insolvência em agosto de 1984, apenas 15 (quinze meses) após o contrato de locação firmado*

com o autor/apelante, o repasse dos aluguéis já estava comprometido, isto porque, conforme consta da cláusula "4. Dos prazos de pagamento:", no contrato de locação, o aluguel seria pago exclusivamente na sede da administradora insolvente, confira-se:

4. *Dos prazos de pagamento:*

O(A) *Locatário(a)* pagará o aluguel até o dia 05 (cinco) de cada mês, seguinte ao vencido, no escritório de sua procuradora, sito no Largo do Machado n. 29, grupos 1.022 a 1.023 nesta cidade, ou em qualquer outro local indicado pelo(a) *Locador(a)*. (fl. 514; indexador 0000564)

"De sua procuradora", leia-se, da procuradora da *Locadora* do bem, ora 2ª ré/apelada, eis que o locatário não era representado pela administradora insolvente. Cumpre registrar, ainda, que em todo o contrato não há qualquer descrição do endereço ou quaisquer outros contatos da *Locadora* Elza Maria do Amaral da Silva (02ª ré/apelada) ou seu marido Getúlio Costa da Silva (01º ré/apelado), tendo o contrato sido firmado por mandatário da locadora e não por esta.

Assim, a insolvência da empresa Sóbria Administração Ltda., no ano de 1984, acarretou, de uma só vez:

1. *A ausência da administração do bem pela empresa, rememorando-se que o contrato foi assinado por representante desta e não pelos locadores;*

2. *problemas quanto à representação da locadora pelo mandatário, pois certamente o instrumento de mandato era específico no sentido da administração do bem imóvel pela empresa insolvente, o que não mais seria possível (não há nos autos comprovante da regularização do mandato ou nova outorga de poderes a terceiros);*

3. *a interrupção dos repasses dos aluguéis, uma vez que a sede não mais funcionava, e lá deveriam ser aqueles pagos, conforme disposto no contrato;*

4. *a impossibilidade de repasse dos aluguéis aos proprietários (locadores), eis que sequer havia endereço ou número de telefone destes no instrumento do contrato, conforme comprovam as cópias;*

A intersetividade unilateral do caráter da posse, apenas pelos fatos já descritos, já se configura (fls. 712/713, e-STJ - grifou-se).

Ademais, os recorrentes adquiriram metade do imóvel, adimpliram com todas as taxas e tributos incidentes sobre ele, realizaram benfeitorias, agindo como proprietários exclusivos, como destaca o ilustre representante do Parquet em segundo grau:

(...)

Todo o exposto, aliado à presença ostensiva dos autores no imóvel desde o ano de 1983, utilizando-o como sua residência e dele cuidando, com o devido

pagamento de taxas e tributos, contribuindo para a sua melhoria, faz prova do elemento essencial à interversão unilateral da posse, a manifestação externa inequívoca do animus domini (fl. 714, e-STJ).

Assim, tendo os recorrentes (i) permanecido no imóvel durante ao menos 30 (trinta) anos, de 1984 até 2003, data da propositura da ação, sem contrato de locação regular, (ii) sem ter pagado alugueres, (iii) tendo realizado benfeitorias, (iv) tendo se tornado proprietários da metade do apartamento, (v) adimplido com todas as taxas e tributos, inclusive taxas extraordinárias de condomínio, não há como afastar a hipótese de transmudação da posse, que passou a ser exercida com *animus domini*.

A propósito:

Civil. Usucapião extraordinário. Comprovação dos requisitos. Mutação da natureza jurídica da posse originária. Possibilidade.

O usucapião extraordinário - art. 55, CC - reclama, tão-somente: a) posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini; b) o decurso do prazo de vinte anos; c) presunção juris et de jure de boa-f e e justo título, "que não são dispensa a exibic o desse documento como também proíbe que se demonstre sua inexistência". *E, segundo o ensinamento da melhor doutrina, "nada impede que o caráter originário da posse se modifique", motivo pelo qual o fato de ter havido no início da posse da autora um vínculo locatício, não   embaraço ao reconhecimento de que, a partir de um determinado momento, essa mesma mudou de natureza e assumiu a feição de posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força ad usucapionem.* Precedentes. Ação de usucapião procedente.

Recurso especial conhecido, com base na letra "c" do permissivo constitucional, e provido.

(REsp n. 154.733/DF, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 5/12/2000, DJ de 19/3/2001 - grifou-se)

Usucapião extraordinária. Promessa de venda e compra. Transmutação da posse, de não própria para própria. Admissibilidade.

"O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, *uma vez que   possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria* (REsp n. 220.200-SP).

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 143.976/GO, relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 6/4/2004, DJ de 14/6/2004 - grifou-se)

Recurso especial. Usucapião extraordinária. Instâncias originárias que julgaram improcedente os pedidos. Posse ad usucapionem e posse precária. Transmutação da sua natureza. Possibilidade. Não ocorrência na espécie. Inexistência de alteração fática substancial entre a aquisição da posse e o seu exercício. Contrato de comodato. Recurso especial desprovido.

Hipótese: A presente controvérsia consiste em aferir se, para fins de usucapião extraordinário, a posse originariamente precária pode transmutar-se a dar ensejo àquela exercida com *animus domini*.

1. Tanto sobre a égide do Código anterior, quanto do atual, os únicos requisitos exigidos para a aquisição da propriedade por usucapião extraordinário são a posse ad usucapionem e o prazo previsto em lei.

2. Para fins de aquisição da propriedade por usucapião admite-se tanto a acessão na posse, *accessio possessionis*, quanto a sucessão na posse, ou *successio possessionis*.

3. No caso dos autos, verifica-se que mesmo com a morte da primeira posseira, não houve alteração fática substancial a ponto de conduzir à transmutação da posse por ela exercida, já que durante todo o tempo a relação jurídica estabelecida entre as partes foi regida pelo comodato, primeiro verbal, depois escrito. *Nas hipóteses em que a alteração fática autorizar, admite-se a transmutação da natureza da posse para fins de configuração de usucapião*, todavia, tal não ocorreu na espécie, em que a posse originariamente adquirida em caráter precário, assim permaneceu durante todo o seu exercício.

4. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.552.548/MS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 14/12/2016 - grifou-se)

Direitos reais. Recurso especial. Reintegração de posse. Igreja. Templo. Pastor que se desfilia dos quadros de obreiros da religião. Transmutação da detenção em posse. Legitimidade passiva configurada. Esbulho. Existência de contrato de comodato. Súm. 7/STJ. Usucapião extraordinária. Inocorrência

1. "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas". (Código Civil, art. 1.198)

2. Na hipótese, o réu foi ordenado e designado para atuar na Comunidade Evangélica de Cachoerinha, na condição de pastor da IECLB, e justamente nessa qualidade é que se vinculava ao patrimônio da Igreja; isto é, exercia o controle sobre o imóvel em nome de outrem a quem estava subordinado, caracterizando-se como fâmulos da posse.

3. A partir do momento em que pleiteou o seu desligamento do quadro de pastores, continuando nas dependências do templo, deixando de seguir as ordens do legítimo possuidor, houve a transmutação de sua detenção em posse,

justamente em razão da modificação nas circunstâncias de fato que vinculavam a sua pessoa à coisa. Assim, perdendo a condição de detentor e deixando de restituir o bem, exercendo a posse de forma contrária aos ditames do proprietário e possuidor originário, passou a cometer o ilícito possessório do esbulho, sobretudo ao privá-lo do poder de fato sobre o imóvel.

4. Desde quando se desligou da instituição recorrida, rompendo sua subordinação e convertendo a sua detenção em posse, fez-se possível, em tese, a contagem do prazo para fins da usucapião - *diante da mudança da natureza jurídica de sua apreensão. Precedente.*

5. Compulsando os autos, verifica-se que o recorrente solicitou o seu desligamento do quadro geral de obreiros da IECLB em 15 de julho de 2005, ficando afastada por completo qualquer pretensão de reconhecimento da usucapião extraordinária (CC, art. 1.238), como requerido em seu especial, haja vista a exigência do prazo mínimo de 15 (quinze) anos para tanto.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.188.937/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/3/2014, DJe de 2/4/2014 - grifou-se)

Desse modo, consumado o prazo da usucapião constitucional, estando presentes os demais requisitos do artigo 1.240 do Código Civil, deve ser declarada a propriedade dos recorrentes sobre a integralidade do imóvel.

4. Da violação dos artigos 1.238, parágrafo único, do Código Civil e 493 do Código de Processo Civil de 2015

Afirmam os recorrentes que também estaria consumado, na hipótese, o prazo da usucapião extraordinária.

Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, é possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva ainda que o prazo exigido por lei se complete apenas no curso da ação de usucapião, conforme se verifica do seguinte precedente:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de usucapião extraordinária. Aplicação do prazo previsto no CC/16, dada a aplicação da regra de transição disposta no art. 2.028 do CC/02. Vinte anos. Prescrição aquisitiva. Prazo que se implementa no curso da ação de usucapião. Possibilidade.

1. Ação ajuizada em 10/02/2010. Recurso especial concluso ao gabinete em 31/01/2018. Julgamento: CPC/2015.

2. Ação de usucapião extraordinária.

3. O propósito recursal é definir se é possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se implementa no curso da ação de usucapião.

4. O prazo da prescrição aquisitiva da propriedade aplicável à espécie não é o de 15 (quinze) anos previsto no art. 1.238 do CC/02 para a usucapião extraordinária, mas sim o de 20 (vinte) anos previsto no art. 550 do CC/16 para o mesmo fim, dada a aplicação da regra de transição prevista no art. 2.028 do novo Código Civil.

5. O julgador deve sentenciar o processo tomando por base o estado em que o mesmo se encontra, recepcionando, se for o caso, fato constitutivo que se implementou supervenientemente ao ajuizamento da ação. É dizer: a prestação jurisdicional deve ser concedida de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença.

6. *É plenamente possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso da ação de usucapião, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes.*

Precedentes.

7. Recurso especial conhecido e provido

(REsp n. 1.720.288/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 29/5/2020)

De acordo com o aresto recorrido, a última tentativa de defesa da posse pelos recorridos teria ocorrido em 1996:

(...)

nos termos do depoimento pessoal prestado pelo primeiro Réu-Index 478-, em consonância com a prova produzida, concernente à data de propositura da medida cautelar de vistoria, que tramitara, ao menos, até o ano de 1992, *revela-se consentânea e lógica a sua afirmativa de que até o ano de 1996 praticara atos de defesa da sua propriedade*, e à vista da propositura da presente ação em 2003, além da expressa oposição à posse, sequer decorreu o prazo decenal previsto em seu parágrafo único, não tendo, portanto, como prosperar a pretensão autoral, ora reiterada (fl. 731, e-STJ - grifou-se).

Mesmo sendo questionável a eficácia de simples tentativa de contato como fato interruptivo da prescrição, ainda assim a usucapião extraordinária estaria configurada na hipótese.

Com efeito, iniciado o prazo em 1996, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia transcorrido metade do prazo de 20 (vinte) anos previsto no Código de 1916 para a usucapião extraordinária.

Diante disso, seria aplicável à hipótese o novo prazo decenal do artigo 1.238, parágrafo único, do CC, contado da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Assim, o prazo da usucapião extraordinária estaria consumado em 11.1.2013, antes de proferida a sentença na presente ação.

Nesse sentido:

Processo Civil. Agravo interno. Razões que não enfrentam o fundamento da decisão agravada. Usucapião extraordinário. Prescrição vintenária. Código Civil de 2002. Redução do prazo. Art. 1.238, *caput*, do CC. Prescrição quinzenal. Termo inicial. Art. 2.028 do CC. Entrada em vigor do novo Código. Súmulas n. 7 e 83/STJ.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de redução de prazo de prescrição, inclusive os aquisitivos, se na data da entrada em vigor do Código Civil de 2002 ainda não havia decorrido mais da metade do tempo previsto na lei revogada, aplica-se o novo prazo, a contar da entrada em vigor do referido diploma, isto é, 11.1.2003. Precedentes.

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 952.068/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 7/11/2019, DJe de 2/12/2019.)

Vale lembrar que o comparecimento dos recorridos aos autos em 2010, com o oferecimento de contestação, não interrompeu a contagem o prazo da prescrição aquisitiva, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Usucapião extraordinária. Prescrição aquisitiva. Prazo. Implementação. Curso da demanda. Possibilidade. Fato superveniente. Art. 462 do CPC/1973. Contestação. Interrupção da posse. Inexistência. Assistente simples. Art. 50 do CPC/1973.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.

3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes.

4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015).

5. *A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.*

6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes.

7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral.

8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973).

Precedente.

9. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.361.226/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 9/8/2018 - grifou-se)

Direitos reais e Processual Civil. Recurso especial. Omissão. Inexistência. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Usucapião. Contrato de arrendamento rural firmado entre extinta fundação pública e a autora. Animus domini. Moldura fática peculiar que impossibilita a apuração acerca da sua existência. Resistência à posse pelo proprietário. Termo inicial da prescrição aquisitiva. Declaração da usucapião ocorrida no transcurso da ação. Possibilidade.

1. O caso é bastante peculiar, pois, em que pese o réu sustentar não ter havido animus domini, já que a posse era subordinada à da fundação pública, contraditoriamente, reconhece que houve “notificação judicial em 1987, interrompendo o prazo prescricional” dirigida, não à Fundação Pública, mas à genitora da recorrente e que, mesmo cientificada acerca da propriedade do demandado sobre a área, a usucapiante continuou se submetendo à pactuação firmada com a Fundação Pública.

2. Ademais, se a Fundação Pública tivesse exercido posse própria, dado ao decurso do tempo, a área seria pública, ora pertencente ao Distrito Federal, como sucessor em direitos e obrigações daquela Fundação, todavia, por reiteradas vezes, aquele ente federado manifestou seu desinteresse na presente lide, conforme consta da sentença.

3. Como a usucapiante opôs resistência à posse do proprietário, passou a fluir o prazo para reconhecimento do usucapião. Por isso, considerar não ter havido posse com animus domini, nem mesmo com a ciência formal de quem era o proprietário, aliada à resistência oferecida a esse, significaria conferir a contrato eivado de vício efeito que nem mesmo um negócio jurídico hígido teria.

4. *A contestação oferecida na ação de usucapião não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva, sendo incontroverso que a resistência oposta limitou-se ao protesto, efetuado em fevereiro de 1987, tendo a ação reivindicatória sido ajuizada apenas em maio de 2009. Portanto, cabe, tendo em vista o disposto no artigo 462 do Código de Processo Civil, o reconhecimento e declaração da usucapião ocorrida durante a tramitação do processo.*

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp n. 1.210.396/DF, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12/4/2012, DJe de 19/6/2012 - grifou-se)

Assim, também por esse ângulo estaria configurada a usucapião.

5. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para declarar a usucapião em favor dos recorrentes.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.951.456-RS (2021/0237299-3)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Maria Innocencia Provitina

Advogados: Álisson Rafael Fraga da Costa - RS074259

Vinícius Koenig - RS080743

Douglas Pereira de Matos - RS088951

Maiara Alves Preissler - RS123766

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Advogado: Sem Representação nos Autos - SE000000M

Interes.: Jacqueline Carvalho Loureiro

Interes.: Simone Carvalho Loureiro

Advogado: Virgínia Reis Lobato Flôres - RS048776

EMENTA

Civil. Processual Civil. Direito sucessório. Pedido de homologação judicial de partilha extrajudicial em que há testamento. Art. 610, *caput* e § 1º, do CPC/15. Interpretação literal que levaria à conclusão de que, havendo testamento, jamais seria admissível a realização de inventário extrajudicial. Interpretações teleológica e sistemática que se revelam mais adequadas. Exposição de motivos da Lei n. 11.441/2007 que fixava, como premissa, a litigiosidade sobre o testamento como elemento inviabilizador da partilha extrajudicial. Circunstância fática inexistente quando todos os herdeiros são capazes e concordes. Capacidade para transigir e inexistência de conflito que infirmam a premissa estabelecida pelo legislador. Legislações atuais que, ademais, privilegiam a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e os meios adequados de resolução de controvérsias. Possibilidade de partilha extrajudicial, ainda que existente testamento, que se extrai também de dispositivos do Código Civil.

1- Ação distribuída em 28/05/2020. Recurso especial interposto em 22/04/2021 e atribuído à Relatora em 30/07/2021.

2- O propósito recursal é definir se é admissível a realização do inventário e partilha por escritura pública na hipótese em que, a despeito da existência de testamento, todos os herdeiros são capazes e concordes.

3- A partir da leitura do art. 610, *caput* e § 1º, do CPC/15, decorrem duas possíveis interpretações: (i) uma literal, segundo a qual haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, ainda que os herdeiros sejam capazes e concordes; ou (ii) uma sistemática e teleológica, segundo a qual haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes.

4- A primeira interpretação, literal do *caput* do art. 610 do CPC/15, tornaria absolutamente desnecessário e praticamente sem efeito a primeira parte do § 1º do mesmo dispositivo, na medida

em que a vedação ao inventário judicial na hipótese de interessado incapaz já está textualmente enunciada no *caput*.

5- Entretanto, em uma interpretação teleológica decorrente da análise da exposição de motivos da Lei n. 11.441/2007, que promoveu, ainda na vigência do CPC/73, a modificação legislativa que autorizou a realização de inventários extrajudiciais no Brasil, verifica-se que o propósito do legislador tencionou impedir a partilha extrajudicial quando existente o inventário diante da alegada potencialidade de geração de conflitos que tornaria necessariamente litigioso o objeto do inventário.

6- A partir desse cenário, verifica-se que, em verdade, a exposição de motivos reforça a tese de que haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes, justamente porque a capacidade para transigir e a inexistência de conflito entre os herdeiros derruem inteiramente as razões expostas pelo legislador.

7- Anote-se ainda que as legislações contemporâneas têm estimulado a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e a adoção de métodos adequados de resolução das controvérsias, de modo que a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário.

8- Finalmente, uma interpretação sistemática do art. 610, *caput* e § 1º, do CPC/15, especialmente à luz dos arts. 2.015 e 2.016, ambos do CC/2002, igualmente demonstra ser acertada a conclusão de que, sendo os herdeiros capazes e concordes, não há óbice ao inventário extrajudicial, ainda que haja testamento, nos termos, inclusive, de precedente da 4ª Turma desta Corte.

9- Recurso especial conhecido e provido, a fim de, afastado o óbice à homologação apontado pela sentença e pelo acórdão recorrido, determinar seja dado regular prosseguimento ao pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 25.8.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Maria Innocencia Provitina*, com base no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão do TJ/RS que, por unanimidade, negou provimento à apelação por ela interposta.

Recurso especial interposto em: 22/04/2021.

Atribuído ao gabinete em: 30/07/2021.

Ação: de homologação judicial de partilha extrajudicial, requerida pela recorrente em 28/05/2020 (fls. 3/10, e-STJ).

Sentença: julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que, havendo testamento, impõe-se o inventário judicial na forma do art. 610, *caput*, do CPC/15, que não pode ser substituído pela simples homologação de partilha extrajudicial, como na hipótese (fls. 117/118, e-STJ).

Acórdão do TJ/RS: por unanimidade, negou provimento à apelação interposta pela recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Apelação cível. Sucessão. Homologação de inventário extrajudicial. Existência de testamento registrado judicialmente. Descabimento. Obrigatoriedade da abertura de inventário judicial. Art. 610, caput, do CPC. Precedentes. Sentença de improcedência mantida. Apelação desprovida. (fls. 167/173, e-STJ).

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados, por unanimidade (fls. 195/200, e-STJ).

Recurso especial: aponta-se violação ao art. 610, § 1º, do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial com precedente desta Corte (REsp 1.808.767/

RJ, 4ª Turma, DJe 03/12/2019) e de outros Tribunais, ao fundamento de que a aparente antinomia entre as regras do art. 610, *caput*, e do art. 610, § 1º, ambos do CPC/15, deve ser resolvida no sentido de conferir ao inventário menos burocracia, maior autonomia da vontade das partes e maior facilitação da resolução extrajudicial de seus interesses (fls. 209/239, e-STJ).

Ministério Público Federal: opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 307/312, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito recursal é definir se é admissível a realização do inventário e partilha por escritura pública na hipótese em que, a despeito da existência de testamento, todos os herdeiros são capazes e concordes.

1. Da possibilidade de inventário e partilha extrajudicial, ainda que existente testamento. Alegada violação ao art. 610, § 1º, do CPC/15.

01) Inicialmente, anote-se que a recorrente alega ser viúva meeira e testamenteira de *Alexandre Antunes Loureiro*, cujo testamento, lavrado por escritura pública, foi registrado judicialmente em agosto/2019, sendo beneficiárias do testamento, além da própria recorrente, as filhas dos conviventes, *Jacqueline Carvalho Loureiro* e *Simone Carvalho Loureiro*.

02) Alega a recorrente, nesse contexto, que as herdeiras são maiores e capazes e estão concordes quanto à partilha dos bens deixados por *Alexandre*, razão pela qual buscaram a efetivação da partilha de modo extrajudicial, sendo que o Tabelionato de Notas, conquanto tenha realizado a partilha, anotou a necessidade de sua homologação judicial, motivando a formulação de pedido nesse sentido.

03) Tanto a sentença, como também o acórdão recorrido, negaram a homologação judicial da partilha extrajudicial ao fundamento de que, havendo testamento, impõe-se o inventário judicial na forma do art. 610, *caput*, do CPC/15, que não pode ser substituído pela simples homologação de partilha extrajudicial, razão pela qual pretende a recorrente que se aplique à hipótese o art. 610, § 1º, do CPC/15. As regras em referência possuem o seguinte conteúdo:

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

04) Como se percebe, há uma aparente antinomia entre o art. 610, *caput* e § 1º, do CPC/15, uma vez que, em virtude de má técnica legislativa, aquele enuncia uma regra contraposta por esse, do que decorrem duas possíveis interpretações: (i) haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, ainda que os herdeiros sejam capazes e concordes; ou (ii) haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes.

05) Se bem examinada a questão, vê-se que a primeira interpretação, literal, tornaria absolutamente desnecessário e praticamente sem efeito a primeira parte do § 1º, na medida em que a vedação ao inventário judicial na hipótese de interessado incapaz já está textualmente enunciada no *caput*. Essa primeira possível interpretação, aliás, é duramente criticada pela doutrina, iniciando-se pelas lições de **Flávio Tartuce**:

Com o devido respeito, os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, o fim social da Lei 11.441/2007 foi a redução de formalidade, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do direito. O mesmo deve ser dito quanto ao novo CPC, inspirado pelas máximas de desjudicialização e de celeridade. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 6: direito das sucessões. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 547/548).

06) No mesmo sentido, lecionam **Conrado Paulino da Rosa** e **Marco Antonio Rodrigues**:

Questão que surge diz respeito à possibilidade ou não de realização do inventário e da partilha extrajudiciais quando há testamento. Vale destacar que, com base no art. 610, *caput*, havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. Dessa forma, pode-se afirmar, à primeira vista, que a opção legislativa foi pela realização do inventário judicialmente diante da existência de testamento, como forma de que o Judiciário proceda ao controle das disposições de última vontade do autor da herança.

Ocorre que há situações em que o testamento não dispõe sobre questões relativas à herança, mas, por exemplo, apenas sobre quem será o inventariante, ou outra questão não patrimonial. Em tais casos, não se justifica uma obrigatoriedade de realização do inventário judicialmente, considerando que não há uma necessidade de controle de obediência a disposições testamentárias sobre a partilha dos bens. Por isso, se não houver no testamento previsões sobre a partilha dos bens, entendemos que pode ser realizada a partilha por escritura pública, como forma de dar efetividade ao direito fundamental de acesso à justiça, constante do art. 5º, incisos XXXV, da Constituição da República, que representa o direito de acesso à solução justa, mas não uma imposição de que a solução justa para uma questão ou conflito se dê pelo Judiciário.

Ademais, mesmo que haja disposições patrimoniais no testamento, há entendimento de que, como forma de conferir mais celeridade e efetividade à partilha, é possível a celebração do inventário extrajudicial, o que extrai do Enunciado n. 600 da Jornada de Direito Civil do CJF, e do Enunciado n. 16 do IBDFAM. (ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. Inventário e partilha: teoria e prática. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2020. p. 369/370).

07) E desse entendimento não destoa **Cristiano Chaves de Faria:**

No que diz respeito à vedação da via administrativa para o inventário e partilha quando há interesse de incapaz, parece haver absoluta justificativa, em face da indisponibilidade dos seus interesses. O mesmo já não se pode dizer quando existir testamento. efetivamente, a mera existência de declaração de última vontade não parece justificar a vedação ao uso da via cartorária. Isso porque se o testamento precisa de homologação judicial, para que se viabilize o seu cumprimento, garantindo a idoneidade da declaração de vontade, parece absolutamente injustificável a proibição de uso da via administrativa, uma vez que já se reconheceu a plena validade da declaração de última vontade, se todos são maiores e capazes.

(...)

De qualquer maneira, visando emprestar uma interpretação construtiva ao novo sistema processual, é de se notar a absoluta possibilidade de, sendo todos os interessados plenamente capazes e estando em consenso, invocarem a cláusula geral de negócios processuais atípicos (art. 190, NCPC), negociando o procedimento a ser utilizado no caso de existência de testamento.

Assim sendo, os interessados (repita-se à exaustão: plenamente capazes e sem conflitos de interesses) podem adaptar o procedimento aos seus interesses, máxime por não lhes ser possível o uso da cartorária, por causa da existência de testamento. (FARIAS, Cristiano Chaves. O cumprimento de testamento no novo Código de Processo Civil e a possibilidade de adaptação procedimental (cláusula geral negocial) do inventário *in* Revista Nacional de Doutrina e Jurisprudência: RDJ, Brasília, v. 106, n. 2, jan./jun. 2015, p. 327/328).

08) A respeito da matéria, também é interessante investigar os motivos pelos quais o legislador passou a permitir a partilha extrajudicial em determinadas hipóteses, mediante a introdução, pela Lei n. 11.441/2007, de nova redação ao art. 982, *caput*, do CPC/73. Sobre o tema, são elucidativas as lições de **Rodrigo Mazzei** e **João Maurício Brambati Sant'Ana**:

O relator do projeto na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o deputado Maurício Rands, assim justificou a limitação acima referida: "**(...) a restrição imposta à realização do procedimento extrajudicial nos casos em que exista testamento, deve-se ao fato de que a prática forense tem demonstrado que a interpretação desses documentos geralmente suscita grandes divergências entre os herdeiros, o que aumenta consideravelmente as chances de uma partilha consensual, posteriormente, transformar-se litigiosa, o que inutilizaria os atos praticados no procedimento extrajudicial**". Não há como concordar com a dicção acima transcrita, até porque não há suporte estatístico empírico a subsidiar essas afirmações. Se o que se pretende, hodiernamente, é prestigiar os métodos consensuais de solução de conflitos – e o CPC de 2015 confirma tal opção –, quando da inexistência de qualquer conflito ab initio, por certo que eventual instalação ulterior de dissenso não deve ser presumida.

Por outro lado, do parecer parcialmente estampado acima, uma conclusão se impõe: o legislador restringiu a lavratura da escritura pública diante da possibilidade de grandes divergências na interpretação dos testamentos pelos herdeiros. Ocorre que, para que a divergência na interpretação de um testamento gere qualquer repercussão jurídica, este deve possuir aptidão para produzir efeitos, ou seja, deve ser executável. Eventuais divergências em relação a testamentos inexecutáveis não merecem, portanto, qualquer atenção estatal especial, sobretudo de um Poder Judiciário abarrotado de processos aguardando tramitação e resultados concretos. Diante do contexto, já presente quando a Lei 11.441/07 foi editada e que, desde então, só se agrava, interpretar literalmente a letra legal, de modo a restringir o inventário extrajudicial apenas para as sucessões desprovidas de testamento, decerto não condiz com o "espírito" da própria lei.

Ainda que seja possível a mitigação de tal restrição pelo esforço interpretativo, fato é que perdeu o legislador de 2007 a oportunidade de fixar os contornos do conceito de testamento ali empregado, bem como de avançar em relação às exceções que tal limitação eventualmente comportaria em razão da diversidade de situações concretas abarcadas pelo instituto da sucessão testamentária. Afinal, estaria o dispositivo se referindo a qualquer tipo de testamento? Incluiria, desse modo, inclusive os testamentos revogados, caducos ou declarados inválidos por decisão judicial transitada em julgado? Compreenderia também os testamentos incontroversos? Ou seja, mesmo nos casos em que todos os interessados sejam capazes, verificada a ausência de litigiosidade, ao juízo sucessório competente nos autos da ação de abertura e cumprimento de testamento estaria vedada a

possibilidade de autorização para que o inventário fosse feito por escritura pública? Tais indagações aguardariam por respostas institucionais por quase uma década, permanecendo em espera de movimentos legislativos efetivos até o presente momento. (MAZZEI, Rodrigo; SANT'ANA, João Maurício Brambati. Inventário extrajudicial e a existência de testamento: um estudo exploratório das disciplinas internas das corregedorias dos Tribunais de Justiça Brasileiros *in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 18, n. 105, nov./dez. 2021, p. 9/10).

09) Como se percebe, a regra segundo a qual o testamento, em tese, impediria a realização de partilha extrajudicial está fundada na percepção do legislador de que os testamentos são potencialmente geradores de conflitos entre os herdeiros, o que tornaria necessariamente litigioso o objeto do inventário e inutilizaria os atos praticados na seara extrajudicial.

10) A exposição de motivos da Lei n. 11.441/2007, pois, reforça a tese de que haverá a necessidade de inventário judicial sempre que houver testamento, salvo quando os herdeiros sejam capazes e concordes, justamente porque a *capacidade para transigir e a inexistência de conflito* entre os herdeiros derruem inteiramente as razões expostas pelo legislador.

11) Some-se a isso, ainda, o fato de que as legislações contemporâneas têm estimulado fortemente a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e a adoção de métodos adequados de resolução das controvérsias, de modo que a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário.

12) Reafirmando essa tendência, acrescente-se que o art. 2.015 do CC/2002 estabelece que “*se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz*”, ao passo que o art. 2.016 do mesmo Código assevera que “*será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz*”.

13) Finalmente, sublinhe-se que há precedente da 4ª Turma desta Corte autorizando a realização de inventário extrajudicial quando há testamento, desde que os herdeiros sejam capazes e concordes, exatamente no mesmo sentido do que se ora se propõe:

Recurso especial. Civil e Processo Civil. Sucessões. Existência de testamento. Inventário extrajudicial. Possibilidade, desde que os interessados sejam maiores, capazes e concordes, devidamente acompanhados de seus advogados.

Entendimento dos Enunciados 600 da VII Jornada de Direito Civil do CJF; 77 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios; 51 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF; e 16 do IBDFAM.

1. Segundo o art. 610 do CPC/2015 (art. 982 do CPC/73), em havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. Em exceção ao *caput*, o § 1º estabelece, sem restrição, que, se todos os interessados forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

2. O Código Civil, por sua vez, autoriza expressamente, independentemente da existência de testamento, que, “*se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz*” (art. 2.015). Por outro lado, determina que “*será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz*” (art. 2.016) – bastará, nesses casos, a homologação judicial posterior do acordado, nos termos do art. 659 do CPC.

3. Assim, de uma leitura sistemática do *caput* e do § 1º do art. 610 do CPC/2015, c/c os arts. 2.015 e 2.016 do CC/2002, mostra-se possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.

4. A *mens legis* que autorizou o inventário extrajudicial foi justamente a de desafogar o Judiciário, afastando a via judicial de processos nos quais não se necessita da chancela judicial, assegurando solução mais célere e efetiva em relação ao interesse das partes. Deveras, o processo deve ser um meio, e não um entrave, para a realização do direito. Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.

5. Na hipótese, quanto à parte disponível da herança, verifica-se que todos os herdeiros são maiores, com interesses harmoniosos e concordes, devidamente representados por advogado. Ademais, não há maiores complexidades decorrentes do testamento. Tanto a Fazenda estadual como o Ministério Público atuante junto ao Tribunal local concordaram com a medida. Somado a isso, o testamento público, outorgado em 2/3/2010 e lavrado no 18º Ofício de Notas da Comarca da Capital, foi devidamente aberto, processado e concluído perante a 2ª Vara de Órfãos e Sucessões.

6. Recurso especial provido (REsp 1.808.767/RJ, 4ª Turma, DJe 03/12/2019).

14) Diante desse cenário, conclui-se que o acórdão recorrido violou o art. 610, § 1º, do CPC/15.

2. Da hipótese dos autos.

15) Na hipótese em exame, a recorrente, na qualidade de viúva do autor da herança, meeira e testamenteira, requereu a homologação judicial da partilha extrajudicialmente realizada em consenso com as filhas, informando que o referido testamento foi previamente registrado judicialmente.

16) Tanto a sentença de fls. 117/118 (e-STJ), como também o acórdão de fls. 167/173 (e-STJ), compreenderam ser juridicamente impossível a homologação judicial da partilha extrajudicial exclusivamente em virtude da existência do testamento, que seria mero procedimento preparatório ao inventário judicial à luz da literalidade do art. 610, *caput*, do CPC/15.

17) Diante desse cenário, impõe-se sejam cassadas a sentença e o acórdão recorrido para, afastado o óbice à homologação apontado nas referidas decisões, seja dado regular prosseguimento ao pedido de homologação formulado pela recorrente.

3. Dispositivo

18) Forte nessas razões, *conheço e dou provimento* ao recurso especial, a fim de, afastado o óbice à homologação que fora apontado pela sentença e pelo acórdão recorrido, determinar seja dado regular prosseguimento ao pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.976.741-RJ (2020/0053077-0)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: MHAG Serviços e Mineração S/A

Advogados: Luiz Henrique de Andrade Nassar - PR036602

Vinicius Ribeiro de Figueiredo Teixeira - DF019680

Gabriel Pivatto dos Santos - PR061820

Recorrido: Regina Maria Domingues

Advogado: Pedro Henrique Novarini Baião Duarte - RJ179241

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço comunicada à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço no sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Nulidade. Reconhecimento. Inaplicabilidade da teoria da aparência na hipótese.

1. Controvérsia em torno da validade da citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa.

2. Extrema relevância da regularidade formal do ato citatório por sua primordial importância na formação da relação processual.

3. Não preenchimento dos requisitos para aplicação da teoria da aparência.

4. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. *Recurso especial provido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após a vista regimental, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Boas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 3.5.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão do TJ/RJ assim ementado:

Obrigação de fazer. Demanda ajuizada para cobrança de valores relacionados a prestação de serviço. Empresa ré que foi citada no endereço constante em seu site como sendo de sua matriz. Revelia decretada. Procedência dos pedidos. Iniciada a fase de cumprimento de sentença a executada apresenta impugnação, postulando pela nulidade da citação, uma vez que teria procedido a alteração de sua sede antes do ato citatório, com comunicação formal à Junta Comercial. - A ora agravante tinha obrigação de atualizar o seu site, fornecendo a clientes e parceiros comerciais seu endereço correto. Se não o fez, seja por qual razão for, deve arcar com o ônus de sua desídia e não, simplesmente, pretender a anulação de todo o processo, já na fase de cumprimento de sentença. - Mantida a revelia e a condenação, não cabe em sede de impugnação ao cumprimento de sentença nova análise da prescrição da pretensão. Recurso ao qual se nega provimento.

Registro que foram opostos embargos de declaração contra o acórdão, os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

De acordo com os fundamentos do recurso especial, o acórdão recorrido deve ser reformado porque: *i)* o endereço da recorrente já havia sido alterado à época da citação pelo correio, inclusive com o arquivamento do ato societário correspondente na Junta Comercial, restando violado o artigo 274 do CPC1973; *ii)* há vários acórdãos de outros tribunais entendendo pela necessidade de verificação do endereço da pessoa jurídica nos arquivos da Junta Comercial, sendo inválido aquele informado no sítio eletrônico da empresa, restando caracterizado o dissídio jurisprudencial.

A recorrida apresentou contrarrazões, sustentando, em resumo, que: *i)* a citação fora efetivada no endereço declarado publicamente pela recorrente, de forma que o ato deve ser considerado válido; *ii)* a recorrente não pode se beneficiar da sua própria torpeza, até porque o seu comparecimento ao processo somente na fase de liquidação revela reprovável estratégia processual; *iii)* não há provas de que a pessoa que assinou o aviso de recebimento seria o porteiro do edifício comercial e não um funcionário da recorrente; *iv)* o recurso não pode ser conhecido em razão dos óbices dos Enunciados n. 7 e 83 da súmula de jurisprudência do STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): O recurso especial merece provimento.

Inicialmente, registro as principais premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal *a quo*, a partir das quais a questão será dirimida: *i*) a citação da recorrente foi realizada no endereço informado em seu sítio eletrônico à época do ato; *ii*) a recorrente demonstrou, inclusive mediante documento arquivado na Junta Comercial, que já havia mudado de endereço alguns meses antes do ato citatório; e *iii*) não há provas de que o recebedor da carta de citação seria o porteiro do edifício comercial ou qualquer outra pessoa estranha ao quadro de funcionários da recorrente.

Como a questão será resolvida a partir dessas premissas, sendo desnecessário o reexame de provas, não incide o óbice do enunciado n. 7 da súmula de jurisprudência desta Corte.

Também não se aplica o enunciado n. 83, pois este caso é bem diverso daquele representado pela ementa transcrita pela recorrida nas contrarrazões (fl. e-STJ Fl. 166). Com efeito, a citação não ocorreu no local onde a recorrente mantinha o seu domicílio à época da realização do ato. Além disso, com a indicação de apenas uma ementa, não está demonstrado que a orientação deste Tribunal Superior teria se firmado no mesmo sentido da decisão recorrida.

Pois bem.

A verificação da validade da citação deve levar em conta a importância do ato, especialmente à luz dos direitos e garantias que envolvem o sistema processual. Sobre o assunto, destaco a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante ato decisório (arts. 525, § 1º, I, e 535, I). Na verdade, será nenhuma a sentença assim irregularmente prolatada.

Observe-se, outrossim, que o requisito de validade do processo é não apenas a citação, mas também a citação válida, pois o Código fulmina de nulidade expressa as citações e as intimações “quando feitas sem observância das prescrições legais” (art. 280). E trata-se de nulidade insanável, segundo o entendimento da melhor doutrina (Curso de Direito Processual Civil - Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 556/557).

Justamente em razão da estreita ligação entre a citação e o exercício das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, o formalismo desse ato de comunicação assume papel fundamental e não pode ser afastado.

Neste passo, são extremamente oportunas as lições de TERESA ARRUDA ALVIM:

Considerando que a citação é ato de comunicação, deve a informação de que há ação judicial em trâmite chegar ao seu destinatário. A expedição da carta, mandado ou edital de citação, assim, é apenas parte da citação, que somente se perfaz quando o demandado recebe a informação.

Por isso que, tão ou mais importante que a emissão da informação e sua validade, em si mesma considerada, é o conhecimento por parte daquele que ocupa o pólo passivo da relação jurídico-processual.

(...)

O efeito típico e específico deste ato processual é o de levar ao conhecimento do réu a circunstância de que contra ele está sendo movida uma ação, na jurisprudência contenciosa. *A lei processual, então, estabelece formas, cuidadosamente, para que este objetivo seja efetivamente atingido. O alcance deste objetivo é de capital importância para a estrutura do processo civil no mundo ocidental, de regime democrático, de que deriva um princípio a que converge a grande maioria dos dispositivos do Código: o do contraditório. Sendo obedecidas, de forma ortodoxa, as regras que a lei impõe para que se proceda à citação, dá-se o objetivo por cumprido, pois as formas são integralmente reguladas, de molde que, por meio delas, quase que se garanta a eficácia do ato.* Todavia, se tendo afastado dos cânones formais estabelecidos, resta saber se a sua finalidade foi atingida: ora, a forma mais simples de sabê-lo é a ausência da revelia, ou seja, é o fato de o réu ter contestado a ação.

Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é inexistente, porque o foi, também, o processo. (Nulidades do processo e da sentença. - 6ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 354-356)

A especial importância do ato já era reconhecida expressamente pelo legislador no Código de Processo Civil de 1973, cominando expressamente de nulidade o ato que não observasse as suas formalidades:

Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

Assim, como a recorrente não compareceu espontaneamente ao processo na fase de conhecimento, é preciso verificar se as formalidades do ato citatório foram respeitadas.

A citação de pessoa jurídica, na vigência do CPC1973, deveria observar o disposto no artigo 223, *verbis*:

Art. 223. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço.

Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. **Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.** (negritei)

Diante da dificuldade de o carteiro verificar quem ostenta poderes para representar a pessoa jurídica, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a citação é válida quando a carta for recebida por quem se apresenta como responsável pela empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação.

A propósito:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Autos de agravo de instrumento na origem. Decisão monocrática que conheceu do agravo para, de plano, dar provimento ao reclamo. Insurgência recursal da agravada. 1. Consoante jurisprudência desta Corte Superior, com base na teoria da aparência, considera-se válida a citação quando, **encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.** Não se aplica a referida teoria quando a comunicação for recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 476.491/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019 - negritei)

Esse entendimento, baseado na teoria da aparência, foi incorporado pelo CPC2015, em seu artigo 248, § 2º, *verbis*, em destaque:

Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.

§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.

§ 2º *Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.*

§ 3º Da carta de citação no processo de conhecimento constarão os requisitos do art. 250.

§ 4º Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.

O pragmatismo que exigiu da doutrina e da jurisprudência - e agora também da lei - a adoção da teoria da aparência não está imune a críticas, como as do ilustre jurista CALMON DE PASSOS: “*Chocante é a quase irresponsabilidade com que se valida citações de pessoas jurídicas feitas em qualquer empregado da empresa, quando a exigência da lei é que ela seja pessoal*” (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 156).

De qualquer forma, como se trata de teoria que vinha sendo amplamente aceita à época da citação em questão, é preciso definir os seus contornos e verificar se, no caso concreto, poderia ter sido invocada para validar a citação da recorrente. Sobre o assunto, transcrevo as seguintes lições doutrinárias:

A teoria da aparência, de elaboração relativamente recente, encontra campo apropriado de aplicação no direito das obrigações, em especial, de natureza comercial.

No direito processual civil, surgiu como reação à circunstância de os representantes legais das pessoas jurídicas nunca estarem no estabelecimento comercial ou colocarem à sua testa pessoas sem o devido e específico mandado para receber citações, com o nítido intuito de se beneficiarem com a nulidade do ato citatório.

Segundo esta teoria, é válido o ato citatório feito em pessoa que, estando no estabelecimento comercial (ou na sede da pessoa jurídica demandada), aparenta ter poderes para receber citação, mormente quando tal ato induz certeza de que o destinatário tomou efetivo conhecimento da demanda.

Em outras palavras, consiste tal teoria em considerar-se válida a citação, quando realizada em pessoa que ostenta aparência de ser realmente aquela que deveria representar a pessoa jurídica, para o fim de receber citação, embora, na verdade, não o seja. (CORREIA, André de Luiz. A citação no direito processual civil brasileiro. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 pp. 347/348 itálico do original).

A partir da doutrina e da jurisprudência sobre essa teoria, conclui-se que devem ser preenchidos dois requisitos básicos para que a citação seja considerada válida: 1º) entrega do mandado ou da carta de citação no endereço

da pessoa jurídica; e 2º) recebimento do mandado ou da carta por funcionário da pessoa jurídica, mesmo que não seja seu representante, não faça qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes de representação.

No caso em discussão, não foi preenchido o primeiro requisito, pois a carta de citação foi entregue em endereço no qual a recorrente não mais mantinha a sua sede. Por outro lado, não é possível concluir pelo preenchimento do segundo requisito, dado que não foi constatado, pelo Tribunal *a quo*, se o recebedor da carta teria algum vínculo com a recorrente ou se era porteiro do edifício comercial onde a MHAG outrora manteve a sua sede.

Neste passo, tenho que não se sustentam os fundamentos do acórdão recorrido no sentido de que a recorrente “*tinha obrigação de atualizar o seu site, fornecendo a clientes e parceiros comerciais seu endereço correto*”, bem como que “*se não o fez, seja por qual razão for, deve arcar com o ônus de sua desídia e não, simplesmente, pretender a anulação de todo o processo, já na fase de cumprimento de sentença*” (e-STJ fl. 44).

Isso, porque não se trata de questão envolvendo notificações extrajudiciais ou outras formas de comunicação entre contratantes para provocar efeitos em relações de direito privado, como, por exemplo, a constituição em mora ou a rescisão contratual. Nesses casos, é dever anexo ao vínculo obrigacional informar o outro contratante sobre eventuais mudanças de endereço, reputando-se válidas as comunicações efetuadas no endereço primitivo informado no momento da contratação (REsp 1.592.422/RJ, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 17/05/2016, DJe 22/06/2016, dentre outros).

Independentemente dos deveres que devem ser observados no âmbito das relações de direito material e, evidentemente, não se olvidando da observância da boa-fé objetiva também na seara processual, é ônus do autor informar o endereço correto do réu, a fim de viabilizar a prática correta dos atos de comunicação processual, nos termos do artigo 282 do CPC1973 e do artigo 319, II, do CPC2015.

Ressalte-se que a recorrente cumpriu a obrigação legal de registro da alteração do contrato social com o novo endereço, nos termos do artigo 32 da Lei 8.934/94, garantindo-se a publicidade da modificação e, portanto, o acesso da autora a tal informação.

Esta Corte já teve oportunidade de se debruçar sobre caso análogo e assim decidiu:

Recurso especial. Ação renovatória de locação. Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Citação. Teoria da aparência. Inaplicabilidade no caso concreto. Nulidade reconhecida. Vício transrescisório. Prejuízo evidente.

1. Cuida-se de ação renovatória de locação julgada antecipadamente, tendo em vista o reconhecimento da revelia da ré.

2. Interposição de recurso de apelação suscitando preliminar de nulidade do processo por vício de citação.

3. Cinge-se a controvérsia a definir se é válida a citação de pessoa jurídica efetivada em endereço diverso de sua sede ou filial e recebida por pessoa estranha aos seus quadros sociais ou de funcionários.

4. A jurisprudência desta Corte, abrandando a regra legal prevista no artigo 223, parágrafo único, segunda parte, do Código de Processo Civil, com base na teoria da aparência, considera válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

5. Inaplicabilidade da teoria da aparência no caso concreto em que a comunicação foi encaminhada a endereço desatualizado e no qual há muito não mais funcionava a pessoa jurídica e recebida por quem não mantinha relação com a ré, nem de subordinação nem de representação.

6. O vício de nulidade de citação é o defeito processual de maior gravidade em nosso sistema processual civil, tanto que erigido à categoria de vício transrescisório, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, inclusive após o escoamento do prazo para o remédio extremo da ação rescisória, mediante simples alegação da parte interessada.

7. Os deveres de informação, boa-fé, probidade, lealdade e cooperação, exigíveis das partes na execução dos contratos, não têm a força de expungir o princípio constitucional do devido processo legal.

8. Por aplicação do princípio da *pas de nullité sans grief*, mesmo os vícios mais graves não se proclamam se ausente prejuízo às partes.

9. No caso, o prejuízo é evidente diante do prosseguimento do processo sem a apresentação de defesa, seguido de julgamento antecipado da lide, a despeito da alegação de que indispensável a produção de prova pericial para estabelecer o valor real do aluguel mensal referente ao imóvel.

10. Recurso especial provido.

(REsp 1.449.208/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014).

Peço vênia para transcrever os seguintes trechos do voto do eminente Relator para o acórdão:

“Nesse contexto, não há sequer espaço para eventual alegação da parte autora de desconhecimento da localização atualizada da ré, visto que poderia ser facilmente obtida mediante consulta às alterações contratuais registradas na Junta Comercial, que confere a tais atos a ampla publicidade que lhe é inerente, bem como aos dados constantes no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, antes mesmo do ajuizamento da demanda, proposta em 14/5/2010.

Além disso, não há notícia de que a recebedora do mandado, Cláudia Pereira, tenha qualquer relação com a pessoa jurídica ré, seja de subordinação seja de representação.

(...)

Também desprovida de qualquer amparo legal a imputação, feita pela Corte de origem, do ônus à locadora-ré de manter informado o locatário-autor acerca de sua nova localização, sendo certo que o dever processual de fornecer o endereço correto para citação é, como cediço, do autor da demanda, independentemente da relação jurídica de direito material subjacente entre as partes”

(...)

Assim, a meu ver, os deveres de informação, boa-fé, probidade, lealdade e cooperação, exigíveis das partes na execução dos contratos, não têm a força de expungir o princípio constitucional do devido processo legal que aqui se encontra nitidamente violado diante do reconhecimento da validade de citação em endereço diverso e em nome de pessoa estranha à pessoa jurídica ré.

(destaquei)

Trata-se, como já registrado, de questão ligada diretamente ao exercício de garantias processuais no bojo de uma relação de direito público em que o jurisdicionado se sujeita, independentemente da sua vontade e em razão de regras que lhe são impostas, aos efeitos da tutela jurisdicional.

Também por isso, não me parece possível invocar o *nemo potest venire contra factum proprium*, como parece defender a recorrida.

É certo que a lei processual veda o comportamento contraditório em várias situações, como, por exemplo, ao tratar da preclusão lógica do direito de recorrer (CPC2015, art. 1.000 - CPC1973, art. 503) e da falta de interesse para alegar a ocorrência de nulidade (CPC2015, art. 276 - CPC1973, art. 243).

No entanto, ao cuidar do dever de informar endereços para a prática de atos de comunicação processual, a Lei é bastante cautelosa e específica.

Para a citação por meio eletrônico, por exemplo, não é válido todo e qualquer endereço propagado pelo jurisdicionado, inclusive aquele publicado pelas pessoas jurídicas perante clientes e parceiros comerciais nos sítios eletrônicos da rede mundial de computadores. É necessário observar o endereço eletrônico *cadastrado especificamente* para tal finalidade.

Com efeito, a Lei 11.419/2006 já exigia que as citações por meio eletrônico fossem realizadas por meio de endereço previamente cadastrado nos Tribunais, senão vejamos:

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

(...)

Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infractional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Seguindo essa mesma linha, o CPC2015, em sua redação originária, assim dispunha:

Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

(...)

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio

Recentemente, o § 1º foi alterado pela Lei n. 14.195/21 e passou a ter a seguinte redação:

§ 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Especificamente sobre os atos de comunicação por meio físico, o CPC1973 já trazia uma regra prevendo a validade de intimações dirigidas ao endereço da parte, mesmo que não recebidas por ela, caso não houvesse atualização, *mas desde que se tratasse do endereço informado nos autos*, ou seja, no âmbito da relação processual:

Art. 238. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as comunicações e intimações **dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos**, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva. (negritei)

O Código de Processo Civil em vigor traz regra bastante semelhante, *verbis*:

Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações *dirigidas ao endereço constante dos autos*, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

Por essas razões, não é possível considerar válida a citação por carta dirigida a local onde não mais se encontrava estabelecida a sede da pessoa jurídica, conquanto entregue em endereço apontado no sítio eletrônico disponibilizado na *internet*.

Ademais, o envio da carta de citação a endereço diverso daquele em que estava estabelecida a recorrente à época do ato, a par de revelar a ausência do primeiro requisito para a aplicação da teoria da aparência, induz à conclusão de que também estava ausente o segundo, porquanto se presume que o recebedor da carta não era funcionário da citanda. E isto, por si só, também invalida o ato citatório. A propósito:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual Civil. Citação. Teoria da aparência. Inaplicabilidade. Nulidade reconhecida. Vício transrescisório. Prejuízo evidente.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A jurisprudência desta Corte, abrandando a regra legal prevista no art. 223, parágrafo único, segunda parte, do Código de Processo Civil de 1973, com base na teoria da aparência, considera válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

3. Inaplicabilidade da teoria da aparência no caso concreto, em que a comunicação foi recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica.

4. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 248, § 4º, traz regra no sentido de admitir como válida a citação entregue a funcionário de portaria responsável pelo recebimento de correspondência, norma inaplicável à hipótese dos autos.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 913.878/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019 - negritei).

Anoto, ainda, que não existe norma jurídica prevendo qualquer tipo de presunção de validade de citação encaminhada a endereço desatualizado e, como se trata de ato processual de suma importância para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não é lícita qualquer citação ficta além daquelas expressamente previstas em lei (citação por hora certa e citação por edital).

Caso seja constatado que a recorrente se utilizou de alguma estratégia reprovável para atrasar a tramitação do processo, o caminho correto é a aplicação das sanções por litigância de má-fé.

Não é possível, porém, validar uma citação nula como forma de penalizar a parte.

Finalmente, não é possível a condenação da parte demandante, ora recorrida, ao pagamento dos ônus sucumbenciais (custas e honorários advocatícios), pois o processo não foi extinto, devendo ter seu curso retomado desde o seu início.

Diante do que foi exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para decretar a nulidade da citação da recorrente na fase de conhecimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.989.439-MG (2022/0063234-1)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda
Advogados: Luiz Fernando Valladao Nogueira - MG047254
Marcelo Balli Cury - MG071777
Carlos Henrique Santos de Carvalho - MG107891
Fabio Pereira Brasao - MG109082
Gabriel Pellegrino Neves - MG201769
Recorrente: Associacao dos Mutuarios do Edificio San Francisco
Recorrente: Milton Fernandes Carneiro Junior
Recorrente: Eduardo Espir
Recorrente: Fernando Padua Junqueira
Recorrente: Luiz Antonio Santos Anjo
Recorrente: Mauricio Antonio Amado
Advogado: Marcio Adriano Bocchio - MG085050
Recorrido: GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda
Advogados: Luiz Fernando Valladao Nogueira - MG047254
Marcelo Balli Cury - MG071777
Carlos Henrique Santos de Carvalho - MG107891
Fabio Pereira Brasao - MG109082
Gabriel Pellegrino Neves - MG201769
Recorrido: Associacao dos Mutuarios do Edificio San Francisco
Recorrido: Milton Fernandes Carneiro Junior
Recorrido: Eduardo Espir
Recorrido: Fernando Padua Junqueira
Recorrido: Luiz Antonio Santos Anjo
Recorrido: Mauricio Antonio Amado
Advogado: Marcio Adriano Bocchio - MG085050

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recursos especiais. Ação de cobrança de multa convencional moratória. Violação do art. 51, IV, do CDC.

Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Preclusão consumativa de matéria de ordem pública. Possibilidade. Não configuração na espécie. Apelação não interposta por ausência de interesse recursal. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Prazo aplicável. Regra de transição. Pretensão não prescrita. Cláusula penal. Dever de redução imposto pelo art. 413 do CC/2002. Anulação por outros fundamentos. Possibilidade. Abuso de situação manifestamente desfavorável a outra parte. Dever de cooperação e colaboração. Violação à boa-fé objetiva. Configuração.

1. Ação de cobrança de multa convencional moratória, ajuizada em 5/4/2006, da qual foram extraídos os presentes recursos especiais, interpostos em 5/3/2021 e 11/3/2021, e conclusos ao gabinete em 15/3/2022.

2. O propósito do primeiro recurso especial é definir se (I) a matéria referente à prescrição está preclusa, em virtude da ausência de interposição de apelação pelos recorrentes contra a sentença que afastou a prescrição, mas acolheu integralmente a sua pretensão; (II) a pretensão de cobrança do valor devido em razão da cláusula penal moratória está prescrita; (III) a cláusula penal, na hipótese específica dos autos, deve ser anulada por violação à boa-fé objetiva.

3. O propósito do segundo recurso especial é definir se (I) todos os recorridos devem arcar com a integralidade do valor da multa, em razão de a obrigação principal ser indivisível; (II) houve sucumbência mínima da recorrida; e (III) o acórdão foi omissis em relação à correção monetária e à incidência de juros de mora sobre o valor da condenação.

4. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. Súmula 284/STF.

5. Segundo a jurisprudência do STJ, as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão temporal, porém, uma vez decididas e julgados ou não interpostos os recursos cabíveis, submetem-se à preclusão consumativa, não podendo ser reapreciadas, a teor do disposto nos arts. 505 e 507 do CPC/2015.

6. Se a sentença julgar integralmente improcedente a pretensão autoral, apesar de afastar a prescrição alegada pelo réu, não haverá interesse recursal deste para fazer prevalecer a tese relativa à prescrição.

Assim, a interposição de recurso apenas pelo autor não acarreta a preclusão consumativa da matéria naquele momento processual, porquanto contra eventual decisão de provimento, caberá recurso pelo réu, no qual será possível reiterar a tese de prescrição afastada na sentença.

7. Em se tratando de obrigação de trato sucessivo, podem incidir, no contexto da mesma relação jurídica, dois prazos prescricionais diferentes - CC/1916 e CC/2002 - a serem contados a partir de dois marcos temporais diferentes - data da entrada em vigor do CC/2002 e data do vencimento de cada prestação -, a depender do momento em que nasce cada pretensão, isoladamente considerada. Precedentes.

8. A pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, prescreve em 5 anos em relação às multas vencidas a partir do dia 11/1/2003, início da vigência do CC/2002 (art. 206, § 5º, I) e em 20 anos em relação àquelas vencidas na vigência do CC/1916 (art. 177), quando transcorrido menos da metade do prazo.

9. O art. 413 do CC/2002 não veda que o Juiz, em vez de reduzir, anule a cláusula penal, em razão de excepcional e manifesta hipótese de violação à boa-fé objetiva, a partir das circunstâncias concretas. São soluções distintas que não se confundem.

10. A despeito de ser imprescindível preservar a autonomia da vontade, em virtude da boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais, não se pode admitir cláusulas decorrentes de abuso, por uma das partes, de determinada situação fática que deixa a outra em condição manifestamente desfavorável, suportando excessivo e injustificável prejuízo, notadamente quando deveria prevalecer o dever de cooperação e colaboração.

11. Hipótese em que (I) apesar da ausência de preclusão da matéria, não se operou a prescrição da pretensão da autora; e (II) a cláusula penal, no excepcional contexto em que foi inserida, violou a boa-fé objetiva, devendo ser anulada, porquanto a autora recorrida faltou com o dever de colaboração, aproveitando-se de uma situação manifestamente desfavorável aos réus recorrentes para enriquecer-se indevidamente com a multa contratual, mediante a implementação de um prazo impossível de ser cumprido por pessoas que não são do

ramo da construção civil e precisavam providenciar a construção de um prédio com seus próprios recursos, sem objetivo de lucro, mas apenas de evitar prejuízo a eles e à própria recorrida, em razão da falência da construtora original.

12. Recurso especial interposto por *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros* parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido, para reestabelecer a sentença.

13. Recurso especial interposto por *GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda* prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial interposto pela Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros e julgar prejudicado o recurso especial interposto por GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2022 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 6.10.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recursos especiais, o primeiro interposto por *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros*, fundamentado exclusivamente na alínea “a” do permissivo constitucional, e o segundo interposto por *GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda*, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, ambos contra acórdão do TJ/MG.

Recursos especiais interpostos em: 5/3/2021 e 11/3/2021.

Conclusos ao gabinete em: 15/3/2022.

Ação: de cobrança ajuizada por *GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda* contra *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros*, alegando que permutaram um terreno por três unidades imobiliárias, mas os réus não entregaram os apartamentos no prazo, incorrendo em multa prevista em cláusula penal moratória (e-STJ fls. 1-3).

Reconvenção: apresentada por *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros* contra *GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda*, pleiteando a anulação da cláusula quarta da escritura pública de permuta (e-STJ fls. 74-89).

Sentença: o Juízo de primeiro grau (I) julgou extinto o processo em relação ao réu *Jacinto Cedro Júnior*, com fulcro no art. 485, VI, do CPC/2015; (II) julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a autora ao pagamento de custas e honorários; e (II) julgou procedentes os pedidos formulados na reconvenção, para anular “a cláusula quarta da escritura pública de permuta firmada entre a autora e os réus, lavrada em 26/03/1999 (Livro 1.149, folhas 122/129, 1º Ofício de Notas de Uberlândia)”, condenando a parte reconvenida ao pagamento de custas e honorários (e-STJ fls. 636-646).

Acórdão: o TJ/MG negou provimento à apelação interposta por *GEN Gerenciamento*, nos termos da seguinte ementa:

Direito Civil. Reconvenção. Recolhimento das custas. Ausência. Decadência. Boa-fé objetiva. 1. A ausência de recolhimento das custas da reconvenção não gera nulidade nem impede o prosseguimento normal do feito, pois, tal qual qualquer despesa processual, pode ser paga ao final do processo, pela parte sucumbente. 2. A decadência deve ser afastada quando, da especificidade dos autos, ficar demonstrada a impossibilidade de o litigante, juridicamente hipossuficiente, aferir a extensão da obrigação contratada, devendo o lapso ser computado apenas quando do cumprimento da obrigação. 3. A boa-fé objetiva constitui um dever de conduta, no qual obriga o indivíduo a agir dentro dos padrões da ética e honestidade, não se satisfazendo com a mera intenção, mas sim com a correta e proba conduta de agir. 4. Reconhece-se a nulidade de cláusula que impõe obrigação manifestamente excessiva e sobremaneira irrazoável a parte contrária que, em situação de premente necessidade, aceita as condições impostas.

(e-STJ fl. 767)

Embargos de Declaração: opostos por *GEN Gerenciamento*, foram rejeitados (e-STJ fls. 797-806).

Decisão unipessoal de fls. 935-938 (e-STJ): agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial interposto por *GEN Gerenciamento* e, nessa extensão, negar-lhe provimento (AREsp 1.434.486/MG).

Acórdão: a Terceira Turma do STJ negou provimento ao agravo interno interposto por *GEN Gerenciamento* (AgInt no AREsp 1.434.486/MG).

Acórdão: a Terceira Turma do STJ acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, opostos por *GEN Gerenciamento* para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento, para: “a) anular o acórdão que julgou os embargos de declaração opostos pela embargante em face do acórdão recorrido; e b) determinar a remessa dos autos ao TJ/MG, a fim de que este se pronuncie, na esteira do devido processo legal, sobre o tema relativo à possibilidade de redução da cláusula penal no adimplemento parcial do contrato” (e-STJ fl. 1.017) (EDcl no AgInt no AREsp 1.434.486/MG).

Acórdão: o TJ/MG, em novo julgamento, acolheu parcialmente os embargos de declaração, com efeitos infringentes, opostos por *GEN Gerenciamento*, “para dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto e, assim, julgar parcialmente procedente o pedido contido na inicial para condenar os réus ao pagamento do valor da multa constante da cláusula penal, ora reduzida, na proporção de seus quinhões, conforme já especificado na sentença, cujo valor deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença por arbitramento”, bem como julgar “parcialmente procedente o pedido contido na reconvenção para reduzir a cláusula penal e assim alterar a Cláusula Quarta do contrato objeto da lide, ampliando para 36 (trinta e seis) meses o prazo para entrega do prédio pelos réus, ou seja, até 25/02/2002” (e-STJ fls. 1.160-1.169).

Embargos de declaração: opostos por ambas as partes, foram rejeitados (e-STJ fls. 1.233).

Recurso especial interposto por Associação dos Mutuarios do Edifício San Francisco e Outros: alegam violação dos arts. 508 e 1.022, I e II, do CPC/2015; 206, § 5º, I, do CC/2002; 187, 189, 411, 413, 884 e 2.035 do CC/2002; 919 e 924 do CC/1916; 5º, da LINDB; 51, IV, do CDC. Sustentam, em síntese, que:

I) há omissão em relação à tese de que a prescrição é matéria de ordem pública e deveria ser conhecida até de ofício;

II) não houve a preclusão da matéria referente à prescrição, uma vez que, embora tenha sido afastada na sentença, não havia interesse recursal para apelar, pois sua pretensão foi integralmente acolhida; o interesse recursal só surgiu quando o Tribunal local reformou a sentença, dando parcial provimento à apelação interposta pela parte contrária; logo após, a prescrição foi arguida no primeiro momento oportuno, ou seja, nos embargos de declaração;

III) a pretensão da recorrida está prescrita, porquanto o prazo prescricional começou a fluir na data da constituição da mora (25/8/2000 – data prevista para a entrega dos apartamentos), mas a ação só foi proposta em 5/4/2006, ultrapassando o prazo de 5 anos do art. 206, § 5º, I, do CC/2002;

IV) há contradição no acórdão recorrido, uma vez que o Tribunal de origem reconheceu a ausência de boa-fé da parte contrária, mas condenou os recorrentes ao pagamento de multa em quantia suficiente para caracterizar o enriquecimento sem causa da recorrida;

V) a inserção da cláusula penal foi abusiva e as circunstância em que se deram o negócio evidenciam a má-fé objetiva e a ilicitude da conduta da recorrida, de modo que o afastamento da nulidade da cláusula penal “causará enorme prejuízo a quem já empreendeu esforço hercúleo para conclusão da obra e por outro lado irá prestigiar a má-fé e o enriquecimento sem causa de quem não correu nenhum risco e foi o único que lucrou com a situação, tudo isso em verdadeira aberração jurídica” (e-STJ fl. 1.263);

VI) o Tribunal de origem fundamentou-se equivocadamente no art. 413 do CC/2002, com destaque para a aplicação impositiva da redução, devendo ser aplicado o art. 924 do CC/1916, que apenas faculta a redução;

VII) o art. 413 “tem por finalidade reduzir desigualdade e evitar o enriquecimento ilícito”, no entanto, a multa, mesmo com a redução, superaria R\$ 1.000.000,00, com a correção monetária, caracterizando enriquecimento ilícito da recorrida, sobretudo considerando que ela lucrou com os apartamentos entregues, vendidos por (R\$ 1.320.000,00), o dobro do valor do terreno;

VIII) o acórdão recorrido não aplicou o art. 51, IV, do CDC, apesar de ter sido reconhecida a hipossuficiência e vulnerabilidade dos recorrentes.

Recurso especial interposto por GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda: alega violação dos arts. 258, 259 e 414 do CC/2002; 86, 489, § 1º, II e IV, e 1.022 do CPC/2015, além de dissídio jurisprudencial. Sustenta que (I) todos os recorridos (réus) deviam ter sido condenados a pagar a totalidade da dívida e não de forma proporcional, considerando que a obrigação seria indivisível; (II) os recorridos devem arcar com a integralidade dos ônus sucumbenciais; e (III) o Tribunal de origem foi omissivo quanto à correção monetária e à incidência de juros de mora sobre o valor da condenação.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/MG admitiu os recursos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): O propósito do primeiro recurso especial é definir se (I) a matéria referente à prescrição está preclusa, em virtude da ausência de interposição de apelação pelos recorrentes contra a sentença que afastou a prescrição, mas acolheu integralmente a sua pretensão; (II) a pretensão de cobrança do valor devido em razão da cláusula penal moratória está prescrita; (III) a cláusula penal, na hipótese específica dos autos, deve ser anulada por violação à boa-fé objetiva.

Por sua vez, o propósito do segundo recurso especial é definir se (I) todos os recorridos devem arcar com a integralidade do valor da multa, em razão de a obrigação principal ser indivisível; (II) houve sucumbência mínima da recorrida; e (III) o acórdão foi omissivo em relação à correção monetária e à incidência de juros de mora sobre o valor da condenação.

Do recurso especial interposto por Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros

1. Da fundamentação deficiente. Súmula 284/STF

1. Os recorrentes alegam nas razões de seu recurso especial que, como reconhecido “por todas as decisões de primeira e segunda instância neste processo, os recorrentes ocuparam posição de consumidores, hipossuficientes e vulneráveis perante a recorrida, haja vista inclusive, a abusividade da cláusula penal, objeto deste recurso. Sendo assim por extensão [...], o caso em tela pede a aplicação do dispositivo consumerista contido no artigo 51, IV do CDC” (e-STJ fl. 1.258).

2. No entanto, o Tribunal de origem apenas fez menção aos recorrentes como consumidores em relação à construtora original da obra Encol., que vendeu a eles as unidades imobiliárias.

3. Por outro lado, a relação jurídica do presente processo é decorrente do contrato de permuta firmado entre os recorrentes e a *GEN Gerenciamento*, por meio do qual os recorrentes praticamente assumiram a posição da Encol. no contrato de permuta originalmente firmado entre ela e a recorrida, a fim de obter a outorga da escritura pública do terreno da recorrida para prosseguir na obra, diante da falência decretada pela construtora.

4. Desse modo, o Tribunal de origem não reconheceu a relação de consumo entre os recorrentes e a *GEN Gerenciamento* e eles não demonstraram, nas

razões de seu recurso especial, o enquadramento das partes nos conceitos de consumidor e fornecedor (arts. 2º e 3º do CDC), revelando-se genérica e deficiente a fundamentação do recurso neste ponto.

5. Logo, no ponto, o recurso não deve ser conhecido, por incidência da Súmula 284/STF.

2. Da prescrição

2.1. Da preclusão consumativa e do interesse recursal

6. A prescrição consiste em matéria de ordem pública e, assim sendo, pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, bem como decidida de ofício, conforme a jurisprudência desta Corte (AgInt no AREsp 1.528.029/PE, 3ª Turma, DJe 17/11/2020; AgInt no REsp 1.744.053/AL, 4ª Turma, DJe 01/02/2022).

7. Ocorre que, nos termos do art. 505 do CPC/2015, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”. O art. 507 do CPC/2015 ainda reforça que “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”.

8. Comentando esse dispositivo, leciona a doutrina que “se afasta a preclusão em matérias de ordem pública caso a questão não tenha sido decidida no processo [...]; porém, se a questão já foi decidida e não foi objeto de recurso, ainda que se trata de matéria de ordem pública, verifica-se a preclusão” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; *et al.* Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1.060).

9. Nessa linha de raciocínio, a Corte Especial do STJ já decidiu que “as questões decididas no curso do processo, mesmo quando versem sobre matéria de ordem pública, não podem ser rediscutidas, operando-se a preclusão consumativa” (AgInt nos EAREsp 1.128.787/RJ, Corte Especial, DJe 2/3/2022).

10. No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1.903.788/MT, 3ª Turma, DJe 25/11/2021; AgInt no AREsp 1.389.462/SP, 4ª Turma, DJe 11/10/2021; AgInt no REsp 1.476.534/CE, 2ª Turma, DJe 25/08/2021; AgInt no AREsp 1.376.615/RJ, 2ª Turma, DJe 16/09/2019.

11. Portanto, as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão temporal, porém, uma vez decididas e julgados ou não interpostos os recursos cabíveis, submetem-se à preclusão consumativa, não podendo ser reapreciadas.

12. A preclusão consumativa ocorre, em regra, quando a questão é afastada ou acolhida por decisão interlocutória no curso do processo e a parte não interpõe os recursos cabíveis ou, apesar de interpostos, são eles desprovidos. Nessa situação, a matéria não poderá ser novamente apreciada em outra decisão, nem mesmo na sentença, pois já preclusa.

13. Essa hipótese difere-se daquela em que a matéria é apreciada apenas na sentença ou em grau recursal. Assim, por exemplo, se a sentença afasta a alegação de prescrição pelo réu, mas julga integralmente improcedentes os pedidos formulados pelo autor, a interposição de recurso apenas pelo autor não enseja, ainda, a preclusão consumativa da matéria.

14. Isso porque, em razão da sentença de total improcedência, não havia interesse recursal por parte do réu naquele momento processual.

15. No entanto, se o recurso do autor for provido surgirá, neste momento, o interesse recursal do réu, oportunidade em que deverá arguir a tese referente à prescrição, sob pena de preclusão consumativa.

16. Com efeito, o interesse recursal é um dos pressupostos intrínsecos do direito de recorrer; para tanto, “é necessário que o interessado possa vislumbrar alguma utilidade na interposição do recurso, utilidade essa que somente possa ser obtida através da via recursal (necessidade). A fim de preencher o requisito ‘utilidade’, será necessário que a parte (ou o terceiro), interessada em recorrer, tenha sofrido algum prejuízo jurídico direto ou indireto em decorrência da decisão judicial *ou ao menos que essa não tenha satisfeito plenamente a sua pretensão* (uma vez que, sendo vencidos autor e réu, ambos terão interesse em recorrer)” (MARINONI, Luiz Guilherme; *et al.* Curso de processo civil. v. 2. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-16.10).

17. Ademais, como ensina Humberto Theodoro Jr., “o interesse que justifica o recurso liga-se ao dispositivo do decisório e não às razões adotadas pelo julgador, de sorte que à parte vencedora *falta interesse capaz de justificar a pretensão de reforma de um decisório, quando visa apenas substituir sua motivação*” (Curso de direito processual civil. v. 3. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 837).

18. Desse modo, se a sentença julgar integralmente improcedente a pretensão autoral, apesar de afastar a prescrição alegada pelo réu, não haverá interesse recursal deste para fazer prevalecer a tese relativa à prescrição. Assim, a interposição de recurso apenas pelo autor não acarreta a preclusão consumativa da matéria naquele momento processual, porquanto contra eventual decisão

de provimento, caberá recurso pelo réu, no qual será possível reiterar a tese de prescrição afastada na sentença.

2.2. Do prazo prescricional

19. Conforme a jurisprudência desta Corte “a contrário senso do que dispõe o art. 2.028 do CC/2002, quando reduzidos os prazos de prescrição pelo CC/2002 e, na data da sua entrada em vigor, houver transcorrido menos da metade do prazo previsto no CC/1916, aplica-se o prazo previsto na lei nova, tendo o STJ decidido que, nessa hipótese, o marco inicial de contagem é o dia 11/01/2003, data de entrada em vigor do novo Código, e não a data do fato gerador do direito” (REsp 2.001.617/PR, 3ª Turma, DJe 5/8/2022). No mesmo sentido: REsp 838.414/RJ, 4ª Turma, DJe 22/4/2008; AgRg no Ag 986.520/RS, 3ª Turma, DJe 25/6/2009).

20. Além disso, “em se tratando de obrigação de trato sucessivo, podem incidir, no contexto da mesma relação jurídica, **dois prazos prescricionais diferentes - CC/1916 e CC/2002** - a serem contados a partir de dois marcos temporais diferentes - data da entrada em vigor do CC/2002 e data do vencimento de cada prestação -, **a depender do momento em que nasce cada pretensão, isoladamente considerada**, tendo como referência a vigência do CC/2002” (REsp 2.001.617/PR, 3ª Turma, DJe 5/8/2022).

21. Sob esse enfoque, a pretensão de cobrança de dívidas líquidas, como a cláusula penal moratória, constantes de instrumento público ou particular, prescreve em 5 anos em relação às multas vencidas a partir do dia 11/1/2003, início da vigência do CC/2002 (art. 206, § 5º, I) e em 20 anos em relação àquelas vencidas na vigência do CC/1916 (art. 177), quando transcorrido menos da metade do prazo.

3. Da abusividade da cláusula penal

3.1. Da redução da cláusula penal

22. O Código Civil de 1916 já dispunha que “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento” (art. 924).

23. Por sua vez, o Código Civil vigente prevê que “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (art. 413).

24. Segundo a jurisprudência desta Corte, tendo em vista a substituição do termo “poderá” para “deve ser”, “no atual Código o abrandamento do valor da cláusula penal é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor que lhe sejam aplicados os princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato” (REsp 1.641.131/SP, 3ª Turma, DJe 23/2/2017). No mesmo sentido: REsp 1.466.177/SP, 4ª Turma, DJe 1/8/2017.

25. Trata-se, assim, da conciliação entre os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações com a autonomia da vontade e com o princípio *pacta sunt servanda* (REsp 1.641.131/SP, 3ª Turma, DJe 23/2/2017).

26. De fato, “a cláusula penal constitui elemento oriundo de convenção entre os contratantes, mas sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. É o que se depreende dos artigos 412 e 413 do Código Civil de 2002 (artigos 920 e 924 do codex revogado). [...] Caso contrário, poder-se-ia consagrar situação incoerente, em que o inadimplemento parcial da obrigação se revelasse mais vantajoso que sua satisfação integral” (REsp 1.466.177/SP, 4ª Turma, DJe 1/8/2017).

27. Desse modo, o objetivo da norma contida no art. 413 do CC/2002 (art. 924 do CC/1916) é coibir situações abusivas, o enriquecimento sem causa por uma das partes a partir da multa pactuada e o desequilíbrio contratual. Assim, compreender esse dispositivo como norma cogente e de ordem pública, importa no reconhecimento de que foi imposto ao Juiz um dever de coibir tais situações.

28. Logo, o art. 413 do CC/2002 não veda que o Juiz, em vez de reduzir, anule a cláusula penal, em razão de excepcional e manifesta hipótese de violação à boa-fé objetiva, a partir das circunstâncias concretas.

29. Entender de modo contrário levaria à equivocada e incoerente conclusão de que, na vigência do CC/1916, como a redução da multa era apenas uma faculdade do Juiz, poderia ela ser excepcionalmente afastada por abusividade ou outros fundamentos, enquanto, na vigência do CC/2002, como a redução se tornou um dever, não mais seria possível tal solução.

30. O art. 413 do CC/2002 não pode ser interpretado para impedir o Juiz de corrigir uma situação de flagrante desequilíbrio contratual, sendo isso justamente o que o dispositivo objetiva coibir.

31. São, na realidade, soluções distintas que não se confundem. O art. 413 do CC/2002 versa tão somente sobre o dever de redução da multa para duas hipóteses expressamente previstas: (I) cumprimento parcial da obrigação; ou (II) montante manifestamente excessivo. Trata-se da regra geral aplicável para essas situações.

32. Por outro lado, o Juiz pode, excepcionalmente, reconhecer a abusividade da cláusula penal e anulá-la a partir de outros fundamentos, como em razão de violação à boa-fé objetiva.

3.2. Da boa-fé objetiva nas relações contratuais

33. A boa-fé é instituto que, há muito, norteia as relações jurídicas de direito privado, inclusive as contratuais, tendo suas raízes mais remotas na antiguidade romana, a partir da noção de *fides*, tido como “valor ético fundante” da sociedade, posteriormente aperfeiçoada pela cultura germânica, aproximando-se ao conceito atual no início do Século XX, sobretudo quanto à sua aplicação nas relações contratuais (cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

34. Na vigência do Código Civil de 1916, Luís Renato Ferreira da Silva já lecionava que “uma das causas concomitantes à formação contratual que enseja a atividade revisora do contrato pelo juiz é a existência de cláusula abusiva, [...] oportunizando que se as considerassem, caso insertas nos pactos, nulas ou anuláveis”, sendo tradicionalmente reconhecidos pela doutrina três fundamentos jurídicos para a proibição de cláusulas abusivas: “(a) o abuso de direito; (b) a existência de cominação legal; e (c) o princípio da boa-fé” (Revisão dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43 e 46).

35. Esclarece o autor que a boa-fé objetiva pode “vigorar como um princípio subjacente ao ordenamento jurídico, aflorando casuisticamente na construção do caso concreto. Nesta feição é que o princípio da boa-fé se faz largamente presente no sistema brasileiro [na vigência do Código revogado]” (Revisão dos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52).

36. Assim, “a cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, vem sendo entendida como um dever de conduta que impõe lealdade aos contratantes e também como um limite ao exercício abusivo de direitos” (REsp 735.168/RJ, 3ª Turma, DJe 26/3/2008).

37. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a boa-fé objetiva restringe o exercício abusivo de direitos, impondo que as partes colaborem mutuamente

para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato – que não é um mero instrumento formal de registro das intenções –, e também encontra a sua vinculação e limitação na função econômica e social do contrato, visando a fazer com que os legítimos interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados” (AgInt no REsp 1.779.763/SP, 4ª Turma, DJe 13/8/2020). No mesmo sentido: REsp 1.944.616/MT, 3ª Turma, DJe 11/3/2022.

38. Da função integrativa da boa-fé objetiva decorre a existência de deveres jurídicos anexos, laterais, secundários ou acessórios, a serem observados desde a fase de formação do contrato.

39. Tais deveres compreendem, entre outros: “a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; b) os deveres de aviso e esclarecimento; c) os deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) **os deveres de cooperação e colaboração**; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e seu patrimônio; g) os deveres de omissão e de segredo” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 439).

40. Com propriedade, ensina Luís Renato Ferreira da Silva que, “agindo de boa-fé, um contratante não poderia abusar de uma determinada situação fática que o colocasse em superioridade manifesta frente a outro contratante. [...] Por todos esses motivos, o princípio da boa-fé parece ser o porto seguro onde atraca a juridicidade do repúdio às cláusulas abusivas” (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54-55).

41. A partir desse raciocínio, a despeito de ser imprescindível preservar a autonomia da vontade, em virtude da boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais, não se pode admitir cláusulas decorrentes de abuso, por uma das partes, de determinada situação fática que deixa a outra em condição manifestamente desfavorável, suportando excessivo e injustificável prejuízo, notadamente quando deveria prevalecer o dever de cooperação e colaboração.

4. Da hipótese dos autos

4.1. Da prescrição

42. Primeiramente, como visto, não houve a preclusão consumativa da matéria na presente hipótese, tendo em vista que a sentença, apesar de afastar a prescrição, afastou integralmente a pretensão da recorrida (autora) e acolheu a dos recorrentes, não havendo interesse recursal destes naquele momento. Assim, a não interposição de apelação contra a sentença pelos recorrentes não acarretou a preclusão do tema.

43. Ademais, houve o prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015) da matéria, considerando que foi apreciada na sentença e, embora não tenha sido analisada pelo Tribunal de origem, foram opostos os embargos de declaração apontando a omissão referente à questão.

44. A ação de cobrança foi ajuizada pela recorrida, objetivando o pagamento das multas vencidas a cada mês de atraso para o cumprimento da obrigação pactuada, conforme fixado em instrumento público pelas partes.

45. Como mencionado, o *termo inicial* do prazo prescricional é a data em que surgiu cada pretensão isoladamente considerada, ou seja, na data de vencimento de cada multa. Ademais, o prazo prescricional para a cobrança das multas vencidas na vigência do CC/1916 é de 20 anos, enquanto para a cobrança daquelas vencidas na vigência do CC/2002 (a partir de 11/1/2003) é de 5 anos, conforme os arts. 177 do CC/1916; 206, § 5º, I, e 2.028 do CC/2002.

46. No particular, as multas cobradas referem-se àquelas vencidas entre os meses de *setembro de 2000 até junho de 2005*.

47. Por sua vez, a ação foi *ajuizada em 5/4/2006*, antes, portanto, da implementação do prazo de 20 anos (na vigência do CC/1916) e de 5 anos (na vigência do CC/2002), motivo pelo qual não se operou a prescrição.

4.2. Da abusividade da cláusula penal

48. A situação fática delineada pelo Tribunal de origem demonstra que a inserção da cláusula penal em exame, com prazo exíguo para o cumprimento da obrigação principal, na específica e excepcional situação concreta, violou a cláusula geral da boa-fé objetiva.

49. Como consignado pela Corte local, o Edifício San Francisco estava sendo construído pela construtora Encol. e a recorrida (*GEN Gerenciamento*) era a proprietária de um dos terrenos sobre os quais o prédio estava sendo erguido, *tendo firmado com a Encol. um contrato de permuta*, entregando o terreno para, ao final da obra, receber três apartamentos e 5 vagas de garagem.

50. Os recorrentes, pessoas físicas e consumidores perante a Encol., adquiriram dela unidades imobiliárias, ainda no curso da construção.

51. Ocorre que a construtora Encol. entrou em processo de falência, sendo a obra paralisada em seu estado inicial (28%).

52. Diante disso, “num esforço hercúleo para não perderam os investimentos até então realizados na aquisição dos apartamentos” os adquirentes criaram a

Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco (todos ora figurando como recorrentes) “e, com o escopo de prosseguir com a construção, buscaram obter (mediante autorização do Juízo de Falência) a Escritura Pública dos terrenos sobre os quais a obra estava se erguendo, dentre eles o terreno da autora [recorrida]” (e-STJ fl. 774).

53. Para a outorga da escritura pública, a recorrida, além de ter exigido a entrega de 3 unidades imobiliárias e 5 vagas de garagem, como firmado com a Encol., ainda exigiu (I) a entrega de mais uma vaga de garagem, totalizando 6; (II) a exoneração completa de qualquer responsabilidade sua sobre a obra; e (III) a estipulação de exíguo prazo (18 meses) para a conclusão da obra e entrega das unidades imobiliárias, sob pena de multa.

54. Como consignado pelo Tribunal de origem, “tendo em vista que a obra estava paralisada há meses, se deteriorando, e os requeridos já haviam investido vultosos valores na aquisição dos apartamentos, alternativa não tiveram senão aceitar as condições impostas pela autora para o fim de receberem [a] escritura pública do terreno e poderem buscar a regularização e retomada da obra. A partir daí, os consumidores [em relação à construtora], **que não possuíam nenhuma experiência no ramo de construção civil**, se organizaram para regularizar o empreendimento e retomar a construção do prédio” (e-STJ fl. 775).

55. Ainda, “após a finalização do empreendimento, **as unidades prometidas a autora foram devidamente entregues**, ocorre que por ter sido cumprida a obrigação fora do prazo, a apelante [recorrida] veio a ajuízo objetivando receber o valor da multa moratória” (e-STJ fl. 775).

56. A outorga da escritura pública do imóvel pela recorrida era, de fato, “indispensável e a única alternativa possível” para prosseguir na construção e, como registrado pelo Tribunal local, a recorrida “recalcitrava em fornecer o documento, pois transcorreu o prazo de 09 (nove) meses entre a lavratura da escritura firmada com os proprietários dos demais lotes e a firmada entre a apelante e os apelados. Desta forma, tudo indica que os apelados [recorrentes] tiveram que se sujeitar as imposições feitas pela apelante que, **em manifesta contrariedade a cláusula geral da boa-fé objetiva**, fez constar no documento que a obra deveria ser concluída em apenas 18 (dezoito) meses, sob pena de incidência de severa multa sobre os adquirentes, ora responsáveis pela construção do prédio” (e-STJ fl. 776).

57. **No primeiro julgamento**, a Corte local confirmou a sentença que reconheceu a nulidade da cláusula penal, por afronta ao princípio da boa-

fé objetiva e, assim, julgou improcedente o pedido formulado na inicial e procedente o pedido reconvenicional.

58. Na oportunidade, a recorrida opôs embargos de declaração, objetivando que o Tribunal se manifestasse sobre a possibilidade de reduzir a multa, em razão do art. 413 do CC/2002, contudo, a Corte permaneceu omissa.

59. Assim, esta Terceira Turma, nos EDcl no AgInt no AREsp 1.434.486/MG, anulou “o acórdão que julgou os embargos de declaração” e determinou “a remessa dos autos ao TJ/MG, a fim de que este se pronuncie, na esteira do devido processo legal, sobre o tema relativo à possibilidade de redução da cláusula penal no adimplemento parcial do contrato”, como consta no dispositivo do acórdão de fls. 1.012-1.017 (e-STJ).

60. Destaca-se que a anulação do acórdão que julgou os embargos de declaração *foi apenas em razão da omissão* pela Corte local, tão somente determinando que a matéria fosse analisada, de modo que não houve julgamento pelo STJ do mérito sobre a necessidade ou não de redução da multa.

61. *Em novo julgamento*, o Tribunal de origem, *sem alterar o cenário fático delimitado no primeiro julgamento*, decidiu pela redução da multa, sob o fundamento de que, havendo o cumprimento parcial do contrato e a excessividade da multa, “não há que se falar em nulidade da referida cláusula contratual, mas no dever do julgador em reduzir o seu valor” (e-STJ fl. 1.163), por assim ser imposto pelo art. 413 do CC/2002, correspondente ao art. 924 do CC/1916.

62. Todavia, como visto, o dever de redução imposto ao Juiz pelo art. 413 do CC/2002 (antes facultado pelo art. 924 do CC/1916) tem a finalidade de coibir o desequilíbrio contratual nas situações nele previstas, não vedando, contudo, que o Juiz, em vez de reduzir, anule a cláusula penal, em razão de excepcional e manifesta hipótese de violação à boa-fé objetiva ou de enriquecimento sem causa, a partir das circunstâncias concretas. São fundamentos distintos para a revisão contratual que não se confundem, nem se contrariam.

63. Além disso, nota-se que o cenário fático delimitado no primeiro julgamento não foi alterado no segundo e, a partir dele, depreende-se que a melhor solução para a hipótese concreta não é a mera redução da cláusula penal, mas a sua anulação, diante de manifesta abusividade por violação à boa-fé objetiva e caracterização de enriquecimento indevido.

64. Com efeito, trata-se de excepcional hipótese em que os recorrentes, inicialmente consumidores adquiriram seus apartamentos com a construtora e,

diante da falência desta e paralização da obra, uniram esforços para prosseguir na construção que ainda estava em sua fase inicial (28%).

65. Não se pode deixar de notar que *a construção do prédio também era de nítido interesse da recorrida*, porquanto, com a falência da construtora e paralização da obra, ela não receberia as unidades imobiliárias prometidas, teria que buscar a resolução do contrato de permuta firmado com a construtora que decretou falência e teria que lidar com uma obra de grande porte, em parte, em seu terreno e, em parte, nos terrenos de terceiros, deteriorando-se a cada dia.

66. Assim, a atitude dos recorrentes, na realidade, *evitou grave prejuízo à recorrida* e, além disso, mesmo sendo os únicos a despendar volumosas quantias para o prosseguimento da obra, *sem objetivo de lucro*, acabaram por proporcionar relevante lucro à recorrida.

67. Com bem registrado pelo Tribunal de origem e pela sentença “os réus [recorrentes] foram obrigados a agir com esforço hercúleo e a realizar aportes extraordinários para conclusão da obra, como forma de minimizar os severos prejuízos advindos com o abandono da obra e subsequente falência da incorporadora e não tiveram, por óbvio, qualquer vantagem econômica que pudesse significar enriquecimento sem causa e, por via reflexa, causar prejuízo à autora [recorrida] que, ao contrário, foi a única a lucrar com o empreendimento, uma vez que não verteu quantia alguma para a conclusão da obra e o preço atual dos três apartamentos recebidos (R\$1.320.000,00) é quase duas vezes superior ao valor atual do terreno (R\$672.014,00)” (e-STJ fl. 779).

68. Mesmo diante de toda essa situação, a recorrida, em vez de colaborar para atingir um objetivo de interesse comum, *se aproveitou da fragilidade momentânea dos recorrentes* para fazer exigências contratuais abusivas, recebendo uma vaga de garagem adicional e atribuindo todo o custo e responsabilidade pela obra aos recorrentes, com a previsão de um prazo impossível para o cumprimento da obrigação, sob pena de elevada multa.

69. Como destacado pelo Tribunal de origem, “agir com boa-fé significaria que a apelante [recorrida] – em posição de manifesta superioridade econômica e negocial sobre os simples consumidores adquirentes dos apartamentos, os quais já estavam situação de extrema fragilidade –, agiria de forma cooperativa, não sendo o caso de simplesmente transferir, da Encol para os apelados [recorrentes], a obrigação de permuta com incidência das penalidades por atraso, pois os apelados [recorrentes] não eram empresários do ramo de construção que estavam empreendendo com fins lucrativos” (e-STJ fl. 779).

70. De fato, a recorrida faltou com o dever de colaboração, aproveitando-se de uma situação manifestamente desfavorável aos recorrentes para enriquecer-se indevidamente com a multa contratual, mediante a implementação de um prazo impossível de ser cumprido por pessoas que não são do ramo da construção civil e precisavam providenciar a construção de um prédio com seus próprios recursos, sem objetivo de lucro, mas apenas de evitar prejuízo a eles e à própria recorrida, em razão da falência da construtora original.

71. Desse modo, a cláusula penal em análise, no contexto em que foi inserida, viola manifestamente a boa-fé objetiva, sobretudo por decorrer do abuso pela recorrida da situação de excepcional fragilidade dos recorrentes, considerando que eles I) eram consumidores que haviam adquirido seus apartamentos da construtora, mas, em razão da falência desta, assumiram sua posição, sem experiência no ramo de construção civil; II) não tinham o objetivo de auferir lucro, mas apenas minimizar os prejuízos; III) evitaram os graves prejuízos que a recorrida teria sofrido com a paralisação da obra e falência da construtora; IV) proporcionaram lucro considerável à recorrida, uma vez que o valor dos apartamentos entregues supera em muito o do terreno permutado; V) foram os únicos a despendere recursos para a construção do prédio, assumindo integralmente o risco da obra, deixando a recorrida em situação manifestamente privilegiada e favorável; VI) aceitaram entregar mais uma unidade imobiliária à recorrida, sem justificativa razoável para tanto, considerando que tal obrigação não estava no contrato original com a construtora; e VII) ao final, lograram êxito em finalizar a construção dos apartamentos, entregando-os à recorrida.

72. Portanto, o acórdão proferido no novo julgamento dos embargos de declaração interpretou e aplicou equivocadamente o art. 413 do CC/2002, devendo ser reformado para reestabelecer a sentença que havia reconhecido a nulidade da cláusula penal, por violação à boa-fé objetiva.

Do recurso especial interposto por GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda

73. A recorrente *GEN Gerenciamento* discute o valor que deveria ser pago pelos recorridos, a distribuição dos ônus sucumbenciais e a omissão referente à correção monetária e à incidência de juros de mora sobre o valor da condenação.

74. No entanto, em virtude do parcial provimento do recurso especial interposto por *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros*, afastando integralmente a pretensão da autora recorrente, fica prejudicado o recurso por ela interposto.

Dispositivo

Forte nessas razões,

(I) *Conheço parcialmente* do recurso especial interposto por *Associação dos Mutuários do Edifício San Francisco e Outros* e, nessa extensão, *dou-lhe parcial provimento* para reestabelecer a sentença, inclusive quanto ao ônus de sucumbência; e

(II) *Julgo prejudicado* o recurso especial interposto por *GEN Gerenciamento e Engenharia Ltda.*

RECURSO ESPECIAL N. 1.993.499-SP (2022/0085343-6)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Air Liquide Brasil Ltda

Advogados: Heloisa Barroso Uelze Bloisi - SP117088

Bruno Corrêa Burini - SP183644

Andrews Leoni da Silva França - DF034149

Fabio Peres Capobianco - SP323906

Recorrido: Irmandade da Santa Casa de Mis. de Fernandópolis

Advogado: Rubens Leandro de Paula - SP124814

EMENTA

Recurso especial. Ação revisional de contrato de fornecimento de oxigênio líquido medicinal, c/c repetição de indébito dos valores pagos indevidamente. Reconvencção, com base nos arts. 317 e 478 do Código Civil. Pedido de compensação dos valores devidos e de rescisão contratual. Recurso especial parcialmente provido.

1. Embora o hospital demandante, em sua petição inicial, tenha se restringido a alegar e a demonstrar, a seu modo, a abusividade dos preços praticados pela fornecedora demandada a partir de 2014, requereu, no capítulo específico dos pedidos, a revisão de toda a

relação contratual (iniciada em 6/6/2008). Não obstante a manifesta inadequação da extensão da causa de pedir e do pedido, é certo que as instâncias ordinárias, sem nenhuma consideração a esse respeito e pelos fundamentos que serão sopesados, julgaram o pedido parcialmente procedente para revisar, simplesmente, todos os preços praticados, desde o início da relação contratual. Já se pode antever a absoluta impropriedade de se pretender revisar preços praticados durante certo período da relação contratual sobre os quais não se atribui nenhuma mácula.

2. Nas relações contratuais, a boa-fé objetiva, além de servir de norte interpretativo e de norma de criação de deveres jurídicos anexos, exerce destacada função de limitar o exercício de direitos subjetivos, no caso de se manifestarem como expressão de verdadeiro abuso de direito. Nesse viés, não se coaduna com a boa-fé objetiva e, portanto, não tem respaldo do ordenamento jurídico, o comportamento contratual incoerente, capaz de frustrar a legítima expectativa do outro contratante, gerada pela postura adotada anteriormente.

2.1 No caso dos autos, o detido cumprimento, de parte à parte, das prestações avençadas, sem nenhuma ressalva, a ensejar a renovação do ajuste (em junho de 2013), em todos os seus termos, por mais um período de 5 (cinco) anos, como assentado, evidencia plena concordância com a dinâmica de reajustes de preços, correspondentes à prestação de serviço/entrega do insumo hospitalar, *nesse período pretérito*. Por sua vez, o outro contratante tem a plena e justificada convicção de que o contrato, em relação a esse período pretérito, se resolveu pelo cumprimento. Há, pois, legítima expectativa de que as prestações avençadas, até então, atenderam aos interesses de ambas as partes, inquestionavelmente.

3. Ainda que se admita a revisão judicial dos contratos, com vistas ao atendimento de sua função social, trata-se de intervenção excepcional, devendo-se, a esse propósito, observar detidamente os contornos definidos em lei. Para tanto, dispõe o art. 317 do Código Civil: *quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*. Exige o dispositivo legal que a

manifesta desproporção do valor da prestação, quando de sua execução, decorra de *motivos imprevisíveis*, refugindo, em absoluto, do controle de prudência das partes. Em se invocando a teoria da imprevisão (com esteio no art. 478 do Código Civil), o fato extraordinário ali previsto, causador do desequilíbrio contratual, é aquele absolutamente alheio ao risco assumido pelas partes.

3.1 Especificamente sobre o requisito da imprevisibilidade, autorizada doutrina civilista adverte para o risco de tornar inviável toda e qualquer revisão judicial se o termo *motivos imprevisíveis* for tomado em sua acepção literal, sem se voltar para as partes contratantes. Para a efetividade do dispositivo legal em comento, acentua esta corrente doutrinária, ainda, a necessidade de o termo compreender não apenas os fatos imprevisíveis, mas também as consequências imprevisíveis advindas de fatos previsíveis.

4. Na hipótese dos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias – imutável na presente via especial –, o reajuste do preço, tido como abusivo, baseou-se em critério estabelecido no contrato, o qual, em si, não guarda nenhuma ilicitude e é largamente utilizado nos ajustes do segmento, encontrando-se, inclusive, dentro do percentual máximo previsto no contrato engendrado entre as partes. Reconheceu-se, contudo, que a abusividade do reajuste estaria calcada em dois fatos, bem definidos no acórdão recorrido: o primeiro, consistente na discrepância dos preços cobrados pela fornecedora no contrato em exame com aqueles praticados em dois hospitais da região; o segundo, porque a inadimplência foi utilizada para alavancar os reajustes levados a efeito pelo fornecedor, a fim de agravar a situação do hospital demandante, a viabilizar a rescisão contratual culposa.

4.1 Em relação ao parâmetro apontado pela parte autora e acolhido pelas instâncias ordinárias – existência de outros dois hospitais da região que adquirem o produto por valor inferior –, este fato, *isoladamente considerado*, não revela abusividade, tampouco enseja, o alegado desequilíbrio das prestações. Ressai claro dos autos que a inadimplência do contrato de fornecimento de gás medicinal por parte do hospital demandante, a qual se iniciou em novembro de 2016, não decorreu de uma suposta abusividade dos reajustes de preços

até então praticados, em comparação, simplesmente, com outros dois hospitais da região, mas sim, da grave situação econômico-financeira por que a casa de saúde já passava, à época.

4.2 Em relação ao modo como os reajustes passaram a ser implementados pela fornecedora, utilizando-se, não simplesmente do *risco de inadimplência*, como sugere em sua argumentação, mas da própria *inadimplência já concretizada* como fator de precificação, apresentou-se de todo imprevisível ao hospital contratante, a refugir não só do critério de reajuste estabelecido contratualmente, como também do modo como os reajustes vinham sendo efetivados, ensejando o reconhecido desequilíbrio das prestações, igualmente não cogitado pela parte contratante.

4.3 Mostra-se, pois, indiscutível que o *risco de inadimplemento* pode compor o preço, o qual incumbe ao empresário estipular antecedentemente à venda contratada. Outra questão, bem diversa e que se põe em discussão, é sobre a possibilidade de o fornecedor, sem respaldo no critério estabelecido contratualmente, promover o implemento, alavancar o reajuste ali previsto, em razão da inadimplência já concretizada. A compensação pelos prejuízos decorrentes da inadimplência deve ser percebida a partir dos encargos moratórios, sob pena de se chancelar indevido *bis in idem*.

4.4 A utilização da inadimplência como forma de potencializar o reajuste de preço, a fim de agravar deliberadamente a situação de descumprimento contratual – a desbordar da boa-fé objetiva – apresentou-se imprevisível ao hospital contratante, afastando-se, inclusive, do modo como as readequações dos preços vinham sendo operadas. Isso tanto é verdade que, como consignado pelas instâncias ordinárias, a fornecedora não soube especificar a composição do reajuste do preço e, na presente insurgência recursal, defende, expressamente, a utilização da inadimplência, tal como levado a efeito.

4.5 O agravamento da situação de inadimplência e, por conseguinte, o próprio desequilíbrio das prestações, corroborada – agora, sim – com a discrepância dos preços praticados por outros hospitais da região no mesmo período, também se apresentam como *atos imprevisíveis*, a autorizar a pretendida revisão judicial, nos termos do art. 317 do Código Civil, na extensão compatível com esse fato.

Dessa maneira, a revisão judicial deve operar-se a partir do efetivo inadimplemento, que se deu a partir de novembro de 2016, sem nenhuma repercussão nos preços praticados anteriormente a essa data, com adoção do parâmetro adotado pelas instâncias ordinárias (IPCA-E).

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2022 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 9.8.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Cuida-se de recurso especial interposto por Air Liquide Brasil Ltda., com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, em contrariedade a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Subjaz ao presente recurso especial ação de revisão contratual, c/c pedido de tutela de urgência, promovida, em dezembro de 2018, por Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis/SP contra Air Liquide Brasil Ltda., tendo por escopo obter a decretação de revisão judicial do Contrato de Fornecimento de Oxigênio Líquido Medicinal, firmado, em 6/6/2008, “determinando que seja cobrado da Autora o preço médio praticado no mercado regional no valor de R\$ 1,68 (um real e sessenta e oito centavos) o metro cúbico (m³) com relação ao produto e que a liminar seja convertida em definitivo para o fim de obrigar o cumprimento do contrato nos termos ora pleiteados” (e-STJ, fls. 14-15).

Pretendeu a demandante, ainda, “a compensação dos valores pagos a maior pela Autora durante todo o período contratual, tendo em vista os valores

cobrados pela Ré e os valores praticados no mercado regional, cujo valor deverá ser apurado em regular liquidação de sentença, tudo nos termos da fundamentação”.

Em sua exordial, relatou a autora ser entidade civil que presta serviços hospitalares na cidade de Fernandópolis, atravessando sérias dificuldades econômicas, tanto que o seu “Balanço Patrimonial, ao final do ano de 2017, aponta uma dívida consolidada superior a R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) e um prejuízo no ano de 2017 de aproximadamente R\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais)” – (e-STJ, fl. 4).

Segundo noticiou, a nova administração do hospital, atenta à existência de dívida com a fornecedora Air Lique Brasil Ltda., passou a analisar mais a relação comercial existente entre as partes, chegando à conclusão de que houve indevida imposição de preço pelo produto, fazendo com que houvesse “onerossidade excessiva do contrato, gerando um desequilíbrio contratual” (e-STJ, 4).

Para tanto, argumentou que, *a partir de 2014*, conforme comprovam os documentos anexos, “a Ré [Air Lique], em razão da inadimplência da Autora, buscando um meio de minimizar seus prejuízos, passou a reajustar de forma exorbitante o valor do produto fornecido à Autora, fazendo, com que, consequentemente, a inadimplência aumentasse ainda mais” (e-STJ, fl. 4).

A esse propósito, afirmou o hospital demandante que o preço cobrado pelo metro cúbico (m³) do oxigênio líquido medicinal, à época do ajuizamento da ação – *dezembro de 2018* – era de R\$ 7,09 (sete reais e nove centavos), substancialmente superior ao preço praticado por outros fornecedores a dois hospitais da região (Santa Casa de Jales e Votuporanga, no valor de R\$ 2,07 e 1,29, respectivamente). Demonstrou que os valores cobrados *desde 2014 até o ajuizamento da ação (dezembro de 2018)* tiveram um reajuste muito superior ao da inflação.

Assim, para fundamentar a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico, o hospital demandante invocou a teoria da imprevisão, com fulcro nos arts. 317 e 478 do Código Civil, consignando que a sua prestação se tornou excessivamente onerosa, proporcionando extrema vantagem para a Air Lique, em virtude de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis, *inaudita altera pars*, deferiu o pedido de antecipação de tutela, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 240):

[...] Diante do relato da exordial e dos documentos apresentados que apontam excesso nos reajustes anuais (preço unitário de R\$ 3,28 em 2014 para R\$ 7,09 em 2018), além de disparidade de preços em relação a contratos de fornecimento para outros hospitais desta região (de R\$ 2,07 para a Santa Casa de Jales e de 1,29 para a Santa Casa de Votuporanga), e demonstrada a necessidade da prestação do serviço, no caso, o fornecimento do produto Oxigênio Líquido Medicinal para atendimento dos usuários da Unidade Hospitalar, *defiro parcialmente* o pedido de Tutela de Urgência, para o fim de determinar à Ré providências no sentido de manter o fornecimento do produto Oxigênio Líquido Medicinal à Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis, ora autora, nos moldes contratados (quantidade e forma de entrega), pelo preço unitário de 2014, com acréscimo de 35%, v.g., R\$ 4,43 (R\$ 3,28 + 35%), atualizados anualmente pelo IPCA-e, com termo inicial em dezembro/2018, até decisão final dos presentes autos.

Intime-se a Requerida, para as providências acima determinadas, sob pena de multa-diária de R\$ 10.000,00, limitada inicialmente a 60 dias-multa, sem prejuízo de reiteração e majoração, e de outras medidas.

Citada, Air Liquide Brasil Ltda. opôs-se à pretensão posta na inicial, defendendo, em sua peça contestatória, preliminarmente, a fluência do prazo decadencial convencional estabelecido no contrato e, subsidiariamente, a aplicação do prazo prescricional trienal da pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

No mérito, sustentou que “a situação da Autora não se enquadra no conceito de onerosidade excessiva [...], primeiro, porque o índice de correção monetária esteve previsto desde a subscrição dos contratos, isto é, desde junho de 2008, retirando-se qualquer imprevisibilidade acerca dos preços atuais; segundo, porque a sua alegada crise financeira não pode ser considerada fato extraordinário e imprevisível nos termos do art. 478 do Código Civil, [... sendo certo, ainda] que a imprevisibilidade disposta no art. 371 do Código Civil também não ocorre” (e-STJ, fls. 254). Ressalta, no ponto, inclusive, ser absolutamente lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas, nos termos do art. 316 do Código Civil.

Aduziu, ainda, não ser “cabível pleitear a redução do valor praticado para R\$ 1,68 (um real e sessenta e oito centavos) [...], a uma porque este valor foi estabelecido em junho de 2008, sob as condições de mercado da época, a incluir o valor do dólar a aproximadamente R\$ 1,60 (um real e sessenta centavos) [...], em segundo lugar, porque a Autora não pode, ao seu alvedrio, por alegada crise financeira, passados mais de 10 (dez) anos da celebração dos contratos, impugnar os índices de correção estabelecidos no instrumento de

fornecimento, requerendo que, muito embora ainda esteja recebendo oxigênio líquido medicinal – como ocorreu durante todo esse período, *ainda que venha sendo inadimplente desde 2016* (Doc. 07) – *a revisão retroaja por mais de dez anos e obrigue a Air Liquide a suportar um prejuízo cujo fato gerador (i.e. revisão judicial por suposta crise financeira e suposto preço menor praticado por concorrentes) vai de encontro ao que foi pactuado por meio do contrato de fornecimento*” (e-STJ, fl. 255).

Por fim, insurgiu-se contra a pretensão de compensação de prestações já cumpridas pela autora, considerando que houve seu adimplemento espontâneo.

No bojo da contestação, Air Liquide Brasil Ltda. apresentou reconvenção, tecendo estes pedidos (e-STJ, fls. 245-262):

i) “o pagamento da dívida originária, de R\$ 809.392,91 (oitocentos e nove mil, trezentos e noventa e dois reais e oitenta e um centavos), acrescido de multa, correção monetária, juros moratórios de 1% ao mês e 10% (dez por cento) a título de honorários advocatícios, conforme disposto na cláusula 11ª do contrato de fornecimento firmado (e-STJ, fl. 257);

ii) “seja determinada a rescisão dos contratos (Doc. 4), nos termos do art. 475 do Código Civil, e, uma vez presentes os requisitos para concessão de tutela de urgência, nos termos do art. 300, *caput*, do CPC/15, seja imediatamente autorizada a suspensão de fornecimento de oxigênio, bem como autorizada retirada dos materiais Air Lique de dependências da Autora, confirmando-se tais medidas em sentença de mérito” (e-STJ, fl. 260)

Em primeira instância, o Juízo *a quo*, após rejeitar as preliminares aventadas, julgou (e-STJ, fl. 993):

A) *Parcialmente procedente* o pedido inicial deduzido por *Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis* em face de *Air Liquide Brasil Ltda* para o fim de:

a) *Afastar* a cláusula que fixa o prazo decadencial de 15 dias para revisão dos preços reajustados pela fornecedora (cláusula 12ª, parágrafo único – fls. 56);

b) *Afastar* a fórmula de reajuste do preço do oxigênio líquido medicinal disposta no item 8, do Preâmbulo, do Contrato de Fornecimento (fls. 55);

c) *Fixar* o preço unitário do metro cúbico do produto em R\$ 2,40 para o período de janeiro-dezembro/2019, atualizado anualmente pelo IPCA-E (deságio anual para os anos anteriores a 2019 e atualização anual a partir de janeiro/2020), com liquidação oportuna das diferenças constatadas nas aquisições já feitas, incidentes atualização dos respectivos vencimentos e juros da publicação desta sentença, considerando arbitramento do preço neste momento.

B) *Extinta*, sem resolução do mérito, a Reconvencção apresentada por *Air Liquide Brasil Ltda* em face de *Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis*, com fulcro no art. 485, inciso IV (falta pressuposto processual), em razão da não demonstração da liquidez do suposto crédito vindicado.

Irresignada, *Air Liquide Brasil Ltda.* interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conferiu parcial provimento para, “mantida a parcial procedência da ação principal, julgar também parcialmente procedente a reconvenção, autorizando a compensação e cobrança dos valores devidos à ré, a serem apurados em sede de liquidação após a revisão dos valores devidos pela autora, atualizados de acordo com os consectários dispostos na sentença para o novo preço de R\$ 2,40/m³ fixado para o período de janeiro-dezembro/2019, atualizado anualmente pelo IPCA-E (deságio anual para os anos anteriores a 2019 e atualização anual a partir de janeiro/2020)” – (e-STJ, fl. 1.168).

Ante o reconhecimento da sucumbência recíproca, a Corte de origem estabeleceu que “as partes dividirão o pagamento das custas e despesas processuais relativas à reconvenção, bem como arcarão com os honorários advocatícios da parte contrária no equivalente a 10%, pagando a autora o equivalente calculado sobre o proveito econômico obtido pela ré e a ré a pagar à autora o equivalente calculado sobre seu decaimento, observada a justiça gratuita concedida à autora (fls. 240)” – (e-STJ, fl. 1.167).

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ, fls. 1.155-1.156):

Prestação de serviços de fornecimento de oxigênio líquido medicinal. Ação revisional e reconvenção de cobrança. Sentença de procedência parcial do pedido principal e extinção sem resolução do mérito da reconvenção. Apelo da ré reconvinte. Preliminares afastadas.

Agravo de instrumento pretérito já julgado definitivamente, mantida a decisão sobre o afastamento da exceção de incompetência relativa. Ação fundada em direito de natureza pessoal que se submete a prazo prescricional decenal do artigo 205, do Código Civil. Prescrição não reconhecida. Contrato de adesão para o fornecimento de insumo hospitalar de relevante função social, sem paridade entre as partes com imposição de cláusulas contratuais. Alegação de prática de preço abusivo.

Constatação. Liberdade contratual limitada à função social do contrato que, no caso, impõe a intervenção judicial. Prazo decadencial convencional afastado. Cláusula de reajuste pautada em fórmula composta pela variação percentual da tarifa de energia elétrica e o IGP-DI, que, por si só, não se revela abusiva.

Composição do preço do oxigênio medicinal fornecido à autora que, todavia, não foi esclarecida pela ré. Perícia judicial que constatou que o preço, embora inferior ao devido se aplicado o reajuste contratual, chega a ser 556,48% maior que o preço cobrado de outros clientes do mercado do mesmo insumo. Testemunha da ré que confirmou que a precificação considera também a inadimplência do cliente. Autora que não logrou êxito em obter outro fornecedor de oxigênio, sujeitando-se ao preço imposto pela ré. Abusividade que impõe a revisão pelo preço praticado para outros clientes. Força obrigatória dos contratos que, no caso, deve ser mitigada, impondo-se a manutenção do fornecimento do oxigênio medicinal. Parcial procedência da ação mantida.

Reconvenção. Extinção afastada para permitir a cobrança dos valores devidos pela reconvida após a revisão do preço e compensação em sede de liquidação. Impossibilidade, contudo, de rescisão contratual ante a constatação de abusividade.

Contrato que, ademais, possui relevante função social que não pode ser rescindido neste momento de crise sanitária causada pela pandemia do Covid-19 em que faltam insumos hospitalares em todo país. Reembolso de gastos com advogado que é ônus exclusivo do constituinte, tendo em vista estar inserido no exercício regular do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do C. STJ e desta Corte de Justiça. Prequestionamento. Desnecessidade de menção expressa dos dispositivos legais tidos por violados.

Sentença parcialmente reformada. *Recurso parcialmente provido.*

Opostos embargos de declaração (e-STJ, fls. 1.170-1.187), estes foram rejeitados, com aplicação de multa de 2% sobre o valor da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

Nas razões do presente recurso especial, Air Liquide Brasil Ltda. aponta a violação dos seguintes dispositivos legais:

i) Arts. 205, e 206, § 3º, IV, e 211 do Código Civil; e 487, II, do Código de Processo Civil de 2015. Afirma a recorrente que a demanda se funda em pretensão revisional/ressarcitória lastreada no contrato havido entre as partes, o que atrai a aplicação do prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Invoca a orientação adotada no Recurso Especial n. 1.361.182/RS. Frisa, ainda, que as partes estipularam o prazo decadencial de 15 (quinze) dias para a parte contratante questionar os critérios de reajuste de preços, o que foi desconsiderado pelas instâncias ordinárias, a pretexto de um suposto desequilíbrio contratual, não ocorrente na hipótese.

ii) Arts. 113, 187, 316, 421, parágrafo único, 421-A, e 422 do Código Civil. Assevera que o Tribunal de origem estabelece premissas fáticas, imutáveis

nessa via especial, que demonstram a toda evidência o absoluto descabimento da intervenção judicial, que podem ser assim resumidas: *ii.a)* “não se evidencia abusividade pura e simplesmente pela aplicação dos reajustes previstos no contrato”; *ii.b)* os critérios de atualização do preço estão contratualmente “pautados em variação percentual da tarifa de energia elétrica e o IGP-DI”; e *ii.c)* “a perícia também constatou que o valor de R\$ 7,09/m³ cobrado da demandante é realmente inferior ao contratual” (e-STJ, fl. 1.278).

Assere, nesse contexto, ser clara a afronta ao princípio da intervenção mínima sobre contrato. Ressalta que o fato de a recorrente não ter cobrado o valor máximo que o reajuste estabelecido contratualmente autorizaria (de R\$ 14,78/m³), cobrando a quantia de R\$ R\$ 7,09/m³, por mera liberalidade, não pode ensejar a conclusão de confusão do critério adotado, o qual, repisa-se, foi estabelecido mediante contrato. Sustenta que o inadimplemento é um (e não o único) dos fatores de risco mais decisivos na precificação de qualquer produto, em qualquer indústria ou segmento, cuidando-se de critério aplicado na prática empresarial, que não pode ser reputado ilegal.

Repudia a menção feita pela parte adversa, e reiterada no acórdão recorrido, a respeito de suposto envolvimento da recorrente na “cartelização” dos preços praticados em meados de 2010, cuja condenação foi considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça e em nada se relaciona aos fatos ora discutidos.

Anota que a suposta dificuldade de contratação com outro fornecedor – e não há monopólio no fornecimento do produto, objeto do contrato – deve-se à situação de inadimplência da demandante, não se podendo impor a manutenção da relação contratual, sobretudo diante da incontroversa e recalcitrante inadimplência da parte adversa, com prejuízos que se seguem, mês a mês, desde o início da presente ação (2018).

iii) Arts. 113, 187, 397, 421, parágrafo único, 421-A, 422, 474, 475, 476, 478 e 480 do Código Civil; e 137, § 2º, IV, da Lei n. 14.133/2021. Ressalta, desde a sua primeira manifestação nestes autos, que não tem interesse em continuar a contratação nos moldes impostos (prestação graciosa com acerto de contas em data indefinida), que entende desvantajosos. Defende, assim, não ser possível, como fizeram as instâncias ordinárias, conferir uma interpretação absoluta à “função social do contrato”, olvidando que, com a intervenção judicial no preço, insubsistente o elemento principal para a própria existência da contratação: acordo de vontades.

Assevera que o próprio acórdão reconhece que “não se autorizou o fornecimento ininterrupto sem a devida contraprestação”, e que “a autora

reconvinda não nega ter efetivamente suspenso os pagamentos”. Indaga, assim, como é possível, a despeito do reconhecido inadimplemento contumaz, obstar a rescisão contratual pretendida antes mesmo do início da ação, sempre a pretexto da função social do contrato. Além disso, “se a recorrida não vem honrando os pagamentos (conforme o Eg. TJSP atestou), a manutenção do contrato sob a perspectiva de uma futura liquidação de sentença viola os parâmetros da boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil)” – (e-STJ, fl. 1.284). Além disso, aduz que a dinâmica de pagamentos periódicos e correspondentes à prestação de serviço/entrega de produtos está ajustada e acordada entre as partes desde 2008. Alega, nesse contexto, inexistir boa-fé por parte da Santa Casa de Fernandópolis, que, por 10 (dez) anos se submeteu aos termos contratuais, utilizando-se dos serviços prestados/produtos entregues e, somente após acumular dívida milionária, apresentou irrisignação judicial.

Traça um paralelo com as contratações públicas, nas quais a liberdade negocial do particular é substancialmente reduzida, e que, mesmo assim, após a inadimplência do poder público por mais de 2 (dois) meses, é dada a possibilidade de rescindir o contrato, direito que, numa relação de direito privado (sem olvidar a relevância do bem, objeto do contrato), é subtraído da recorrente desde 2018.

iv) Art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. Pugna pelo afastamento da multa por ocasião da oposição dos embargos de declaração, ante a pretensão de prequestionar a matéria em discussão, a fim de resguardar a parte recorrente contra os entendimentos mais rigorosos a respeito desse requisito de admissibilidade recursal, sendo, pois, de todo inexistente o apontado caráter protelatório.

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 1.374-1.390 (e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Subjaz ao presente recurso especial ação revisional do contrato de fornecimento de oxigênio líquido medicinal (firmado em 6/6/2008), c/c com pedido de repetição do indébito dos valores alegadamente pagos a maior, promovida, em dezembro de 2018, pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis/SP contra Air Liquide Brasil Ltda., sob o argumento, em resumo, de que houve indevida

imposição de preço pelo produto, a ensejar “onerosidade excessiva do contrato, gerando um desequilíbrio contratual”.

1. Preliminares.

1.1. Decadência convencional.

Preliminarmente, a recorrente, Air Liquide Brasil Ltda., defende a validade da cláusula contratual que estabeleceu o prazo decadencial [convencional] de 15 (quinze) dias para a parte contratante questionar os critérios de reajuste de preços, aduzindo, para efeito de aplicação do art. 211 do Código Civil, irrelevante tratar-se, ou não, de contrato de adesão.

Em primeira e segunda instâncias, reconheceu-se a nulidade da cláusula contratual em comento, sob as seguintes fundamentações, respectivamente (e-STJ, fls. 989 e 1.161):

2) Rejeito as preliminares de decadência para revisão do contrato [...].

Note que não se trata de um simples contrato de compra e venda como pretende levar a crer a Ré, mas sim de um contrato com função social, já que envolve direitos da personalidade e valores constitucionais, tais como o direito à vida e à saúde (Agravo de Instrumento n. 2145293-06.2019.8.26.0000), motivo pelo qual deverá ser afastado o prazo decadencial de 15 dias para revisão dos preços impostos pela fornecedora (cláusula 12ª, parágrafo 2)

Quanto à alegação de decadência convencional, de fato o contrato previu em sua cláusula 12ª que:

12ª As partes poderão rever preços e demais condições comerciais vigentes, sempre que o equilíbrio econômico for afetado por fatos relevantes e alheios à vontade das mesmas e, obrigatoriamente, nos casos de extinção ou alteração substancial do(s) índice(s) fixado(s) no item 8 do preâmbulo.

§ Único: A falta de contestação expressa, pelo *Cliente*, no prazo de 15 (quinze) dias contados do reajuste dos preços efetivado pela *Fornecedora*, corresponde à efetiva aceitação das novas condições propostas. (fls. 56)

Todavia, a despeito do aparente equilíbrio inicial das contratantes, no caso, a disparidade entre as partes se revelou ao longo da execução do pacto como adiante se verá e não única e exclusivamente pelo reajuste contratual aplicado pela ré.

Especificamente sobre o parágrafo único da Cláusula 12, que estabeleceu o prazo decadencial de 15 (quinze) dias para a parte contratante manifestar

discordância a respeito do reajuste (transcrita no acórdão recorrido), ressaltando, de seus termos, que sua incidência teria aplicação fora da situação prevista em seu *caput*, a qual estabelece a possibilidade de revisão sempre que “*o equilíbrio econômico for afetado por fatos relevantes e alheios à vontade das partes*”, que é justamente o fundamento da subjacente ação.

Tem-se, de todo modo, que a disposição contratual – sobretudo em se tratando de contrato de adesão (tal como consignado na origem, *e não impugnado na presente insurgência recursal*), que estabelece a supressão do direito previsto no art. 317 do Código Civil, de a parte contratante promover a revisão judicial a fim de readequar o sinalagma das prestações, que, *por fatos supervenientes e imprevisíveis*, tornaram-se demasiadamente onerosa – afigura-se nula de pleno direito.

Assim, mantém-se, no ponto, o desfecho adotado na origem.

1.2 Prazo prescricional da pretensão de revisar o contrato, c/c com pedido de repetição de indébito.

Discute-se, ainda em caráter prefacial no recurso especial em exame, se a pretensão de revisar o contrato de fornecimento de oxigênio líquido medicinal, declarando-se a nulidade da cláusula que estabelece o critério de reajuste de preço ao longo da relação contratual, cumulada com pedido de repetição de indébito, prescreve em 3 (três) ou 10 (dez) anos.

Sobre essa específica questão – é sabido por todos –, há intensa divergência no âmbito interno do Superior Tribunal de Justiça.

Registra-se, inclusive, que a eminente Ministra Nancy Andrichi, com o propósito de dissipar o dissenso, promoveu a Questão de Ordem na Pet 12.602/DF, a fim de submeter ao colegiado da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça proposta de revisão da tese relativa ao Tema 610, a qual se encontra pendente de julgamento.

Já se pode antever que o presente julgamento não é a seara adequada para o aprofundamento e para a definição da questão.

A despeito desse impasse, parece-me que o enfrentamento da questão afeta à prescrição mostra-se, de certa forma, desinfluyente ao desfecho do caso, a considerar que a parte recorrente veicula, sobre a extensão temporal da pretendida revisão judicial do contrato, outras questões de mérito que devem ser ponderadas, as quais, caso acolhidas, tornarão prejudicado o enfrentamento daquela.

Como assentado, trata-se de ação em que o hospital demandante, *ainda durante a vigência do contrato*, no âmbito de relação de trato sucessivo, pretende obter o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual de reajuste do preço, com a conseqüente restituição dos valores pagos, reputados indevidos.

Nesse contexto, afigura-se possível e, principalmente, recomendável que este colegiado, primeiro, enfrente as matérias de fundo, vertidas pela recorrente, seja quanto à extensão temporal em que se daria a pretendida revisão *sob o enfoque meritório trazido pela insurgente*, seja quanto à própria subsistência do direito de revisar o contrato de fornecimento estabelecido pelas partes, para então, se for o caso, enfrentar a questão afeta à prescrição.

Desse modo, tem-se inexistir óbice ao julgamento do recurso especial.

Ademais, conforme me manifestei por ocasião do pedido de tutela provisória vindicada pela parte recorrente, o qual indeferi em virtude da irreversibilidade da medida postulada (rescisão contratual mediante caução prestada pela Air Liquide Brasil Ltda.) – (e-STJ, fls. 1.478-1.485), o recurso especial em exame deve ser decidido por este colegiado na maior brevidade possível, a fim de definir a situação jurídica e contratual das partes litigantes.

A questão, não se olvida, mostra-se sensível.

De um lado, o fornecedor de produto hospitalar que alega, há muito, não ter mais interesse na consecução do contrato – tendo sido obrigado a manter o vínculo contratual desde 2018 –, sobretudo nos termos judicialmente impostos pelas instâncias ordinárias, causando-lhe prejuízos de ordem financeira mês a mês, situação que, segundo alega, está ficando cada vez mais insustentável; e de outro, o hospital demandante, que presta serviço de utilidade pública e que necessita, para o seu funcionamento, do fornecimento do insumo ora em foco.

Veja-se que, para a manutenção da relação contratual, o Tribunal de origem considerou, inclusive, a situação vivenciada mundialmente pela Pandemia causada pela Covid-19 – *embora os fatos dos autos em nada se relacionem com esse período* – diante da importância desse insumo para o atendimento da população atendida pelo hospital demandante.

Superado esse momento crítico – no qual a parte recorrente cumpriu a determinação judicial de manter o fornecimento do oxigênio líquido medicinal ao hospital demandante, ainda que fora dos termos ajustados contratualmente –, é preciso, segundo penso, definir a situação jurídica das partes contratantes.

Passa-se, assim, a enfrentar as questões meritórias, deduzidas por Air Liquide Brasil Ltda.

2. Mérito.

Para o adequada compreensão da matéria, afigura-se relevante bem delimitar os fatos e fundamentos jurídicos que subsidiaram a subjacente ação promovida pela Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis/SP, em dezembro de 2018, tendo por propósito revisar, sob a tese de abusividade, *todos os preços praticados pela Air Liqueide, no fornecimento de oxigênio líquido medicinal, desde o início de sua contratação, ou seja, desde 6/6/2008*, condenando-a à repetição do indébito dos valores pagos a maior, indevidamente.

Segundo se extrai da exordial, “*a partir do ano de 2014*, conforme comprovam os documentos em anexo, a Ré [Air Liqueide], em razão da inadimplência da Autora, buscando um meio de minimizar seus prejuízos, passou a reajustar de forma exorbitante o valor do produto fornecido à Autora, fazendo, com que, conseqüentemente, a inadimplência aumentasse ainda mais” (e-STJ, fl. 4).

A esse propósito, afirmou o hospital demandante que o preço cobrado pelo metro cúbico (m³) do oxigênio líquido medicinal, à época do ajuizamento da ação Air Liqueide Brasil Ltda. – *dezembro de 2018* – era de R\$ 7,09 (sete reais e nove centavos), substancialmente superior ao preço praticado por outros fornecedores a dois hospitais da região (Santa Casa de Jales e Votuporanga, no valor de R\$ 2,07 e 1,29, respectivamente).

Demonstrou que os valores cobrados, *de 2014 até o ajuizamento da ação (dezembro de 2018)*, tiveram um reajuste muito superior ao da inflação.

Assim, para fundamentar a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico, a Santa Casa de Fernandópolis invocou a teoria da imprevisão, com fulcro nos arts. 317 e 478 do Código Civil, consignando que a sua prestação se tornou excessivamente onerosa, proporcionando extrema vantagem para a Air Liqueide, em virtude de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

Pela relevância, transcreve-se a causa de pedir vertida na petição inicial (e-STJ, fl. 4-10):

[...] inicialmente, é certo que as partes firmaram, em 06.06.2008, contrato cujo objeto era o fornecimento de *Oxigênio Líquido Medicinal*, sendo que a Autora, até apresentar problemas financeiros mais agudos, vinha pagando normalmente o fornecimento.

Ocorre que, os problemas financeiros aumentaram, gerando inadimplência da Autora com relação à Ré, muito embora o fornecimento sempre tenha sido mantido.

Porém, **a partir do ano de 2014**, conforme comprovam os documentos em anexo, a Ré, em razão da inadimplência da Autora, buscando um meio de minimizar

seus prejuízos, passou a reajustar de forma exorbitante o valor do produto fornecido à Autora, fazendo, com que, conseqüentemente, a inadimplência aumentasse ainda mais.

Atualmente o valor cobrado pela Ré da Autora é de R\$ 7,09 (sete reais e nove centavos) o metro cúbico (M/3) de oxigênio líquido, muito acima do valor praticado no mercado.

Prova disso, Exa., está no fato de que a Autora, através de seu departamento comercial, entrou em contato com as Santa Casa de Jales e Votuporanga, cidades vizinhas, da mesma região e com as mesmas dificuldades, para obter a informação sobre qualquer era o fornecedor do produto Oxigênio Líquido Medicinal de tais instituições, assim como os valores praticados pelas mesmas.

A resposta, com relação aos preços o produto por elas pagos, foi ainda mais estarrecedora, senão vejamos:

Santa Casa de Jales: R\$ 2,07 o M/3

Santa Casa de Votuporanga: R\$ 1,29 o M/3

Nota-se, Nobre Julgador, que salta aos olhos os ilícitos praticados pela Ré, com relação ao preço cobrado, que tem uma diferença de absurdos 242,5%.

[...]

Não se pode admitir que haja lealdade contratual e boa-fé na relação mantida entre as partes, principalmente quando se denota na mesma região de um estado, produtos similares são vendidos com exorbitante variação de preço.

E isso, mostra-se ainda mais evidente quando se demonstra os valores praticados, ano a ano, pela Ré em desfavor da Autora, o que deixa muito claro os aumentos muito acima da inflação com relação aos produtos fornecidos:

Ano	M/3 Produto (R\$)	Aumento Relação Ano Anterior
2014	3,28	
2015	3,85	+ 7,05%
2016	5,18	+ 34,54%
2017	6,22	+20,07%
2018	7,09	+13,98

Desta forma, no período entre 2014 a 2018, temos um aumento no valor do produto superior a 116%, vejamos:

Ano	M/3 Produto (R\$)	Aumento Relação Ano Anterior
2014	3,28	
2018	7,09	+ 116,115

Ora, neste mesmo período a inflação oficial do Brasil foi 25,60%, ou seja, a Ré aumentou o preço dos seus produtos quatro vezes acima da inflação.

Portanto, por qualquer ângulo que se olhe a questão, como dito, é evidente que há má-fé contratual, que gera desequilíbrio contratual praticado pela Ré em seu favor, gerando uma onerosidade excessiva à Autora, ante o claro enriquecimento ilícito da mesma.

[...]

Mas não é só.

A Ré, visando receber os valores supostamente devido, está ameaçando suspender, conforme demonstram as Notificações Extrajudiciais e Telegramas recebidos) partir desta data (10/12/2018), todo o fornecimento de Oxigênio Líquido à Autora, situação essa que pode trazer consequências drásticas à Autora e à toda população que usa diariamente o hospital e preciso ter à disposição o referido produto, indispensável ao funcionamento do Nosocômio.

[...]

“Para fundamentar a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico a doutrina se socorre da chamada Teoria da Imprevisão, considerando os dois dispositivos acima citados (art. 478 e 317 do CC/02). E são os elementos trazidos pelo art. 478 do CC/02 o núcleo do desequilíbrio econômico superveniente no direito civil brasileiro ... Importante se faz ressaltar que, para que haja quebra do equilíbrio do contrato é imprescindível que a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, e proporcione extrema vantagem para a outra parte, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Significa dizer, as situações identificadas sejam excepcionais, externas ao contrato, que são inusitadas.” (Machado, Flávia de Oliveira, artigo citado).

Como se pode constatar, embora a Santa Casa de Fernadópolis, em sua petição inicial, tenha se restringido a alegar e a demonstrar, a seu modo, a abusividade dos preços praticados pela Air Liquide a partir de 2014, requereu, no capítulo específico dos pedidos, a revisão de toda a relação contratual (iniciada em 6/6/2008).

Não obstante a manifesta inadequação da extensão da causa de pedir e do pedido, é certo que as instâncias ordinárias, *sem nenhuma consideração a esse respeito* e pelos fundamentos que serão sopesados, julgaram o pedido parcialmente procedente *para revisar, simplesmente, todos os preços praticados, desde o início da relação contratual*.

Já se pode antever a absoluta impropriedade de se pretender revisar preços praticados durante certo período da relação contratual sobre os quais não se atribui nenhuma mácula.

Mais do que inexistir qualquer insurgência quanto aos preços praticados *em relação ao período anterior a 2014*, a postura contratual do hospital demandante evidencia, ao contrário, pleno assentimento a respeito da dinâmica de reajustes de preços, correspondentes à prestação de serviço/entrega do insumo hospitalar, tanto que promoveu a prorrogação do contrato em junho de 2013, sem nenhuma ressalva.

De suma relevância registrar que o contrato de fornecimento de gás medicinal firmado entre as partes em 6/6/2008 tinha o prazo de duração pré-determinado de 5 (cinco) anos, “podendo ser prorrogado automaticamente por períodos iguais e sucessivos, se não fosse denunciado por qualquer das partes” (e-STJ, fl. 56).

Como se pode constatar, a suposta insatisfação da parte contratante (externada apenas em 2018), sobretudo no tocante à extensão de sua contraprestação, referente ao primeiro mês de vigência do ajuste (junho de 2008), assim como aos meses que se seguiram, *não se coaduna*, a toda evidência, com o comportamento de cumprir o contrato, sem ressalvas, durante todo o período inicial ajustado (5 anos) e, uma vez concluído, ao invés de denunciá-lo, renovar o contrato por mais um período sucessivo de 5 (cinco) anos.

Efetivamente, o detido cumprimento, de parte à parte, das prestações avançadas, sem nenhuma ressalva, a ensejar a renovação do ajuste, em todos os seus termos, por mais um período de 5 (cinco) anos, como assentado, evidencia plena concordância com a dinâmica de reajustes de preços, correspondentes à prestação de serviço/entrega do insumo hospitalar, nesse período pretérito. Por sua vez, o outro contratante tem a plena e justificada convicção de que o contrato, em relação a esse período pretérito, se resolveu pelo cumprimento. Há, pois, legítima expectativa de que as prestações avançadas, até então, atenderam aos interesses de ambas as partes, inquestionavelmente.

Nas relações contratuais, a boa-fé objetiva, além de servir de norte interpretativo e de norma de criação de deveres jurídicos anexos, exerce destacada função de limitar o exercício de direitos subjetivos, no caso de se manifestarem como expressão de verdadeiro abuso de direito.

Nesse viés, não se coaduna com a boa-fé objetiva e, portanto, não tem respaldo do ordenamento jurídico, o comportamento contratual incoerente, capaz de frustrar a legítima expectativa do outro contratante, gerada pela postura então adotada.

Especializada doutrina, a respeito da função limitativa de direitos subjetivos da boa-fé, assim preceitua:

[...] nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares. [...] Nesses casos, o comportamento formalmente lícito de um dos contratantes não resiste à avaliação de sua conformidade com a boa-fé e, como tal, deixa de merecer a tutela do ordenamento jurídico.

Em tal contexto, faz-se referência ao princípio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium*, ou seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial. “De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos” (Anderson Schreiber, *A Proibição do Comportamento Contraditório*, p. 90). (Tepedino, Gustavo; Barboza, Heloísa Helena; de Moraes, Maria Celina Bondin. Rio de Janeiro. Renovar. 2006. p. 422)

Sob esse enfoque, tem-se guardado substancial relevância a tese defendida pela parte recorrente a respeito do comportamento contratual contraditório da demandante, Santa Casa de Fernandópolis – sobretudo no tocante ao período de normalidade contratual –, o qual desborda, de fato, da boa-fé objetiva que deve nortear as relações contratuais, em todas as suas fases.

Ainda para a correta contextualização dos fatos que precederam ao ajuizamento da ação revisional, é preciso registrar que, renovado o contrato (em junho de 2013), as partes continuaram a dar cumprimento, normalmente, às suas obrigações ajustadas, sem nenhuma irrisignação concernente à higidez das prestações avençadas.

Registre-se, a esse propósito, que esta situação de normalidade contratual perdurou, pelo que se extrai dos autos (e-STJ, fls. 87-100), até novembro de 2016, termo a partir do qual a Santa Casa de Fernandópolis passou a deixar de quitar, no modo avençado, a sua prestação, situação que perdurou até setembro de 2018, razão pela qual foi notificada extrajudicialmente pela Air Liquide Brasil para que promovesse a quitação do débito então em aberto, no valor de R\$ 571.202,70 (quinhentos e setenta e um mil, duzentos e dois reais e setenta centavos), no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de rescisão contratual.

Aliás, foi essa notificação extrajudicial – destinada a configurar a mora do hospital contratante e, em caso de sua subsistência, promover a rescisão contratual por inadimplemento –, que ensejou o ajuizamento, pela Santa Casa de Fernandópolis, em dezembro de 2018, da subjacente ação revisional, com pedido de antecipação de tutela, cujo deferimento, respaldada pelas decisões de mérito que se seguiram, mantiveram a relação contratual, em moldes diversos do ajustado, especificamente quanto ao preço do metro cúbico (m³) do gás medicinal fornecido.

Como assentado, a pretendida revisão judicial do contrato de fornecimento de gás medicinal encontra-se fundada na alegação de abusividade dos valores praticados a partir de 2014, sob o argumento de que o preço adotado é substancialmente superior ao praticado por outros fornecedores de dois hospitais da região, apresentando reajuste, inclusive, bem superior ao da inflação no período.

Pretendeu-se, assim, a revisão do contrato pela quebra do equilíbrio econômico, com a invocação da teoria da imprevisão, com fulcro nos arts. 317 e 478 do Código Civil, consignando que a sua prestação se tornou excessivamente onerosa, proporcionando extrema vantagem para a Air Liquide, em virtude de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

*É nesse quadro, portanto, que se deve analisar o cabimento, no caso dos autos, da revisão judicial, prevista no art. 317 do Código Civil (**quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação**), e, sob esse enfoque, o acerto ou não do desfecho dado à causa na origem.*

Para tanto, consigna-se que as instâncias ordinárias julgaram a pretensão revisional parcialmente procedente para arbitrar o valor de R\$ 2,40/m³, corrigido pelo IPCA a partir de janeiro de 2019 (e fixar este critério de reajuste como deságio para os anos anteriores), mediante a seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 991-992):

[...] no caso, a disparidade entre as partes se revelou ao longo da execução do pacto como adiante se verá e não única e exclusivamente pelo reajuste contratual aplicado pela ré.

De fato, o contrato entabulado entre as partes não se exaure em suas próprias tratativas. Trata-se de fornecimento de oxigênio líquido medicinal, insumo essencial às atividades do nosocômio mantido pela autora, ora apelada, cuja função social

indiscutivelmente prepondera no caso sobre o princípio da obrigatoriedade dos pactos (pacta sunt servanda), à luz do que estabelece o caput, do art. 421, do Código Civil.

[...]

A despeito disso e da aparente paridade das partes, celebrou-se evidente e incontroverso - contrato de adesão, como, aliás, este Colegiado observou no agravo pretérito:

[...]

Tanto é verdade que a cláusula de reajuste imposta no pacto (pautada em fórmula que leva em consideração, a um lado, o IGP-DI e, a outro lado, a variação percentual da tarifa de energia elétrica) é a mesma verificada em outros contratos de fornecimento de gases celebrados pela própria ré apelante 2 e a mesma posta em contratos formulados por outras fornecedoras do mercado de gases industriais e medicinais.

Em tese, realmente não se evidencia abusividade pura e simplesmente pela aplicação dos reajustes previstos no contrato (pautados em variação percentual da tarifa de energia elétrica e o IGP-DI).

No caso concreto, entretanto, há clara abusividade na imposição de preços muito superiores àqueles cobrados de outros clientes (Santa Casa de Jales e de Votuporanga), como restou evidenciado nos autos e corroborado pela prova pericial (fls. 801), que assim concluiu pela diferença de 195,42% entre o preço praticado com a autora e a Santa Casa de Jales e de 556,48% quando comparado ao praticado com a Santa Casa de Votuporanga.

É verdade que a perícia também constatou que o valor de R\$ 7,09/m³ cobrado da demandante é realmente inferior ao contratualmente previsto, o qual, se aplicados os índices, resultaria no equivalente a R\$ 14,78/m³ - fls. 925), o que, a princípio e por si só, revelaria o despropósito da pretensão inicial.

*A conclusão, contudo, e à luz do conjunto fático-probatório, apenas corrobora o desequilíbrio contratual e o poderio da ré na relação jurídica, uma vez que aplica, como lhe convém, **precificando com base na inadimplência do cliente (como admitido pela testemunha ouvida), aplicando índices de reajustes diversos e confusos, como bem observado pelo d. expert a partir dos cálculos apresentados pela própria apelante a fls. 660/661:***

[...]

A ré apelante, por sua vez, não se desincumbiu de provar as diferenças significativas entre as contratações a fim de justificar a discrepância dos preços praticados com outros clientes no mesmo mercado de fornecimento de oxigênio líquido medicinal, como os paradigmas adotados na perícia.

Não obstante a insistência da demandada na prevalência da livre concorrência e livre preço, restou evidenciado o desequilíbrio das contratantes no pacto em análise,

mormente porque não logrou êxito a autora na busca por outros fornecedores (fls. 86), impondo-lhe a sujeição aos termos impostos pela ré.

Aliás, a situação não surpreende e nem demandava maiores elementos de prova como insiste a ré, uma vez que é fato público sua condenação, juntamente com “White Martins” (uma das fornecedoras que recusou fornecer o insumo à autora fls. 86) e outras fornecedoras de gases pelo CADE em meados de 2010, pela formação de cartel (“cartel do oxigênio”) 4, atuação também objeto de ação civil pública (processo n. 1065317-65.2013.8.26.0100).

Revelada a abusividade na formação do preço, somada à função social do pacto, a força obrigatória do contrato há de ser mitigada no caso, pois caracterizada a hipótese excepcional a que alude o parágrafo único do art. 421, do Código Civil, para autorizar a revisão, com afastamento das cláusulas que preveem a decadência convencional e o reajuste dos valores, estes mantidos como postos na sentença (preço unitário do metro cúbico do produto em R\$ 2,40 para o período de janeiro-dezembro/2019, atualizado anualmente pelo IPCA-E (deságio anual para os anos anteriores a 2019 e atualização anual a partir de janeiro/2020), com liquidação oportuna das diferenças constatadas nas aquisições já feitas, incidentes atualização dos respectivos vencimentos e juros da publicação desta sentença, considerando arbitramento do preço neste momento), tendo em vista a ausência de insurgência específica deste ponto do julgado pela apelante.

Como se depreende, reconheceu-se, com esteio na função social do contrato, que o reajuste levado a efeito pela fornecedora, embora dentro do limite estabelecido contratualmente, foi considerado abusivo, pois se apresentou muito superior aos valores praticados em dois hospitais da região, *não se afigurando lícito que a inadimplência tenha sido utilizada para compor o aludido reajuste.*

Registra-se, de plano, não se olvidar, tampouco se dissuadir da compreensão de que a função social do contrato – de conceituação aberta, compreendida como a necessidade de o ajuste atender, não apenas, individualmente, os interesses das partes, mas também ao interesse social e econômico no qual o objeto contratual está inserido – pode, eventualmente, limitar a liberdade de contratar, quanto ao conteúdo pactuado pelas partes.

O art. 421 do Código Civil, nesse sentido, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Em contratos como o discutido nos autos, considerada a relevância de seu objeto – fornecimento de gás oxigênio para um hospital –, a função social ganha relevo, devendo ser necessariamente ponderada a partir das particularidades do caso concreto, e não, porém, adotada como um valor absoluto e preponderante, em abstrato.

Ainda que se admita a revisão judicial dos contratos, com vistas ao atendimento de sua função social, trata-se de intervenção excepcional, devendo-se, a esse fim, observar os contornos definidos em lei.

Para tanto, dispõe o art. 317 do Código Civil: *quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

Exige o dispositivo legal, como se constata, que a manifesta desproporção do valor da prestação, quando de sua execução, decorra de *motivos imprevisíveis*, refugindo do controle de prudência das partes. Em se invocando a teoria da imprevisão (com esteio no art. 478 do Código Civil), como fez o hospital demandante, o fato extraordinário ali previsto, causador do desequilíbrio contratual, é aquele absolutamente alheio ao risco assumido pelas partes.

Especificamente sobre o requisito da imprevisibilidade, autorizada doutrina civilista adverte para o risco de tornar inviável toda e qualquer revisão judicial se o termo *motivos imprevisíveis* for tomado em sua acepção literal, sem se voltar para as partes contratantes. Para a efetividade do dispositivo legal em comento, acentua esta corrente doutrinária, ainda, a necessidade de o termo compreender não apenas os fatos imprevisíveis, mas também as consequências imprevisíveis advindas de fatos previsíveis.

Transcreve-se o escólio da corrente doutrinária em destaque:

*[...] Exige-se um termo imprevisível (art. 317) ou acontecimentos imprevisíveis ou extraordinários (art. 478). Eis aqui o grande problema da teoria adotada pelo CC/2002, pois poucos casos são enquadrados como **imprevisíveis** por nossos Tribunais, eis que a jurisprudência nacional sempre considerou fato imprevisível tendo como parâmetro o mercado, o meio que envolve o contrato e não a parte contratante. A partir dessa análise, em termos econômicos, na sociedade pós-moderna globalizada, nada é imprevisível, tudo se tornou previsível. [...] Em suma, o apego a tal análise torna praticamente impossível a revisão de um contrato civil.*

Como bem aponta Ênio Santarelli Zuliani a respeito da análise do fator imprevisibilidade, “não cabe esperar que os acontecimentos sejam espetaculares, porque, se não for minimizado o conceito de magnitude, poder-se-á estagnar o instituto no reino da fantasia.

*Para flexibilizar tal interpretação, parte da doutrina recomenda que o evento seja analisado tendo como parâmetro a parte contratante e não o mercado. Nessa esteira, o Enunciado n. 17 do CJF/STJ, da **I Jornada**: “a interpretação da expressão ‘motivos imprevisíveis’ constante do art. 317 do Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados*

imprevisíveis". No mesmo sentido, o Enunciado n. 175 do CJF/STJ, da III Jornada: A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz".

*Em outras palavras, são levados em conta critérios subjetivos, relacionados com as partes negociais, o que é mais justo, do ponto de vista social. Isso seria uma espécie de função social às avessas, pois o fato que fundamenta a revisão é interpretado na interação da parte contratante com o meio, para afastar a onerosidade excessiva e manter o equilíbrio do negócio, a sua base estrutural. O presente autor está totalmente filiado ao entendimento constante dos enunciados doutrinários (Tartuce, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 5ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense: São Paulo. Método. 2015. p. 615-616)*

Na hipótese dos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias – imutável nessa via especial –, o reajuste do preço, tido como abusivo, *baseou-se em critério estabelecido contratualmente, o qual, em si, não guarda nenhuma ilicitude e é utilizado nos ajustes do segmento, encontrando-se, inclusive, dentro do percentual máximo previsto no contrato engendrado entre as partes.*

Segundo a prova pericial produzida nos autos, o reajuste em 2018, segundo o critério estabelecido contratualmente, poderia chegar ao valor máximo de R\$ 14,78/m³, enquanto o valor cobrado foi o de R\$ 7,09/m³.

Reconheceu-se, contudo, que a abusividade do reajuste estaria calcada em dois fatos, bem definidos no acórdão recorrido: o primeiro, consistente na discrepância dos preços cobrados pela Air Liquide Brasil no contrato em exame com aqueles praticados em dois hospitais da região; o segundo, porque a inadimplência foi utilizada para alavancar os reajustes levados a efeito pelo fornecedor, a fim de agravar a situação do hospital demandante, a viabilizar a rescisão contratual culposa.

Em relação ao parâmetro apontado pela parte autora e acolhido pelas instâncias ordinárias – existência de outros dois hospitais da região que adquirem o produto por valor inferior –, este fato, *isoladamente considerado*, não revela abusividade, tampouco enseja, o alegado desequilíbrio das prestações.

De suma importância consignar, no ponto, não haver nenhuma consideração de que o reajuste reputado ilegal deu-se, por exemplo, em situação de excessiva e imprevisível demanda, como a que vivemos recentemente durante a Pandemia da Covid-19, doença causada pelo Coronavírus (Sars-Cov-2), caso em que se poderia reconhecer a ilicitude de tal readequação de preço, em evidente desbordamento, inclusive, da boa-fé objetiva contratual.

O registro afigura-se pertinente, pois, como bem consignou o Tribunal de origem, os fatos que lastreiam a presente demanda são anteriores à situação de pandemia que foi enfrentada, nada a ela dizendo respeito.

Apesar disso, a Corte estadual utilizou também esta situação de pandemia (absolutamente ponderável, registra-se, à época da prolação do acórdão) como fundamento para a manutenção da relação contratual, obstando que a fornecedora, nos moldes requeridos desde a sua primeira manifestação nos autos (tal como já havia externado em sua notificação extrajudicial), pudesse rescindir o contrato por inadimplemento do hospital, o qual, como visto, advém desde novembro de 2016, no valor de R\$ 571.202,70 (quinhentos e setenta e um mil, duzentos e dois reais e setenta centavos) – (e-STJ, fl. 87-100).

Na verdade, o fato de haver dois hospitais da região que adquirem o insumo hospitalar por valor inferior ao estabelecido no contrato em comento deveria, em tese, militar em favor do hospital demandante, que, com base em tal circunstância, poderia, por exemplo, justificar eventual desinteresse em prorrogar o contrato por mais um período de 5 (cinco) anos, aderindo a contratos com preços mais vantajosos com outros fornecedores.

Diz-se, *em tese*, pois o hospital demandante, em sua inicial, afirmou expressamente atravessar, quando do ajuizamento da ação (dezembro de 2018), sérias dificuldades econômico-financeiras, tanto que o seu “Balanço Patrimonial, ao final do ano de 2017, apontava uma dívida consolidada superior a R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) e um prejuízo no ano de 2017 de aproximadamente R\$ 4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais)” – (e-STJ, fl. 4).

Nessa circunstância, ressaltai claro que a inadimplência do contrato de fornecimento de gás medicinal por parte da Santa Casa de Fernandópolis, a qual se iniciou em novembro de 2016, não decorreu de uma suposta abusividade dos reajustes de preços até então praticados, em comparação, simplesmente, com outros dois hospitais da região, como afirma o hospital demandante, mas sim, da grave situação econômico-financeira porque já passava, à época.

Esse é um aspecto dos autos que não pode deixar de ser sopesado, sob pena de se promover uma revisão judicial fora dos contornos legais – ou, pelos menos, fora da extensão devida –, chancelando o descumprimento contratual levado a efeito pelo hospital demandante, com imposição dos correlatos prejuízos à fornecedora contratante, o que – sem descurar do serviço de utilidade pública prestado pela casa de saúde e da relevância da função social do contrato em exame – não se pode conceber.

Em conclusão desse ponto, deve-se reconhecer a impertinência da ilação contida no acórdão recorrido a respeito dos fatos discutidos na ação civil pública (pelo que se depreende, referente à formação de cartel) que em nada se relacionam aos fatos aqui debatidos, tendo havido, segundo alegado pela parte recorrente, a absolvição, em decisão exarada por esta Corte de Justiça. Sem adentrar na questão, o simples fato de a parte demandante argumentar que dois hospitais da região adquirem o insumo hospitalar por valor inferior ao estabelecido no contrato em comento, por si, evidencia o despropósito da relação feita, *a latere*, no aresto recorrido, *permissa venia*.

Feito esse apontamento e prosseguindo na análise de que como os reajustes de preço se sucederam na relação contratual continuativa em exame, é certo que as instâncias ordinárias, com esteio nos elementos fático-probatórios reunidos nos autos, *registraram que a fornecedora Air Liquide Brasil passou a utilizar a inadimplência – a qual, como visto, iniciou-se em novembro de 2016 (e-STJ, fl. 87-100) – para alavancar os reajustes que se seguiram, a fim de agravar a situação de insolvência do hospital demandante, a viabilizar a rescisão contratual culposa*.

Como assentado, *os fatos imprevisíveis*, ensejadores do desequilíbrio entre as prestações, devem ser analisados sob o ponto de vista dos contratantes, compreendendo-se, nesse termo, não apenas os *fatos imprevisíveis*, mas também as *consequências imprevisíveis* advindas de *fatos previsíveis*.

Tem-se, nessa medida, que *o modo como os reajustes passaram a ser implementados pela fornecedora*, utilizando-se, não do *risco de inadimplência*, como sugere em sua argumentação, mas da própria *inadimplência já concretizada* como fator de precificação, *apresentou-se imprevisível ao hospital contratante, a refugir completamente não só do critério de reajuste estabelecido contratualmente, como também do modo em que os reajustes vinham sendo efetivados, ensejando o reconhecido desequilíbrio das prestações, igualmente não cogitado pela parte contratante*.

Aqui, não se está a cancelar uma intervenção judicial sobre a precificação dos produtos, cuja estipulação leva em conta uma série de fatores (custos de produção, impostos, análises mercadológicas, entre outros), que devem ser considerados unicamente pelo empreendedor, o qual assume todos os riscos de sua atividade empresarial.

Mostra-se, pois, indiscutível, nesse prisma, que o *risco de inadimplemento* pode, sim, compor o preço, que, como visto, incumbe ao empresário estipular *antecedentemente à venda contratada*.

Outra questão, bem diversa e que se põe em discussão, é sobre a possibilidade de o fornecedor, sem respaldo no critério estabelecido contratualmente, promover o implemento, alavancar o reajuste ali previsto em razão da inadimplência já concretizada.

A resposta a tal indagação é negativa, a toda evidência.

Naturalmente, a compensação pelo prejuízo decorrentes da inadimplência deve ser percebida a partir dos encargos moratórios, sob pena de se cancelar indevido *bis in idem*.

Veja-se que a implementação do reajuste avençado, em virtude da inadimplência já operada, nem sequer poderia ser compreendida como uma providência passível de ser adotada pela parte contratante no âmbito da chamada *exceção de insegurança*, prevista no art. 477 do Código Civil.

Admite-se, a esse propósito, nos casos em que o cumprimento da prestação pela parte no vencimento mostrar-se de todo duvidoso, que a outra parte contratante promova o endurecimento das condições contratuais, como reduzir a oferta de produtos, reduzir o prazo de pagamento de cada compra, entre outras providências que poderiam chegar até a medida mais gravosa consistente na retenção da prestação (em exercício da exceção de contrato não cumprido). Nesse sentido, cita-se: REsp n. 1.279.188/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 18/6/2015.

A toda evidência, o impulsionamento do reajuste devido à inadimplência contratual concretizada não consubstancia um endurecimento das condições periféricas contratadas. Trata-se de proceder contratual, sem lastro, que repercuta diretamente na extensão da prestação ajustada pelas partes, modificando-a unilateralmente, o que, portanto, não encontra respaldo legal.

A recorrente defende que o reajuste praticado pelo fornecedor, o qual teria causado o alegado desequilíbrio contratual, não poderia ser considerado *fato imprevisível* aos contratantes, se o correspondente critério, em relação ao qual não se atribuiu nenhuma pecha de ilegalidade (ao contrário, é dito que é utilizado em ajustes dessa natureza), estava estabelecido contratualmente, com adoção, inclusive, de percentual inferior ao que seria possível, previsto no ajuste. Insiste, no ponto, que o critério de reajuste contratado comportaria, em 2018, como preço máximo do metro cúbico (m³) do gás medicinal em exame, o valor de R\$ 14,08, enquanto foi cobrado, para a data, o valor de R\$ 7,09.

Consoante demonstrado, a utilização da inadimplência como causa para alavancar o reajuste previsto contratualmente, além de se mostrar indevida, não

tem respaldo contratual. A cláusula que cuida dos critérios de reajuste (e-STJ, fl. 55) não faz nenhuma menção à inadimplência como fator de fomento do reajuste de preço – evidentemente, se o fizesse, seria nula de pleno direito, por tudo que se expôs.

Portanto, a utilização da inadimplência como forma de potencializar o reajuste de preço, a fim de agravar deliberadamente a situação de descumprimento contratual – a desbordar da boa-fé objetiva – apresentou-se imprevisível ao hospital contratante, afastando-se inclusive, do modo como as readequações dos preços vinham sendo operadas. Isso tanto é verdade que, como consignado pelas instâncias ordinárias, a fornecedora não soube especificar a composição do reajuste do preço e, na presente insurgência recursal, defende, expressamente, a utilização da inadimplência, tal como levado a efeito.

O agravamento da situação de inadimplência e, por conseguinte, o próprio desequilíbrio das prestações, corroborada – agora, sim – com a discrepância dos preços praticados por outros hospitais da região no mesmo período, também se apresentam como *atos imprevisíveis*, a autorizar a pretendida revisão judicial, nos termos do art. 317 do Código Civil, na extensão compatível com esse fato.

Sobre a extensão da revisão judicial, ficou evidenciado, por meio dos fundamentos expostos ao longo do presente voto, a absoluta inadequação de se promover a revisão desde o início da contratação. Não se mostrou correto, inclusive, pretender-se revisar a contratação em período anterior a 2014, já que não houve nenhuma indicação de mácula a respeito dos preços praticados pela própria parte demandante (ao contrário, nesse período houve a prorrogação do ajuste).

Diante dessas considerações, verifica-se que o desequilíbrio contratual decorreu da indevida utilização da inadimplência para implementar os reajustes operados.

Se assim é – e a situação de inadimplência, como exaustivamente demonstrado, iniciou-se em novembro de 2016 (e-STJ, fl. 87-100) –, tem-se que a revisão judicial deve operar-se a partir desse marco, sem nenhuma repercussão nos preços praticados em momento anterior a essa data, com adoção do parâmetro adotado pelas instâncias ordinárias (IPCA-E).

A recorrente, em suas razões recursais, reitera seu pedido de rescisão contratual feito em reconvenção, a considerar a situação de incontroversa inadimplência do hospital demandante, não sendo lícito ser obrigado a manter relação contratual, sobretudo em condições diversas das ajustadas contratualmente.

Saliente-se, no ponto, que as instâncias ordinárias não acolheram este pedido de rescisão contratual, pelo que se pode depreender, em razão do reconhecimento da abusividade então reconhecida (de junho de 2008 até o ajuizamento da ação), o que, por consectário, afastaria a culpa do inadimplemento contratual por parte do hospital demandante ocorrido a partir de novembro de 2016, autorizada eventual compensação, após a liquidação, segundo os critérios então definidos.

Em face do desfecho dado pelas instâncias ordinárias, é crível supor que o hospital demandante passaria a ser inclusive credor da fornecedora Air Liquide Brasil, tamanha (e descabida, a meu juízo) a revisão judicial ali implementada, o que, de fato, corroboraria com a manutenção da relação contratual, tal como ali determinado.

Por sua vez, o provimento parcial do presente recurso especial ora proposto também mantém o reconhecimento de abusividade dos preços praticados, *em extensão consideravelmente menor*, o que enseja a manutenção, *por ora*, da relação contratual.

Essa situação, como bem argumenta a parte recorrente, não pode, contudo, ficar relegada à indefinição, *sobretudo se, após o encontro de contas/compensação, nos termos aqui determinados, ficar evidenciado que a fornecedora Air Liquide Brasil é credora do hospital demandante.*

Em que pese à gravidade da situação, tem-se não se afigurar lícito impor à fornecedora a manutenção da relação contratual (agora, por determinação judicial, por praticamente mais um período de 5 anos), encontrando-se o hospital adquirente em situação de inadimplência – o que somente poderá ser reconhecido após o encontro de contas – circunstância que, nos termos da legislação civil, confere ao fornecedor a prerrogativa de exercer a rescisão contratual por inadimplemento (cujos termos não de ser bem especificados ao final do presente voto).

No ponto, interessante o paralelo traçado pela recorrente com os contratos administrativos, nos quais, sob o influxo do princípio da supremacia dos interesses públicos sobre o interesse privado, autorizam, mesmo que de forma mitigada, o exercício da *exceção de contrato não cumprido*, caso o inadimplemento da administração perdure por mais de 2 (dois) meses. De acordo com o art. 137, § 2º, IV, e § 3º, II, da Lei n. 14.133/2021 (que disciplina a licitação e os contratos administrativos e revogou a Lei n. 8.666/1993), a inadimplência da Administração, por período superior a 2 (dois) meses – na lei anterior, o prazo

era de 3 (três) meses – autoriza o particular a suspender a execução do contrato, relegando eventual rescisão à decisão judicial.

Ressai impróprio, assim, impedir a rescisão contratual, numa relação regida pelo direito privado, como o é a retratada nos autos, se, ficando evidenciado o inadimplemento contratual por parte do hospital demandante após o encontro de contas em liquidação, e, uma vez concedido o prazo razoável (a ser aqui fixado) para a integral quitação do débito, o estado de inadimplência permanecer.

A esse propósito, considerado o interesse público na manutenção da atividade desenvolvida pelo hospital demandante, *após a liquidação a ser promovida na origem pela Air Liquide Brasil*, considerando os termos aqui determinados e permitida a compensação, em se reconhecendo a existência de débito por parte da Santa Casa de Fernandópolis, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que esta promova a quitação integral da dívida – prazo suficiente também para, se entender ser o caso, contratar novo fornecedor –, a qual, caso não levada a efeito no final do prazo, fica autorizada a rescisão contratual.

Por fim, afasta-se, com esteio no enunciado n. 98 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a multa imposta em virtude da oposição dos embargos de declaração que tinham o nítido propósito de prequestionar a matéria em discussão.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, dou parcial provimento ao recurso especial de Air Liquide Brasil, para julgar parcialmente procedente a revisão judicial (em menor extensão da determinada na origem), devendo os reajustes de preço observarem o critério estabelecido na origem (IPCA-E) a partir de novembro de 2016, considerado o preço então praticado (em novembro de 2016).

Em relação aos pedidos reconventionais, dou parcial provimento ao recurso especial, para condicionar a pretendida rescisão contratual aos termos acima referidos, devendo-se manter ininterrupto o fornecimento de gás até a implementação daqueles, mantida a compensação (autorizada pelo Tribunal de origem).

É o voto.